



Bron: www.fd.nl

DE PRE-PACK PROCEDURE

Een praktijkgericht juridisch onderzoek naar de pre-pack procedure, waarbij rekening wordt gehouden met de overgang van onderneming bij een doorstart.

Opdrachtgever

Brekelmans Van der Ven Advocaten
en Mediators
mr. C.G.A. Mattheussens

Afstudeerbegeleider

mr. B. den Boer

Onderzoeksdocent

mr. M. Verstuijf

M.C. (Michelle) de Waal

S1087304

Hogeschool Leiden

HBO-Rechten

HBR-AS17-AS

13 juni 2018

Voorwoord

Na maanden hard werken, goede en slechte dagen, een lach en een traan, is dan eindelijk het moment daar waar ik zo naar heb uitgekeken. Het inleveren van mijn scriptie. Voor u ligt mijn afstudeeronderzoek dat in opdracht van Brekelmans Van der Ven Advocaten en Mediators (hierna: Brekelmans Van der Ven) is uitgevoerd. Het afstudeeronderzoek is het resultaat van mijn vierjarig durende opleiding HBO-Rechten aan de Hogeschool Leiden. De laatste loodjes waren zwaar, maar ik heb vooral met plezier aan dit afstudeeronderzoek gewerkt.

Natuurlijk wil ik met dit voorwoord een aantal personen bedanken. Allereerst wil ik alle advocaten en medewerkers van Brekelmans Van der Ven danken voor de fijne en leerzame tijd gedurende mijn afstudeerstage. In het bijzonder wil ik de heer Mattheussens bedanken voor de begeleiding tijdens het schrijven van mijn afstudeeronderzoek en voor zijn enthousiasme waarmee hij voor mij een beeld heeft geschetst van zijn werk als advocaat.

Ten tweede wil ik, mijn begeleiders van school, de heer Den Boer en de heer Verstuijf bedanken. De heer Verstuijf dank voor de goede begeleiding tijdens het schrijven van mijn plan van aanpak. De heer Den Boer dank voor de goede begeleiding, de feedbackgesprekken en het vertrouwen in mij als student.

Tot slot wil ik mijn ouders, broer en zus bedanken voor hun steun, motiverende woorden en het vertrouwen in mij. Zij hebben samen met de rest van mijn familie en vrienden altijd in mij geloofd. Door jullie vertrouwen en steun ben ik steeds een stap verder gekomen. Dank jullie wel!

Rest mij niets anders dan u veel leesplezier te wensen.

Michelle de Waal

Steenbergen, 12 juni 2018.

Samenvatting

Sinds 2012 zijn de ontwikkelingen omtrent de pre-pack in volle gang. In een paar jaar tijd is het buitenwettelijk instrument ontzettend populair geworden. Dit buitenwettelijk instrument is ondertussen al meerdere malen toegepast in de praktijk, tot 22 juni 2017 het Europees Hof van Justitie zich heeft uitgesproken over de pre-pack procedure. De pre-pack procedure voldoet niet aan Richtlijn 2001/23/EG. Hierdoor geldt de hoofdregel dat werknemers van rechtswege overgaan naar de doorstarter en dat de overgang geen reden is voor hun ontslag. Kortom, er is sprake van een overgang van onderneming. Toch heeft de rechtbank Noord-Holland op 12 oktober 2017 de uitspraak van het Europees Hof van Justitie niet gevolgd. Zou dit betekenen dat er nog een toekomst is voor de pre-pack procedure? In opdracht van Brekelmans Van der Ven is daarom een onderzoek uitgevoerd naar de pre-pack procedure.

Voor dit onderzoek is een doelstelling en centrale vraag geformuleerd. Het doel van dit onderzoek is om Brekelmans Van der Ven te adviseren inzake de realisering van een doorstart van een onderneming en of de pre-pack procedure hier nog deel van kan uitmaken. De centrale vraag luidt als volgt: *"Welk advies kan aan Brekelmans Van der Ven worden gegeven over de pre-pack procedure en de daaruit voortvloeiende Wet continuïteit ondernemingen I, rekening houdende met de overgang van onderneming bij een doorstart, op basis van literatuur- en jurisprudentieonderzoek?"* Door middel van onderzoek naar de huidige wet- en regelgeving, vakliteratuur en jurisprudentie is antwoord op de theoretische deelvragen gegeven. Aan de hand van een jurisprudentieonderzoek van 20 uitspraken zijn er resultaten weergegeven die antwoord geven op de praktijkgerichte deelvraag. De combinatie van deze methoden heeft geleid tot het antwoord op de centrale vraag.

De belangrijkste resultaten uit het onderzoek zijn als volgt: er is sprake van overgang van onderneming als een economische eenheid zijn identiteit behoudt en de aard van de onderneming hetzelfde is. Als aan deze drie criteria is voldaan, zal uit de feitelijke situatie blijken dat er een overeenkomst is tussen de ondernemingen. Bij een 'gewone' doorstart is er geen sprake van overgang van onderneming.

Daarnaast is er pas sprake van een voorbereide doorstart wanneer de voorbereiding tot in de kleinste details is geregeld en dit leidt tot een overeenkomst voor de faillietverklaring. Een doorstart, dus ook de pre-pack, is een faillissementsprocedure. Dit zou betekenen dat de uitzonderingsregel van overgang van onderneming geldt. Het Europees Hof van Justitie vindt alleen dat ook gekeken moet worden naar Richtlijn 2001/23/EG. Helaas heeft de Nederlandse rechter zich hier nog niet verder over uitgelaten, dit leidt tot een conclusie van dit onderzoek.

De eindconclusie van dit onderzoek is dat de pre-pack procedure een goed werkende procedure is, die ten opzichte van een 'gewone' doorstart meer voordelen met zich meebrengt. Toch kan de uitspraak van het Europees Hof van Justitie niet genegeerd worden, zeker nu de Nederlandse rechter zich nog niet verder heeft uitgelaten over deze uitspraak. Het advies is dan ook de pre-pack procedure op dit moment niet te adviseren.

Brekelmans Van der Ven is aanbevolen te wachten met het adviseren van de pre-pack, tenzij de verkrijger alle werknemers overneemt, tot de inwerkingtreding van de Wet continuïteit ondernemingen I en/of recentere (positieve) uitspraken over de pre-pack. Tot die tijd kan de 'gewone' doorstart als tijdelijk alternatief fungeren. Dit betekent niet dat er helemaal geen doorstart meer voorbereid kan worden. Ook de 'gewone' doorstart kan voorbereid worden, zo lang deze maar niet tot in de kleinste details wordt voorbereid.

Inhoudsopgave

Samenvatting	2
Lijst van afkortingen	6
Hoofdstuk 1 Inleiding	7
1.1 De afstudeerorganisatie	7
1.2 Probleembeschrijving	7
1.3 Doelstelling	9
1.4 Centrale vraag	9
1.5 Deelvragen	9
1.6 Begrippen operationaliseren	10
1.7 Onderzoeksmethode	10
1.7.1 Onderzoek van het recht en vakliteratuur	10
1.7.2 Onderzoek van de praktijk	11
1.8 Verantwoording	13
1.8.1 Onderzoek van het recht en vakliteratuur	13
1.8.2 Onderzoek van de praktijk	13
1.9 Leeswijzer	14
Hoofdstuk 2 De pre-pack procedure	15
2.1 De achtergrond van de pre-pack	15
2.2 De Nederlandse pre-pack in de praktijk	16
2.3.1 Het verzoek tot de pre-pack procedure	18
2.3.2 Voor- en nadelen voortvloeiend uit de literatuur	18
2.3 De rol van de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris	19
2.4 De pre-pack in de Europese rechtspraak	21
2.5 Tussenconclusie	22
Hoofdstuk 3 De doorstart- en overgang van onderneming	23
3.1 De 'gewone' doorstart van de onderneming	23
3.2 Overgang van onderneming	25
3.2.1 Richtlijn 2001/23/EG	28
3.3 Tussenconclusie	29
Hoofdstuk 4 Wet continuïteit ondernemingen I	30
4.1 Inhoud WCO I	30
4.2 De toekomstige veranderingen door de WCO I	31
4.2.1 De positie van de rechtbank	31
4.2.2 De positie van de beoogd curator	31
4.2.3 De positie van de beoogd rechter-commissaris	32
4.2.4 De positie van de schuldenaar	32

4.2.5	De positie van de schuldeisers, waaronder de werknemers	33
4.3	Tussenconclusie	34
Hoofdstuk 5	Resultaten uit het jurisprudentieonderzoek.....	35
5.1	Resultaten overgang van onderneming in niet pre-pack zaken	35
5.1.1	Tussenconclusie	37
5.2	Resultaten doorstart middels een pre-pack	38
5.2.1	Tussenconclusie	40
Hoofdstuk 6	Conclusie en aanbevelingen.....	41
6.1	Conclusie	41
6.2	Aanbevelingen	43
Literatuurlijst		45
Bijlagen		49
Bijlage 1	Jurisprudentieanalyse - overgang van onderneming in niet pre-pack zaken ...	50
Bijlage 2	Jurisprudentieanalyse - doorstart middels een pre-pack	56

Lijst van afkortingen

bv	Besloten vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
FNV	Federatie Nederlandse Vakbeweging
Fw	Faillissementswet
HR	Hoge Raad
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
NJB	Nederlandse Juristenblad
nv	Naamloze vennootschap
TvI	Tijdschrift voor insolventierecht
WCO I	Wet continuïteit ondernemingen I
WOR	Wet op de ondernemingsraden

Hoofdstuk 1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal worden beschreven wat de aanleiding van het probleem is en welke problematiek is onderzocht, zodat de context van het onderzoek duidelijk is voor de lezer. Als eerste zal informatie over de opdrachtgever worden gegeven. Vervolgens worden de probleemanalyse, de doelstelling van het onderzoek, centrale vraag en de bijbehorende deelvragen uiteengezet. Daarna wordt de onderzoeksmethode uiteengezet. Tot slot wordt een leeswijzer weergegeven.

1.1 De afstudeerorganisatie

Brekelmans Van der Ven, zijnde de opdrachtgever, is een middelgroot advocatenkantoor gevestigd in Roosendaal. Het advocatenkantoor bestaat uit drie advocaten en twee ondersteunend medewerkers. Het adviseren, bemiddelen en bijstaan van zowel ondernemers als particulieren valt onder de dagelijkse werkzaamheden van het advocatenkantoor. Daarbij is de doelgerichtheid en daadkracht kenmerkend. Brekelmans Van der Ven is deskundig op het gebied van faillissementsrecht, ondernemingsrecht, personen- en familierecht, arbeidsrecht, strafrecht, huurrecht, sociaal zekerheidsrecht en letselschade.

1.2 Probleembeschrijving

Stelt u zich eens voor. Bedrijf A heeft zulke financiële problemen dat zij tegen een faillissement aan zitten. Ondanks de financiële problemen heeft bedrijf A levensvatbare bedrijfsonderdelen. Een doorstart van deze levensvatbare bedrijfsonderdelen wordt daarom overwogen. Een doorstart kan op twee manieren worden gerealiseerd. Bij optie 1 (hierna: de 'gewone' doorstart) wordt na het uitspreken van het faillissement, onderhandeld met geschikte kandidaten die de levensvatbare bedrijfsonderdelen willen kopen en voortzetten, waarna de doorstart wordt gerealiseerd. Daarnaast is er optie 2 (hierna: de pre-pack procedure). De pre-pack procedure houdt in dat er voor het uitspreken van het faillissement door een beoogd curator wordt onderhandeld, de doorstart wordt voorbereid, waarna het faillissement wordt uitgesproken en direct na de faillissementsverklaring de doorstart wordt gerealiseerd. Het voordeel van de pre-pack procedure is een doorstart zonder tijdsdruk en negatieve gevolgen van een faillissement. Ideaal toch? Dat vonden Nederlandse rechtsgeleerden destijds ook. De Nederlandse rechtspraak ging daarin mee.

Sinds 2012 zijn de ontwikkelingen omtrent de pre-pack in volle gang. In een paar jaar tijd is de pre-pack in literatuur verschenen, is het een gespreksonderwerp in de media en zelfs de politiek houdt zich ermee bezig. Het buitenwettelijk instrument is ondertussen al meerdere

malen toegepast in de praktijk en bekend van onder andere het faillissement van Heiploeg, Estro en Schoenenreus.¹ Toch is er naast het enthousiasme voor deze pre-pack procedure ook veel kritiek. Zo is bij de pre-pack procedure het streven naar continuïteit van de onderneming vooropgesteld zonder voldoende rekening te houden met de arbeidsrechtelijke implicaties die voortvloeien uit de wet en de richtlijn 2001/23/EG.² Ondanks al de kritiek is het gebruik van de pre-pack procedure gewoon doorgestaan, tot in 2016 de rechtbank Midden-Nederland besloot prejudiciële vragen aan het Europees Hof van Justitie te stellen. Dit was de eerste rechtbank die antwoord wilde op de vraag of de pre-pack procedure mogelijk in strijd is met Europees jurisprudentie en richtlijn 2001/23/EG.³

Op 22 juni 2017 heeft het Europees Hof van Justitie uitspraak gedaan over de pre-pack procedure. In deze uitspraak wordt gesteld dat de pre-pack procedure niet gezien mag worden als een faillissementsprocedure die gericht is op de liquidatie van de onderneming onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.⁴ Dit betekent dat werknemers van de failliete onderneming dus van rechtswege overgaan op de doorstartende onderneming. De pre-pack procedure valt dan onder de wettelijke regeling van overgang van onderneming, boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW), en de richtlijn⁵ is van toepassing. Na deze uitspraak werd gesproken over de ondergang van de onderneming door de pre-pack procedure.⁶ Rechtsgeleerden vroegen zich af of er nog wel een toekomst is voor de pre-pack procedure en dit lijkt steeds minder het geval. Het was wachten tot de Nederlandse rechtspraak iets deed met de uitspraak van het Europees Hof van Justitie.

Aan het wachten is op 12 oktober 2017 een eind gekomen. De rechtbank Noord-Holland heeft een uitspraak over de pre-pack procedure gedaan, die het oordeel van het Europees Hof van Justitie niet volgde. Deze uitspraak laat zien dat de Nederlandse pre-pack nog niet verdwenen is.⁷

Nu er zoveel aandacht is voor de pre-pack procedure en er een wetsvoorstel, de Wet continuïteit ondernemingen I (hierna: WCO I), bij de Eerste Kamer ligt, wil Brekelmans Van der Ven meer te weten komen over de pre-pack aangezien zij hier nog nooit mee te maken hebben gehad. Een faillissement van een onderneming is niet meer weg te denken in de

¹ Hurenkamp, *TvI* 2015/20, afl. 2, p. 125.

² Brief van de Nederlandse Orde van Advocaten van 19 oktober 2017, blg-829214, p. 9.

³ Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954.

⁴ HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489.

⁵ Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001.

⁶ Hurenkamp, *TvI* 2017/21, afl. 4, p. 135.

⁷ Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423.

economie. In sommige gevallen kan een doorstart van een failliete onderneming onder de mogelijkheden vallen. Eén van de redenen voor dit onderzoek is dan ook dat Brekelmans Van der Ven haar cliënten zo goed mogelijk wil adviseren bij de mogelijke realisatie van een doorstart van de onderneming. De vraag die gesteld kan worden is of de pre-pack procedure nog geadviseerd kan worden bij de realisatie van een doorstart van de onderneming.

Op basis van de opgedane kennis uit het onderzoek kan aan Brekelmans Van der Ven een advies worden gegeven. Aan de realisatie van een doorstart van de onderneming kan daardoor vorm worden gegeven, rekening houdende met de regels van de overgang van onderneming. Brekelmans Van der Ven kan haar cliënten op dit vlak (nog) beter bijstaan in het advies dat zij geeft. Daarnaast kan antwoord worden gegeven op de vraag of de pre-pack procedure nog deel mag uitmaken van haar advies.

1.3 Doelstelling

Het doel van dit onderzoek is om op 13 juni 2018 een adviesrapport aan te leveren bij Brekelmans Van der Ven. Uit dit rapport zal blijken wat de pre-pack procedure is, welke procedure gevolgd kan worden bij de realisering van een doorstart van de onderneming en of de pre-pack procedure nog geadviseerd kan worden.

1.4 Centrale vraag

Het voorgaande leidt tot de volgende centrale vraag:

Welk advies kan aan Brekelmans Van der Ven worden gegeven over de pre-pack procedure en de daaruit voortvloeiende Wet continuïteit ondernemingen I, rekening houdende met de overgang van onderneming bij een doorstart, op basis van literatuur- en jurisprudentieonderzoek?

1.5 Deelvragen

Om antwoord te kunnen geven op de centrale vraag, moeten de volgende deelvragen worden beantwoord:

1. Wat is de pre-pack procedure?
 - 1.1 Hoe is de pre-pack procedure ontstaan?
 - 1.2 Wat is de rol van de (beoogd) curator en (beoogd) rechter-commissaris?
 - 1.3 Wat zegt de Europese rechtspraak over de pre-pack procedure?

2. Wat is het wettelijk kader van de 'gewone' doorstart van de onderneming en overgang van onderneming?
 - 2.1 Wat is een 'gewone' doorstart van de onderneming?
 - 2.2 Wat is een overgang van onderneming?
3. Welke veranderingen brengt de Wet continuïteit ondernemingen I met zich mee?
 - 3.1 Wordt met deze veranderingen invulling gegeven aan de onduidelijkheid omtrent de pre-pack procedure?
4. Op basis van welke overwegingen beslist de kantonrechter dat er sprake is van overgang van onderneming en een doorstart van een onderneming middels een pre-pack?

1.6 Begrippen operationaliseren

Om de centrale vraag en deelvragen duidelijk te maken, wordt aan onderstaand begrip een definitie gegeven.

Gewoon: Met dit begrip wordt bedoeld hetgeen langere tijd gebruikelijk is. In de context van de deelvragen, de doorstart van een onderneming zoals die bij eenieder bekend is.

1.7 Onderzoeksmethode

Om antwoord te krijgen op de deelvragen en uiteindelijk de centrale vraag, zal er gebruik gemaakt worden van de onderstaande onderzoeksmethoden.

1.7.1 Onderzoek van het recht en vakliteratuur

Vakliteratuur

Er wordt gebruik gemaakt van literatuur als er problemen zijn, er kritiek is of als er over een onderwerp meer duidelijkheid nodig is. Professionals laten zich uit over deze onderwerpen en geven hun mening. Nu er veel kritiek is op de pre-pack procedure zal in dit onderzoek een analyse worden gemaakt van relevante feiten en meningen uit de literatuur. Onder vakliteratuur moet worden verstaan: handboeken, studieboeken, vakbladen en juridische berichten. Vakbladen die gebruikt zullen worden in dit onderzoek zijn het Nederlandse Juristenblad (NJB), Tijdschrift voor Insolventierecht (TVI) en het ArbeidsRecht.

Deelvraag 1 zal voornamelijk beantwoord worden door middel van vakliteratuur. De pre-pack procedure heeft geen wettelijk kader en zal daarom uitgelegd worden door middel van relevante feiten uit vakbladen en handboeken.

Daarnaast zal de beantwoording van deelvraag 2 aangevuld worden met relevante feiten uit handboeken omdat met de wet- en regelgeving alleen het antwoord te beknopt is.

Wet- en regelgeving

Een analyse van het huidige recht is noodzakelijk om een duidelijk juridisch kader te schetsen. Deelvraag 2 gaat over het wettelijk kader van een 'gewone' doorstart van de onderneming en overgang van onderneming. Een wettelijk kader kan logischerwijs uiteengezet worden door het analyseren van de wet- en regelgeving. Voor het beantwoorden van deelvraag 2 wordt gebruik gemaakt van het BW voornamelijk boek 7. Daarnaast wordt gebruik gemaakt van de faillissementswet (hierna: Fw) en de wet op de ondernemingsraad (hierna: WOR).

Deelvraag 3 wordt ook beantwoord door het analyseren van de wet- en regelgeving. Hiervoor wordt gebruik gemaakt van kamerstukken en voornamelijk het wetsvoorstel van de WCO I.

1.7.2 Onderzoek van de praktijk

Jurisprudentie

Om duidelijk te krijgen welke overwegingen de kantonrechter maakt bij de beslissing of er sprake is van overgang van onderneming, of dat er sprake is van een doorstart van onderneming gerealiseerd door middel van een pre-pack, worden er uitspraken geanalyseerd. Door middel van de jurisprudentieanalyse wordt deelvraag 4 beantwoord. Bij het analyseren van de relevante jurisprudentie wordt gebruik gemaakt van uitspraken van de rechtbank. Voor de analyse zal gebruik worden gemaakt van in totaal 20 jurisprudentiezaken. Er is gekozen voor 15 niet pre-pack zaken en 5 zaken die wel over de pre-pack gaan, omdat in die zaken de onderwerpen worden besproken die voor Brekelmans Van der Ven van belang zijn. In alle zaken is er sprake van werknemers en/of een vakbond tegen een onderneming.

Overgang van onderneming in niet pre-pack zaken

Duidelijk moet worden op basis van welke overwegingen de kantonrechter beslist dat er sprake is van overgang van onderneming. Voor dit deel van de analyse zal gebruik worden gemaakt van 15 jurisprudentiezaken. Voor de analyse zijn topics opgesteld, die de

beantwoording makkelijker en overzichtelijker maken. Deze topics zijn opgesteld aan de hand van 2 jurisprudentiezaken en het Spijkersarrest.⁸ De topics zijn als volgt:

- Overeenkomst: dit is een criteria van de overgang van onderneming. Hierdoor wordt duidelijk wat de kantonrechter als overeenkomst ziet.
- Economische eenheid: dit is een criteria van de overgang van onderneming.
- Behoud identiteit: dit is de belangrijkste criteria van de overgang van onderneming. Hierdoor wordt duidelijk welke aspecten samen leiden tot identiteitsbehoud van de onderneming en dus uiteindelijk overgang van onderneming. Dit heeft een toegevoegde waarde voor de pre-pack omdat hierdoor duidelijk wordt wat voorkomen moet worden tijdens een doorstart middels pre-pack en of er wel een doorstart mogelijk is zonder aan de overgang van onderneming te voldoen.
- Aard van de onderneming: dit is een criterium van behoud van identiteit. Dit zal als losse topic worden behandeld omdat dit gaat over het doel van de onderneming en zijn activiteiten. Daarnaast is het doel van de onderneming en de procedure een belangrijk aspect bij de pre-pack.

Door het analyseren van deze zaken wordt duidelijk welke overwegingen de kantonrechter maakt bij de beoordeling of er sprake is van overgang van onderneming. Nu het Europees Hof van Justitie vindt dat een pre-pack als overgang van onderneming kan worden gezien, zal de uitslag van deze analyse duidelijk maken wat voorkomen moet worden bij de doorstart van onderneming middels een pre-pack.

Doorstart van onderneming middels een pre-pack

In een aantal zaken staat de doorstart van onderneming middels een pre-pack centraal. Duidelijk moet worden op basis van welke overwegingen de kantonrechter beslist dat er sprake is van een doorstart middels een pre-pack. Nu over de doorstart middels een pre-pack niet veel jurisprudentie te vinden is, zal hiervoor gebruik worden gemaakt van 2 zaken na de uitspraak van het Europees Hof van Justitie en 3 zaken van voor deze uitspraak. Aan de hand van topics, die uit twee zaken zijn gehaald, zijn deze in totaal 5 zaken geanalyseerd. De topics zijn:

- Doel van de procedure: Hierdoor wordt duidelijk welk doel van de onderneming om de procedure te starten volgens de kantonrechter acceptabel is.

⁸ HvJ EG 18 maart 1986, ECLI:EU:C:1986:127.

- Voorbereiding: Hierdoor wordt duidelijk wat de kantonrechter ziet als een voorbereiding van de doorstart, nu bij de pre-pack een doorstart van een onderneming wordt voorbereid.
- Tijdstip overgang: dit is belangrijk bij de beoordeling of er sprake is van een faillissementsprocedure en dus of de pre-pack hieronder valt.
- Liquidatie van het vermogen: volgens het Europees Hof van Justitie moet het doel ook gericht zijn op de liquidatie van het vermogen. Dit topic maakt duidelijk wat de kantonrechter hieronder verstaat en goedkeurt.

Door het analyseren van deze zaken wordt duidelijk welke overwegingen de kantonrechter maakt bij de beoordeling of er sprake is van een doorstart van onderneming middels een pre-pack. Daarnaast wordt duidelijk of de Nederlandse rechtspraak de pre-pack nog toestaat bij de doorstart van een onderneming.

1.8 Verantwoording

Dit onderzoek is valide, omdat dit voldoet aan alle vereisten van de opleiding HBO-Rechten. Daarnaast is er gedurende langere tijd vooronderzoek gedaan om een duidelijk beeld te krijgen van de pre-pack procedure, de doorstart van een onderneming en de overgang van onderneming.

1.8.1 Onderzoek van het recht en vakliteratuur

De geraadpleegde rechtsbronnen en literatuur zijn valide en betrouwbaar. De literaire bronnen zijn geschreven door deskundigen op het gebied van het insolventierecht en arbeidsrecht. De bronnen zijn gepubliceerd door professionele uitgevers. De betrouwbaarheid van de wet- en regelgeving spreekt voor zich.

Voor de beantwoording van deelvragen 1 t/m 3 zullen meerdere rechtsbronnen en literaire bronnen worden gebruikt. Dit zorgt ervoor dat de beantwoording gegarandeerd betrouwbaar is.

1.8.2 Onderzoek van de praktijk

Voor het praktijkgedeelte van het onderzoek worden uitspraken van de rechtbank tussen 2015 en 2018 geanalyseerd. De uitspraken gedurende de aangegeven periode zijn gekozen omdat in die tussentijd geen grote wetswijzigingen met betrekking tot het onderwerp hebben plaatsgevonden. De jurisprudentieanalyse wordt als bijlage bij dit onderzoek toegevoegd, zodat de lezer dit kan inzien.

1.9 Leeswijzer

In dit onderzoeksrapport zullen alle deelvragen op chronologische wijze worden behandeld. Elke deelvraag heeft een apart hoofdstuk. Hoofdstuk 2 gaat over de pre-pack procedure. In hoofdstuk 3 komt de 'gewone' doorstart en de overgang van onderneming aan bod.

Hoofdstuk 4 gaat over de WCO I en welke veranderingen deze wet met zich meebrengt. Vervolgens wordt in hoofdstuk 5 een analyse gegeven van uitspraken van de kantonrechter betreffende de overgang van onderneming en de pre-pack procedure. Ten slotte geeft hoofdstuk 6 de conclusie van het onderzoek en aanbevelingen voor de opdrachtgever.

Hoofdstuk 2 De pre-pack procedure

Zoals in hoofdstuk 1 is beschreven, is de pre-pack procedure een buitenwettelijk instrument dat de afgelopen jaren steeds meer is opgekomen. Nu deze procedure (nog) niet is vastgelegd in een wet, is het van belang om eerst de pre-pack procedure en zijn achtergrond duidelijk te maken voor de lezer. In dit hoofdstuk wordt daarom uitgebreid ingegaan op de pre-pack procedure. Zo wordt naast de achtergrond van de pre-pack procedure ook beschreven wat de rol van de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris is in deze procedure. Daarnaast wordt de uitspraak van het Europees Hof van Justitie over de pre-pack procedure behandeld. Ter afsluiting van dit hoofdstuk wordt er een tussenconclusie gegeven.

2.1 De achtergrond van de pre-pack

Binnen Europa wordt het Verenigd Koninkrijk gezien als het meest geschikte voorbeeld voor een financiële herstructurering. Eén van de Engelse instrumenten voor een financiële herstructurering is de *pre-packaged administration*. De *pre-packaged administration* is in de praktijk tot stand gekomen en is niet expliciet geregeld in de Engelse wetgeving. Wel is na de aanpassing van de Enterprise Act in 2002, een wet die het insolventierecht veranderde, de toepassing van de *pre-packaged administration* toegenomen.⁹ Door de aanpassingen van de Enterprise Act ontstond namelijk de mogelijkheid voor ondernemingen om zelf, zonder tussenkomst van de rechter, een *administrator* te benoemen.

De *pre-packaged administration* biedt een mogelijkheid om een herstructurering met een toekomstig *administrator* vooraf te plannen en onmiddellijk na het faillissement tot stand te brengen. De *administrator* gaat in de voorbereidingsfase op zoek naar een geschikte koper voor alle of een gedeelte van de activa van de onderneming. Hij stelt de voorwaarden voor de verkoop op. De onderneming vraagt een *administration* aan zonder tussenkomst van de rechter. Tijdens de opening van de *administration* ondertekent de *administrator* de koopovereenkomst. Hierdoor vindt de overdracht van de activa plaats en wordt de onderneming 'going concern' voortgezet. De onderneming is op deze manier nooit failliet geweest voor de buitenwereld.¹⁰ Het nooit failliet zijn geweest voor de buitenwereld is ook een van de redenen dat de *pre-packaged administration* is ontwikkeld. Wanneer een onderneming moet worden gered, zijn er vaak zorgen over het behoud van de merkwaarde, zowel voor bestaande schuldeisers als voor potentiële kopers die het bedrijf opnieuw willen opstarten. De

⁹ Tollenaar, *TvI* 2011/23, afl. 4. p. 2.

¹⁰ Goode 2011, p. 412-416.

pre-packaged administration wordt dus gebruikt zodat het faillissement niet bekend is voor de buitenwereld en het merk zijn financiële waarde behoudt.¹¹

Het doel van de *pre-packaged administration* is behaald (i) als de onderneming 'going concern' is voortgezet, (ii) de voorwaarden redelijk zijn en (iii) de koper een redelijke prijs heeft betaald voor de activa.¹² De opbrengst van de verkoop van de activa van de onderneming wordt gebruikt om schuldeisers terug te betalen en om de onderneming te beschermen tegen liquidatie.¹³

In Nederland is de pre-pack procedure in 2011 voor het eerst geïntroduceerd. Tollenaar pleitte toentertijd voor deze procedure.¹⁴ Het duurde niet veel langer tot de procedure in Nederland werd toegepast. Vanaf 2012 begon het merendeel van de rechtbanken met het aanwijzen van een beoogd curator.¹⁵ De eerste stap naar de Nederlandse pre-pack is gezet door de rechtbank 's-Hertogenbosch. Op 22 februari 2011 heeft de rechtbank bij een faillissementsaanvraag een deskundige benoemd die onderzoek moest doen naar de mogelijkheid de onderneming te verkopen. Deze deskundige moet gezien worden als de stille bewindvoerder.¹⁶ Daarnaast is er ook een rechter-commissaris benoemd. Het Hof 's-Hertogenbosch heeft een vergelijkbare uitspraak gedaan.¹⁷ Deze uitspraken hebben ertoe geleid dat ook andere rechtbanken de pre-pack procedure zijn gaan toepassen.

2.2 De Nederlandse pre-pack in de praktijk

De Nederlandse pre-pack is beïnvloed door de ontwikkelingen in het buitenland. Het buitenlandse recht vormde een bron van inspiratie. Dat de Nederlandse pre-pack procedure in grote lijnen overeenkomt met de Engelse *pre-packaged administration* is voor de hand liggend. Toch is deze variant niet volledig overgenomen.¹⁸ Op de verschillen tussen de Nederlandse en Engelse pre-pack wordt in dit onderzoeksrapport niet verder ingegaan.

De pre-pack procedure, in de volksmond flitsfaillissement genoemd¹⁹, maakt het voor een rechtbank mogelijk, om voorafgaand aan een faillissement een beoogd curator en een beoogd

¹¹ Conway 2017, p. 5.

¹² Goode 2011, p. 412-416.

¹³ Conway 2017, p. 4.

¹⁴ 'Faillissementsrechtters van Nederland: geef ons de pre-pack!'

¹⁵ Hurenkamp, *TvI* 2015/20, afl. 2, p. 125.

¹⁶ Rb. 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, JOR 2011/375.

¹⁷ Hof 's-Hertogenbosch 4 juli 2012, JOR 2013/26.

¹⁸ Verstijlen 2014, p. 21.

¹⁹ Reijn, *de Volkskrant* 28 juli 2015.

rechter-commissaris te benoemen.²⁰ Deze benoeming is van belang omdat de curator en rechter-commissaris zo ook bij de voorbereiding van het faillissement betrokken zijn. De beoogd curator wordt in de stille voorbereidingsfase van een faillissement ook wel een stille bewindvoerder genoemd. Echter, in dit rapport zal worden gesproken over de beoogd curator. Wanneer het verzoek om een pre-pack is toegewezen, zal de rechtbank een beoogd curator en beoogd rechter-commissaris aanwijzen. Deze aanstelling wordt niet gepubliceerd. Door de aanstelling breekt de stille voorbereidingsfase aan. De termijn voor deze fase is in beginsel twee weken, maar dit kan ook korter of langer duren. Om extra tijd zal uiteraard wel gemotiveerd moeten worden verzocht bij de rechtbank.²¹

De beoogd curator gaat na zijn aanstelling samen met het bestuur van de onderneming op zoek naar geschikte kandidaten die mogelijk de onderneming willen en/of kunnen overnemen. Hierbij behoren de onderhandelingen over de verkoop van bedrijfsonderdelen. Als het lukt om een verkooptransactie voor te bereiden, ligt een deel van de beslissing bij de beoogd curator. Op grond van artikel 68 Fw is de taak van de curator immers het beheren en vereffenen van de boedel. De beoogd curator zal akkoord gaan met de verkooptransactie als hij ervan overtuigd is dat de verkooptransactie het hoogst haalbare resultaat voor de gezamenlijke schuldeisers is. Nadat de beoogd curator akkoord is met de verkooptransactie, moet de rechter-commissaris nog wel toestemming geven voor de verkoop.²² Zonder zijn toestemming kan geen overeenkomst tot stand komen. Wanneer de koper, de beoogd curator, daarmee het bestuur van de onderneming, en de beoogd rechter-commissaris instemmen met de verkooptransactie, kan de voorbereide verkooptransactie kort na de faillietverklaring, wanneer mogelijk nog op dezelfde dag, worden verwezenlijkt.²³

Kortom, de Nederlandse pre-pack procedure is erop gericht de doorstart van levensvatbare bedrijfsonderdelen van de onderneming te bespoedigen door in stilte voor de faillissementsverklaring voorbereidingen te treffen met een beoogd curator.²⁴ Het bestuur van de onderneming heeft hierin een actieve rol. Het bestuur moet de activiteiten van de onderneming gewoon voortzetten en tegelijkertijd onderhandelen. De beoogd curator volgt de onderhandelingen, assisteert bij deze onderhandelingen en moet uiteindelijk akkoord zijn met

²⁰ Tollenaar, *Tvl* 2011/13, p. 1.

²¹ Van den Boogerd e.a. 2014, p. 41.

²² *Kamerstukken II* 2014/15, 34218 3, p. 5.

²³ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218 3, p. 6.

²⁴ Mulder, *Tvl* 2015/5, afl. 1, p. 28.

de verkooptransactie. De rechter-commissaris dient als laatste zijn akkoord te geven. Hij is het slot op de deur.²⁵

2.3.1 Het verzoek tot de pre-pack procedure

De schuldenaar die gebruik wenst te maken van de pre-pack procedure dient een verzoek in bij de rechtbank. Dit is een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator. Het verzoek dient aan een aantal eisen te voldoen wil het een kans van slagen hebben. Deze vereisten zijn nog niet vastgelegd in een wet, waardoor veel rechtbanken verschillende eisen stellen aan het verzoekschrift. Wel zijn er duidelijke vereisten bekend gemaakt in de memorie van toelichting van de WCO I, hierna te bespreken in hoofdstuk 4. De vereisten zijn:

1. Een toelichting waarom de pre-pack een meerwaarde heeft bij de afwikkeling van het faillissement en waarom de pre-pack een betere kans van slagen heeft dan een regulier faillissement;
2. Een concept verzoek faillietverklaring;
3. Cijfers van de schuldenaar, welke actueel en gecontroleerd dienen te zijn;
4. Een kostengarantie van de beoogd curator;²⁶
5. Een opgave van personen die betrokken zijn en het niet vrijstaat om tot curator te worden benoemd.²⁷

Punt 1 behoeft een nadere toelichting, namelijk de definitie van meerwaarde. Er is sprake van meerwaarde als:

*"Kan worden aangetoond dat door de voorbereiding de schade bij schuldeisers en andere betrokkenen die voortvloeit uit het faillissement beperkt kan worden of de kans op een verkoop van rendabele onderdelen van de door de schuldenaar gedreven onderneming na de eventuele faillietverklaring tegen een zo hoog mogelijke verkoopprijs kan vergroten."*²⁸

2.3.2 Voor- en nadelen voortvloeiend uit de literatuur

Er zitten verschillende voordelen aan de pre-pack procedure. Zo kan met de pre-pack procedure voorkomen worden dat negatieve gevolgen van een faillissement een rol spelen bij de marktwaarde vanwege externe bekendheid met het faillissement. Daarnaast is bij een doorstart sprake van een hogere opbrengst dan bij een verkoop van activa aan verschillende

²⁵ Van den Boogerd e.a. 2014, p. 41.

²⁶ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218 3, p. 10.

²⁷ M.J. Cools, 'De pre-pack in de praktijk', *Avvr* 7 maart 2014, avvr.nl (zoek op pre-pack).

²⁸ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218 3, p. 45-46.

kopers. Ook kunnen er risico's op schade voor de afnemers van een onderneming en daaruit voortvloeiende claims worden beperkt, wanneer de doorstarter de leveringen en/of diensten aan die afnemers kan voortzetten.²⁹

De pre-pack procedure neemt ook de grote tijdsdruk weg die meestal bij een verkooptransactie gepaard gaat.³⁰ De aanstelling van een beoogd curator zorgt ervoor dat de toekomstige curator zich beter kan informeren over de schuldenaar en de transactie. Dit draagt ook bij aan het behoud van de waarde.³¹ In tegenstelling tot een regulier faillissement kan bij een doorstart de werkgelegenheid deels behouden blijven.

Helaas kan het voordeel van werkgelegenheid ook als een nadeel gezien worden. Zo is er veel kritiek over het spanningsveld tussen het insolventierecht en het arbeidsrecht. De zaak Federatie Nederlandse Vakbeweging (hierna: FNV) tegen Smallsteps heeft meer duidelijkheid verschaft over dit spanningsveld. De FNV stelde dat alle werknemers die voor het faillissement van Estro werkzaam waren bij de overgenomen vestigingen door Smallsteps, van rechtswege in dienst waren getreden bij Smallsteps. De rechtbank Midden-Nederland zag reden om prejudiciële vragen te stellen aan het Europees Hof van Justitie over de toepasselijkheid van de overgang van onderneming bij een pre-pack.³² De uitspraak wordt in paragraaf 2.4 uiteengezet.

2.3 De rol van de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris

In de pre-pack procedure wordt gesproken over de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris. Wat is hun rol in deze procedure precies?

Allereerst de beoogd curator. De beoogd curator bevindt zich in een moeilijke positie. Enerzijds gaat hij een rol spelen als curator binnen de onderneming, maar anderzijds kan hij nog geen handelingen als formele curator verrichten omdat er nog geen faillissement is uitgesproken. Pas na het uitspreken van het faillissement is de taak van de curator, op grond van artikel 68 Fw, het beheren en vereffenen van de boedel.

Sinds het Sigmacon II-arrest mag de curator belangen van maatschappelijke aard in zijn afweging betrekken, zoals de werkgelegenheid en continuïteit van de onderneming.³³ De

²⁹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218 3, p. 4.

³⁰ Van Zanten, *Arbeidsrecht* 2013/47, afl. 10, p. 11.

³¹ Hummelen, *TvI* 2015/2, afl. 1, p. 16.

³² Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NLRBMNE:2016:954.

³³ HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643.

beoogd curator speelt een belangrijke rol in de voorbereidingsfase. De rol en praktijkregels van de beoogd curator zijn vastgelegd door INSOLAD, een vereniging van de Nederlandse Orde van Advocaten gespecialiseerd in het insolventierecht. Hierna volgen de belangrijkste regels die zijn vastgelegd door INSOLAD. Ook is hier rekening gehouden met de regels die in de memorie van toelichting van de WCO I worden genoemd.

De beoogd curator heeft een zware verantwoordelijkheid. Dit komt omdat de voorbereidingsfase in stilte plaatsvindt. De schuldeisers, waaronder ook de werknemers, kunnen daardoor niet zelf voor hun belangen opkomen en moeten erop vertrouwen dat de beoogd curator dit doet.³⁴ De beoogd curator informeert en laat zich informeren met het oog op een toekomstige rol als curator van de schuldenaar. Hij houdt daarbij te allen tijde rekening met de belangen van de schuldeisers. Ook geeft hij op dat vlak suggesties aan de schuldenaar over de te verrichten handelingen. Let wel, de beoogd curator is geen adviseur. Hij handelt uitsluitend met instemming van de schuldenaar maar hoeft geen instructies van de schuldenaar op te volgen. Hij is namelijk onafhankelijk.³⁵ Indien de schuldenaar niet instemt met de beoogd curator en geen gehoor geeft aan de aanwijzingen van de beoogd curator, kan de beoogd curator zijn functie neerleggen. Hierdoor eindigt de stille voorbereidingsfase.³⁶

Kortom, het werk van een beoogd curator lijkt alleen het kijken, luisteren en zwijgen te zijn. Wat heeft de schuldenaar dan aan een beoogd curator? De beoogd curator kent de onderneming, haar problemen en de oplossingen. De beoogd curator kan dus sneller een beslissing nemen door zijn voorkennis en biedt meer zekerheid tot een daadwerkelijke doorstart na faillissement.³⁷

Naast een beoogd curator is er de beoogd rechter-commissaris. De beoogd rechter-commissaris kijkt mee met de voorbereidingsfase en houdt toezicht op het functioneren van de beoogd curator. Hij controleert de beoogd curator. Dit houdt wel in dat de beoogd curator regelmatig verslag moet uitbrengen bij de beoogd rechter-commissaris. De beoogd rechter-commissaris kan de beoogd curator ook voor een bespreking oproepen. Tijdens deze bespreking zal de beoogd curator zijn verantwoording moeten afleggen. Indien de beoogd curator onvoldoende handelt in het belang van de gezamenlijke schuldeisers, moet de beoogd rechter-commissaris ingrijpen. De beoogd rechter-commissaris geeft de beoogd curator dan een waarschuwing. Doet de beoogd curator onvoldoende met deze waarschuwing, dan zal de

³⁴ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3, p. 52.

³⁵ INSOLAD 2015, 'Praktijkregels beoogd curator'.

³⁶ Harmsen 2016, p. 171-172.

³⁷ Verstijlen, *NJB* 2014/803, afl. 16, p. 2.

beoogd rechter-commissaris de rechtbank verzoeken de beoogd curator van zijn aanstelling te ontheffen.³⁸

2.4 De pre-pack in de Europese rechtspraak

Op 22 juni 2017 heeft het Europees Hof van Justitie uitspraak gedaan. Hierbij draait het allemaal om Richtlijn 2001/23/EG. Deze richtlijn zorgt ervoor dat werknemers hun rechten behouden bij een overgang van onderneming. In artikel 3 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG staat dat op het moment van de overgang van onderneming de arbeidsrechtelijke rechten en plichten van werknemers van rechtswege overgaan op de verkrijger. In artikel 4 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG staat dat de verkrijger de werknemers niet kan ontslaan omdat er een overgang plaatsvindt. Artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG speelt in deze de belangrijkste rol. Dit artikel maakt een uitzondering op het voorgaande voor bepaalde insolventiesituaties. Er mag worden afgeweken van de beschermingsregels in Richtlijn 2001/23/EG indien:

- De vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of soortgelijke procedure;
- De procedure wordt gebruikt met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder;
- De procedure onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staat.

Het Europees Hof van Justitie oordeelde dat de Nederlandse pre-pack als een faillissementsprocedure mag worden gezien. Ondanks dat de pre-pack voor de faillietverklaring wordt voorbereid, wordt die pas na het faillissement uitgevoerd. Aan het eerste vereiste is dus voldaan.

Een procedure die de voortzetting van de onderneming beoogt voldoet niet aan het tweede vereiste. Het is hierbij ook niet relevant dat de pre-pack procedure de maximalisatie van de opbrengst van de overdracht voor alle schuldeisers van de onderneming beoogt.

Aan het laatste vereiste is volgens het Europees Hof van Justitie ook niet voldaan. De stille voorbereidingsfase van de pre-pack mist een wettelijke grondslag. Dit zorgt ervoor dat de pre-pack procedure formeel gezien niet onder toezicht van de rechter plaatsvindt.

Nu de pre-pack procedure niet voldoet aan twee van de drie vereisten van artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG, geldt de hoofdregel dat werknemers van rechtswege overgaan naar de

³⁸ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218 3, p. 23-24.

doorstarter en dat de overgang geen reden is voor hun ontslag. Kortom, het Europees Hof van Justitie bevestigt dat de werknemersbescherming van Richtlijn 2001/23/EG gehandhaafd blijft bij een Nederlandse pre-pack, waarbij overgang van onderneming plaatsvindt na faillissement.³⁹

2.5 Tussenconclusie

De Nederlandse pre-pack procedure is erop gericht de doorstart van levensvatbare bedrijfsonderdelen van de onderneming te bespoedigen door in stilte voor de faillissementsverklaring voorbereidingen te treffen met een beoogd curator.

De beoogd curator is onafhankelijk en speelt een belangrijke rol in de stille voorbereidingsfase. Hij gaat samen met het bestuur van de onderneming op zoek naar een geschikte kandidaat die de bedrijfsonderdelen kan overnemen. Daarnaast dient hij akkoord te gaan met een verkooptransactie.

Daarnaast is er de beoogd rechter-commissaris die toezicht houdt op het functioneren van de beoogd curator. Een voordeel van de pre-pack is dat het een vermindering van de marktwaarde voorkomt. Een nadeel is het spanningsveld tussen het insolventierecht en het arbeidsrecht.

Het Europees Hof van Justitie heeft bepaald dat de Nederlandse pre-pack niet gericht is op liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Dit betekent dat er sprake is van overgang van onderneming en Richtlijn 2001/23/EG van toepassing is. In het volgende hoofdstuk zal daarom het juridisch kader van de 'gewone' doorstart en overgang van onderneming uiteen worden gezet.

³⁹ HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489.

Hoofdstuk 3 De doorstart- en overgang van onderneming

Zoals in hoofdstuk 2 is beschreven, is de pre-pack procedure een doorstart waar een stille voorbereidingsfase aan vooraf is gegaan. Het is daarom belangrijk om te weten wat de 'gewone' doorstart van onderneming inhoudt. Daarnaast is het van belang om het wettelijk kader van de overgang van onderneming te kennen, nu het Europees Hof van Justitie een pre-pack procedure kwalificeert als overgang van onderneming. In dit hoofdstuk wordt dus de 'gewone' doorstart en overgang van onderneming uiteengezet.

3.1 De 'gewone' doorstart van de onderneming

Een schuldenaar die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, kan bij rechterlijk vonnis in staat van faillissement worden verklaard. Dit kan op eigen verzoek of op verzoek van één of meer schuldeisers (artikel 1 Fw). Of er daadwerkelijk sprake is van een toestand waarbij de schuldenaar is opgehouden te betalen, wordt beoordeeld aan de hand van het pluraliteitsvereiste (artikel 6 lid 3 Fw). Dit houdt in dat er meer schuldeisers moeten zijn die de schuldenaar niet meer betaald. Dit wordt duidelijk na een eenvoudig onderzoek van de rechter.⁴⁰ Nadat het faillissement is uitgesproken wordt op grond van artikel 14 Fw een rechter-commissaris en curator benoemd. De rechter-commissaris heeft een toezichthoudende rol over de curator. De curator is belast met het beheren en vereffenen van de failliete boedel (artikel 68 Fw). Als er de mogelijkheid is om rendabele bedrijfsonderdelen te verkopen aan een onderneming die de onderdelen voortzet, wordt er een doorstart gerealiseerd.⁴¹

De definitie van een doorstart is volgens Oosthout *"Iedere vorm van voortzetting van een insolvente onderneming, nadat de oorzaken van het structureel liquiditeitstekort zijn opgespoord en zijn weggenomen, een schuldsanering heeft plaatsgevonden en de overtollige werknemers zijn afgevoerd."*⁴² Voor deze definitie is gekozen omdat het de doorstart als beste omschrijft.

Een doorstart heeft ondanks zijn talloze constructies twee varianten, namelijk:

1. De doorstart van een onderneming door de bestaande rechtspersoon.
2. De doorstart van een onderneming in een andere rechtspersoon.

⁴⁰ Polak & Pannevis 2011, p. 15-19.

⁴¹ Polak & Pannevis 2011, p. 198-199.

⁴² Oosthout 1998, p. 39.

De doorstart onder punt 1 kan gerealiseerd worden door een doorstart vanuit surseance van betaling of door een akkoord met de schuldeisers, waarna de rechtspersoon kan blijven bestaan. Indien een akkoord moet leiden tot realisatie van een doorstart, dient het akkoord aantrekkelijker te zijn voor schuldeisers dan een regulier faillissement.

De doorstart onder punt 2 wordt gerealiseerd door middel van een activatransactie.⁴³ Hierna wordt op punt 2 verder ingegaan. De doorstart onder punt 1 wordt in dit onderzoeksrapport buiten beschouwing gelaten.

De doorstart door middel van een activatransactie vindt plaats wanneer een doorstart binnen de bestaande rechtspersoon niet haalbaar is. De doorstart binnen de bestaande rechtspersoon is niet haalbaar door de vermogenspositie van de onderneming. Reorganiseren kost te veel geld en de aandeelhouders zijn niet bereid om de kosten voor reorganisatie te financieren.⁴⁴

Bij een doorstart door middel van een activatransactie mag de doorstartende onderneming zelf aangeven welke activa hij over wil nemen. De curator streeft naar de verkoop van alle activa in één keer. Echter, de verkoop dient wel zo snel mogelijk gerealiseerd te worden. De curator zal daarom onderhandelen met de onderneming die het snelst een goed aanbod doet. Wat is dan een goed aanbod? Het mooiste zou zijn als de activa wordt verkocht tegen onderhandse verkoopwaarde. In de praktijk is de verkoopopbrengst vaak lager. De curator zal daarom de executiewaarde als uitgangspunt nemen met een vermeerdering van 10%. Wanneer de curator en de doorstartende onderneming het eens zijn met de over te dragen activa, de prijs en de voorwaarden, zal de curator een koopovereenkomst opstellen waarin de verkoop van de activa is vastgelegd. De activa zal worden verkocht en geleverd aan de doorstartende onderneming en de curator krijgt als tegenprestatie het geld.⁴⁵

De curator regelt de verkoop van de activa op grond van artikel 101 Fw. Dit artikel geeft aan dat de curator bevoegd is goederen te vervreemden, indien de vervreemding noodzakelijk is ter bestrijding van de kosten van het faillissement. Soms draagt de curator ook lopende overeenkomsten over of bedingt hij dat de doorstartende onderneming aan de ex-werknemers een aanbod tot aangaan van een arbeidsovereenkomst zal doen. Wanneer de curator de activa heeft geleverd en de koopprijs heeft geïncasseerd, doet de doorstartende onderneming vaak een aanbod tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst aan een aantal ex-werknemers.⁴⁶

⁴³ Deterink e.a. 2008, p. 1.

⁴⁴ Oosthout 1998, p. 39-40.

⁴⁵ Van den Boogerd e.a. 2014, p. 51.

⁴⁶ Brief van de Nederlandse Orde van Advocaten van 19 oktober 2017, blg-829214, p. 8.

Kortom, het doel van de doorstart is hetzelfde als bij de pre-pack procedure: het maximaliseren van de opbrengst ten behoeve van de schuldeisers. Ook bij een 'gewone' doorstart mag de curator belangen van maatschappelijke aard in zijn afweging betrekken. Het doel van de doorstart voor een onderneming is de continuïteit van de onderneming en behoud van werkgelegenheid.⁴⁷

De 'gewone' doorstart heeft nadelen. Zo brengt de faillissementsverklaring voor de doorstart een groot waardeverlies met zich mee. Leveranciers trekken zich terug, werknemers zoeken een andere werkgever en klanten zeggen hun overeenkomst op en zoeken andere leveranciers.⁴⁸ Dit is ook één van de redenen dat er gedurende de jaren voor de pre-pack procedure is gekozen. Mocht er een 'gewone' doorstart tot stand komen dan zal de doorstartende onderneming veel moeten doen om het vertrouwen in de onderneming te herstellen. Daarnaast kunnen zij ook te maken krijgen met werknemers die claimen dat er sprake is van overgang van onderneming. Wanneer werknemers op straat komen te staan, komen al snel de regels van overgang van onderneming in beeld. Het is daarom van belang om duidelijk te krijgen wat deze regels zijn. In paragraaf 3.2 wordt daarom de overgang van onderneming beschreven.

3.2 Overgang van onderneming

Een onderneming kan worden overgenomen door een overdracht van verschillende bestanddelen. Het gaat hier om bijvoorbeeld een verkoop van activa en passiva. Een verkoop van aandelen valt hierbuiten. Bij een aandelentransactie blijft de naamloze vennootschap (hierna: nv) of besloten vennootschap (hierna: bv) namelijk de werkgever van de onderneming. Als een onderneming wordt overgedragen, worden de werknemers beschermd. Dit komt door het wettelijk kader van de overgang van onderneming.⁴⁹

De overgang van onderneming is geregeld in afdeling 8, titel 10 van boek 7 BW. De artikelen 7:662-7:666 BW zijn hier van toepassing. Met deze artikelen is uitvoering gegeven aan Richtlijn 2001/23/EG. Deze richtlijn zal in paragraaf 3.2.1 verder worden uitgelegd. Eerst zullen de artikelen 7:662-7:666 BW aan bod komen.

⁴⁷ HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643.

⁴⁸ Huydecoper, *TvI* 2013/5, afl. 1, p. 1.

⁴⁹ Keizer & Stoeten 2016, p. 218.

In artikel 7:662 lid 2 BW staat:

"Voor de toepassing van deze afdeling wordt verstaan onder:

- a. overgang: de overgang, ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt;*
- b. economische eenheid: een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit."*

Bij een overgang van onderneming dient dus de nieuwe ondernemer, ook wel doorstarter genoemd, een lopend bedrijf waarbij bedrijfsactiviteiten worden hervat of voortgezet in bezit te krijgen. Zoals te zien in artikel 7:662 BW gaat het om een economische eenheid die haar identiteit behoudt. In het Spijkersarrest zijn factoren bepaald. Deze factoren worden ook wel de 'Spijkers-criteria' genoemd. De factoren zijn van belang bij de beoordeling of sprake is van identiteitsbehoud en dus een overgang van onderneming. De factoren zijn als volgt:

1. Wat is de aard van de betrokken onderneming?
2. Zijn er materiële activa overgedragen?
3. Wat is de waarde van de (immateriële) activa op het moment van de overdracht?
4. Is de klantenkring overgedragen?
5. In welke mate komen de voor en na de overdracht verrichte activiteiten met elkaar overeen?
6. Zijn de activiteiten onderbroken en hoelang heeft die onderbreking geduurd?⁵⁰

De bovengenoemde factoren zijn deelaspecten en mogen niet afzonderlijk worden beoordeeld. Het doel van de factoren is een beeld opleveren dat antwoord geeft op de vraag of er sprake is van overgang van onderneming.⁵¹

Is er sprake van een overgang van onderneming, dan gaan op grond van artikel 7:663 BW alle rechten en plichten die op het moment van de overgang bestaan tussen de werkgever en zijn werknemers, en die zijn vastgelegd in een arbeidsovereenkomst, van rechtswege over op de verkrijger van de onderneming. De regels van overgang van onderneming moeten de werknemers beschermen tegen ontslag. Het is daarom de vervreemder of verkrijger niet

⁵⁰ HvJ EG 18 maart 1986, ECLI:EU:C:1986:127.

⁵¹ Van den Boogerd e.a. 2014, p. 21.

toegestaan werknemers te ontslaan wegens of met het oog op de overgang van de onderneming.⁵² Er wordt geacht dat de werknemers die ontslagen zijn vóór de overgang in dienst zijn getreden bij de verkrijger op het moment dat de onderneming wordt overgedragen.⁵³

Indien de overgang van de onderneming een wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer tot gevolg heeft, geldt de arbeidsovereenkomst als ontbonden door toedoen van de werkgever. Dit is volgens artikel 7:665 BW het geval, als om die reden:

1. de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werknemer is beëindigd; of
2. de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na een einde van rechtswege op initiatief van de werknemer niet aansluitend is voortgezet.

In artikel 7:666 BW staan uitzonderingsregels. Eén van deze uitzonderingsregels is dat de artikelen 7:662 tot en met 7:665 en 7:670 lid 8 niet van toepassing zijn op de overgang van de onderneming indien:

- a. *"De werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort."*

Dat er uitzonderingsregels zijn neergelegd in artikel 7:666 BW komt door eerdere uitspraken en dan voornamelijk het Abels arrest. Hier heeft het Europees Hof van Justitie bepaald dat de Richtlijn 2001/23/EG wel van toepassing is bij een surseance van betaling.⁵⁴ De surseance van betaling heeft namelijk tot doel een onderneming te redden. Bij een faillissement is dit niet het geval. Deze procedure is gericht op liquidatie van de onderneming. De Hoge Raad heeft daarom in 1987 bepaald dat de bescherming bij overgang van onderneming niet van toepassing is in geval van een faillissement.

Nu jaren later heeft het Europees Hof van Justitie bepaald, zoals te lezen in paragraaf 2.4, dat de pre-pack procedure niet als doel de liquidatie van de onderneming heeft, maar de voortzetting van de onderneming. Dit betekent dat de faillissementsuitsondering in artikel 5 van Richtlijn 2001/23/EG niet van toepassing is.⁵⁵

⁵² Beltzer, in: *T&C Burgerlijk Wetboek* 1997, art. 7:663 BW, aant. 5.

⁵³ HvJ EG 15 juni 1988, ECLI:NL:XX:1988:AC4209.

⁵⁴ HvJ EG 7 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:55.

⁵⁵ Beltzer, in: *T&C Burgerlijk Wetboek* 2002, art. 7:666 BW, aant. 2.

3.2.1 Richtlijn 2001/23/EG

Nu Richtlijn 2001/23/EG centraal staat bij de overgang van onderneming, zal in deze paragraaf aandacht worden besteed aan de richtlijn en dan voornamelijk artikel 5, dat ook van belang is in de uitspraak van het Europees Hof van Justitie over de pre-pack procedure. Het is belangrijk om te weten wat er in deze richtlijn staat omdat lidstaten zelf mogen bepalen hoe zij de richtlijn uitwerken in de nationale wetgeving. Uiteraard dienen zij zich wel aan het beoogde doel van de richtlijn te houden.

Richtlijn 2001/23/EG is op 11 april 2001 gepubliceerd en is op 9 oktober 2015 inwerking getreden. Deze richtlijn gaat over behoud van de rechten van de werknemers bij een overgang van onderneming. De artikelen 3 tot en met 6 gaan over het behoud van de rechten van de werknemers.

In artikel 3 van de richtlijn, staat letterlijk de regel van overgang van onderneming. De rechten en plichten van de vervreemder die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst gaan over op de verkrijger door de overgang van onderneming.

Artikel 4 van de richtlijn geeft aan dat de overgang van onderneming op zichzelf geen reden geeft tot ontslag van de werknemers. Wel kan een arbeidsovereenkomst worden verbroken door de overgang. In dit geval moet de overgang dan een wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer tot gevolg hebben. Als hier sprake van is, wordt er geacht dat de arbeidsovereenkomst door toedoen van de werkgever is verbroken.

In de richtlijn staat ook een uitzonderingsregel, deze regel staat in artikel 5 van de richtlijn. In artikel 5 van de richtlijn staat:

"Tenzij de lidstaten anders bepalen, zijn de artikelen 3 en 4 niet van toepassing op een overgang van een onderneming, vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn)."

Daarnaast staat in artikel 5 lid 4 van de richtlijn dat lidstaten maatregelen moeten treffen om misbruik van insolventieprocedures met als doel de werknemers te lozen te voorkomen.

De richtlijn heeft dus duidelijk als doel de bescherming van de rechten van de werknemers bij een overgang van onderneming.

3.3 Tussenconclusie

De 'gewone' doorstart kent twee vormen namelijk (i) de doorstart van een onderneming door de bestaande rechtspersoon en (ii) de doorstart van een onderneming in een andere rechtspersoon. De tweede variant geschiedt door een activatransactie. De 'gewone' doorstart is een goed werkende procedure maar doordat deze pas na een faillissementsverklaring wordt geregeld kan er sprake zijn van groot waardeverlies. Leveranciers trekken zich terug, werknemers zoeken een andere werkgever en klanten zeggen hun overeenkomst op en zoeken andere leveranciers.

Voor werknemers is er de bescherming van de overgang van onderneming. Van de overgang van onderneming is sprake als er een overgang is ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt. Dit betekent dat alle rechten en plichten die op het moment van de overgang bestaan tussen de werkgever en zijn werknemers, en die zijn vastgelegd in een arbeidsovereenkomst, van rechtswege overgaan op de verkrijger van de onderneming

De beschermingsregels van de overgang van onderneming gelden niet indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Richtlijn 2001/23/EG voegt hieraan toe dat de faillissementsprocedure gericht moet zijn op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Lidstaten mogen zelf bepalen hoe zij de richtlijn uitwerken in de nationale wetgeving. Dit zou betekenen dat wanneer alleen naar art. 7:666 BW wordt gekeken, de pre-pack procedure aan de uitzonderingsregel voldoet. Wordt de richtlijn naast dit artikel gehouden dan zal dit niet het geval zijn.

Hoofdstuk 4 Wet continuïteit ondernemingen I

Zoals beschreven in hoofdstuk 2 heeft de pre-pack procedure geen wettelijke grondslag. De afgelopen jaren zijn er diverse wetsvoorstellen gepubliceerd. Eén van deze wetsvoorstellen is die van de WCO I. Dit wetsvoorstel richt zich op de pre-pack procedure.⁵⁶ In dit hoofdstuk worden de veranderingen die de inhoud van de WCO I met zich meebrengt beschreven.

4.1 Inhoud WCO I

In de memorie van toelichting wordt gesproken over de aansluiting die de pre-pack procedure heeft bij de ontwikkelingen die het insolventierecht de laatste jaren heeft doorgemaakt. Voor de rechtszekerheid is de codificatie van de pre-pack procedure noodzakelijk.⁵⁷ Naast het bevorderen van de rechtszekerheid wordt in de WCO I duidelijkheid gegeven over de beoogd curator en zijn rol. De WCO I zorgt ervoor dat er een nieuwe titel aan de Faillissementswet wordt toegevoegd, namelijk titel IV (buiten faillissement en surseance van betaling). De eerste afdeling zal luiden: 'Aanwijzing van een beoogd curator'. Deze afdeling zal bestaan uit artikelen 363 tot en met 367 Fw.

Het doel van de stille voorbereidingsfase bij de pre-pack wordt in de memorie van toelichting als volgt genoemd:

*"De uit het faillissement voortvloeiende schade bij schuldeisers (waaronder ook de werknemers) en andere betrokkenen zoveel mogelijk te beperken, onder meer door de kansen op een verkoop en daaropvolgende doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen tegen een maximale opbrengst en met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid te vergroten."*⁵⁸

Het doel van de pre-pack procedure en de WCO I is duidelijk. Hoe zijn deze doelen verwerkt in de WCO I? De inhoud van het wetsvoorstel WCO I bestaat uit twee onderdelen. Het eerste onderdeel bestaat uit de procedurevoorschriften, zoals de aanwijzing van een beoogd curator, het verzoek bij de rechtbank en het afronden van de stille voorbereidingsfase. Het tweede onderdeel geeft regels over de bevoegdheden en taken van de schuldenaar, het bestuur van de onderneming, de rechtbank, de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris.⁵⁹

⁵⁶ Kamerstukken II 2014/15, 34218 2.

⁵⁷ Kamerstukken II 2014/15, 34218 3, p. 1.

⁵⁸ Kamerstukken II 2014/15, 34 218 3, p. 9-10.

⁵⁹ Kamerstukken II 2014/15, 34218 3, p. 1.

Nu de procedurevoorschriften en de rol van de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris al kort zijn verwerkt in hoofdstuk 2, zal in de volgende paragraaf aandacht worden besteed aan de veranderingen die de WCO I met zich meebrengt.

4.2 De toekomstige veranderingen door de WCO I

De WCO I biedt een wettelijke verankering van de pre-pack procedure. In deze paragraaf zullen alle veranderingen die de WCO I met zich meebrengt voor de betrokken actoren worden beschreven.

4.2.1 De positie van de rechtbank

Op dit moment wordt de pre-pack door acht van de elf rechtbanken in Nederland toegepast. De rechtbanken Midden-Nederland, Overijssel en Limburg zijn de drie rechtbanken die nog niets met de pre-pack procedure doen.⁶⁰ Zij wachten op de wettelijke grondslag, dus de WCO I. Wanneer de WCO I zal worden aangenomen door de Eerste Kamer en inwerking zal treden, betekent dit dat alle rechtbanken een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator moeten behandelen.

De rechtbank functioneert als poortwachter van de stille voorbereidingsfase. Zij bepaalt of een schuldenaar tot de stille voorbereidingsfase wordt toegelaten. Daarnaast bepaalt de rechtbank wie de beoogd curator wordt. Aan de aanwijzing van een beoogd curator kan de rechtbank ook voorwaarden verbinden, zoals bijvoorbeeld het betrekken van de ondernemingsraad bij de stille voorbereidingsfase.

In paragraaf 2.4 is aangegeven dat het Europees Hof van Justitie heeft bepaald dat een pre-pack procedure niet onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staat. Door de WCO I zal aan deze vereiste van de uitzonderingsregel van artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG wel worden voldaan, omdat de rol van de rechtbank, beoogd curator en beoogd rechter-commissaris in de WCO I is vastgelegd.

4.2.2 De positie van de beoogd curator

Door de WCO I wordt de positie van de beoogd curator versterkt. Zo is er bij de aanwijzing van een beoogd curator een zekerheidstelling verbonden. Er wordt pas een beoogd curator

⁶⁰ Van Zanten 2017, p. 51.

aangewezen als de schuldenaar het salaris en de nodige kosten die de beoogd curator maakt, tijdens de stille voorbereidingsfase, kan betalen.

Daarnaast zijn de taken van de beoogd curator opgenomen in de WCO I, zodat het voor eenieder duidelijk is wat de rol van de beoogd curator precies inhoudt.

Mede dankzij de aanwijzing van een beoogd curator kan faillissementsfraude en misbruik van het faillissementsrecht worden bestreden. Als de beoogd curator in de stille voorbereidingsfase al constateert dat door de schuldenaar rechtshandelingen zijn verricht die aangemerkt kunnen worden als een faillissementspauliana of de schuldenaar het verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator heeft ingediend met onjuist informatie, kan de beoogd curator in het faillissement direct handelen. Zo kunnen de rechtshandelingen meteen worden teruggedraaid door een actio pauliana (artikel 42 Fw). De WCO I maakt het voor de curator die na de beoogd curator wordt benoemd, makkelijker om bestuurders aansprakelijk te stellen voor de schade die is ontstaan door dit verkeerd handelen, omdat de curator al voorkennis heeft uit de stille voorbereidingsfase.⁶¹

4.2.3 De positie van de beoogd rechter-commissaris

Om het gebrek aan transparantie tegen te gaan is de rol als toezichthouder van de beoogd rechter-commissaris ook vastgelegd in de WCO I. De beoogd rechter-commissaris kijkt gedurende de stille voorbereidingsfase kritisch mee en houdt toezicht op het functioneren van de beoogd curator. De verplichtingen van de beoogd curator jegens de beoogd rechter-commissaris, die zijn vastgelegd in de WCO I, maken het voor de beoogd rechter-commissaris makkelijker de beoogd curator te controleren.

Daarnaast is de verandering voor de beoogd rechter-commissaris dat er middelen ter beschikking zijn, om in te grijpen indien de beoogd curator zich niet aan de regels houdt. Zo mag hij zich laten informeren door de schuldenaar of door derden buiten de beoogd curator om. Ook kan hij indien de beoogd curator niet na eventuele waarschuwingen anders handelt, de rechtbank verzoeken de beoogd curator te laten vervangen.⁶²

4.2.4 De positie van de schuldenaar

Voor de schuldenaar verandert er door de WCO I niet zoveel. Het maakt het voor hem duidelijker waar een verzoek tot aanwijzing van een beoogd curator aan moet voldoen, door

⁶¹ *Kamerstukken II 2014/15, 34218 3, p. 21-22.*

⁶² *Kamerstukken II 2014/15, 34218 3, p. 23-25.*

de procedurevoorschriften die zijn opgenomen in de WCO I. Daarnaast kan na inwerking treden van de WCO I ook bij elke rechtbank een verzoek tot aanwijzing worden ingediend en is een rechtbank ook verplicht om het verzoek tot aanwijzing in behandeling te nemen.

4.2.5 De positie van de schuldeisers, waaronder de werknemers

In de WCO I is expliciet opgenomen dat de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris rekening moeten houden met de belangen van de schuldeisers. Mocht tijdens de stille voorbereidingsfase de belangen van schuldeisers in gedrang komen, dan kunnen de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris op grond van de WCO I ingrijpen. Onder schuldeisers worden ook de werknemers van de schuldenaar gerekend.

Nu er zoveel kritiek is over de rechtspositie van werknemers bij een pre-pack procedure, zou het wetsvoorstel van de WCO I zich moeten richten op deze rechtspositie. Echter in de memorie van toelichting wordt niet veel stilgestaan bij de rechtspositie van werknemers. Er wordt slechts gesteld dat een doorstart goed is voor het behoud van werkgelegenheid en dus voor de werknemers, althans een deel daarvan. Daarnaast wordt gesteld dat de beoogd curator rekening moet houden met de belangen van de werknemers.

De WCO I bevat één maatregel die gunstig is voor de rechtspositie van de werknemers, namelijk dat de rechtbank voorwaarden kan verbinden aan de toewijzing van een verzoek tot beoogd curator. De voorwaarde die hier van belang is, is dat de ondernemingsraad betrokken moet worden bij de stille voorbereidingsfase. Bij haar betrokkenheid geldt wel een geheimhouding.⁶³ Deze maatregel zal alleen niet bij elke onderneming van toepassing zijn. Op grond van artikel 2 WOR is alleen een onderneming waarbij vijftig personen of meer werkzaam zijn verplicht om een ondernemingsraad in te stellen. Een onderneming waarbij minder als vijftig personen werkzaam zijn, hoeft dus geen ondernemingsraad in te stellen. Het effect van de maatregel is dus zeer beperkt. Als het een schuldenaar betreft zonder ondernemingsraad, werkt de maatregel helemaal niet.⁶⁴

De WCO I geeft dus nog niet veel verduidelijking over de rechtspositie van werknemers bij een pre-pack procedure.

⁶³ *Kamerstukken II 2014/15, 34 218 3, p. 14.*

⁶⁴ *Kamerstukken II 2014/15, 34 218 3, p. 34.*

4.3 Tussenconclusie

De WCO I is een codificatie van de pre-pack procedure die de rechtszekerheid bevordert en meer duidelijkheid verschaft over de rol van de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris. Door de WCO I worden niet alleen de rol en taken van de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris duidelijk, maar ook welke middelen ter hun beschikking staan.

De WCO I zorgt ervoor dat de pre-pack procedure onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staat. Dit betekent dat, na inwerking treden van de WCO I, aan twee van de drie vereisten van de uitzonderingsregel in artikel 5 lid 1 van de Richtlijn 2001/23/EG is voldaan. Helaas zal door de WCO I niet aan alle drie de vereisten worden voldaan. Dit zou betekenen dat de overgang van onderneming nog altijd een rol speelt bij de pre-pack procedure na de inwerkingtreding van de WCO I.

De WCO I biedt dus nog niet veel duidelijkheid over de rechtspositie van de werknemers van de schuldenaar. Wel kan de rechter, op grond van de WCO I, de ondernemingsraad bij de stille voorbereidingsfase betrekken. Een ondernemingsraad is alleen niet bij iedere onderneming verplicht. Hierdoor heeft het maar een beperkt effect.

De WCO I geeft dus geen verduidelijking over de rechtspositie van werknemers bij een pre-pack procedure. Zij zorgt er alleen voor dat er een wettelijke grondslag ontstaat voor de pre-pack procedure. Zodra de WCO I wordt aangenomen door de Eerste Kamer, betekent dit dat de pre-pack procedure officieel is toegelaten in Nederland.

Hoofdstuk 5 Resultaten uit het jurisprudentieonderzoek

In dit hoofdstuk worden de resultaten van het jurisprudentieonderzoek weergegeven. Door deze resultaten wordt duidelijk welke overwegingen de kantonrechter maakt bij zijn beslissing of er sprake is van overgang van onderneming en een doorstart van een onderneming middels een pre-pack. Allereerst worden de resultaten van de overgang van onderneming beschreven. Deze resultaten komen uit niet pre-pack zaken. In deze zaken is bijvoorbeeld sprake van een reguliere faillissementsprocedure of een 'gewone' doorstart, maar er doen zich ook situaties voor waarbij er een nieuwe onderneming na faillietverklaring is opgericht, die veel overeenkomsten heeft met de failliete onderneming. Na deze resultaten worden de resultaten van de doorstart middels een pre-pack beschreven. Deze resultaten komen uit zaken waar het ook gaat over de overgang van onderneming, maar de vraag of er sprake is van een pre-pack centraal staat. Aan het eind wordt een conclusie gegeven.

5.1 Resultaten overgang van onderneming in niet pre-pack zaken

Om duidelijk te krijgen wanneer de rechter beslist dat er sprake is van een overgang van onderneming, zijn vijftien uitspraken van de rechtbank geanalyseerd. De analyse is verwerkt in een tabel, bijgevoegd als bijlage 1. De vijftien uitspraken zijn aan de hand van de volgende topics geanalyseerd:

- Is er sprake van een overeenkomst?

In vier van de vijftien zaken (zaak 2, 3, 12 en 13) is er een duidelijk op schrift gestelde overeenkomst tussen de ondernemingen. Opvallend is dat de rechter in één van deze vier zaken (zaak 2) duidelijk uitlegt dat niet alleen van belang is wat er op schrift is geregeld, maar dat ook gekeken wordt naar alle feitelijke omstandigheden van het geval. Dit standpunt wordt nog duidelijker nu in elf van de vijftien zaken (zaak 1, 4 t/m 11, 14 en 15) geen duidelijke overeenkomst overlegd kan worden. In acht van deze elf zaken (zaak 1, 5 t/m 9, 14 en 15) heeft de rechter bepaald dat er alsnog aan de vereiste van een overeenkomst is voldaan door te kijken naar de feitelijke gang van zaken, een contractuele betrekking ofwel een samenwerking. Hieruit kan worden geconcludeerd dat de rechter naar het ruimere begrip overeenkomst kijkt. Er wordt niet alleen gekeken naar wat er op schrift staat, maar ook naar de situatie eromheen. Geen overeenkomst op schrift maakt dus niet dat er geen overeenkomst is.

- Is er sprake van een economische eenheid?

In alle vijftien zaken is er sprake van een economische eenheid. In paragraaf 3.2 is het begrip economische eenheid uitgelegd. Wanneer er sprake is van een onderneming is dus al snel sprake van een economische eenheid. Opvallend is dat bij een onderneming die voornamelijk bestaat uit arbeidskracht, er meer tijd wordt besteed aan het begrip economische eenheid. In vijf van de vijftien zaken (zaak 4, 5, 7, 8 en 9) was dit het geval. Doorslaggevend is dat de werknemers samen een gemeenschappelijke taak verrichten en eventueel zonder specifieke activa kunnen functioneren. Een bekend voorbeeld is een schoonmaakbedrijf, dit is ook aan de orde in zaak 4 en 5. Er kan dus geconcludeerd worden dat er altijd sprake is van een economische eenheid indien het gaat om een onderneming. Daarbij is een onderneming die alleen uit arbeidskracht bestaat een twijfelgeval en wordt er door de rechter naar de gemeenschappelijke taak gekeken.

- Is de aard van de onderneming hetzelfde?

In dertien van de vijftien zaken (zaak 1 t/m 10, 12, 13 en 14) zijn bij beide ondernemingen de activiteiten en het doel hetzelfde. Dit betekent dus dat de aard van de onderneming hetzelfde is en dat er aan één deelaspect van behoud van de identiteit is voldaan. Opvallend is dat bij drie van deze dertien zaken (zaak 2, 8 en 12) de verkrijger een activiteit meer of minder uitvoerde en/of de organisatorische structuur anders was. Toch heeft de rechter in deze zaken bepaald dat de aard van de onderneming overeenkomt, omdat een activiteit meer of minder geen dergelijk verschil maakt. Ook kwam aan bod dat een andere organisatorische structuur geen verschil maakt, indien de aard van het werk hetzelfde is. In twee van de vijftien zaken (zaak 11 en 15) was geen sprake van dezelfde aard van de onderneming. Dit komt omdat de verkrijger met het merendeel van de nevenactiviteiten is gestopt. Zaak 15 is hier een goed voorbeeld. In deze zaak ging het om een tankstation met een winkeltje en PostNL punt. De verkrijger heeft de formule veranderd en van het tankstation een onbemand tankstation gemaakt. De hoofdactiviteit, het tankstation, is behouden maar alle nevenactiviteiten zijn gestopt. Er kan geconcludeerd worden dat er sprake is van dezelfde aard van de onderneming, als de activiteiten en het doel van de ondernemingen hetzelfde zijn. Dat er één activiteit meer of minder wordt uitgevoerd maakt geen dergelijk verschil.

- Is de identiteit van de onderneming behouden?

In tien van de vijftien zaken (zaak 1, 2, 5 t/m 9 en 12 t/m 15) is de identiteit behouden. In deze tien zaken zijn altijd de activa en het personeel overgenomen. Bij de ondernemingen die voornamelijk uit arbeidskracht bestaan, valt op dat er volgens de rechter sprake is van identiteitsbehoud als een wezenlijk deel van de werknemers is overgenomen. Opvallend is dat

in alle tien de zaken de aard van de onderneming hetzelfde is. Is de aard van de onderneming hetzelfde en wordt de onderneming ook nog eens voortgezet met dezelfde bedrijfsmiddelen of een wezenlijk deel van de werknemers, dan is de overeenkomst tussen de ondernemingen zo groot, dat er sprake is van identiteitsbehoud. In vijf van de vijftien zaken (zaak 3, 4, 10, 11 en 15) is de identiteit niet behouden. Opvallend is dat de aard van de onderneming verschilt bij twee van die vijf zaken (zaak 11 en 15). Er kan dus niet vanuit worden gegaan dat de identiteit is behouden als de aard van de onderneming hetzelfde is. Ook valt op dat in de vijf zaken waar geen identiteitsbehoud is, maar een klein deel van activa of werknemers is overgenomen en dit deel niet van essentieel belang is voor de onderneming.

Wanneer er naar het geheel van het jurisprudentieonderzoek wordt gekeken, valt het op dat er bij tien van de vijftien zaken (zaak 1, 2, 5 t/m 9, 12, 13 en 14) sprake is van overgang van onderneming. Juist in die zaken is sprake van een economische eenheid, waarbij de aard van de onderneming hetzelfde is en de identiteit is behouden. Dat er in deze gevallen niet altijd een duidelijke overeenkomst of contractuele betrekking is, maakt voor de rechter niet uit. Wel kan hieruit worden geconcludeerd dat wanneer er een economische eenheid is, waarbij de aard van de onderneming hetzelfde is en de identiteit behouden is, uit de feitelijke situatie voor de rechter blijkt dat er aan de vereiste van een overeenkomst is voldaan.

Bij de vijf zaken (zaak 3, 4, 10, 11 en 15) waar geen sprake is van overgang van onderneming valt op dat de identiteit niet behouden is. Dit betekent dat identiteitsbehoud de belangrijkste rol speelt bij de beslissing van de rechter over de overgang van onderneming. Daarbij speelt de doorstart ook een grote rol. In de zaken waar duidelijk naar voren komt dat er een doorstart heeft plaatsgevonden, heeft de rechter bepaald dat er geen overgang van onderneming is. Hieruit kan geconcludeerd worden dat een 'gewone' doorstart onder de regels van overgang van onderneming uitkomt.

5.1.1 Tussenconclusie

Uit de onderzochten uitspraken kan geconcludeerd worden dat er sprake is van overgang van onderneming als een economische eenheid, waarvan de aard van de onderneming hetzelfde is, zijn identiteit behoudt. Als aan deze drie criteria is voldaan, zal ook uit alle feitelijke omstandigheden van het geval blijken dat er een overeenkomst is tussen de ondernemingen. De identiteit is behouden wanneer er een essentieel deel van de activa en personeel is overgenomen. Een apart geval is een onderneming die alleen bestaat uit arbeidskracht. Bij dit soort ondernemingen kijkt de rechter of er een wezenlijk deel van de werknemers is overgenomen. Als dit het geval is, is er sprake van overgang van onderneming.

Ook kan geconcludeerd worden dat wanneer er een 'gewone' doorstart heeft plaatsgevonden, de beschermingsregels van overgang van onderneming niet gelden. Dit betekent dat een 'gewone' doorstart geadviseerd kan worden, zonder dat dit later negatieve gevolgen ondervindt door de beschermingsregels van de overgang van onderneming. De uitkomsten van deze resultaten zouden betekenen voor de pre-pack dat voorkomen moet worden dat de verkrijger te veel overeenkomst heeft met de vervreemder.

5.2 Resultaten doorstart middels een pre-pack

Om duidelijk te krijgen wanneer de rechter beslist dat er sprake is van een doorstart middels een pre-pack, zijn vijf uitspraken van de rechtbank geanalyseerd. Twee van deze uitspraken zijn gedateerd na de uitspraak van het Europees Hof van Justitie. Deze uitspraak is beschreven in paragraaf 2.4. De analyse is verwerkt in een tabel, bijgevoegd als bijlage 2. De vijf uitspraken zijn aan de hand van de volgende topics geanalyseerd:

- Wat is het doel van de procedure?

In drie van de vijf zaken (zaak 2, 3 en 5) is het doel van de procedure een zo hoog mogelijke verkoopopbrengst realiseren. In de zaken valt op dat vakbonden en werknemers stellen dat een onderneming de procedure voor het verkeerde doel gebruikt, namelijk continuïteit van de onderneming. Opmerkelijk is dat de rechter hier geen tot weinig aandacht aan besteed. In twee van de vijf zaken (zaak 1 en 4) komt het doel van de procedure niet eens naar voren. Nu de rechter in alle vijf de zaken niet oordeelt dat het doel van de procedure ongeoorloofd is, kan geconcludeerd worden dat het doel waarmee de procedure wordt gestart als zodanig niet belang is voor de beslissing van de rechter.

- Was er een voorbereiding voor de faillietverklaring?

In alle vijf de zaken is een eventuele doorstart onderzocht voor de faillietverklaring. In drie van de vijf zaken (zaak 1, 2 en 4) is onderzocht welke delen van de onderneming overgenomen kunnen worden en voor welke prijs. Daarnaast is er in deze zaken contact geweest tussen ondernemingen over een eventuele doorstart. In deze drie zaken heeft het onderzoek van de onderneming niet geleid tot een overeenkomst. De rechter bepaalt hier dan ook dat er geen voorbereide doorstart is, gelet op alleen de voorbereiding. In twee van de vijf zaken (zaak 3 en 5) is wel sprake van een voorbereide doorstart. In deze zaken komt ook duidelijk naar voren dat er een beoogd-curator en beoogd rechter-commissaris is aangewezen. Ook komt duidelijk naar voren dat er onderhandelingen zijn geweest en deze hebben geleid tot een overeenkomst voor de faillietverklaring. Hieruit kan worden geconcludeerd dat de doorstart

van een onderneming tot in de kleinste details moet zijn voorbereid, wil de rechter overtuigd zijn van een voorbereide doorstart.

- Wat is het tijdstip van de overgang?

In alle vijf de zaken ligt het tijdstip van de overgang na de faillietverklaring. Dit betekent dat er sprake is van een faillissementsprocedure omdat er tijdens het faillissement een overeenkomst is ondertekend. Opvallend is dat er in twee van de vijf zaken (zaak 3 en 5) meteen na de faillietverklaring een overeenkomst voor akkoord is getekend. Juist in deze twee zaken is ook al een overeenkomst voorbereid voor de faillietverklaring. De rechter heeft hier bepaald dat de overgang pas op het moment van de levering plaatsvindt. In drie van de vijf zaken (zaak 1, 2 en 4) heeft er tussen de faillietverklaring en het moment van de overgang een redelijke tijd gezeten. Dit komt omdat er geen overeenkomst was voor de faillietverklaring. Er kan dus geconcludeerd worden dat de overgang meteen na de faillietverklaring plaatsvindt, indien er een overeenkomst voor deze faillietverklaring tot stand is gekomen. Daarnaast is er te allen tijde sprake van een faillissementsprocedure omdat de overgang pas plaatsvindt na de faillietverklaring. Dit betekent voor de pre-pack dat deze voldoet aan de uitzonderingsregel in art. 7:666 BW.

- Is het doel gericht op de liquidatie van het vermogen?

In drie van de vijf zaken (zaak 1, 2 en 5) wordt de liquidatie van het vermogen behandeld. Echter in deze zaken heeft de rechter bepaald dat geen sprake is en behoeft te zijn van de liquidatie van het vermogen. Opvallend is dat twee van deze drie zaken (zaak 1 en 2) gedateerd zijn van na de uitspraak van het Europees Hof van Justitie. Hieruit blijkt dat er nu wel aandacht aan word besteed door de rechter. In twee van de vijf zaken (zaak 3 en 4) is liquidatie van het vermogen niet eens aan de orde gekomen. Deze twee zaken zijn ook gedateerd van voor de uitspraak van het Europees Hof van Justitie. Hieruit kan worden geconcludeerd dat na de uitspraak van het Europees Hof van Justitie de rechter wel stil staat bij liquidatie van het vermogen. Er wordt alleen niet duidelijk wat de rechter als liquidatie van het vermogen ziet, omdat in alle vijf de zaken de rechter bepaald dat liquidatie van het vermogen geen belangrijke rol speelt.

Wanneer naar het gehele jurisprudentieonderzoek wordt gekeken, valt op dat er maar in twee van de vijf zaken (zaak 3 en 5) sprake is van een pre-pack. Dit zijn dan ook de zaken waarbij voor de faillietverklaring al een overeenkomst was of in ieder geval al een doorstart was geregeld en het tijdstip van de overgang direct na de faillietverklaring plaatsvond. Opvallend

is ook dat deze twee zaken gedateerd zijn van voor de uitspraak van het Europees Hof van Justitie. Van de drie zaken waar geen sprake is van een pre-pack dateren er twee van na de uitspraak van het Europees Hof van Justitie. In deze twee zaken (zaak 1 en 2) valt op dat er wel enige voorbereiding van een doorstart is geweest maar deze voorbereiding niet daadwerkelijk tot een overeenkomst heeft geleid. In deze twee zaken geeft het tijdstip van de overgang, de rechter de doorslag om te bepalen dat er geen sprake is van een pre-pack. Dit komt omdat er een langere tijd tussen de faillietverklaring en de overgang zit.

Nu in de twee zaken, die dateren van na de uitspraak van het Europees Hof van Justitie, is bepaald dat er geen sprake is van een pre-pack, komt nog niet duidelijk naar voren of de Nederlandse rechter de pre-pack toch goedkeurt, mede gelet op de regels van de overgang van onderneming. Het lijkt ook wel of het begrip pre-pack wordt vermeden. Wel valt het op dat de rechter het punt van de liquidatie van het vermogen niet volgt. Als dit zo blijft kan het positief uitpakken voor de pre-pack, nu vooral de liquidatie van het vermogen een struikelpunt is bij de pre-pack.

5.2.1 Tussenconclusie

Uit de uitspraken van de rechtbank over de doorstart middels een pre-pack kan geconcludeerd worden dat er pas een doorstart is voorbereid, als de voorbereiding tot in de kleinste details is geregeld en leidt tot een overeenkomst voor de faillietverklaring. Nu het tijdstip van overgang altijd na de faillietverklaring ligt, valt de pre-pack onder een faillissementsprocedure. Dit betekent dat er voldaan is aan de uitzonderingsregel van artikel 7:666 BW. Dat de pre-pack gericht moet zijn op de liquidatie van het vermogen wordt door de rechter niet gevolgd. Dit zou betekenen dat er geen sprake is van overgang van onderneming.

Toch kan op basis van deze resultaten de pre-pack niet met zekerheid worden geadviseerd. Dit komt omdat in de twee zaken, die gedateerd zijn van na de uitspraak van het Europees Hof van Justitie, de rechter bepaald dat er geen sprake is van een pre-pack procedure. Nu duidelijk is dat de rechter in deze zaken nog niet toekomt aan de uitgebreide beoordeling of er sprake is van overgang van onderneming, kunnen we op basis van die uitspraken niet zien dat er sprake is van overgang van onderneming. Dit betekent dat er nog geen zekerheid is of de Nederlandse rechter de uitspraak van het Europees Hof van Justitie volledig zal volgen.

Gelet op het feit dat de rechter standaard criteria doorloopt bij de beoordeling of er sprake is van overgang van onderneming, zoals te zien in paragraaf 5.1. Kan er vanuit worden gegaan dat de rechter die criteria ook zal doorlopen als er wel sprake is van een pre-pack procedure.

Hoofdstuk 6 Conclusie en aanbevelingen

In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de centrale vraag van dit onderzoek. Het antwoord op de centrale vraag wordt gegeven aan de hand van de onderzoeksresultaten van voorgaande hoofdstukken. In paragraaf 6.1 wordt eerst de conclusie gegeven. Daarna volgen de aanbevelingen in paragraaf 6.2.

6.1 Conclusie

De centrale vraag waar antwoord op wordt gegeven luidt als volgt:

"Welk advies kan aan Brekelmans Van der Ven worden gegeven over de pre-pack procedure en de daaruit voortvloeiende Wet continuïteit ondernemingen I, rekening houdende met de overgang van onderneming bij een doorstart, op basis van literatuur- en jurisprudentieonderzoek?"

Om volledig antwoord te kunnen geven op die vraag, is als eerste gekeken naar de pre-pack procedure in zijn algemeen. De Nederlandse pre-pack procedure is erop gericht de doorstart van levensvatbare bedrijfsonderdelen te bespoedigen door in stilte voor de faillissementsverklaring voorbereidingen te treffen met een beoogd curator. Eén belangrijk voordeel van de pre-pack is dat het vermindering van de marktwaaarde voorkomt. Eén belangrijk nadeel is het spanningsveld tussen het insolventierecht en het arbeidsrecht.

Over dit spanningsveld heeft het Europees Hof van Justitie uitspraak gedaan. De Nederlandse pre-pack is niet gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder en de procedure staat ook niet onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie. Dit betekent dat alle rechten en plichten die op het moment van de overgang bestaan tussen de werkgever en zijn werknemers, en die zijn vastgelegd in een arbeidsovereenkomst, van rechtswege overgaan op de verkrijger van de onderneming. Deze regel geldt niet indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Wanneer alleen wordt gekeken naar deze uitzonderingsregel (art. 7:666 BW), zou dit betekenen dat de pre-pack procedure aan de uitzonderingsregel voldoet. Totdat Richtlijn 2001/23/EG ernaast wordt gehouden, dan wordt het moeilijk om aan te tonen dat de faillissementsprocedure gericht is op de liquidatie van het vermogen. Daarnaast heeft de pre-pack geen wettelijke grondslag en is er dus ook niet vastgelegd dat de procedure onder toezicht staat van een overheidsinstantie.

Geconcludeerd kan worden dat de WCO I dit laatste probleem oplost. De WCO I zorgt voor meer duidelijkheid over de rol van de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris. Het

vastleggen van de rol van deze actoren betekent voor de pre-pack procedure, dat deze onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie komen te staan. Hierdoor zal de pre-pack aan twee van de drie vereisten van de uitzonderingsregel in artikel 5 lid 1 van de Richtlijn 2001/23/EG voldoen. Helaas gaat de WCO I niet verder in op de rechtspositie van de werknemers van een gefailleerde onderneming. Zij zorgt alleen voor een wettelijke grondslag van de pre-pack procedure. Zodra de WCO I wordt aangenomen door de Eerste Kamer, betekent dit dat de pre-pack procedure officieel in Nederland wordt geïmplementeerd.

Belangrijk om te weten is welke overwegingen de rechter maakt bij de beslissing of er sprake is van overgang van onderneming. Geconcludeerd kan worden dat er altijd sprake is van overgang van onderneming als een economische eenheid zijn identiteit behoudt en de aard van de onderneming hetzelfde is bij beide ondernemingen. De vereiste dat er een overeenkomst moet zijn wordt ruimer opgevat door de rechter. Hieruit kan geconcludeerd worden dat de verkrijger die te veel overeenkomst heeft met de vervreemder onder de regels van overgang van onderneming valt. Wanneer dit voorkomen wordt zal het moeilijker worden om aan te tonen dat er sprake is van een overgang van onderneming. Is er sprake van een 'gewone' doorstart? Dan is er geen sprake van overgang van onderneming.

Is er volgens de rechter dan wel sprake van overgang van onderneming bij een pre-pack procedure? Geconcludeerd kan worden dat er pas sprake is van een voorbereide doorstart als de voorbereiding tot in de kleinste details is geregeld. Een doorstart onderzoeken voor faillissement is dus toegestaan. Nu het tijdstip van overgang pas na de faillietverklaring ligt, is er te allen tijde sprake van een faillissementsprocedure. Over de liquidatie van het vermogen kwam naar voren dat de rechter dit niet als een vereiste ziet. Gelet op deze uitspraken, zou dit betekenen dat bij een pre-pack procedure geen sprake is van overgang van onderneming. Toch is er in de zaken gedateerd van na de uitspraak van het Europees Hof van Justitie, door de rechter bepaald dat er geen sprake is van een pre-pack en dus ook niet van een overgang van onderneming. Er kan dus nog steeds niet met zekerheid worden gezegd, dat de rechter de uitspraak van het Europees Hof van Justitie volledig zal volgen.

Op basis van de bovenstaande conclusies kan het volgende advies worden gegeven. De pre-pack is een op zich goed werkende procedure, die ten opzichte van een 'gewone' doorstart meer voordelen met zich meebrengt. Toch kan de uitspraak van het Europees Hof van Justitie niet genegeerd worden, zeker nu de Nederlandse rechter nog geen recente uitspraak heeft gedaan over de pre-pack en de invulling van Richtlijn 2001/23/EG. Het advies is dan ook om de pre-pack procedure op dit moment niet te adviseren, tenzij de verkrijger alle werknemers overneemt.

6.2 Aanbevelingen

Gelet op de bevindingen die uit het onderzoek naar voren zijn gekomen, worden de volgende aanbevelingen ten aanzien van de pre-pack procedure gegeven.

- *Overnemen van alle werknemers bij de pre-pack procedure*

De pre-pack is binnen het insolventierecht een goed werkende procedure en ook te adviseren. Pas als er wordt gekeken naar het arbeidsrechtelijke karakter van de procedure, ontstaat er een reden om de pre-pack niet te adviseren, namelijk de regels van de overgang van onderneming. Wanneer de verkrijger alle werknemers van de vervreemder overneemt, zal heel de overgang van de onderneming geen negatief effect hebben op zowel de verkrijger als de vervreemder. De pre-pack kan op dit moment dus gebruikt en geadviseerd worden, indien het zeker is dat de (toekomstige) verkrijger alle werknemers zal overnemen.

Mocht het voor een (toekomstige) verkrijger onmogelijk zijn om alle werknemers over te nemen gezien het aantal werknemers en de financiële problemen die het met zich meebrengt, dan zijn de volgende aanbevelingen van toepassing.

- *Wachten op de inwerkingtreding van de WCO I*

Op dit moment is de pre-pack een buitenwettelijk instrument. Er is geen wettelijke grondslag om op terug te vallen. Het is daarom verstandig om te wachten met het adviseren van de pre-pack procedure tot na de inwerkingtreding van de WCO I. Duidelijk is dat de WCO I geen verdere uitleg geeft aan de rechtspositie van de werknemers bij een pre-pack procedure. Wel is in het wetsvoorstel van de WCO I gesteld dat een pre-pack gunstiger is voor de werknemers dan een regulier faillissement. Daarnaast ontstaat er rechtszekerheid voor de rechters en ondernemingen wanneer er een wettelijke grondslag is voor de pre-pack.

- *Wachten op recentere uitspraken over de pre-pack*

Naast wachten op de inwerkingtreding van de WCO I, is het ook van belang om de jurisprudentie over de pre-pack in de gaten te houden. Mocht het zo zijn dat de rechter eerder dan de inwerkingtreding van de WCO I bepaald dat de overgang van onderneming niet van toepassing is bij een pre-pack procedure, kan de pre-pack al voor de inwerkingtreding van de WCO I worden geadviseerd. Het is namelijk afwachten of de rechter de uitspraak van het Europees Hof van Justitie zal volgen.

- *De 'gewone' doorstart als tijdelijk alternatief*

Zo lang er geen recentere uitspraken over de pre-pack procedure zijn, de WCO I nog niet is aangenomen door de Eerste Kamer en de (toekomstige) verkrijger niet alle werknemers wil overnemen, wordt aanbevolen om de 'gewone' doorstart als alternatief te gebruiken. Natuurlijk alleen als er levensvatbare bedrijfsonderdelen zijn die verkocht kunnen worden tegen een hogere verkoopprijs dan bij een regulier faillissement. Ook de 'gewone' doorstart kan voorbereid worden, zo lang deze maar niet tot in de kleinste details wordt voorbereid. Er zullen zich dan geen problemen voordoen wat betreft een overgang van onderneming, want de 'gewone' doorstart valt hier niet onder.

Literatuurlijst

Boeken

- **Beltzer, in: T&C Burgerlijk Wetboek 1997**
R.M. Beltzer, commentaar op art. 7:663 BW, in *Tekst en commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 1997 (online, bijgewerkt 15 september 2017).
- **Beltzer, in: T&C Burgerlijk Wetboek 2002**
R.M. Beltzer, commentaar op art. 7:666 BW, in *Tekst en commentaar Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer 2002 (online, bijgewerkt 15 september 2017).
- **Conway 2017**
L. Conway, *Pre-pack administrations*, London: House of Commons Library 2017.
- **Deterink e.a. 2016**
A.A.M Deterink e.a., *Doorstart. Jaarboek Insolad*, Deventer: Kluwer 2008.
- **Goode 2011**
R. Goode, *Principles of corporate insolvency law*, London: Sweet and Maxwell 2011.
- **Harmsen 2016**
C.M. Harmsen, *Insolventierecht 2017/2018*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016.
- **Keizer & Stoeten 2016**
J. Keizer & M.J. Stoeten, *Bedrijf en ondernemingsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2016.
- **Oosthout 1998**
H.B. Oosthout, *De doorstart van een insolvente onderneming*, Deventer: Kluwer 1998.
- **Polak & Pannevis 2014**
N.J. Polak & M. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2011.
- **Van den Boogerd e.a. 2014**
M. Van den Boogerd e.a., *De doorstart: Praktische gids op weg naar een toekomst*, Rotterdam: Kneppelhout & Korthals N.V. 2014.
- **Van Zanten 2017**
M.R. van Zanten, *It takes smallsteps to pre-pack*, CMS Legal 2017.
- **Verstijlen 2014**
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*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2014.

Artikelen

- **Huydecoper, *TvI* 2013/5**

J.L.R.A. Huydecoper, 'Pre pack liquidatie: wat vindt een betrekkelijke buitenstaander daar op het eerste gezicht van?', *TvI* 2013/5, afl. 1.

- **Hummelen, *TvI* 2015/2**

J.M. Hummelen, 'Het verkoopproces in een pre-packaged activatransactie', *TvI* 2015/2, afl. 2.

- **Hurenkamp, *TvI* 2015/20**

J.R. Hurenkamp, 'Failliet of fast forward? Een analyse van de pre-pack in de praktijk', *TvI* 2015/20, afl. 2.

- **Hurenkamp, *TvI* 2017/21**

J.R. Hurenkamp, 'Ondergang van onderneming door de pre-pack?', *TvI* 2017/21, afl. 4.

- **Mulder, *TvI* 2015/5**

R. Mulder, 'De pre-pack: Verkoop en voortzetting in stilte, verantwoording in het openbaar. Een bespreking van de concept praktijkregels van Insolad.', *TvI* 2015/5, afl. 1.

- **Tollenaar, *TvI* 2011/23**

N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrechters van Nederland: geef ons de pre-pack!', *TvI* 2011/23, afl. 4.

- **Van Zanten, *ArbeidsRecht* 2013/47**

M.R. van Zanten, 'Aan het werk met de pre-pack!', *Arbeidsrecht* 2013/47, afl. 10.

- **Verstijlen, *NJB* 2014/803**

F.M.J. Verstijlen, 'Pre-packing in the Netherlands', *NJB* 2014/803, afl. 16.

Elektrische bronnen

- **Cools, *Avvr* 7 maart 2014**

M.J. Cools, 'De pre-pack in de praktijk', *Avvr* 7 maart 2014, avvr.nl (zoek op pre-pack).

- **INSOLAD 2015**

INSOLAD, 'Praktijkregels beoogd curator', *Insolad* september 2015, insolad.nl (zoek op beoogd curator).

- **Reijn, *de Volkskrant* 28 juli 2015**

G. Reijn, 'Rechter keurt flitsfaillissement goed', *de Volkskrant* 28 juli 2015, volkskrant.nl.

Jurisprudentie

Europees Hof

- HvJ EG 7 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:55.
- HvJ EG 18 maart 1986, ECLI:EU:C:1986:127.
- HvJ EG 15 juni 1988, ECLI:NL:XX:1988:AC4209.
- HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489.

Hoge Raad

- HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643.

Gerechtshof

- Hof 's-Hertogenbosch 24 mei 2012, JOR 2013/26.

Rechtbank

- Rb. 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, JOR 2011/375.
- Rb. Rotterdam 24 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3881.
- Rb. Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.
- Rb. Oost-Brabant 23 november 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:6787.
- Rb. Limburg 16 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:1315.
- Rb. Noord-Holland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:1455.
- Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954.
- Rb. Noord-Holland 10 mei 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:3845.
- Rb. Midden-Nederland 1 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3092.
- Rb. Overijssel 14 juni 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:2299.
- Rb. Noord-Nederland 20 juli 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:3454.
- Rb. Oost-Brabant 3 oktober 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:5448.
- Rb. Midden-Nederland 2 november 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:5714.
- Rb. Zeeland-West-Brabant 21 december 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8235.
- Rb. Overijssel 20 januari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:232.
- Rb. Limburg 6 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2068.
- Rb. Rotterdam 23 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:2325.
- Rb. Oost-Brabant 21 september 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:4873.
- Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423.

- Rb. Noord-Holland 29 november 2017. ECLI:NLRBNHO:10529.
- Rb. Gelderland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447.
- Rb. Noord-Holland 12 maart 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:1927.

Parlementaire stukken

Kamerstukken Tweede Kamer

- *Kamerstukken II* 2014/15, 34218 2.
- *Kamerstukken II* 2014/15, 34218 3.

Wet- en regelgeving

Europese regelgeving

- Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgeving der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (PbEG 2001, L 82/16).

Nationale regelgeving

- Burgerlijk Wetboek (BW).
- Faillissementswet (Fw).
- Wet op de ondernemingsraad (WOR).

Overige bronnen

- **De NOvA 2017**
Brief van de Nederlandse Orde van Advocaten van 19 oktober 2017, blg-829214.

Bijlagen

Bijlage 1 Jurisprudentieanalyse - overgang van onderneming in niet pre-pack zaken

Zaak	Overeenkomst	Economische eenheid	Aard van de onderneming	Behoud identiteit	Overgang van onderneming?
1. ECLI:NL:RBNHO: 2018:1927	Er kan geen duidelijke overeenkomst worden aangetoond. Toch heeft de rechter bepaald dat dan kan zijn voldaan aan het vereiste dat de overgang het gevolg is van een overeenkomst.	Niet in geschil. Het betreft een onderneming dus is er sprake van een economische eenheid.	De bedrijfsactiviteiten van beide ondernemingen zijn detailhandel in motorfietsen en het repareren van motorfietsen en onderdelen daarvan.	De klantenkring is overgenomen. Daarnaast gebruiken zij dezelfde handelsnaam en zijn de bedrijfsmiddelen hetzelfde gebleven met dezelfde waarde. De rechter spreekt van behoud identiteit omdat de onderneming is voortgezet met dezelfde bedrijfsmiddelen.	Ja.
2. ECLI:NLRBOBR:2017:48 73	Er is een overeenkomst van bedrijfsoverdracht. De rechter oordeelt dat niet alleen van belang is wat er op schrift is geregeld, maar ook de conclusies die uit de feitelijke situatie te halen zijn.	Niet in geschil. Het betreft een economische eenheid.	De bedrijfsactiviteiten zijn de verhuur van zalen, de organisatie van evenementen en het exploiteren van een horecabedrijf. Dat er bij de nieuwe onderneming ook een eetcafé is, maakt volgens de rechter geen verschil voor de aard van de onderneming.	De onderneming is ononderbroken voortgezet. Er zijn lijsten voor akkoord getekend met overgedragen handelsvoorraden. De inventaris is gekocht door de nieuwe onderneming. Daarnaast is een deel van de werknemers opnieuw in dienst getreden. De rechter spreekt van behoud van identiteit door de zeer grote overeenkomsten tussen de ondernemingen.	Ja.
3. ECLI:NL:RBMN E:2017:10529	Er is een beheerovereenkomst.	Er is sprake van een economische eenheid. De rechter heeft bepaald dat de eenheid niet noodzakelijkerwijs materiële en immateriële activa omvat.	Er worden vergelijkbare diensten verricht.	De rechter heeft bepaald dat er geen behoud van identiteit is. Er zijn geen werknemers overgenomen. Daarnaast wordt gebruik gemaakt van de materiële activa maar deze hebben onvoldoende onderscheidend vermogen. Dit kan dus niet meetellen bij de vraag of er sprake is van behoud van de identiteit.	Nee.

4. ECLI:NL:RBROT:2017:23 25	Niet in geschil.	Er is een eenheid van werknemers die zonder specifieke activa kan functioneren.	De overnemende onderneming verricht ook schoonmaakwerkzaamheden.	Er zijn zes werknemers overgenomen. Zij gebruiken dezelfde schoonmaakmiddelen, machines als bij de vorige onderneming. De rechter heeft bepaald dat er geen behoud van identiteit is omdat de activa bij het verrichten van de werkzaamheden niet van essentieel belang is en daarnaast is er geen wezenlijk deel van de werknemers overgenomen.	Nee.
5. ECLI:NL:RBLIM:2017:2068	Er is een contractuele betrekking. De rechter heeft bepaald dat het niet vereist is dat vervreemder en verkrijger een overeenkomst hebben gesloten. Een contractuele betrekking is genoeg.	Beslissend is of de groep werknemers die de activiteiten verrichten een economische entiteit zijn. De rechter heeft bepaald van wel.	Er zijn ondernemingsactiviteiten overgedragen. Dit betekent dat de overnemende onderneming dezelfde activiteiten verricht en de aard van de onderneming dus hetzelfde is.	De activiteiten komen overeen. Daarnaast zijn alle werknemers (met uitzondering van eiser) overgegaan. De identiteit is dus behouden.	Ja.
6. ECLI:NL:RBMNE:2016:5714	Er is geen overeenkomst gesloten en ook geen contractuele betrekking. Nu er wel sprake is van samenhangende besluitvorming en gedetailleerde afspraken, heeft de kantonrechter bepaald dat aan deze vereiste is voldaan.	Er is sprake van een economische eenheid.	De activiteiten zijn onveranderd gebleven. Zij richt zich op informatievoorziening, gastheerschap en promotie van de gemeente. De statuten hebben daarnaast dezelfde doelstelling.	Naast de identieke doelstelling, wordt er zonder onderbreking vergelijkbare activiteiten voortgezet. Daarnaast zijn er bedrijfsgegevens, relaties, domeinnamen en merken overgenomen. De rechter heeft bepaald dat de identiteit behouden is. Dat de onderneming andere keuzes maakt voor de verwezenlijking van haar doel is niet van belang.	Ja.

7. ECI:NL:RBNHO:2016 :3845	Er is geen contract gesloten voor de overname. Wanneer er geen rechtstreekse contractuele band bestaat tussen de ondernemingen kan alsnog sprake zijn van overgang van onderneming.	Het betreft hier een wijkteam. Dit wijkteam is een economische eenheid.	Bij beide ondernemingen zijn de activiteiten gelegen in de dienstverlenende werkzaamheden van het wijkteam.	De activiteiten van beide ondernemingen komen overeen. Daarnaast is het klantenbestand en samenhangende dossiers en papieren overgenomen. Dit valt onder relevante activa die is overgenomen. De rechter heeft bepaald dat er sprake is van behoud van de identiteit.	Ja.
8. ECI:NL:RBNHO:2016 :1455	Er is geen directe overeenkomst. Toch heeft de rechter bepaald dat aan deze vereiste is voldaan, omdat de subsidie voor welzijnswerk toegekend is aan de overnemende onderneming.	De werknemers functioneerden als een geheel van werknemers die met het verrichten van welzijnsdiensten belast waren. Het gaat dus om een economische eenheid die alleen uit arbeidskrachten bestaat.	Beide ondernemingen hebben als doel deelname van burgers aan de samenleving door welzijnsdiensten te leveren. Dat de organisatorische structuur anders is maakt geen verschil. Zolang de aard van het werk maar hetzelfde blijft.	Als een economische eenheid zonder materiële of immateriële activa kan functioneren, kan het behoud van identiteit niet alleen van de activa afhangen. In zo'n geval is sprake van behoud van identiteit wanneer een groot deel van het personeel is overgenomen. In deze zaak is sprake van bovenstaande en daarom ook sprake van behoud van de identiteit.	Ja.
9. ECI:NL:RBOBR:2016: 5448	Er is geen overeenkomst. Wel zijn er verschillende berichten waarin tussen de ondernemingen wordt gesproken over een overname. Hierdoor is een praktische samenwerking tussen de ondernemingen bestaan, gericht op de overname.	De werknemers zijn belast met het verlenen van hulp bij het huishouden. Dit is een gemeenschappelijke taak. Het gaat ook hier weer om een economische eenheid die alleen uit arbeidskrachten bestaat.	Beide ondernemingen verlenen hulp bij het huishouden en dan voornamelijk in de thuiszorg.	Er zijn geen materiële activa overgenomen. Wel zijn 145 van de 176 medewerkers overgenomen en de daarbij behorende cliënten. Dit is een wezenlijk deel van de medewerkers en deskundigheid die de onderneming had. De rechter heeft daarom bepaald dat er sprake is van identiteit behoud.	Ja.

10. ECLI:NL:RBNNE:2016: :3454	Niet in geschil.	Ja, er is een onderneming dus sprake van een economische eenheid.	Beide ondernemingen zijn werkzaam op het gebied van transport.	De meeste activa behoorde tot de holding en niet tot de gefailleerde onderneming, deze zijn dus niet overgegaan. Daarnaast zijn er 15 werknemers in dienst getreden bij de doorstartende onderneming, echter pas na opzegging van de eerdere arbeidsovereenkomsten. Er is geen sprake van behoud van de identiteit.	Nee.
11. ECLI:NL:RBMNE:2016: 3092	Er is geen overeenkomst. Dit komt verder niet aan bod.	Ja, er is sprake van een economische eenheid.	De aard van de onderneming verschilt. Ook in een supermarktbranche bestaan er verschillen tussen de supermarkten. Juist nu de supermarkt niet eerder wilde overgaan naar de supermarktorganisatie blijkt dat zij hun identiteit wilde beschermen.	Ook is er geen sprake van identiteit behoud. Een supermarkt heeft een belangrijke inzet van materiële middelen. Kapitaal is in deze belangrijker dan arbeid. Voor de identiteit is het daarom belangrijk dat er materiële activa is overgedragen. Dit is niet het geval. Dat er 18 werknemers bij de nieuwe supermarkt in dienst zijn getreden en de klantenkring hetzelfde is, maakt niet dat de identiteit behouden is.	Nee.
12. ECLI:NL:RBOVE:2016: 2299	Er was een vervoersovereenkomst. Gemiva is een nieuwe vervoersovereenkomst aangegaan met de verkrijger. Dit is een uitbreiding op de reeds bestaande vervoersovereenkomst.	De 50 chauffeurs samen met de inzet van 41 bussen verrichten een gemeenschappelijke activiteit. Het verzorgen van taxivervoer voor Gemiva. Er is dus sprake van een economische eenheid.	Beide ondernemingen houden zich bezig met vervoersactiviteiten. De vervreemder had naast vervoersactiviteiten ook touringcarvervoer. De verkrijger niet. Toch is de aard van onderneming hetzelfde. De extra activiteit maakt geen dergelijk verschil.	De verkrijger heeft 40 van de 41 bussen gekocht van de vervreemder voor de vervoersactiviteiten. Daarnaast heeft hij 28 werknemers van vervreemder in dienst genomen. De verkrijger heeft zonder onderbreking door middel van de bussen en werknemers de activiteiten ononderbroken voortgezet. Daarbij is de klantenkring ook behouden. Er is dus duidelijk sprake van identiteit behoud.	Ja.

13. ECLI:NL:RBLIM:2016:1315	Er is een overeenkomst tot overdracht van de onderneming.	Er is sprake van een economische eenheid. Er is namelijk een onderneming.	Beide ondernemingen exploiteren een café.	Het concept van de verkrijger is identiek aan die van de vervreemder. Daarnaast wordt gebruik gemaakt van dezelfde inventaris en klantenkring. Ook een deel van het personeel is overgegaan. Gezien het feit dat alles is overgegaan naar de verkrijger en het concept identiek is, is er sprake van behoud van de identiteit.	Ja.
14. ECLI:NL:RBROT:2015:3881	De rechter heeft bepaald dat er een wilsovereenstemming moet zijn geweest tussen de vervreemder en verkrijger.	De onderneming dient als een economische eenheid te worden beschouwd.	Beide ondernemingen houden zich bezig met het installeren van kranen. De aard van de onderneming is dus hetzelfde.	De verkrijger heeft de inventaris, het personeel en de belangrijkste klanten overgenomen. Hij heeft de overeenkomende activiteiten meteen voortgezet. Volgens de rechter is daarom sprake van identiteit behoud.	Ja.
15. ECLI:NL:RBOBR:2015:6787	Er is geen overeenkomst nodig voor de overgang van ondernemingsactiviteiten . Uit de feitelijke gang van zaken kan ook blijken dat er sprake is van overgang.	Er is sprake van een economische eenheid.	Bij beide ondernemingen worden brandstoffen verkocht. De aard van de onderneming is alleen veranderd omdat de nieuwe onderneming gestopt is met alle nevenactiviteiten.	Er is geen behoud van identiteit. Nu de formule veranderd is en het een onbemand tankstation is geworden, is er geen personeel meer nodig. Ook heeft de nieuwe onderneming geen activa overgenomen. Daarnaast zal de klantenkring ook veranderen, nu klanten met een speciale tankpas hier niet meer terecht kunnen.	Nee.

Zaak	Doel van de procedure	Vorbereiding	Tijdstip overgang	Liquidatie van het vermogen	Pre-pack?
1. ECLI:NL:RBGEL:2018:447	Faillissementsprocedure. Een verder doel wordt er niet gegeven.	De failliete onderneming heeft voor het uitspreken van het faillissement onderzocht welke delen van de onderneming uit de boedel overgenomen kunnen worden en welke prijs hiervoor betaald moet worden. Uiteindelijk hebben zij nog geen overeenkomst voor het faillissement gemaakt.	7 september 2017 na de faillietverklaring (8 augustus) is een activaovereenkomst getekend en activa met handelsnaam overgedragen aan de doorstarter. De overgang is dus na de faillietverklaring. Sprake van een faillissementsprocedure.	Situatie als in het arrest FNV/Smallsteps is in dit geval niet van toepassing volgens de rechter. Liquidatie van het vermogen wordt dus niet besproken.	Nee.
2. ECLI:NL:RBNHO:2017:8423	Het doel was om de onderneming zoveel mogelijk "going concern" te verkopen, zodat een hogere verkoopopbrengst gerealiseerd kon worden.	Nu de overdracht van de onderneming niet tot in de kleinste details is voorbereid, is er geen sprake van een voorbereide doorstart. Wel is gebleken dat er contacten tussen de ondernemingen zijn geweest over een eventuele doorstart, maar dit is niet voldoende.	De doorstart heeft pas 3 weken na de faillietverklaring plaatsgevonden (30 juni 2017), door middel van een activaovereenkomst. Dus er is sprake van een faillissementsprocedure.	De rechter heeft bepaald dat het voortzetten van de activiteiten niet afdoen aan het doel van de faillissementsprocedure, namelijk liquidatie van het vermogen. Het streven naar een hogere verkoopopbrengst heeft hierbij een doorslaggevende rol gespeelt.	Nee.
3. ECLI:NL:RBOV E:2017:232	Het doel is een hogere verkoopopbrengst behalen.	Voor het faillissement is een beoogd-curator en beoogd rechter-commissaris aangewezen (21 oktober 2014). Zij hebben onderhandeld en daar is een overeenkomst uit voortgekomen.	De ondernemingen zijn op de dag van de faillietverklaring (27 oktober 2014) een doorstart overeengekomen, door middel van een activaovereenkomst. Dus er is sprake van een faillissementsprocedure.	Niet in geschil.	Ja.

4. ECLI:NL:RBZWB:2016:8 235	Doel wordt niet verder gegeven.	Er is geprobeerd een doorstart te realiseren voor de faillietverklaring. Dit is niet gelukt, waardoor niet van een voorbereide doorstart gesproken kan worden.	De overgang heeft na de faillietverklaring (26 februari 2013) plaatsgevonden. Op 14 maart 2013 is namelijk het contract voor de doorstart ondertekend. Nu de doorstart tot stand is gekomen na de faillietverklaring is er sprake van een faillissementsprocedure.	Niet in geschil.	Nee.
5. ECLI:NL:RBOVE:2015:3589	Het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de schuldeisers.	Er zijn verschillende partijen uitgenodigd om biedingen te doen. Hierna zijn een beoogd-curator en beoogd rechter-commissaris aangewezen die verder hebben onderhandeld. Er was al een overeenkomst alleen nog geen bespreking over de inhoud van de overeenkomst.	Ondanks dat de doorstart voorbereid is, heeft de rechter bepaald dat de overgang op het moment van de levering plaatsvindt. De overgang ligt dus na de faillissementsdatum, waardoor er sprake is van een faillissementsprocedure.	Volgens de rechter is liquidatie van het vermogen niet belangrijk. Er is niet gesteld noch gebleken dat geen sprake zou zijn van liquidatie van het vermogen.	Ja.