



DE WET CONTINUÏTEIT ONDERNEMINGEN I: DE WETTELIJKE VERANKERING VAN DE 'PRE-PACK'

MR. BRAM VERMUE

GEPUBLICEERD: 21 SEPTEMBER 2015

1. Inleiding

Het wetsontwerp van de Wet Continuïteit Ondernemingen is afgelopen juni voorgelegd aan de Tweede Kamer en bespreekt de wettelijke basis voor een door de rechtspraak ontwikkelde methode. In deze methode, ook wel de 'pre-pack' genoemd, staat de toekomstige curator de onderneming reeds voor de faillietverklaring in het geheim bij om het aankomende faillissement en in de meeste gevallen een daaruit voortvloeiende doorstart voor te bereiden.

2. Wetsvoorstel

Ingevolge het wetsvoorstel wordt de Faillissementswet (Fw) zodanig gewijzigd dat de methode van de 'pre-pack' in de wet verankerd wordt. Op verzoek van de onderneming kan de rechtbank, ongeacht de omvang of rechtsvorm van die onderneming, in de aanloop naar een faillietverklaring, de toekomstige curator en de toekomstige rechter-commissaris aanwijzen. Op deze manier kan het faillissement vroegtijdig worden voorbereid. Zoals uit het wetsvoorstel voortvloeit, heeft deze voorbereiding als doel om de uit het faillissement voortvloeiende schade voor de betrokkenen zoveel mogelijk te beperken. Een goede voorbereiding vergroot te kans op een meer rendabele verkoop van doorstartende bedrijfsonderdelen, met een hogere opbrengst en een beter behoud van de werkgelegenheid tot gevolg.[\[1\]](#)

3. Consultatie

Na de consultatie zijn het wetsvoorstel en de memorie van toelichting enigszins aangepast. Aanpassingen die zijn gedaan, zien vooral op de voorwaarden waaraan door de onderneming voldaan moet zijn, alvorens de rechtbank overgaat tot aanwijzing. Daarnaast zien de aanpassingen tevens op de taken en bevoegdheden van de toekomstige curator en rechter-commissaris.

SAMEN UITBLINKEN

Onze advocaten en het ondersteunend personeel vormen een sterk, gedreven team. Samen werken we snel, accuraat en doelgericht om onze klanten maximaal te ondersteunen. **Samen uitblinken** is waar we voor staan.

CONTACTGEGEVENS

De Voort Advocaten | Mediators
Professor Cobbenhagenlaan 75
5037 DB Tilburg
Telefoon: [013 466 88 88](tel:0134668888)
Fax: [013 466 88 66](tel:0134668866)
E-mail: advocaten@devoort.nl

POSTADRES

Postbus 414
5000 AK Tilburg

3.1 Praktisch

Ten aanzien van enkele praktische, maar zeker niet onbelangrijke, vragen is er na de consultatie duidelijkheid ontstaan in de zin dat het bestuur van de onderneming de AVA geen toestemming hoeft te vragen voor zij, in het geheim, de rechtbank verzoekt tot aanwijzing. Het bestuur is tenslotte autonoom in het bepalen van het beleid en strategie van de onderneming. Op het gebied van de (arbeids) medezeggenschap is het tevens niet nodig om advies van de ondernemingsraad (OR) te vragen. Ten aanzien van de bescherming van werknemers bij de overgang van een onderneming vinden er ten opzichte van 'reguliere' faillissementssituaties geen veranderingen plaats in het geval de verkoop en doorstart bij wijze van de 'pre-pack' worden voorbereid.[\[2\]](#)

3.2 Voorkoming misbruik en bijbehorende sanctionering

Een kanttekening die bij de 'Pre-pack' is gemaakt, is het gebrek aan transparantie, waardoor er door de bestuurders misbruik zou kunnen worden gemaakt van de regeling.[\[3\]](#) Om deze kanttekening teniet te doen is in de memorie van toelichting uitleg verschaft over het doel van de 'pre-pack' en de werkwijze van de toekomstige curator en rechter-commissaris. Het is namelijk zo dat de kans op een optimaal resultaat na een doorstart groter is wanneer de doorstart onder toezien oog van de toekomstige curator en rechter-commissaris. Alle betrokken partijen zijn er bij gebaat dat de curator en rechter-commissaris zich reeds voor het faillissement kunnen voorbereiden op hun taken gedurende dat faillissement. Door de 'pre-pack' wordt de directe transparantie naar de schuldeisers toe bevorderd, aangezien het eindverslag van de beoogde curator zeer snel volgend op de faillissementsuitspraak ter griffie wordt gedeponereerd, waardoor men deze spoedig kan inzien en daarbij de mogelijkheid bestaat om op korte termijn invloed uit te oefenen op het verloop van het faillissement.[\[4\]](#)

De toekomstig curator en rechter-commissaris kunnen er al voor het faillissement op toezien dat er juiste keuzes worden gemaakt en kunnen in het geval van blijk van ongeoorloofd gedrag van bestuurders, komt dit wangedrag in een vroeger stadium aan het licht en kunnen er direct maatregelen worden getroffen. Maatregelen die kunnen worden genomen is het niet uitvoeren van de beoogde doorstart en/of de bestuurders hoofdelijk aansprakelijk stellen voor de schade die door hun toedoen of nalaten is ontstaan. Verschaffen bestuurders onjuiste informatie betreffende de 'meerwaarde' (waarover later meer) van een doorstart met het oogmerk om het traject van de 'pre-pack' op oneigenlijke gronden te gebruiken, dan wordt aangenomen sprake te zijn van onbehoorlijk bestuur en wordt vermoed dat dit een belangrijke oorzaak van het faillissement is.[\[5\]](#) Er wordt zo de mogelijkheid geboden om schade persoonlijk te verhalen op de bestuurders. De curator heeft los hiervan tevens de mogelijkheid om de rechter te verzoeken een bestuursverbod op te leggen aan bestuurders die oneigenlijk gebruik maken van het 'pre-pack' traject.

3.3 Toelating

Wil er een 'pre-pack' traject kunnen worden gestart, dan dient de (zo goed als) failliete onderneming de rechtbank te

SAMEN UITBLINKEN

Onze advocaten en het ondersteunend personeel vormen een sterk, gedreven team. Samen werken we snel, accuraat en doelgericht om onze klanten maximaal te ondersteunen. **Samen uitblinken** is waar we voor staan.

CONTACTGEGEVENS

De Voort Advocaten | Mediators
Professor Cobbenhagenlaan 75
5037 DB Tilburg
Telefoon: [013 466 88 88](tel:0134668888)
Fax: [013 466 88 66](tel:0134668866)
E-mail: advocaten@devoort.nl

POSTADRES

Postbus 414
5000 AK Tilburg

overtuigen dat een stille voorbereiding van het aanstaande faillissement met het oog op een doorstaat van (enkele onderdelen van) de onderneming een aanmerkelijk hogere opbrengst kan opleveren dan het geval waarin de ‘reguliere’ weg van het faillissementsrecht gevolgd wordt. De verkoopprijs van (onderdelen van) de onderneming dient na een stille voorbereiding dus aanmerkelijk hoger te zijn dan de liquidatiewaarde.[\[6\]](#) Dit wordt ook wel het ‘meerwaarde criterium’ genoemd. Daarbij mag niet uit het oog verloren worden dat de onderneming aantoonbaar in staat moet zijn om aan haar betalingsverplichtingen te kunnen voldoen gedurende de stille voorbereiding van het faillissement.[\[7\]](#)

3.4 Rol rechtbank

De rechtbank kan wel worden gezien als de zogenaamde ‘poortwachter’ van het ‘pre-pack’ traject. Deze poortwachter bepaalt of het verzoek om uitvoering te kunnen geven aan het traject wordt ingewilligd. Hierin neemt zij een belangrijke rol in, omdat met de toekenning van het verzoek zowel de toekomstig curator[\[8\]](#), rechter-commissaris alsmede de duur van het traject worden bepaald.[\[9\]](#) Ook de macht om het traject vroegtijdig te beëindigen ligt bij de rechtbank.[\[10\]](#) Onlangs is de regel toegevoegd dat de rechtbank bij het inwilligen van het verzoek de ‘meerwaarde’ vermeldt, die door de verzoeker aan haar is opgegeven.[\[11\]](#)

Gedurende het traject kent de rechtbank de mogelijkheid om de toekomstig curator aanwijzingen te geven en zo aanvullende voorwaarden aan het traject te verbinden.[\[12\]](#) Gedacht kan worden aan het inschakelen van externe deskundigen. Het traject loopt ten einde met de faillietverklaring door de rechtbank. Haar rol blijft uiteraard ook gedurende het faillissement bestaan. De rechtbank ziet er op toe dat de schuldeisers in geval het een faillissement op de hoogte worden gesteld van hetgeen zich in de stille fase heeft afgespeeld.

3.5 Rol curator

Waar de curator in het voorontwerp vooral een observerende ‘fly-on-the-wall’-achtige rol toebedeeld kreeg, is zijn rol na de consultatie enigszins veranderd. Hij krijgt een actievere rol die vanzelfsprekend meer verantwoordelijkheid met zich meebrengt. In deze rol kan de toekomstig curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers beter waarborgen. Een logische stap, want gezien het stille karakter van de voorbereidingsfase hebben de gezamenlijke schuldeisers niet de mogelijkheid om gedurende het traject op te komen voor hun belangen.[\[13\]](#) De toekomstig curator mag op aanvraag van de toekomstig gefailleerde een actievere rol op zich nemen, maar dient zich hierbij te beperken om geen adviseur te worden.[\[14\]](#)

Een dermate actieve rol zou conflicteren met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers.

Omdat de toekomstig curator gedurende het voorbereidingstraject slechts onder toestemming van de toekomstig gefailleerde met derden contact kan leggen, lijkt het alsof de toekomstig curator wordt beperkt en ernstig afhankelijk is van de toekomstig gefailleerde. Echter, de toekomstig curator, zal de curator in het faillissement zijn en heeft de macht om de dan inmiddels gefailleerde aan te spreken voor tekorten en kan bepalen of de

SAMEN UITBLINKEN

Onze advocaten en het ondersteunend personeel vormen een sterk, gedreven team. Samen werken we snel, accuraat en doelgericht om onze klanten maximaal te ondersteunen. **Samen uitblinken** is waar we voor staan.

CONTACTGEGEVENS

De Voort Advocaten | Mediators
Professor Cobbenhagenlaan 75
5037 DB Tilburg
Telefoon: [013 466 88 88](tel:0134668888)
Fax: [013 466 88 66](tel:0134668866)
E-mail: advocaten@devoort.nl

POSTADRES

Postbus 414
5000 AK Tilburg

in het voorbereidingstraject vormgegeven doorstart wel of niet wordt uitgevoerd. Kortom, te verwachten valt dat de toekomstig gefailleerde de toekomstig curator doorgaans zijn benodigde ruimte geeft.^[15] Nadat het faillissement door de rechter is uitgesproken dient de curator binnen zeven dagen zijn verslag in betreffende de voorbereidingsfase.^[16] Dit heeft als voordeel dat de gezamenlijke schuldeisers binnen een zeer korte tijd op de hoogte zijn van de stand van zaken in het faillissement en wat daaraan (in stilte) vooraf is gegaan.

Wordt er geen faillissement uitgesproken, omdat de reorganisatie van de onderneming zich volledig achter de schermen heeft afgespeeld en het faillissement of surseance van betaling daardoor is uitgebleven, dan wordt het eindverslag niet gepubliceerd.^[17]

3.6 Rol rechter-commissaris

Waar de rechtbank fungeert als de ‘poortwachter’, fungeert de rechter-commissaris als de ‘toezichthouder’.^[18] De rechter-commissaris kijkt gedurende het traject van de ‘pre-pack’ kritisch naar het functioneren van de toekomstig curator. Gezien het feit dat het traject in alle stilte plaatsvindt, hebben de schuldeisers geen kennis van wat er gaande is en zijn daarom niet in staat om op grond van artikel 69 Faillissementswet via de rechter-commissaris op te komen tegen handelingen van de toekomstig curator. Na het moment van faillietverklaring bestaat deze mogelijkheid wel.^[19] Het is van zeer groot belang dat de toekomstig rechter-commissaris een proactieve houding aanneemt ten aanzien van het controleren van de toekomstig curator. Er vinden regelmatig inlichtingen plaats van de toekomstig curator aan de toekomstig rechter-commissaris. De toekomstig curator is verplicht alle door de rechter-commissaris gevraagde informatie te verschaffen. Is de toekomstig rechter-commissaris van mening dat de toekomstig curator niet voldoet aan hetgeen van hem verwacht mag worden, dan kan hij de rechtbank verzoeken de curator van zijn aanstelling te ontheffen.^[20]

4. Conclusie

Het wetsvoorstel legt de in de afgelopen jaren in de praktijk ontwikkelde ‘pre-pack’ vast. Na de consultatie is het voorontwerp op een juiste manier uitgebouwd. Aan de huidige inhoud is goed te zien dat er aandachtig geluisterd is naar de praktijk. Er wordt met de vastlegging van de ‘pre-pack’ op allerlei punten duidelijkheid verschaft. Zo zijn de regels met betrekking tot de ‘pre-pack’ omtrent de rol en aanwijzing van de toekomstig curator afgebakend alsook de mate van toezicht op zijn functioneren. Met deze nieuwe regeling worden ook de belangen van de gezamenlijke schuldeisers beter gewaarborgd. Echter, er dient op dit punt rekening te worden gehouden met alle schuldeisers met dien verstande dat bepaalde groepen schuldeisers (bijvoorbeeld werknemers) niet voorgetrokken worden op de rest. Afsluitend kan gesteld worden dat het hoofddoel van het bestaan van de ‘pre-pack’ door de nieuwe regeling nog beter nagestreefd kan worden: de schade die uit het faillissement voortvloeit kan bij een juiste uitvoering van het traject in aanmerkelijke mate worden beperkt ten opzichte van een faillissement zonder voorafgaande stille voorfase.

SAMEN UITBLINKEN

Onze advocaten en het ondersteunend personeel vormen een sterk, gedreven team. Samen werken we snel, accuraat en doelgericht om onze klanten maximaal te ondersteunen. **Samen uitblinken** is waar we voor staan.

CONTACTGEGEVENS

De Voort Advocaten | Mediators
Professor Cobbenhagenlaan 75
5037 DB Tilburg
Telefoon: [013 466 88 88](tel:0134668888)
Fax: [013 466 88 66](tel:0134668866)
E-mail: advocaten@devoort.nl

POSTADRES

Postbus 414
5000 AK Tilburg

[1] Artikel 363 lid 1 van het wetsvoorstel

[2] Paragraaf 5 MvT

[3] Zie o.a. Kamerstukken II 2014/15, 34 218, nr. 4

[4] Paragraaf 2 MvT

[5] p. 21 MvT

[6] Artikel 363 lid 1 van het wetsvoorstel

[7] Artikel 363 lid 1, 2 en artikel 367 van het wetsvoorstel

[8] Artikel 363 lid 1 van het wetsvoorstel

[9] Ingevolge artikel 363 lid 2 van het wetsvoorstel is de termijn bij aanvang maximaal twee weken

[10] Artikel 363 lid 3 en 366 lid 1 sub a van het wetsvoorstel

[11] Artikel 363 lid 2, 364 lid 1, 365 lid 2 van het wetsvoorstel

[12] Artikel 363 lid 4 van het wetsvoorstel

[13] Paragraaf 3.3.2 MvT

[14] p. 21 MvT

[15] P. 22 MvT

[16] Artikel 364 lid 3 van het wetsvoorstel

[17] Leden 3 en 4 van artikel 366 van het wetsvoorstel

[18] Artikel 365 lid 2 van het wetsvoorstel

SAMEN UITBLINKEN

Onze advocaten en het ondersteunend personeel vormen een sterk, gedreven team. Samen werken we snel, accuraat en doelgericht om onze klanten maximaal te ondersteunen. **Samen uitblinken** is waar we voor staan.

CONTACTGEGEVENS

De Voort Advocaten | Mediators
Professor Cobbenhagenlaan 75
5037 DB Tilburg
Telefoon: [013 466 88 88](tel:0134668888)
Fax: [013 466 88 66](tel:0134668866)
E-mail: advocaten@devoort.nl

POSTADRES

Postbus 414
5000 AK Tilburg

[19] p. 2 MvT

[20] Artikel 364 van het wetsvoorstel



MR. BRAM VERMUE

Advocaat

b.vermue@devoort.nl

[013-4668819](tel:013-4668819)

SAMEN UITBLINKEN

Onze advocaten en het ondersteunend personeel vormen een sterk, gedreven team. Samen werken we snel, accuraat en doelgericht om onze klanten maximaal te ondersteunen. **Samen uitblinken** is waar we voor staan.

CONTACTGEGEVENS

De Voort Advocaten | Mediators
Professor Cobbenhagenlaan 75
5037 DB Tilburg
Telefoon: [013 466 88 88](tel:0134668888)
Fax: [013 466 88 66](tel:0134668866)
E-mail: advocaten@devoort.nl

POSTADRES

Postbus 414
5000 AK Tilburg