

Doorstart met behulp van pre-pack onzeker na uitspraak Europees hof



Het leek zo'n hoopvolle ontwikkeling: snel en efficiënt een doorstart maken met behulp van de pre-pack. Sinds 2013 maken ondernemingen dan ook – overigens met wisselend succes – gebruik van deze mogelijkheid. In de praktijk is de populariteit van de pre-pack echter al enige tijd tanende. Dit komt door een uitspraak van het Europese Hof van Justitie.

Eerst een korte toelichting bij de pre-pack. Het gaat hierbij om een methode waarbij de rechtbank vóór het faillissement van een vennootschap een zogenoemde 'beoogd curator' en een 'beoogd rechter-commissaris' aanwijst.

Deze koken het faillissement van de bewuste onderneming als het ware voor. Op de dag dat het faillissement wordt uitgesproken wordt daardoor nagenoeg gelijktijdig goedkeuring gegeven voor de voorgekookte doorstart.

Stille voorbereidingsfase

Het aanwijzen van de beoogd curator en het voorbereiden van de doorstart gebeurt in stilte. Dit wordt daarom ook wel de 'stille voorbereidingsfase' genoemd. Het uitgangspunt is dat de stille voorbereidingsfase slechts twee weken duurt.

Doel hiervan is de schade die voortvloeit uit het faillissement voor schuldeisers (waaronder ook de werknemers) onder leiding van de beoogd curator zo veel mogelijk te beperken. Door te 'pre-packen' moeten de kansen op voortzetting van een onderneming of een verkoop van rendabele onderdelen van de onderneming tegen een zo hoog mogelijke prijs worden vergroot.

De pre-pack moet haar grondslag krijgen in de Wet Continuïteit Ondernemingen I en maakt deel uit van de wens van de wetgever om de faillissementswetgeving te herijken. De herijking bestaat uit drie pijlers, waarbij de pre-pack onder de tweede pijler valt:

- fraudebestrijding;
- versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven;
- modernisering van het faillissementsrecht.

Zekerheid voor de doorstarter

Het grote voordeel van een pre-pack ten opzichte van een 'klassieke' doorstart in een faillissement – waarbij met de curator na het uitspreken van het faillissement nog onderhandeld moet worden over de doorstart – is dat de doorstarter nog vóór het faillissement nagenoeg zeker weet dat de onderneming na het faillissement direct door hem kan worden voortgezet. De deuren van de onderneming hoeven dus niet dicht en de onderneming komt niet stil te liggen.

Nadelige gevolgen van de pre-pack

In de praktijk klonken steeds meer negatieve geluiden over de stille voorbereidingsfase. Het zou de marktwerking wegnemen en partijen die niet betrokken werden bij de pre-pack de kans op het realiseren van een doorstart ontzeggen.

Daarnaast bestond de angst dat er misbruik gemaakt zou worden van de pre-pack. Onder meer om deze redenen is het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I al diverse keren aangepast.

Uiteindelijk is in het meest recente wetsvoorstel onder meer opgenomen dat de rechtbank voorwaarden aan de pre-pack mag verbinden. Is er tijdens de stille voorbereidingsfase maar één serieuze kandidaat in beeld, dan kan de rechtbank bepalen dat na de faillietverklaring éérst een publieke aankondiging zal

moeten worden gedaan.

Als daarop bezwaren van schuldeisers binnenkomen, kunnen de curator en de rechter-commissaris beslissen dat de voorbereide doorstart toch niet doorgaat. Dat geldt ook als sprake is van een verplichte personeelsvertegenwoordiging of ondernemingsraad; deze moet door de ondernemer bij de stille voorbereidingsfase betrokken worden.

Tot slot kan de ondernemer gevraagd worden om een zekerheidsstelling te stellen als waarborg voor het salaris van de beoogd curator. Deze onzekerheid drukt dan ook de overnameprijs. De dreiging van deze voorwaarden en de voorwaarden an sich leveren dus grote onzekerheid en een lagere overnameprijs op en hebben gevolgen gehad voor de populariteit van de pre-pack.

Net zoals bij een klassieke doorstart is het de bedoeling dat ook bij de pre-pack de doorstarter de werknemers van de failliete onderneming kan overnemen. De doorstarter kan aan 'cherry-picking' doen en enkel de werknemers in loondienst nemen die hij wenst.

Ook bij een pre-pack is er sprake van opvolgend werkgeverschap, waardoor werknemers hun arbeidsverleden meenemen als zij in loondienst gaan bij de doorstarter. Het arbeidsverleden is vooraf in kaart te brengen en de doorstarter kan vervolgens een weloverwogen besluit nemen welke werknemers – inclusief arbeidsverleden – hij in loondienst wil nemen.

Overgang van onderneming

De mogelijke doodsteek voor de pre-pack is een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het Europees Hof boog zich in de Estro-zaak over de vraag of bij een pre-pack sprake is van 'overgang van onderneming'.

Overgang van onderneming houdt – kort gezegd – in dat de werknemers van de failliete onderneming met behoud van arbeidsvoorwaarden in dienst treden bij de koper. Er wordt een uitzondering op de overgang van onderneming gemaakt als de onderneming in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort.

Echter, het Europees Hof heeft geoordeeld dat een dergelijke uitzondering op de overgang van onderneming niet van toepassing is bij een pre-pack. Hoewel bij een pre-pack ook een faillissement plaatsvindt, is de wijze waarop dit gebeurt wezenlijk anders dan bij een klassiek faillissement.

Er bestaat bij een pre-pack namelijk geen onzekerheid meer over de vraag of er overeenstemming met de curator kan worden bereikt. De curator was immers bij de stille voorbereidingsfase betrokken en weet van de hoed en de rand.

Bovendien is de uitzondering bij faillissementen bedoeld voor situaties waarin de beëindiging van de onderneming wordt beoogd. De pre-pack is daarentegen juist gericht op een doorstart. Als het doel de continuïteit van de exploitatie van de onderneming is, kan niet worden gerechtvaardigd dat werknemers rechten worden ontnomen.

Kortom, cherry-picking is niet meer mogelijk en de doorstarter heeft het volledige werknemersbestand – inclusief arbeidsverleden – in loondienst. Zie ook de infographic.

Wetsvoorstel uitgesteld

De Eerste Kamer heeft inmiddels besloten het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I aan te houden tot het tegelijk met het wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement behandeld kan worden. Daarnaast heeft de Hoge Raad nieuwe vragen aan het Hof van Justitie gesteld over de pre-pack (ECLI:NL:HR:2020:753). Het Hof van Justitie moet die vragen nog beantwoorden.

Desastreuse gevolgen

Het feitelijke gevolg van de uitspraak van het Europees Hof zal zijn dat, ondanks de voordelen die een pre-pack kan hebben, geen doorstarter het risico zal nemen dat er sprake is van overgang van onderneming en hij hierdoor het volledige personeelsbestand van de failliete onderneming, inclusief arbeidsverleden, in loondienst heeft.

De gevolgen hiervan kunnen desastreus zijn voor de doorstart. In de praktijk zullen ondernemers naar alle waarschijnlijkheid weer kiezen voor de klassieke doorstart, met alle gevolgen van (tijdelijke) sluiting van de failliete onderneming van dien.

Dit verdiepingsartikel is geschreven door Sanne Koster, partner en sectievoorzitter Herstructurering, Financiering & Faillissementen, en Werner Altenaar, advocaat Herstructurering, Financiering & Faillissementen

Dit is een artikel van de redactie van BV Rendement

BV Rendement is dé informatiebron voor directeuren-grotaandeelhouders (dga's) en ondernemers in het mkb. Wat is er veranderd in de relevante wet- en regelgeving, en hoe kunt u deze informatie direct in uw organisatie en dagelijkse werk toepassen? U weet het dankzij nieuws en praktische artikelen over onder meer bedrijfshuisvesting, belastingzaken, onderhandelingen en merkrecht.

De onafhankelijke en ervaren redactie van BV Rendement zit bovenop het nieuws en vertelt u als eerste wat de ontwikkelingen zijn. Altijd in heldere taal en met een praktische insteek, zodat u de informatie direct kunt vertalen naar uw eigen werksituatie. BV Rendement is daarnaast multimediaal. De voor uw vakgebied relevante informatie verschijnt:

- ✓ dagelijks op het digitale platform Rendement Online, waar u onder meer het laatste nieuws, checklists, rekentools, maatwerkbrieven en verdiepingsartikelen tot uw beschikking heeft;
- ✓ wekelijks gebundeld in een e-mailnieuwsbrief;
- ✓ maandelijks in het vakblad BV Rendement, boordevol nieuws en achtergrondartikelen, digitaal en op de mat;
- ✓ tweemaandelijks in een handzaam themadossier: een pocketboekje dat iedere editie een complex onderwerp uitdiept.



Rendement is een succesvolle uitgeverij van met name praktische vakbladen en digitale ondersteuning.

Het assortiment bestaat uit een crossmediaal portfolio: van printuitgaven zoals magazines en themadossiers tot online ondersteuning in de vorm van digitale naslagwerken, e-nieuwsbrieven, een vragenservice en tools.

www.rendementuitgeverij.nl