

Your World First

C/M/S/  
Law . Tax

De factor arbeid en de pre-pack:  
een factor van belang  
Marc van Zanten

De factor arbeid en de pre-pack: een factor van belang VvA bijeenkomst | 26 november 2015



---

## Enkele voorbeelden

---



---

# Agenda

---

- Inleidende opmerkingen
- Factor arbeid en de pre-pack
- Bedenkingen van en bedreigingen voor werknemers

---

# Inleidende opmerkingen (1)

---

- Doel faillissement: boedelmaximalisatie en ordening
- Botsing insolventierecht (strakke regels; belangen gezamenlijke crediteuren staan voorop) en arbeidsrecht (ongelijkheidscompensatie)
- HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 900 (Abels):
- “Het faillissementsrecht wordt gekenmerkt door bijzondere procedures die tot doel hebben de diverse belangen, vooral die van de verschillende categorieën schuldeisers, met elkaar in evenwicht te brengen. Daartoe bestaan er in alle lidstaten bijzondere voorschriften, die ertoe kunnen leiden, dat althans gedeeltelijk wordt afgeweken van andere bepalingen van algemene aard, waaronder die van het sociale recht.”

---

## Inleidende opmerkingen (2)

---

- Bij voorkeur doorstart ivm behoud waarde activa en werkgelegenheid
- Dossieronderzoek uit september 2014 van Jordy Hurenkamp (Tvl 2015/20) naar 48 pre-packs:
  - in 70% van de onderzochte zaken is een doorstart voorbereid
  - 9.000 werknemers betrokken, waarvan ruim 60% baan heeft behouden
- Tweede Kamer erkent waarde pre-pack en vraagt om uitdrukkelijke wettelijke grondslag (mondelijke vragenuurtje 18 juni 2013)

---

---

## Tweede Kamer der Staten-Generaal

# 2

Vergaderjaar 2014–2015

**34 218**

**Wijziging van de Faillissementswet in verband met de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de afwikkeling van een eventueel faillissement en vergroting van de kansen op voorzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen (Wet continuïteit ondernemingen I)**

**Nr. 2**

### **VOORSTEL VAN WET**

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Allen die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:  
Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is in de Faillissementswet een regeling te treffen waarbij de rechtbank de mogelijkheid wordt geboden om voorafgaand aan een eventueel faillissement een beoogd curator aan te wijzen,  
Zo is het, dat Wij, de Afdeling advisering van de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

### **ARTIKEL I**

De Faillissementswet wordt als volgt gewijzigd:

---

## Factor arbeid en de pre-pack (1)

---

Doel aanwijzing beoogd curator:

- “De uit het faillissement voortvloeiende schade bij schuldeisers, **waaronder ook de werknemers**, zoveel mogelijk te beperken
- onder meer door de kansen te vergroten op een verkoop en daarop volgende **doorstart** van rendabele bedrijfsonderdelen
- tegen een maximale opbrengst
- en **met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid**” (art. 363 lid 1 en MvT p. 9-10)
- Factor arbeid komt voor in 2 bepalingen van WCO I en op meer dan 30 plaatsen in de MvT

---

## Factor arbeid en de pre-pack (2)

---

Schuldenaar moet bij verzoek aantonen dat voorbereiding “meerwaarde” heeft. Daarvan is sprake:

- “indien kan worden aangetoond dat de voorbereiding de schade voor de betrokkenen bij het eventuele faillissement in zodanige mate kan beperken of de kansen op een verkoop van rendabele onderdelen van de door de schuldenaar gedreven onderneming na de eventuele faillietverklaring tegen een zo hoog mogelijke verkoopprijs **en met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid** in zodanige mate kan vergroten, dat dit opweegt tegen de omstandigheid dat de voorbereiding in stilte plaatsvindt.” (art. 363 lid 1 Fw)



---

## Factor arbeid en de pre-pack (3)

---

**Stelling 1: de aanwijzing is per definitie in het belang van de werknemers en WCO I zou dan ook in beginsel door hen moeten worden omarmd**

---

# Bedenkingen van en bedreigingen voor werknemers

---

- Risico misbruik
- Geen toepassing regels overgang van ondernemingen
- Gebrek aan medezeggenschap

---

## Risico misbruik (1)

---

- Risico van misbruik teneinde personeel goedkoop te lozen
- Misbruik kan worden bestreden door:
  - Art. 363 lid 1: meerwaarde (minder schade/meer werkgelegenheid)
  - Sanctie bestuurders eventueel bestuursverbod (wetsvoorstel 34011)
  - Sanctie van bestuurders via art. 2: 138/248 BW
  - Crediteurencommissie art. 74 lid 2 Fw
  - Eerdere betrokkenheid beoogd curator (MvT p. 21), hierdoor misbruik beter te bestrijden dan bij voorbereide doorstart zonder pre-pack
- Misbruikjurisprudentie geldt onverkort

---

## Risico misbruik (2)

---

- Verslaglegging bij einde pre-pack en faillietverklaring (art. 366 en INSOLAD 9) binnen 7 dagen
- INSOLAD 5 lid 7: beoogd curator waakt voor misbruik tov personeel
- INSOLAD 7: regels mbt transparantie/betrokkenheid stakeholders
- Werknemers kunnen actie ondernemen: art. 10 Fw; 13a Fw; actie uit onrechtmatige daad tegen bestuurder; hoger beroep tegen ontslag ex art. 67 Fw
- **Conclusie:** WCO I en Praktijkregels bieden voldoende mogelijkheden misbruik te bestrijden.

---

# Toepasselijkheid regels overgang ondernemingen (1)

---





---

## Toepasselijkheid regels overgang van ondernemingen (2)

---

- Abels arrest (HvJ EG 7 februari 1985), art. 7: 666 BW
- Beltzer, Zaal, Hufman, Van der Pijl: pre-pack is geen liquidatieprocedure dus geldt uitzondering van art. 7: 666 BW niet
- Beltzer, Zaal, Hufman, Van der Pijl: overeenstemming is materieel reeds voor faillissement bereikt
- Verburg: van belang is moment waarop de hoedanigheid van ondernemer overgaat op koper, Celtec arrest (HvJ EG 26 mei 2005)
- Schaink, Verburg, Verstijlen wijzen op onjuiste analyse Beltzer e.a.
- Minister stelt dat regels niet van toepassing zijn (MvT p. 34)

---

## Toepasselijkheid regels overgang van ondernemingen (3)

---



---

## Toepasselijkheid regels overgang van ondernemingen (4)

---

- Vonnis Rb Overijssel 28 juli 2015:
- stelling dat pre-pack niet gericht is op liquidatie is onjuist
- dat overgang voor faillissement was voorbereid staat aan toepassing art. 7: 666 BW niet in de weg
- jurisprudentie HvJ EG biedt geen soelaas voor de bonden
- voor bepalen tijdstip overgang geldt norm Celtec arrest: overgang van de exploitatie, die lag na faillietverklaring
- Appel ingesteld

---

## Toepasselijkheid regels overgang van ondernemingen (5)

---

- **Stelling 2: ook indien in een stille voorbereidingsfase duidelijkheid bestaat over de essentialia van een voorgenomen doorstart na faillissement tussen schuldenaar en koper is art. 7: 666 BW van toepassing**
- **Stelling 3: bestrijding van misbruik is effectiever en zuiverder dan de (enigszins gekunstelde) poging regels van overgang van ondernemingen van toepassing te laten verklaren**

---

## Toepasselijkheid regels medezeggenschap (1)

---

- Twee vormen te onderscheiden: voor het verzoek tot aanwijzing en na de aanwijzing (gedurende de stille voorbereidingsfase)
- Vóór aanwijzing:
- Geen rol weggelegd voor OR, immers ook geen rol weggelegd voor AvA, eigen verantwoordelijkheid bestuur en snelheid geboden
- Aanvraag valt ook niet onder besluiten art. 25 lid 1 WOR
- zie ook MvT p. 32



---

## Toepasselijkheid regels medezeggenschap (2)

---

- Na aanwijzing:
- Voor toepasselijkheid pleit:
  - i) aanwijzing verandert niets aan geldende regels medezeggenschap
  - ii) werknemers zijn belangrijke stakeholder
- Tegen toepasselijkheid pleit:
  - i) voorfase van faillissement, belangen van gezamenlijke crediteuren
  - ii) risico lekken
  - iii) doorbreking paritas

---

## Toepasselijkheid regels medezeggenschap (3)

---

- MvT p. 50: voorwaarde voor aanwijzing kan zijn betrokkenheid OR/ vakbonden onder geheimhouding (zonder deze voorwaarde dus geen grondslag voor betrokkenheid)
- Conclusie: OR speelt terecht geen rol bij de aanvraag. Het is goed dat WCO I wel een mogelijkheid (en geen eis) biedt voor een rol van de OR na de aanwijzing afhankelijk van de omstandigheden van het geval.

---

## Toepasselijkheid regels medezeggenschap (4)

---

- **Stelling 4: voor (uitsluitend) betrokkenheid van de vakbonden in de stille voorbereidingsfase op het faillissement (en niet ook van andere crediteuren) is geen rechtvaardiging**
- **Stelling 5: ook bij inspraak/advisering dienen de belangen van de gezamenlijke crediteuren leidend te zijn**
- **Stelling 6: WCO I biedt voldoende (wellicht zelfs teveel) mogelijkheden voor versterking van de positie van de factor arbeid**

**C/M/S/ Law-Now™**

**Your free online legal information service.**

A subscription service for legal articles  
on a variety of topics delivered by email.

**[www.cms-lawnow.com](http://www.cms-lawnow.com)**

**C/M/S/ e-guides**

**Your expert legal publications online.**

In-depth international legal research  
and insights that can be personalised.

**[eguides.cmslegal.com](http://eguides.cmslegal.com)**

---

CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices.

**CMS locations:**

Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Berlin, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Geneva, Glasgow, Hamburg, Istanbul, Kyiv, Leipzig, Lisbon, Ljubljana, London, Luxembourg, Lyon, Madrid, Mexico City, Milan, Moscow, Munich, Muscat, Paris, Podgorica, Prague, Rio de Janeiro, Rome, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

---

**[www.cmslegal.com](http://www.cmslegal.com)**