

# Een blik naar de toekomstige WCOI

J.A.P. Bertelink

*Een oplossing voor de rechtsonzekerheid omtrent de pre-packprocedure lijkt al enkele jaren ver weg. Met deze bijdrage wil ik echter laten zien dat de oplossing misschien dichterbij is dan men denkt.*

## 1. Inleiding

Op 08 juni 2015 werd de Wet continuïteit ondernemingen I (hierna: WCOI) door Minister G.A. van der Steur geïntroduceerd. Dit wetsvoorstel was volgens veel advocaten en curatoren de start van een betere Faillissementswet. Al vanaf de officiële introductie van de pre-packprocedure in 2012 is er echter rechtsonzekerheid over het onderwerp 'overgang van onderneming' bij een pre-pack. Zijn de regels omtrent overgang van onderneming nu wel of niet van toepassing bij het gebruik van de pre-packprocedure? Deze rechtsonzekerheid is alleen maar groter geworden naar aanleiding van het Estro arrest.

Minister S. Dekker heeft in zijn brief van 17 januari 2019 laten weten dat hij de WCOI op zodanige wijze wil aanpassen, dat de rechtsonzekerheid omtrent de pre-packprocedure wordt weggenomen.<sup>1</sup> Deze brief is dan ook een aansporing geweest om mij, in het kader van mijn afstuderen op de Juridische Hogeschool, te voegen in het debat om de rechtsonzekerheid omtrent de pre-pack weg te nemen.

De opzet van deze bijdrage is als volgt. In paragraaf 2 wordt ingegaan op de reikwijdte van het Estro arrest en welke gevolgen dit heeft voor de Nederlandse rechtspraak. Welke gevolgen het voorgaande heeft voor de WCOI, wordt eveneens in paragraaf 2 besproken. Daaropvolgend wordt in paragraaf 3 ingegaan

op de mogelijke veranderingen voor de WCOI op basis van de constatering in paragraaf 2 en naar aanleiding van een rechtsvergelijking met de Engelse pre-packprocedure.

## 2.1 De juridische gevolgen van Estro voor de WCOI

Bij de beantwoording van een prejudiciële vraag mag het HvJ niet verder gaan dan de bevoegdheden die zij heeft gekregen op grond van art. 267 VWEU. Dit brengt met zich mee dat zij niet de bevoegdheid heeft om het nationale recht van de lidstaten te toetsen dan wel uit te leggen.<sup>2</sup> Het is dan ook uiteindelijk aan de Nederlandse rechter om te beoordelen of de Nederlandse pre-packprocedure voldoet aan de uitleg die het Hof van Justitie (hierna: HvJ) in het Estro arrest heeft gegeven aan art. 5 richtlijn 2001/23/EG.<sup>3</sup> Art. 5 richtlijn 2001/23/EG is door Nederland omgezet in art. 7:666 BW. Er dient daarom te worden beoordeeld of art. 7:666 BW richtlijnconform kan worden geïnterpreteerd.<sup>4</sup>

Op basis van het bestuderen van parlementaire stukken en jurisprudentie is door mij geconstateerd dat de Nederlandse wetgever art. 5 richtlijn 2001/23/EG getrouw heeft willen overnemen, waardoor het mogelijk is om art. 7:666 BW richtlijnconform te interpreteren.<sup>5</sup>

Het voorgaande heeft tot gevolg dat de WCOI getoetst dient te worden aan de uitleg die het

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2018/19, 34218, K, p. 5 (MvT).

<sup>2</sup> HvJ EU 15 juli 1964, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/Enel*), r.o. 8.

<sup>3</sup> HvJ EU 21 september 1983, C-205 tot 215/82, ECLI:EU:C:1983:233 (*Milchkontor*), r.o. 19.

<sup>4</sup> Art. 288 VWEU en HvJ EU 5 oktober 2004, C-397/01 tot C403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*) en HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07,

ECLI:EU:C:2010:21 (*Kücükdeveci*) en HvJ EU 26 februari 1986, C-152/84, ECLI:EU:C:1986:84 (*MH Marshall*), r.o. 47-49.

<sup>5</sup> Kamerstukken II 2016/17, 34664, 3, p. 3 (MvT) en HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0033, r.o. 5 en Kamerstukken II 1996/97, 25426, 1, p. 18 (MvT) jo. CRvB 29 april 1986, Prg. 1986, nr. 2525.

HvJ aan art. 5 richtlijn 2001/23/EG heeft gegeven.<sup>6</sup>

## 2.2 De uitleg van art. 5 richtlijn 2001/23/EG door het HvJ

De eerste voorwaarde van art. 5 richtlijn 2001/23/EG heeft het HvJ niet in het Estro arrest uitgelegd, maar in de eerder door haar gewezen arresten Abels, d'urso en Spano.<sup>7</sup> In deze arresten heeft het HvJ de eerste voorwaarde op zodanige wijze uitgelegd, dat aan de eerste voorwaarde van art. 5 richtlijn 2001/23/EG wordt voldaan als er sprake is van een procedure die het vermogen van de vervreemder ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers liquideert.

Het is daarnaast van belang om te bepalen of de overgang van onderneming ook daadwerkelijk in de faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure heeft plaatsgevonden. De eerste voorwaarde van art. 5 richtlijn 2001/23/EG stelt immers dat de overgang van onderneming in een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure moet plaatsvinden.

Het tijdstip van de overgang van onderneming is volgens het HvJ de datum waarop de onderneming aan de koper wordt geleverd.<sup>8</sup> De koopovereenkomst kan hier volgens het HvJ geen verandering in brengen.<sup>9</sup> De koopovereenkomst kan dus niet bepalen dat de overgang van onderneming op 3 december 2019 plaatsvindt, terwijl de onderneming feitelijk op 2 december 2019 is geleverd. Het tijdstip van de overgang van onderneming is concluderend een vaststaand moment, te weten het moment van leveren.

Aan de tweede voorwaarde wordt volgens het HvJ voldaan, als de betreffende onderneming alleen wordt voortgezet indien dit zorgt voor de hoogst mogelijke opbrengst omwille van de gezamenlijke schuldeisers. Leidt echter een andere oplossing tot een hogere opbrengst, dan dient deze oplossing te worden geëffectueerd.

Wordt de onderneming voortgezet terwijl een andere oplossing tot een hogere opbrengst leidt bij liquidatie, dan heeft de betreffende procedure de voortzetting van de onderneming als primair doel en wordt er niet aan de tweede voorwaarde voldaan. De liquidatie van het vermogen van de schuldenaar is in deze situatie namelijk bijzaak.<sup>10</sup> De Advocaat-Generaal in de zaak Estro bevestigt deze redenering.<sup>11</sup> Ook door Spinath en Tollenaar wordt de hiervoor beschreven redenering gevolgd.<sup>12</sup>

Met betrekking tot de derde voorwaarde is het HvJ in r.o. 53-56 van het Estro arrest duidelijk. Er dient een nationale regeling te zijn die bevoegdheden geeft aan een overheidsinstantie om toezicht te houden op te procedure. De rechter- commissaris dient tevens na het uitspreken van het faillissement, minimaal één dag de gelegenheid te krijgen om een onafhankelijk besluit te nemen over het effectueren van de beoogde doorstart.<sup>13</sup>

## 2.3 De uitleg van het HvJ vs de WCOI

Een toets van voorgaande uitleg aan de WCOI, leidt ertoe dat aan de eerste voorwaarde van art. 5 richtlijn 2001/23/EG wordt voldaan.

Bij het gebruik van de pre-packprocedure vindt de levering van de onderneming namelijk

---

<sup>6</sup> HR 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489.

<sup>7</sup> HvJ EU 7 februari 1985, C-135/83, ECLI:EU:C:1985:55 (Abels), r.o. 15 en HvJ EU 25 juli 1991, C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326 (D'urso), r.o. 31 en HvJ EU 7 december 1995, C-472/93, ECLI:EU:C:1995:421 (Spano), r.o. 25.

<sup>8</sup> Rb. Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589, r.o. 4.6 en HvJ EU 26 mei 2005, C-478/03, ECLI:EU:C:2005:321 (Celtec), r.o. 44.

<sup>9</sup> Rb. Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589, r.o. 4.6 en HvJ EU 26 mei 2005, C-478/03, ECLI:EU:C:2005:321 (Celtec), r.o. 44.

<sup>10</sup> HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, r.o. 47 en 48.

<sup>11</sup> Concl. A-G HvJ P. Mengozzi, ECLI:EU:C:2017:241, bij HvJ EU 22 maart 2017, C-126/16, m.nt. mr. P.R.W. Schaink (Federatie Nederlandse Vakvereniging/ Smallsteps), r.o. 58.

<sup>12</sup> Spinath, MvO 2017/10-11, p. 255; Tollenaar, TRA 2018/15, p. 3.

<sup>13</sup> HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, r.o. 53 - 56 en Concl. A-G HvJ P. Mengozzi, ECLI:EU:C:2017:241, bij HvJ EU 22 maart 2017, C-126/16, m.nt. mr. P.R.W. Schaink (Federatie Nederlandse Vakvereniging/ Smallsteps), r.o. 81-82 en HvJ EU 7 februari 1985, C-135/83, ECLI:EU:C:1985:55 (Abels).

plaats nadat het faillissement van de onderneming is uitgesproken.<sup>14</sup> Nu het Nederlandse faillissement als kenmerk heeft dat het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers wordt geliquideerd, voldoet zij daarmee aan de uitleg die het HvJ geeft aan het begrip faillissementsprocedure en dus aan de eerste voorwaarde van art. 5 richtlijn 2001/23/EG.<sup>15</sup>

Ook aan de derde voorwaarde is voldaan. Door het formaliseren van de pre-packprocedure in de WCOI krijgt de rechtbank en de beoogd rechter-commissaris namelijk een formele bevoegdheid. Het is echter van belang om de rechter-commissaris, na het uitspreken van het faillissement, enkele dagen de tijd te geven om een besluit te nemen over de beoogde doorstart. Het HvJ heeft in het Estro arrest namelijk aangegeven dat er anders niet wordt voldaan aan de derde voorwaarde van art. 5 richtlijn 2001/23/EG.<sup>16</sup> Een minimale termijn is door het HvJ in Estro niet genoemd. In het arrest Abels heeft het HvJ een termijn van één dag echter goedgekeurd. De rechter-commissaris moet dan ook naar mijn mening minimaal één dag de tijd krijgen om het besluit te nemen, wil er zijn voldaan aan de derde voorwaarde van art. 5 richtlijn 2001/23/EG.<sup>17</sup>

Een faillissementsprocedure waaraan de pre-packprocedure is voorafgegaan, voldoet eveneens aan de tweede voorwaarde van art. 5 richtlijn 2001/23/EG.

Bij het opstarten van de stille voorbereidingsprocedure weet je namelijk niet of je gaat liquideren. Zo kan de stille voorbereidingsprocedure zijn ingesteld met het oog op een doorstart in faillissement, maar kan deze ook eindigen in enkel de stille voorbereiding van het faillissement. Een pre-

pack mag namelijk pas worden uitgevoerd, indien op basis van onderzoek kan worden aangetoond dat een doorstart de schade voor de toekomstige schuldeisers en andere betrokkenen in het faillissement verder beperkt dan wanneer er gebruik wordt gemaakt van stille voorbereiding of geen voorbereiding (een zogenaamd regulier faillissement).<sup>18</sup>

Tegenstanders van de voorgaande stelling betogen echter dat de regels omtrent overgang van onderneming op de Nederlandse pre-packprocedure van toepassing moeten worden verklaard, omdat de Engelse rechter de betreffende regels van toepassing heeft verklaard op de Engelse pre-packprocedure en de Nederlandse pre-packprocedure hiervan is afgeleid. Dit argument houdt geen stand. De Engelse rechter heeft de regels omtrent overgang van onderneming namelijk van toepassing verklaard op de Engelse pre-packprocedure, omdat het doel van de administration procedure, die volgt op de pre-packprocedure, voornamelijk is gericht op het voortzetten van de onderneming en niet op de liquidatie van het vermogen.<sup>19</sup> Het doel van een Nederlandse faillissementsprocedure is echter niet gericht op de voortzetting van de onderneming, maar op het liquideren van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.<sup>20</sup>

Zij betogen daarnaast dat er niet aan de tweede voorwaarde wordt voldaan, omdat bij het gebruik van de pre-packprocedure al voorafgaande aan het faillissement materiële overeenstemming is bereikt over de doorstart en daarom niet meer kan worden gesproken over een faillissementsprocedure die is ingesteld om een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers te verkrijgen. Dit argument houdt eveneens

---

<sup>14</sup> Art. 363 lid 1 Fw.

<sup>15</sup> Art. 20 jo. 23 jo. 68 Fw jo. 173 Fw en HR 22 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4980 en HR 22 juli 1988, ECLI:NLHR:1988:ZC3883.

<sup>16</sup> HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, r.o. 53-56.

<sup>17</sup> HvJ EU 7 februari 1985, C-135/83, ECLI:EU:C:1985:55 (Abels).

<sup>18</sup> *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 14 (MvT) en *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 3, p. 13 (MvT).

<sup>19</sup> Employment appeal tribunal, 16 februari 2011, OTG Ltd v. Barke and others (2011) IRLR 272; 6 Court of Appeal, 20 december 2011, Key2Law (Surrey) LLP v. De'Antiquis [2011] EWCA Civ 1567.

<sup>20</sup> Art. 20 jo. 23 jo. 68 Fw jo. 173 Fw en HR 22 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4980 en HR 22 juli 1988, ECLI:NLHR:1988:ZC3883.

geen stand.<sup>21</sup> Als uit de stille voorbereidingsprocedure namelijk naar voren komt dat de beoogde doorstart de schade voor de toekomstige schuldeisers en andere betrokkenen in faillissement verder beperkt dan een stille voorbereiding of geen voorbereiding (bijvoorbeeld een ‘regulier’ faillissement), is de doorstart vanuit een pre-pack het beste scenario voor de schuldeisers. Het feit dat de doorstart is voorbereid doet hier niets aan af. In de uitspraken Abels, Tuunte, Heiploeg en Bogra is deze redenering reeds gevolgd.<sup>22</sup>

Een faillissementsprocedure waaraan de pre-packprocedure is voorafgegaan blijft derhalve aan de tweede voorwaarde van art. 5 richtlijn 2001/23/EG voldoen.

Het criterium om toegelaten te worden tot de stille voorbereidingsprocedure representeert het doel van de wet echter niet.<sup>23</sup> Door dit criterium lijkt de voorbereiding van een doorstart volledig gericht op het voortzetten van de onderneming na faillissement. Het criterium is namelijk op zodanige wijze geformuleerd, dat de indruk wordt gewekt dat het beperken van de schade van de schuldeisers bij een eventueel faillissement bij de voorbereiding van een doorstart geen rol speelt. Een aanpassing van het criterium aan de bedoeling en het doel van de WCOI is dan ook noodzakelijk.<sup>24</sup>

Daarnaast is het voorafgaande aan een stille voorbereidingsprocedure niet zeker of aan de tweede voorwaarde van art. 5 richtlijn 2001/23/EG wordt voldaan. Indien het doel van

de wet namelijk in de praktijk niet wordt nageleefd, is richtlijn 2001/23/EG ondanks het doel van de wet alsnog van toepassing op de overgang van onderneming. Het is aan de rechter om dit per geval te beoordelen. Tot op heden wordt dit door de rechter echter nagelaten. In de zaak Princen Transmission oordeelde de rechter bijvoorbeeld dat richtlijn 2001/23/EG op de overgang van onderneming in faillissement van toepassing was, omdat de bestuurders ten doel hadden om de onderneming door te starten.<sup>25</sup> Deze redenering is echter subjectief en zorgt dus voor rechtsonzekerheid. In mijn ogen is deze redenering dan ook onjuist. De rechter had naar mijn mening dan ook op basis van de onderzoeken die tijdens de stille voorbereidingsprocedure zijn verricht, enkel moeten beoordelen of de beoogde doorstart de schade voor de toekomstige schuldeisers en andere betrokkenen in faillissement verder beperkt dan wanneer er gebruik wordt gemaakt van een stille voorbereiding of geen voorbereiding. Dit is namelijk een meer objectief bepaalbaar criterium.<sup>26</sup>

### 3.1 Mogelijke veranderingen<sup>27</sup>

Op basis van de voorgaande constateringën beveel ik allereerst aan om het criterium om toegelaten te worden tot de stille voorbereidingsprocedure aan te passen. Dit op zodanige wijze dat het verzoek tot het starten van een stille voorbereidingsprocedure pas door de rechtbank wordt gehonoreerd, indien de betrokken schuldenaar na een onderzoeksperiode met de beoogd curator kan aantonen dat een pre-pack dan wel de stille

---

<sup>21</sup> Van Zanten, *FIP* 2015/311, p. 22.

<sup>22</sup> HvJ EU 7 februari 1985, C-135/83, ECLI:EU:C:1985:55 (Abels) en Rb. Gelderland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL2018:447 en Hof Arnhem- Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6539 en Hof Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2339.

<sup>23</sup> Art. 363 Fw luidt: Meerwaarde wordt geacht aanwezig te zijn indien kan worden aangetoond dat de voorbereiding de schade voor de betrokkenen bij het eventuele faillissement in zodanige mate kan beperken 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 en met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid in zodanige mate kan

vergroten, dat dit opweegt tegen de omstandigheid dat de voorbereiding in stilte plaatsvindt.

<sup>24</sup> In het huidige wetsvoorstel voor de Wet continuïteit ondernemingen I, wordt bij de taakomschrijving van de beoogd curator in art. 364 Fw verwezen naar art. 363 Fw. Art. 364 Fw dient daarom aan art. 363 Fw te worden aangepast art. 363 Fw., Dit zorgt er namelijk voor dat de beoogd curator het juiste doel verwezenlijkt.

<sup>25</sup> Rb. Limburg 26 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9137, r.o. 3.18 – 3.20.

<sup>26</sup> Rb. Limburg 26 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9137, r.o. 3.18 – 3.20

<sup>27</sup> In mijn onderzoek zijn de mogelijke veranderingen geconcretiseerd door middel van aanbevelingen.

voorbereiding van het faillissement zorgt voor een maximale opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers. De stille voorbereidingsprocedure wordt op deze manier verdeeld in een onderzoeksfase, een voorbereidingsfase en een effectueringsfase, waardoor het criterium aansluit op wat de bedoeling en het doel van de WCOI is.<sup>28</sup> Er wordt daarnaast op toegezien dat een faillissement waaraan de pre-packprocedure is voorafgegaan in de praktijk aan de tweede voorwaarde van art. 5 richtlijn 2001/23/EG voldoet.

Om ervoor te zorgen dat dit doel door de beoogd curator wordt verwezenlijkt, dient art. 364 Fw eveneens de worden aangepast. Dit op dusdanige wijze dat de beoogd curator ten doel heeft om een pre-pack te realiseren dan wel het faillissement in stilte voor te bereiden en daarbij uitsluitend als taak heeft om een maximale opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers te realiseren.

Vervolgens dient art. 176 Fw te worden aangepast. Deze aanpassing moet verwezenlijken dat de rechter-commissaris, nadat het faillissement is uitgesproken, minimaal één dag de tijd krijgt om zijn beslissing over de beoogde doorstart kenbaar te maken. Er wordt anders niet voldaan aan de derde voorwaarde van art. 5 richtlijn 2001/23/EG.

Om aan te tonen dat het faillissement waaraan de pre-packprocedure is voorafgegaan ook in de praktijk is ingesteld om een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers te verkrijgen, is het van belang dat in de WCOI wordt opgenomen dat de beoogd curator deze stelling dient te onderbouwen.

Deze onderbouwing dient mijns inziens, evenals in Engeland, een verklaring van de

pre-pack pool te bevatten die een oordeel geeft over de activatransactie met de gelieerde partij.<sup>29</sup> Ook het gebruik van deskundigen dient in beginsel verplicht te worden gesteld. Een onafhankelijke en betrouwbare deskundige kan immers bijdragen aan de onderbouwing van de stelling, dat het faillissement waaraan de pre-packprocedure is voorafgegaan ook in de praktijk is ingesteld om een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers te verkrijgen.

Er zijn naar mijn mening concluderend geen drastische veranderingen nodig om ervoor te zorgen dat art. 5 richtlijn 2001/23/EG van toepassing is in een faillissementsprocedure waaraan de pre-packprocedure is voorafgegaan. Slechts de artikelen 363, 364 en 176 Fw en de regels met betrekking tot de inhoud en het doel van het eindverslag dienen namelijk te worden aangepast. In de stille voorbereidingsprocedures van Huishoudelijke Hulp Pantein/Vivent B.V.<sup>30</sup> en Stichting De Speelwerk Groep (c.s.)<sup>31</sup> zijn een deel van mijn aanbevelingen zelfs al nageleefd. Zo is er gebruik gemaakt van deskundige onderzoeken, om te kunnen onderbouwen dat de pre-pack het beste scenario was voor de schuldeisers. Een oplossing voor de rechtsonzekerheid omtrent de pre-packprocedure is dus wel degelijk dichterbij dan men denkt.

---

<sup>28</sup> Zie paragraaf 2.

<sup>29</sup> Daarnaast dient de beoogd curator een verklaring van de gelieerde partij toe te voegen, waarin zij uiteenzetten waarom zij denken dat zij het bedrijf langer dan twaalf maanden draaiende kunnen houden en wat zij anders gaan doen om het bedrijf niet alsnog om te laten vallen. De

voorgaande toevoegingen kunnen daarnaast misbruik van de pre-packprocedure voorkomen.

<sup>30</sup> F.P.G. Dix, Faillissementsverslag nummer 1a 14 januari 2015- Periode stille bewindvoering, sub 4.

<sup>31</sup> J.S. van Burg, Faillissementsverslag nummer 2 2 september 2014-Periode stille bewindvoering, sub 0.