

Bijlagen

Voorkomen is beter dan genezen

De invloed van een insolventiesituatie op de aanbestedingsprocedure en de overeenkomst die daaruit voortvloeit



H.C.H.L.M. (Hayke) Jansma
Afstudeerscriptie

Oirschot, mei 2016

Bijlagen

Voorkomen is beter dan genezen

De invloed van een insolventiesituatie op de aanbestedingsprocedure
en de overeenkomst die daaruit voortvloeit

Naam : Hayke Jansma
Studentnummer Avans : 2067404

Opleiding : HBO-Rechten
Onderwijsinstelling : Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Onderwijslocatie : Tilburg

Afstudeerperiode : 8 februari 2016- 13 mei 2016
Blok : E3 en E4

Afstudeerorganisatie : Bureau inkoop en aanbestedingen Zuidoost-Brabant
Afstudeermenor : Mevrouw LLM. A. Saric

Eerste afstudeer docent : Mevrouw mr. N. Lavrijssen
Tweede afstudeerdocent : Mevrouw mr. T. Wielders

Oirschot, mei 2016

Inhoudsopgave

Bijlage 1	Handboek
Bijlage 2	Huidige protocol
Bijlage 3	Toepasselijke wet- en regelgeving
Bijlage 4	Interview Elise Zeelenberg

Bijlage 1 Handboek



Datum:

1 juli 2014

Door:

H.C.H.L.M.

Jansma

Stagiaire HBO-
Rechten

Handboek insolventiesituaties

Voorwoord

Dit handboek is opgesteld voor de inkoopmedewerkers van Bureau Inkoop en Aanbestedingen Zuidoost-Brabant (hierna: Bizob). In dit handboek wordt uiteengezet wat de aandachtspunten zijn in het kader van een insolventiesituatie. Onder de insolventiesituaties vallen het faillissement, de surseance van betaling, de doorstart en de pre-pack. Daarnaast wordt beschreven wat de belangrijke stappen zijn die een inkoopmedewerker moet zetten in geval van een insolventiesituatie jegens de inschrijver of de ondernemer die de opdracht uitvoert. Uit de praktijk blijkt dat hier behoefte aan is, omdat er steeds vaker sprake is van een insolventiesituatie binnen de aanbestedingen.

Uitdrukkelijk wordt medegedeeld dat het handboek aangepast dient te worden op punten die nog uitgekristalliseerd dienen te worden in het kader van de nieuwe wetgeving.

Oirschot, mei 2016

Inhoudsopgave:

Stappenplannen

1. Stappenplan wettelijke procedures in geval van een insolventiesituatie
2. Stappenplan bestuurlijk aanbesteden in geval van een insolventiesituatie

Algemene informatie

Hoofdstuk 1	Faillissement
Hoofdstuk 2	Surseance van betaling
Hoofdstuk 3	Pre-pack
Hoofdstuk 4	Doorstart
Hoofdstuk 5	De invloed van een insolventiesituatie voor, tijdens en na een aanbestedingsprocedure

Bijlage A: standaardbrief gestanddoening overeenkomst

Bijlage B: standaardbrief ontbinding overeenkomst



Onderwerp

Stappenplan wettelijke procedures in geval van een insolventiesituatie

Inleiding

In tijden van crisis worden gemeenten vaak geconfronteerd met een insolventiesituatie van een opdrachtnemer. Dit kan een faillissement, een surseance van betaling, een doorstart of een pre-pack zijn. Om ervoor te zorgen dat er zo snel mogelijk voortzetting plaats kan vinden en de schade te beperken, dient er snel gehandeld te worden. Om die reden is dit protocol opgesteld, waarin staat beschreven wat de belangrijke stappen zijn die ondernomen moeten worden. Hierdoor kunnen de inkoopmedewerkers de gemeente(n) op een juiste wijze adviseren.

Stappenplan

Een insolventiesituatie kan in verschillende fases voorkomen, namelijk vóór de aanbestedingsprocedure, tijdens de aanbestedingsprocedure en na de aanbestedingsprocedure. Allereerst zullen de stappen van vóór en tijdens een aanbestedingsprocedure uiteengezet worden. Daarna zal er ingegaan worden op de stappen die van belang zijn bij een insolventiesituatie na een aanbestedingsprocedure.

Vóór de aanbestedingsprocedure

Stap 1: in artikel 2.87 Aw staat opgenomen dat de aanbestedende dienst een inschrijver of gegadigde kan uitsluiten tot deelname wanneer er sprake is van een faillissement of een surseance van betaling. Het betreft een facultatieve uitsluitingsgrond, maar als de uitsluitingsgrond dwingend wordt voorgeschreven in het aanbestedingsdocument, dan is er geen keuze meer en moet de inschrijver of gegadigde worden uitgesloten als op hem de uitsluitingsgrond van toepassing is.

Stap 2: wanneer er sprake is van een doorstart is de uitsluitingsgrond niet van toepassing. De doorstart heeft ook geen invloed op de aanbestedingsprocedure als deze al vóór inschrijving is gerealiseerd. De doorstartende partij is dan namelijk de inschrijver en deze partij verkeert niet in staat van faillissement of surseance van betaling.

Stap 3: De pre-pack valt niet onder de uitsluitingsgrond van art. 2.87 Aw. Vaak wordt een pre-pack niet kenbaar gemaakt, waardoor de aanbestedende dienst niets van de pre-pack weet. Al zou de aanbestedende dienst wel van de pre-pack weten, dan is er alsnog geen uitsluitingsgrond waaronder de pre-pack valt. Dit komt omdat de uitsluitingsgrond van art. 2.87 Aw spreekt over vergelijkbare procedures die door de wet worden geregeld. De pre-pack wordt niet door de wet geregeld, waardoor deze dus niet onder de uitsluitingsgrond valt. Een inschrijver jegens wie een pre-pack geldt kan dan ook niet worden uitgesloten tot deelname.

(In paragraaf 5.1.1 zijn bovenstaande stappen uitgebreid beschreven).

Tijdens de aanbestedingsprocedure

De volgende stappen worden opverdeeld in twee fasen, namelijk de fase waarin de ondernemer na inschrijving maar vóór de voorlopige gunning in een insolventiesituatie verkeert en de fase waarin de onderneming tussen de voorlopige gunning en de definitieve verlening van de opdracht in een insolventiesituatie verkeert. Hieronder zullen per fase de stappen uiteen worden gezet.

Een insolventiesituatie na inschrijving maar vóór voorlopige gunning

Stap 1: Als een onderneming failliet gaat nadat hij zich heeft ingeschreven, dan toetst de aanbestedende dienst altijd nog vóór de voorlopige gunning of er een uitsluitingsgrond van toepassing is. In geval van faillissement en surseance van betaling is er sprake van een uitsluitingsgrond, waardoor de inschrijver moet worden uitgesloten.

Stap 2: Bij een doorstart die plaatsvindt tussen de inschrijving en de voorlopige gunning hangt de invloed die de doorstart op de procedure heeft af van het stadium dat vooraf is gegaan aan de doorstart. Dit kan namelijk een faillissement of een pre-pack zijn. Als er een faillissement aan vooraf is gegaan, dan is de inschrijver al reeds uitgesloten van deelname op grond van art. 2.87 Aw. Bij een pre-pack geldt er geen uitsluiting en dan is de inschrijver een andere onderneming dan de doorstartende partij. De doorstartende partij kan de inschrijving niet overnemen. Hij kan enkel een nieuwe inschrijving doen, indien de inschrijftermijn nog niet is verstreken.

(zie voor bovenstaande stappen paragraaf 5.1.2 voor een uitgebreide beschrijving).

Een insolventiesituatie tussen de voorlopige gunning en de definitieve verlening van de opdracht

Stap 1: Ook hier geldt dat als de doorstart plaatsvindt na een faillissement of een surseance van betaling, er ten tijde van de voorlopige gunning een uitsluitingsgrond van toepassing is waardoor de inschrijver wordt uitgesloten van deelname. De opdracht kan nog gegund worden aan een andere partij, omdat er enkel nog sprake is van een voorlopige gunning.

Stap 2: De pre-pack valt niet onder de uitsluitingsgrond. Ook weet de aanbestedende dienst niets van de pre-pack af. De kans bestaat dat de opdracht definitief verleend wordt aan een inschrijver jegens wie een pre-pack geldt. Na een pre-pack vindt er echter wel een faillissement plaats alvorens er een doorstart gemaakt wordt. De aanbestedende dienst kan hier niets aan doen. Indien deze situatie zich voordoet kan er enkel nog gekeken worden of er op grond van de overeenkomst een mogelijkheid is om de opdracht over te dragen aan de doorstartende partij na de pre-pack of aan een andere partij.

(zie voor bovenstaande stappen paragraaf 5.1.2 voor een uitgebreide beschrijving).

Na de aanbestedingsprocedure

Bij de volgende stappen wordt er een onderverdeling gemaakt in de stappen die gezet moeten worden in het kader van de insolventiesituatie zelf en de stappen die gezet moeten worden ten aanzien van de gesloten overeenkomst. Tijdens een insolventiesituatie moet er namelijk op een juiste wijze gehandeld worden om verdere schade te voorkomen en om meer duidelijkheid over de situatie te krijgen (stappen ten aanzien van de insolventiesituatie zelf). Daarnaast kan een insolventiesituatie ook nog van invloed zijn op de overeenkomst die middels een aanbestedingsprocedure gesloten is. Wat er met die overeenkomst moet gebeuren wordt uitgelegd in de stappen ten aanzien van de overeenkomst

Stappen ten aanzien van de insolventiesituatie

Stap 1: Als er signalen zijn dat er sprake is van een faillissement of surseance van betaling dan moet er eerst gekeken worden of dit ook echt het geval is. Dit kan men checken door te kijken in het centraal insolventieregister dat te raadplegen is via www.rechtspraak.nl.

LET OP: een pre-pack wordt niet in het register vermeld. Ook wordt een doorstart niet vermeld, omdat er voor een doorstart altijd eerst sprake is van een faillissement of een

surseance van betaling. Houdt er dan ook rekening mee dat er na een faillissement of een surseance nog een doorstart plaats kan vinden. Informeer hiervoor ook bij de curator (zie stap 4).

Stap 2: Zodra het faillissement of de surseance van betaling gepubliceerd is, kan er aan de hand van de registratie worden nagegaan welke ondernemingen hieronder vallen en wie als curator is aangesteld.

Stap 3: Als men zeker weet dat er inderdaad sprake is van een insolventiesituatie, dan moet er allereerst geïnventariseerd worden welke gemeente(n) een opdracht bij de betreffende onderneming hebben lopen.

Wanneer er een inventarisatie van de opdrachten heeft plaatsgevonden, moeten de volgende vervolgstappen worden gezet ten aanzien van de opdrachten:

1. De betaling van deze opdrachten moeten worden stopgezet. Hiermee wordt voorkomen dat er betaald wordt voor werkzaamheden die niet meer uitgevoerd gaan worden. Uiteraard dient de gemeente de ondernemer voor de uitgevoerde werkzaamheden te betalen.
2. De volgende belangrijke stap is het vastleggen van de stand van zaken. Dit houdt in dat de eigendommen gekenmerkt worden en dat de bouwplaats verzegeld wordt. Dit is van belang, omdat anders andere schuldeisers wellicht het retentierecht gaan uitoefenen. Het retentierecht houdt in dat iemand een goed van de failliet onder zich houdt tot dat zijn vordering betaald is. Het kan dus voorkomen dat een onderaannemer materialen onder zich houdt, omdat hij een vordering heeft op de hoofdaannemer die failliet is.

Indien een onderaannemer een retentierecht uitoefent kan dat gevolgen hebben voor de opdrachtgever. De onderaannemer heeft een vordering op de opdrachtnemer, maar oefent een retentierecht uit op een zaak die meestal het eigendom is van de opdrachtgever. Het kan in het ergste geval zelfs zo zijn dat de onderaannemer zich uiteindelijk verhaalt op de eigendommen van de opdrachtgever, terwijl de opdrachtgever niets aan de onderaannemer verschuldigd is en mogelijk zelfs al voor de werkzaamheden van de onderaannemer heeft betaald. Voor de onderaannemer is het uitoefenen van retentierecht een goede manier om toch nog betaling te ontvangen, indien

jegens de opdrachtnemer een insolventiesituatie geldt. Voor de opdrachtgever is dit echter een situatie die voorkomen dient te worden.¹

(zie voor de uitleg van het retentierecht hoofdstuk 1 faillissement paragraaf 2.1.4 kopje preferente schuldeisers).

LET OP: het is van belang om bij deze stap snel te handelen. Voor het retentierecht geldt namelijk wie het eerst komt, wie het eerst maalt!

3. Het kan zijn dat er nog gevaarlijke situaties zijn die eerst opgelost moeten worden. Voor deze situaties moet een verzoek gedaan worden aan de curator om deze ter herstellen. Als de curator niet op dit verzoek ingaat, dan is hij in verzuim. In dat geval kan een derde worden ingeschakeld en de kosten daarvan worden verhaald bij de curator.

Stappen ten aanzien van de overeenkomst

Stap 4: Na stap vier zijn de dringende zaken ten aanzien van de uitvoering van de opdrachten verricht. Het is dan belangrijk om te kijken wat er met de overeenkomst moet gebeuren. Allereerst dient de curator aangeschreven te worden of hij de overeenkomst gestand wil doen op grond van art. 37 Fw. Op grond van dit artikel moet aan de curator een redelijke termijn gesteld worden waarbinnen hij kenbaar moet maken of hij de overeenkomst gestand doet of niet. In de UAV wordt in paragraaf 46 een termijn van 8 dagen gehanteerd. Deze termijn is redelijk. Wanneer de curator van mening is dat dit geen redelijke termijn is, moet hij dit kenbaar maken. Wanneer de curator niet binnen de gestelde termijn reageert, dan verliest hij zijnerzijds het recht om nakoming van de overeenkomst te vorderen.

Daarnaast moet de curator op grond van art. 37 Fw een zekerheid stellen als hij de overeenkomst gestand wil doen. Deze zekerheid kan bijvoorbeeld gegeven worden door een bankgarantie. De zekerheidstelling is ervoor bedoeld om de curator er van te weerhouden om lichtvaardig over de gestanddoening te besluiten en om de opdrachtgever het vertrouwen te geven dat de curator in geval van gestanddoening de overeenkomst ook daadwerkelijk zal nakomen.

(zie voor de uitgebreidere uitleg van art. 37 hoofdstuk 1 paragraaf 1.2 kopje 'de invloed van de faillietverklaring op bestaande overeenkomsten').

¹ Uitoefening retentierecht door de aannemer op het bouwwerk', *Blenheim Advocaten*, www.blenheim.nl (zoek op *retentierecht*).

De curator heeft dus de volgende keuzes:

1. Hij doet de overeenkomst gestand: In dat geval wordt afgesproken voor hoe lang de overeenkomst gestand wordt gedaan. Er is dan tijd om middels stap 6 t/m 9 een nieuwe contractpartij te vinden.
2. Hij doet de overeenkomst niet gestand: In dat geval wordt de overeenkomst ontbonden en moet er onmiddellijk een nieuwe contractpartij gevonden worden.

In de brief aan de curator waarin gevraagd wordt of hij de overeenkomst gestand doet, kan tevens het eigendom van zaken worden geclaimd of vorderingen worden ingediend. Hierbij kan men denken aan werkzaamheden die al wel betaald zijn, maar nog niet verricht zijn of goederen die nog geleverd moeten worden. Goederen die op het moment van een insolventiesituatie nog niet geleverd zijn, kunnen wel een probleem opleveren. Op grond van art. 35 Fw kan een goed namelijk niet meer geleverd worden. Als er sprake is van deze situatie, leg de situatie dan neer bij een van de juristen. Tot slot kan er geïnformeerd worden naar een mogelijke doorstart.

(zie voor een verdere uitleg van art. 35 Fw hoofdstuk 1 paragraaf 1.2)

LET OP: In bijlage 1 is een brief opgenomen waarin bovenstaande punten verwerkt zijn. Deze brief kan als format gebruikt worden.

Stap 5: Soms wordt er naar aanleiding van een faillissement, surseance van betaling of pre-pack een doorstart gemaakt. In dat geval kan er op grond van art. 72 van richtlijn 2014/24/EU een contractovername plaatsvinden met de doorstartende partij. Daarbij mag er geen sprake zijn van een wezenlijke wijziging in de zin van lid 4 van artikel 72 van de Europese richtlijn 2014/24/EU én moet de doorstartende partij voldoen aan de oorspronkelijk gestelde criteria. Vooral op de wezenlijke wijziging moet goed gelet worden. Bij een doorstart vinden er vaak onderhandelingen plaats, waardoor er alsnog sprake is van een wezenlijke wijziging.

(zie voor een verdere uitleg van art. 72 van richtlijn 2014/24/EU hoofdstuk 5 Paragraaf 5.1.3.1)

Stap 6: Als de gemeente niet verder wil met de doorstartende partij of als dit niet mogelijk is omdat er niet voldaan wordt aan de eisen van art. 72 van richtlijn 2014/24/EU, dan moet er gekeken worden of een contractovername door een andere dan de doorstartende partij mogelijk is. In dat geval dient er gekeken te worden of er in

de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure gebruik is gemaakt van een herzieningsclausule of een wachtkamerconstructie.

(zie voor verdere uitleg over de wachtkamerconstructie hoofdstuk 5 Paragraaf 5.1.3.1)

Stap 7: In beginsel moet er een nieuwe aanbestedingsprocedure gevolgd worden als de curator de overeenkomst niet gestand houdt en stap 5 en 6 niet toegepast kunnen worden. In dat geval moet er gekeken worden of er sprake is van dwingende spoed. Als dit het geval is dan mag de opdracht, ondanks dat de Europese drempelwaarde wordt overschreden, middels een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging gegund worden tot er middels een nieuwe procedure een andere partij gevonden is. Op grond van de wet is een faillissement geen reden voor dwingende spoed. Uit de praktijk blijkt echter dat een rechter in geval van een kort geding procedure een belangenafweging zal maken en vaak zal gaan voor het maatschappelijk belang, waardoor hij het belangrijk vindt dat de werkzaamheden door gaan.

(zie voor verdere uitleg van dwingende spoed hoofdstuk 5 Paragraaf 5.1.3.1)

Stap 8: Als er geen sprake is van dwingende spoed, dan kan er wel sprake zijn van een urgente situatie. In dat geval mag er een verkorte procedure gevolgd worden.

(zie voor verdere uitleg van dringende redenen hoofdstuk 5 paragraaf 5.1.3.1)

Stap 9: Wanneer geen van bovenstaande stappen mogelijk zijn moet er een nieuwe aanbestedingsprocedure gevolgd worden. Het is dan belangrijk om te kijken wat de resterende waarde van de opdracht is. Wanneer deze waarde lager is dan de Europese drempelwaarde, kan er namelijk een meervoudige of enkelvoudige procedure gevolgd worden.



Onderwerp

Stappenplan bestuurlijk aanbesteden in geval van een insolventiesituatie.

Inleiding

In tijden van crisis worden gemeenten vaak geconfronteerd met een insolventiesituatie van een opdrachtnemer. Dit kan een faillissement, een surseance van betaling, een doorstart of een pre-pack zijn. Om ervoor te zorgen dat er zo snel mogelijk voortzetting plaats kan vinden en de schade te beperken, dient er snel gehandeld te worden. Om die reden is dit protocol opgesteld, waarin staat beschreven wat de belangrijke stappen zijn die ondernomen moeten worden. Hierdoor kunnen de inkopers de gemeente(n) op een juiste wijze adviseren.

Stappenplan

Een insolventiesituatie kan in verschillende fasen voorkomen, namelijk vóór de aanbestedingsprocedure, tijdens de aanbestedingsprocedure en na de aanbestedingsprocedure. Allereerst zullen de stappen van vóór en tijdens een aanbestedingsprocedure uiteengezet worden. Daarna zal er ingegaan worden op de stappen die van belang zijn bij een insolventiesituatie na een aanbestedingsprocedure.

Vóór de aanbestedingsprocedure

Stap 1: Ook bij een bestuurlijke aanbesteding wordt in de meeste gevallen gebruik gemaakt van art. 2.87 Aw. In artikel 2.87 Aw staat opgenomen dat de aanbestedende dienst een inschrijver of gegadigde kan uitsluiten tot deelname wanneer er sprake is van een faillissement of een surseance van betaling. Het betreft een facultatieve uitsluitingsgrond, maar als de uitsluitingsgrond dwingend wordt voorgeschreven in het aanbestedingsdocument, dan is er geen keuze meer en moet de inschrijver of gegadigde worden uitgesloten als op hem de uitsluitingsgrond van toepassing is.

Stap 2: Wanneer er sprake is van een doorstart is de uitsluitingsgrond niet van toepassing. De doorstart heeft ook geen invloed op de aanbestedingsprocedure als deze al vóór inschrijving is gerealiseerd. De doorstartende partij is dan namelijk de inschrijver en deze partij verkeert niet in staat van faillissement of surseance van betaling.

Stap 3: De pre-pack valt niet onder de uitsluitingsgrond van art. 2.87 Aw. Vaak wordt een pre-pack niet kenbaar gemaakt, waardoor de aanbestedende dienst niets van de pre-pack weet. Al zou de aanbestedende dienst wel van de pre-pack weten, dan is er alsnog geen uitsluitingsgrond waaronder de pre-pack geldt. De uitsluitingsgrond geldt namelijk alleen voor vergelijkbare procedures die bij de wet geregeld zijn. De pre-pack wordt niet in de wet geregeld, waardoor hij dus niet onder de uitsluitingsgrond valt. Een inschrijver jegens wie een pre-pack geldt, kan dan ook niet worden uitgesloten tot deelname.

Tijdens de aanbestedingsprocedure

Bij bestuurlijk aanbesteden is er tijdens de procedure sprake van een basis - deelopereenkomst die gesloten dient te worden tussen de gemeente en aanbieder. Indien er enkel een basisovereenkomst met een aanbieder, jegens wie een insolventiesituatie geldt, is afgesloten dient deze opgezegd te worden. Dit heeft verder geen gevolgen voor de uitvoering van de dienstverlening, aangezien de basisovereenkomst enkel betrekking heeft op de overlegstructuur tussen de gemeente en aanbieder.

Na de aanbestedingsprocedure

Bij de volgende stappen wordt er een onderverdeling gemaakt in de stappen die gezet moeten worden in het kader van de insolventiesituatie zelf en de stappen die gezet moeten worden ten aanzien van de gesloten overeenkomst. Tijdens een insolventiesituatie moet er namelijk op een juiste wijze gehandeld worden om verdere schade te voorkomen en om meer duidelijkheid over de situatie te krijgen (stappen ten aanzien van de insolventiesituatie zelf). Daarnaast kan een insolventiesituatie ook nog van invloed zijn op de overeenkomst die middels een aanbestedingsprocedure gesloten is. Wat er met die overeenkomst moet gebeuren wordt uitgelegd in de stappen ten aanzien van de overeenkomst

Stappen ten aanzien van de insolventiesituatie

Stap 1: Als er signalen zijn dat er sprake is van een faillissement of surseance van betaling dan moet er eerst gekeken worden of dit ook echt het geval is. Dit kan men checken door te kijken in het centraal insolventieregister dat te raadplegen is via www.rechtspraak.nl.

LET OP: Een pre-pack wordt niet in het register vermeld. Ook wordt een doorstart niet vermeld, omdat er voor een doorstart altijd eerst sprake is van een faillissement of een surseance van betaling. Houdt er dan ook rekening mee dat er na een faillissement of een surseance nog een doorstart plaats kan vinden. Informeer hiervoor ook bij de curator (zie stap 4).

Stap 2: Zodra het faillissement of de surseance van betaling gepubliceerd is, kan er worden nagegaan welke ondernemingen hieronder vallen en wie als curator is aangesteld.

Stap 3: Als men zeker weet dat er inderdaad sprake is van een insolventiesituatie, dan moet er allereerst het volgende geïnventariseerd worden.

- Welke gemeente(n) een opdracht bij de betreffende aanbieder hebben lopen.
- Hoeveel cliënten er bij die gemeente(n) zijn.
- Of er nog openstaande facturen zijn die nog betaald moeten worden.

Stap 4: Wanneer er een inventarisatie van de opdrachten heeft plaatsgevonden, moeten de betalingen stopgezet worden. Hiermee wordt voorkomen dat er betaald wordt voor werkzaamheden die niet meer uitgevoerd gaan worden. Uiteraard dient de gemeente de aanbieder voor de uitgevoerde dienstverlening betalen.

Stappen ten aanzien van de overeenkomst

Stap 5: Wanneer de gemeente de mogelijkheid heeft om de overeenkomst te ontbinden, is het belangrijk om te weten wat er met de overeenkomst moet gebeuren. Allereerst dient de curator aangeschreven te worden of hij de overeenkomst gestand wil doen op grond van art. 37 Fw. Op grond van dit artikel moet aan de curator een redelijke termijn gesteld worden waarbinnen hij kenbaar moet maken of hij de overeenkomst gestand doet of niet. Er wordt een termijn van 8 dagen gehanteerd. Deze termijn is redelijk. Wanneer de curator van mening is dat dit geen redelijke termijn is, moet hij dit kenbaar maken. Wanneer de curator niet binnen de gestelde termijn reageert, dan verliest hij zijnerzijds het recht om nakoming van de overeenkomst te vorderen.

Daarnaast moet de curator op grond van art. 37 Fw een zekerheid stellen als hij de overeenkomst gestand wil doen. Deze zekerheid kan bijvoorbeeld gegeven worden door een bankgarantie. De zekerheidstelling is ervoor bedoeld om de curator er van te weerhouden om lichtvaardig over de gestanddoening te besluiten en om de opdrachtgever het vertrouwen te geven dat de curator in geval van gestanddoening de overeenkomst ook daadwerkelijk zal nakomen.

(zie voor de uitgebreidere uitleg van art. 37 hoofdstuk 1 paragraaf 1.2 kopje 'de invloed van de faillietverklaring op bestaande overeenkomsten').

De curator heeft dus de volgende keuzes:

1. Hij doet de overeenkomst gestand: In dat geval wordt afgesproken voor hoe lang de overeenkomst gestand wordt gedaan. Er is dan tijd om middels stap 6 t/m 9 een nieuwe contractpartij te vinden.
2. Hij doet de overeenkomst niet gestand: In dat geval wordt de overeenkomst ontbonden en moet er onmiddellijk een nieuwe contractpartij gevonden worden.

In de brief aan de curator waarin gevraagd wordt of hij de overeenkomst gestand doet, kan tevens het eigendom van zaken worden geclaimd of vorderingen worden ingediend. Hierbij kan men denken aan werkzaamheden die al wel betaald zijn, maar nog niet verricht zijn of goederen die nog geleverd moeten worden. Goederen die op het moment van een insolventiesituatie nog niet geleverd zijn, kunnen wel een probleem opleveren. Op grond van art. 35 Fw kan een goed namelijk niet meer geleverd worden. Als er sprake is van deze situatie, leg de situatie dan neer bij een van de juristen. Tot slot kan er geïnformeerd worden naar een mogelijke doorstart.

(zie voor een verdere uitleg van art. 35 Fw hoofdstuk 1 paragraaf 1.2)

LET OP: In bijlage 1 is een brief opgenomen waarin bovenstaande punten verwerkt zijn. Deze brief kan als format gebruikt worden.

Stap 6:

Er moet gekeken worden of er in de overeenkomst een bepaling is opgenomen, waaruit de gemeente verplicht is om de overeenkomst te ontbinden of de mogelijkheid daartoe heeft. Deze bepalingen kunnen in zowel de basis als de deelovereenkomst opgenomen worden. Soms komt het voor dat er in bijvoorbeeld de deelovereenkomst een verplichting tot ontbinding is opgenomen en in de basisovereenkomst de mogelijkheid tot ontbinding. In dat geval zal de rangorde die in de overeenkomst bepaald is aangeven welke bepaling

leidend is. Wanneer de gemeente verplicht is om de overeenkomst te ontbinden, dan moet zij hiertoe ook daadwerkelijk actie ondernemen. In dit geval is het niet nodig om de curator te vragen of hij de overeenkomst gestand doet of niet. Bij een faillissement is een contract gewoon een contract en gelden de bepalingen uit de overeenkomst. Wanneer de overeenkomst bepaalt dat deze ontbonden moet worden in geval van insolventie, dan kan de curator de overeenkomst niet gestand doen.

Wanneer er een verplichting tot ontbinding is opgenomen, dient de gemeente de overeenkomst ook daadwerkelijk te ontbinden. Hiervoor moet actie worden ondernomen. Wanneer de overeenkomst is beëindigd, kan er geen contractovername met derden meer plaatsvinden. In dat geval is het alleen nog maar mogelijk dat een gecontracteerde dienstverlener de dienstverlening overneemt, mits deze mogelijkheid is opgenomen in de overeenkomst.

Stap 7: Wanneer er in de overeenkomst is opgenomen dat de gemeente de mogelijkheid heeft om de overeenkomst te ontbinden, dan kan de gemeente kiezen om de overeenkomst gestand te doen en een contractovername te realiseren met de doorstartende partij of een andere derde. Wel moet er in de overeenkomst dan een bepaling zijn opgenomen die contractovername door derde mogelijk maakt. Ook kan de gemeente ervoor kiezen om de overeenkomst te ontbinden en een andere gecontracteerde dienstverlener de dienstverlening over te laten nemen, mits deze mogelijkheid is opgenomen in de overeenkomst

(let op: Als de gemeente ervoor kiest om de overeenkomst gestand te doen is het wel belangrijk om aan de curator te vragen of hij de overeenkomst gestand doet).

Stap 8: Het kan ook zo zijn dat de doorstartende partij een geschikte partij is om de diensten over te nemen. Als de doorstartende partij al gecontracteerd is dan kan hij wellicht de overeenkomst eenvoudig overnemen op een zelfde wijze als stap 2. Als de doorstartende partij niet gecontracteerd is dan zijn er twee opties:

1. Er is een bepaling in de overeenkomst opgenomen die het mogelijk maakt dat ook een derde de overeenkomst over kan nemen.
2. De doorstartende partij treedt toe tot de overeenkomst en neemt de diensten vervolgens over overeenkomstig stap 2.

Stap 9: Als er in de overeenkomst geen enkele mogelijkheid tot contractovername is opgenomen door een andere gecontracteerde of door een derde, dan dient de opdracht opnieuw in de markt gezet te worden.

Hoofdstuk 1 Faillissement

In dit hoofdstuk zal er worden ingegaan op faillissement. Het faillissement maakt onderdeel uit van het insolventierecht. Het insolventierecht met name geregeld in de Faillissementswet (afgekort: Fw). Op grond van de Faillissementswet kent het insolventierecht de procedures faillissement (art. 1 tot en met 213 Fw), surseance van betaling (214 tot en met 283 Fw) en de schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen (art. 284 tot en met 361 Fw).² In dit handboek wordt in het kader van de Faillissementswet enkel ingegaan op het Faillissement (hoofdstuk één) en de surseance van betaling (hoofdstuk twee). De schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen is op dit handboek niet van toepassing, omdat het bij een aanbestedingsprocedure gaat om rechtspersonen en overheidsinstanties. Naast de procedures op grond van de Faillissementswet kent het insolventierecht ook nog de doorstart en de pre-pack. Ook deze procedures zullen in dit handboek aan bod komen. De pre-pack wordt besproken in hoofdstuk drie. Vervolgens komt in hoofdstuk vier de doorstart aan bod. In onderstaand schema wordt de opbouw van het insolventierecht weergegeven.



Figuur 1: Schema insolventiesituaties

Op het faillissement is uiteraard de Faillissementswet van toepassing. Voor de uiteenzetting van het faillissement wordt naast de Faillissementswet tevens gebruik gemaakt van de Recofa-richtlijnen voor faillissement en surseance van betaling (hierna: Recofa). Deze richtlijnen bevatten regels voor de verdere behandeling van faillissementen en surseances van betaling.³

Een faillissement kun je opdelen in verschillende fases, namelijk:⁴

1. aanvraag en faillietverklaring;
2. beheer door de curator;
3. opheffing wegens gebrek aan baten;
4. verificatievergadering;
5. einde faillissement door akkoord of vereffening.

Hieronder zullen de belangrijkste fases worden uiteengezet. Op de aanvraag en de faillietverklaring wordt maar kort ingegaan, omdat er in dit onderzoek wordt uitgegaan van de situatie dat er al sprake is van een faillissement. De tweede stap, namelijk het beheer door de curator wordt wel uitgebreid behandeld, omdat hierover veel informatie terug komt in het handboek. De opheffing wegens gebrek aan baten wordt buiten beschouwing gelaten, omdat dit niet vaak voorkomt en dit ook geen gevolgen heeft voor Bizob. Voor stap vier, namelijk de verificatievergadering wordt enkel ingegaan op een aantal belangrijke voorrechten.

1.1 Aanvraag en faillietverklaring

Op grond van art. 1 Fw kan de schuldenaar, die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, op eigen aangifte of op die van één of meerdere schuldeisers failliet worden verklaard.

De faillietverklaring vindt plaats door middel van een gerechtelijk vonnis. In wezen kan dus iedereen die zijn schulden niet betaalt failliet worden verklaard.⁵

² Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 1.

³ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 1.

⁴ 'Wat is een faillissement', MKB Servicedesk, www.mkb servicedesk.nl (zoek op *faillissement*).

Wanneer een rechter van mening is dat de schuldenaar inderdaad in een toestand verkeert dat hij is opgehouden te betalen, zal hij het faillissement uitspreken.⁶

Bij het uitspreken van het faillissement zal de rechtbank een curator aanwijzen (art. 14 Fw jo art. 1.2 onder a en c Recofa). Tevens wordt er bij het vonnis tot faillietverklaring een rechter-commissaris aangesteld (art. 14 Fw).

Nadat het faillissement is uitgesproken, wordt een uittreksel van het vonnis gepubliceerd in de Staatscourant (art. 14 lid 3 Fw jo art. 1.3 onder a Recofa). Tevens wordt het faillissement vermeld in het centraal insolventieregister (art. 19a Fw jo art. 1.3 onder a Recofa).⁷ Door middel van deze registratie kan een ieder snel nagaan of een bepaalde persoon of onderneming failliet is. De medewerkers van Bizob dienen bij signalen van een faillissement na te gaan of er daadwerkelijk faillissement is uitgesproken door het insolventieregister te raadplegen.

1.2 Beheer door de curator

Na de faillissementsverklaring komt de curator in beeld die de boedel gaat beheren. Een faillissement kun je omschrijven als een algeheel beslag op vrijwel het hele vermogen van de schuldenaar.⁸ De schuldenaar wordt ook wel de gefailleerde of failliet genoemd. Op grond van art. 20 Fw omvat het faillissement het gehele vermogen van de schuldenaar ten tijde van de faillietverklaring en hetgeen gedurende het faillissement wordt verworven. Om deze reden verliest de schuldenaar door de faillietverklaring van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn vermogen (art. 23 Fw). Op grond van art. 68 Fw gaat de bevoegdheid tot het beschikken en het beheren van de boedel over naar de curator.⁹ De onbevoegdheid van de schuldenaar en het beheer door de curator gaat in bij de aanvang van de dag waarop het faillissement wordt uitgesproken.¹⁰ Hieronder ter illustratie een voorbeeld.

Een taxibedrijf gaat op 3 januari om 9:00 failliet. Het faillissement werkt dan terug tot 3 januari om 00:00
--

Voorbeeld 1: terugwerkende kracht faillissement

Een belangrijk punt voor het beheren van de boedel is dat de curator op grond van art. 14 lid 2 jo art. 99 Fw de bevoegdheid krijgt om de brieven die gericht zijn aan de schuldenaar te openen. Deze bevoegdheid van de curator gaat zelfs zo ver dat alle postbedrijven verplicht zijn alle post die voor de schuldenaar bestemd is aan de curator af te geven.¹¹ Op het moment dat Bizob contact op wil nemen met de onderneming die failliet is of met de curator, kunnen de brieven te allen tijde gericht worden aan de curator.

Bepalingen die de boedel beschermen

Het uiteindelijke doel van het faillissement is het gehele vermogen van de schuldenaar te gelde te maken en de opbrengst onder de schuldeisers te verdelen.¹² Het is daarom belangrijk om de boedel te beschermen, om te voorkomen dat er minder geld in de boedel zit. Om de boedel te beschermen, bepaalt art. 33 Fw allereerst dat de gelegde beslagen komen te vervallen als gevolg van het faillissement. Dit voorkomt dat schuldeisers die vóór het faillissement beslag hebben gelegd, goederen uit de boedel ontnemen door middel van het beslag.

⁵ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 7.

⁶ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 11.

⁷ Dit register is te raadplegen via www.rechtspraak.nl.

⁸ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 2.

⁹ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 2.

¹⁰ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 2.

¹¹ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 33.

¹² Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 2.

Dit zou namelijk ten kosten komen van de andere schuldeisers en is daarom in strijd met het paritas creditorum dat is bepaald in art. 3:277 Burgerlijk Wetboek (Hierna: BW). Deze term houdt in dat alle schuldeisers gelijk recht hebben, ongeacht het moment waarop ieders vordering is ontstaan.¹³

Een tweede bepaling die de boedel beschermt is art. 35 Fw. Hierin wordt bepaald dat indien de schuldenaar een goed heeft verkocht, maar nog niet heeft geleverd, er geen geldige levering meer kan plaats vinden. Het verkochte goed blijft hierdoor in de boedel. Ter illustratie een voorbeeld:

Het taxibedrijf dat failliet is verklaard, verkoopt voor het faillissement een van zijn taxi's aan B. B heeft de auto al wel betaald, maar de auto is nog niet geleverd. 35 Fw bepaalt dat er geen geldige levering meer kan plaats vinden. Het gevolg hiervan is dat het geld van de koopprijs in de boedel valt en dat B een concurrente schuldeiser is.

Voorbeeld 2: Uitleg van art. 35 Fw.

Op art. 35 Fw bestaan echter wel uitzonderingen. Als koper van een roerende zaak wordt men namelijk in sommige gevallen wel beschermd. Kort gezegd houdt deze uitzondering in dat de koper van het goed beschermd wordt wanneer hij op het moment dat het faillissement is uitgesproken nog niet wist dat de onderneming failliet is, omdat dit nog niet bekend is gemaakt. In dit onderzoek is het enkel relevant om te weten dat er op grond van art. 35 Fw geen geldige levering meer plaats kan vinden. In het huidige protocol van Bizob (zie bijlage 2) staat namelijk dat er bij de curator levering van goederen gevorderd kan worden. Dit is op grond van art. 35 Fw in beginsel niet meer mogelijk. Wanneer de situatie van art. 35 Fw zich voordoet binnen, dan is het verstandig dat de inkoopmedewerker contact opneemt met de juristen. De juristen kunnen dan kijken of de uitzondering op art. 35 Fw geldt.

Ten derde bepaalt art. 24 Fw dat de boedel niet aansprakelijk is voor verbintenissen van de schuldenaar die na de faillietverklaring zijn ontstaan, behalve voor zover de boedel door de verbintenis is gebaat.¹⁴ Aan de hand van onderstaand voorbeeld wordt de werking van art. 24 Fw uitgelegd.

De failliet heeft een taxibedrijf en heeft op 3 januari om 9:00 uur één van zijn taxi's laten bedrukken met reclame van het taxibedrijf. Om 15:00 uur wordt het taxibedrijf failliet verklaard. Door een faillissement raakt de ondernemer het beheer en beschikking over zijn vermogen kwijt. Omdat het faillissement op grond van art. 23 Fw terugwerkt tot 00:00 uur, was de eigenaar om 9:00 uur niet bevoegd om zijn auto te laten bedrukken. Het bedrukken van een auto met reclame is geen noodzakelijke rechtshandeling voor het behoud van de auto. De boedel is daarom niet door de bedrukking gebaat. In dit geval is er dus een vordering ontstaan die niet in het faillissement kan worden verhaald. De bedrukker moet dan ook wachten tot het faillissement ten einde is wil hij zijn

Voorbeeld 3: Werking van art. 24 Fw

Zoals uit het artikel al volgt, wordt er een uitzondering gemaakt voor verbintenissen van de schuldenaar die na de faillietverklaring zijn ontstaan, waar de boedel door gebaat is. Ook voor deze situatie wordt hieronder een voorbeeld gegeven.

We gaan ervan uit dat de auto niet bedrukt werd, maar verkocht. De auto werd verkocht voor € 20.000,-, terwijl hij maar € 17.000,- waard was. In dit geval is de boedel er wel bij gebaat en blijft de koopovereenkomst in stand.

Voorbeeld 4: Uitzondering op art. 24 Fw

¹³ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 4.

¹⁴ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 31.

De invloed van de faillietverklaring op bestaande overeenkomsten

Vaak heeft een onderneming die failliet wordt verklaard een aantal overeenkomsten. Hierbij kan men denken aan huurovereenkomsten, koopovereenkomsten en arbeidsovereenkomsten.

In de Faillissementswet zijn een aantal artikelen opgenomen die bepalen wat er met een bestaande overeenkomst gebeurt in geval van faillissement. Echter zijn niet voor alle soorten overeenkomsten bepalingen opgenomen in de Faillissementswet. In onderhavig onderzoek zijn de overeenkomst ten behoeve van overheidsopdrachten van toepassing. De arbeidsovereenkomst, huurovereenkomst en de koopovereenkomst worden daarom buiten beschouwing gelaten.

Voor een overeenkomst ten behoeve van een overheidsopdracht is geen specifieke bepaling opgenomen in de Faillissementswet. Indien er een wettelijke regeling ontbreekt, dan moet men er in beginsel van uit gaan dat de faillietverklaring geen invloed heeft op bestaande overeenkomsten.¹⁵ Een bepaling die van belang is op een wederkerige overeenkomst is art. 37 Fw. Een wederkerige overeenkomst is een overeenkomst waarbij tussen partijen over en weer verplichtingen gelden. Zo heeft de ene partij een verplichting tot betaling van bijvoorbeeld de koopsom en de andere partij de verplichting om het goed dat gekocht is te leveren. Het betreft in artikel 37 Fw een wederkerige overeenkomst die ten tijde van de faillissementsverklaring zowel door de schuldenaar als door zijn wederpartij in het geheel of slechts gedeeltelijk niet is nagekomen. In dat geval kan de wederpartij aan de curator een redelijke termijn stellen, waarbinnen de curator moet verklaren of hij de overeenkomst gestand doet.¹⁶ Op grond van lid 2 van art. 37 Fw is de curator verplicht, indien hij de overeenkomst in stand wil houden, bij die verklaring een zekerheid te stellen voor de nakoming. De zekerheidsstelling moet de curator ervan weerhouden om lichtvaardig over de gestanddoening te besluiten. Ook heeft de zekerheidsstelling als doel de wederpartij het vertrouwen te geven dat de curator in geval van gestanddoening ook daadwerkelijk zal nakomen.¹⁷ De zekerheid kan op grond van art. 6:51 lid 1 BW in de vorm van een zakelijke zekerheid of een persoonlijke zekerheid worden gegeven. Voorbeelden van een zakelijke zekerheid is een pand- of hypotheekrecht en een voorbeeld van een persoonlijke zekerheid is een bankgarantie.¹⁸ *“Een bankgarantie is een overeenkomst tussen de begunstigde en de bank. Deze overeenkomst houdt in dat de bank op het eerste schriftelijke verzoek van de begunstigde een afgesproken bedrag uitbetaalt. Deze betaling dient als vergoeding van de schade die de begunstigde lijdt als gemaakte afspraken niet worden nagekomen.”*¹⁹ Bij Bizob wordt vaak gebruik gemaakt van de bankgarantie. Door middel van deze bankgarantie kan Bizob namelijk zien of de ondernemer over voldoende financiën beschikt om de kosten van de opdracht te voldoen.

Als aan de curator een redelijke termijn wordt gesteld en hij niet tijdig laat weten of hij de overeenkomst gestand wil doen, dan verliest hij het recht zijnerzijds nakoming van de overeenkomst te vorderen op grond van art. 37 lid 1 Fw.²⁰ Art. 37 (oud) Fw gaf in de wettekst als termijn acht dagen. In het huidige artikel 37 Fw is deze achtdagentermijn vervangen voor een redelijke termijn. Deze wijziging is doorgevoerd, omdat uit de praktijk bleek dat de termijn van acht dagen vaak te kort was en in spoedeisende gevallen weer te lang.²¹ Wat een redelijke termijn is hangt af van de omstandigheden van het geval. Volgens de memorie van toelichting bij art. 37 Fw mag er in het algemeen van worden uitgegaan dat degene aan wie een termijn is gesteld waarvan hij meent dat zij niet redelijk is, dit aangeeft bij de

¹⁵ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 40.

¹⁶ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 41.

¹⁷ Van Zanten 2012, p. 153.

¹⁸ Van Zanten 2012, p. 155.

¹⁹ ‘Bankgarantie’, ING, www.ing.nl (zoek op *bankgarantie*).

²⁰ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 41.

²¹ Van Zanten 2012, p. 106.

wederpartij.²² In het huidige protocol van Bizob, wordt een termijn van acht dagen gehanteerd.

Als de curator een bezwaar heeft tegen deze termijn, dan dient hij dit aan te geven bij de wederpartij en een andere termijn te stellen.

Verklaart de curator zich niet bereid, dan kan de wederpartij de overeenkomst ontbinden en eventueel aanvullende schadevergoeding vorderen.

Deze vordering tot schadevergoeding levert een concurrente vordering op (art. 37a Fw).²³ De ontbinding is overigens niet van rechtswege.²⁴ Wel kan de ontbinding schriftelijk. De overeenkomst eindigt op het moment van de ontbinding. De ontbinding heeft geen terugwerkend kracht. Wel bestaat er een verplichting over en weer tot 'ongedaanmaking' van deze verplichtingen (art. 6:271 BW).²⁵

Tot slot gaat artikel 37 Fw over de situatie waarin beide partijen nog geheel of gedeeltelijk na moeten komen. Het kan echter ook zo zijn dat er maar op een partij een verplichting rust. Bij een overheidsopdracht kan er zowel voor als achteraf betaald worden. Indien de opdrachtgever vooraf betaalt, en de ondernemer gaat failliet voordat hij zijn tegenprestatie heeft verricht, is er geen sprake van een overeenkomst waarbij beide partijen nog na moeten komen. In dat geval is er sprake van een prestatieplicht die rust op de gefailleerde. *"De wederpartij kan de curator dan vragen het contract na te komen en indien hij zich daartoe bereid verklaart, transformeren haar contractuele aanspraken tot boedelschuld."*²⁶ De curator zal in deze situatie niet vaak een bereidverklaring geven, omdat de wederpartij hier geen tegenprestatie tegenover zet. De boedel is hierbij dan niet gebaat. Indien de curator zich niet bereid verklaart, dan kan de vordering enkel ter verificatie worden ingediend (art. 26 jo 110 Fw).²⁷ Binnen Bizob wordt er niet vaak vooraf betaald. Dit wordt enkel gedaan bij een aanbesteding van een werk, wanneer er kostbare materialen moeten worden ingekocht. De werkzaamheden die een ondernemer verricht worden vrijwel altijd achteraf betaald. Wanneer de situatie zich voordoet dat er vooraf is betaald, dan moeten de medewerkers van Bizob er rekening mee houden dat de curator de overeenkomst niet meer zal nakomen.

1.3 Verificatievergadering

Nadat de curator een beeld heeft van de boedel en als er voldoende baten aanwezig zijn om de schuldeisers te voldoen, zal er een verificatievergadering worden gepland.

Een verificatievergadering is een vergadering waarbij de schuldeisers hun vordering bij de curator kunnen indienen en eventueel kunnen toelichten.

Binnen een faillissement zijn er verschillende schuldeisers die een vordering in kunnen dienen ter verificatie. De belangrijkste schuldeisers zijn in dit onderzoek de concurrente schuldeiser en de preferente schuldeiser. Allereerst zijn er concurrente schuldeisers. Een concurrente schuldeiser is een schuldeiser die geen voorrang heeft op andere schuldeisers. Een concurrente schuldeiser wordt als laatste uitbetaald in een faillissement. Daarnaast zijn er preferente schuldeisers. Preferente schuldeisers krijgen voorrang boven de concurrente op grond van een voorrangrecht waarover zij beschikken. De belangrijkste voorrangrechten die een preferente schuldeiser uit kan oefenen zijn het recht van reclame, verrekening en retentierecht.²⁸ Hieronder wordt ingegaan op deze voorrangrechten.

²² Kortmann & Faber 1995, p. 95.

²³ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 41.

²⁴ Hof 's-Hertogenbosch 24 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1057, r.o.10.3.2.

²⁵ 'Contractenrecht: Hoe beëindig ik een overeenkomst? Opzegging, ontbinding en vernietiging' *Dirkzwager ondernemingsrecht* 6 augustus 2014, www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl (zoek op *contractenrecht*).

²⁶ Van Zanten 2012, p. 56.

²⁷ Van Zanten 2012, p. 56.

²⁸ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 73.

Recht van reclame

Het recht van reclame is geregeld in art. 7:39 BW. Dit houdt in dat als een verkoper een roerende zaak al aan de koper geleverd heeft, maar deze nog niet betaald is, de verkoper de roerende zaak als zijn eigendom kan terugvorderen, wanneer betaling van de koopsom uitblijft.²⁹ Wanneer er met succes een beroep kan worden gedaan op het recht van reclame, wordt de koop ontbonden (art. 7:39 BW).³⁰

Verrekening

Verrekening is geregeld in art. 53 Fw. Dit doet zich voor als de schuldeiser tegelijkertijd ook schuldenaar is ten opzichte van de gefailleerde. De schuldeiser heeft dan nog een vordering op de gefailleerde, maar de gefailleerde heeft ook nog een vordering op de schuldeiser. In dit geval kunnen de vorderingen tegenover elkaar wegvallen.³¹

De vorderingen moeten dan wel gelijksoortig zijn. Door verrekening heeft de schuldeiser binnen het faillissement een voordeel. Als er geen verrekening plaats zou vinden, dan zou de schuldeiser zijn schuld aan de gefailleerde moeten voldoen bij de curator en zou hij moeten wachten tot hij zijn vordering op de gefailleerde betaald krijgt.³² Belangrijk bij dit leerstuk is dat de vorderingen op de failliet evenals de schulden aan de failliet nog niet opeisbaar hoeven te zijn. Wel moeten beide vorderingen vóór faillissement zijn ontstaan en voortvloeien uit handelingen die vóór de faillietverklaring met de gefailleerde zijn verricht.³³

Het retentierecht

Het retentierecht is vervolgens geregeld in art. 60 Fw. Het retentierecht wordt uitgelegd aan de hand van onderstaand voorbeeld.

Van het taxibedrijf is een van de auto's kapot gegaan en staat bij de garage ter reparatie. Terwijl de auto zich daar bevindt gaat het taxibedrijf failliet. De garage hoeft in dit geval de auto niet af te staan, wanneer de vordering nog niet is voldaan. De vordering is hier het betalen van de rekening voor de reparatie. Deze rekening moet dus eerst betaald worden, voordat de auto teruggegeven moet worden. De garage oefent dus het retentierecht uit door de auto van de failliet onder zich te houden.

Voorbeeld 5: De werking van het retentierecht

In vervolgstap twee van het huidige protocol (zie bijlage 2) wordt vermeld dat de stand van zaken moet worden vastgelegd, eigendom moet worden gekenmerkt en de bouwplaats moet worden verzegeld om te voorkomen dat onderaannemers het retentierecht uitoefenen. Dit is een belangrijke stap om te ondernemen.

Indien een onderaannemer een retentierecht uitoefent kan dat namelijk gevolgen hebben voor de opdrachtgever. *“De onderaannemer heeft een vordering op de opdrachtnemer, maar oefent een retentierecht uit op een zaak die meestal het eigendom is van de opdrachtgever. Het kan in het ergste geval zelfs zo zijn dat de onderaannemer zich uiteindelijk verhaalt op de eigendommen van de opdrachtgever, terwijl de opdrachtgever niets aan de onderaannemer verschuldigd is en mogelijk zelfs al voor de werkzaamheden van de onderaannemer heeft betaald.”*³⁴ Voor de onderaannemer is het uitoefenen van retentierecht een goede manier om toch nog betaling te ontvangen, indien jegens de opdrachtnemer een insolventiesituatie geldt. Voor de opdrachtgever is dit echter een situatie die dient te worden voorkomen.³⁵

²⁹ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 73.

³⁰ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 73.

³¹ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 73.

³² Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 73.

³³ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 75.

³⁴ Uitoefening retentierecht door de aannemer op het bouwwerk', *Blenheim Advocaten*, www.blenheim.nl (zoek op *retentierecht*).

³⁵ 'Uitoefening retentierecht door de aannemer op het bouwwerk', *Blenheim Advocaten*, www.blenheim.nl (zoek op *retentierecht*).

De opdrachtgever als schuldeiser

De opdrachtgever is bij een aanbesteding de gemeente. In de meeste gevallen betaalt de gemeente achteraf voor de werkzaamheden die verricht zijn. In dat geval is de gemeente geen schuldeiser, maar een schuldenaar binnen het faillissement. De failliet heeft dan namelijk nog iets te goed van de gemeente. In enkele gevallen wordt er vooraf betaald. Dit is bijvoorbeeld het geval bij werken waarbij de aannemer kostbare materialen aan moet schaffen. Wanneer er vooraf betaald is, maar de werkzaamheden zijn nog niet uitgevoerd op het moment van faillissement, dan is er sprake van een prestatieplicht die rust op de gefailleerde. Eerder in dit hoofdstuk is besproken dat de gemeente dan aan de curator kan vragen of hij het contract na wil komen. Als de curator hiertoe bereid is, dan transformeren haar contractuele aanspraken tot boedelschuld. De gemeente is dan een boedelschuldeiser. Een boedelschuldeiser staat wel hoog in de rangorde van schuldeisers, waardoor zij in dat geval wel voorrang krijgt. Indien de curator zich niet bereid verklaart, dan kan de vordering enkel ter verificatie worden ingediend (art. 26 jo 110 Fw). In dat geval is de gemeente een concurrente schuldeiser.

De verificatie van de vorderingen

Omdat de curator het beheer en de beschikking heeft over de boedel, moeten de schuldeisers bij hem de vorderingen ter verificatie indienen. Enkel de concurrente schuldeisers en de schuldeisers met een voorrecht moeten hun vordering indienen ter verificatie. De separatisten en de boedelschuldeisers hoeven dit dus niet.³⁶ Verificatie houdt in dat de schuldeisers hun vorderingen bij de curator melden. Op grond van art. 108 Fw bepaalt de rechter-commissaris de dag waarop de vorderingen uiterlijk moeten worden ingediend. Op grond van artikel 110 Fw wordt een vordering ingediend door overlegging van een rekening of schriftelijke verklaring, worden de aard en het bedrag van de vordering vermeld en bevat de indiening bewijsstukken. Tevens moet de schuldeiser bij de indiening van zijn vordering aangeven of hij aanspraak maakt op een voorrangrecht. Als de vordering ter verificatie wordt ingediend, dan wordt onderzocht of de vordering inderdaad bestaat en of de schuldeiser recht heeft op de vordering.³⁷ De curator checkt de vorderingen aan de hand van de administratie van de schuldenaar en treedt bij bezwaar in overleg met de schuldeiser (art. 111 Fw).

1.4 Einde faillissement

Als alle fases zijn doorlopen komt er een eind aan het faillissement. Een faillissement kan op verschillende manieren aan een einde komen. De faillissementsverklaring kan worden vernietigd (art. 15 Fw), het faillissement kan worden opgeheven (art. 16 Fw), het faillissement kan vereenvoudigd worden afgewikkeld (art. 137a e.v. Fw), er kan een akkoord worden gesloten of er vindt vereffening plaats.³⁸

Allereerst kan een faillissement worden opgeheven wegens gebrek aan baten. Een faillissement wordt opgeheven, indien er niet voldoende baten beschikbaar zijn voor de voldoening van de faillissementskosten (art. 16 Fw). Indien er binnen drie jaar opnieuw aanvraag tot faillissement wordt gedaan, is de schuldenaar of de aanvrager verplicht aan te tonen dat er voldoende baten aanwezig zijn om in de kosten van faillissement te voldoen (art. 18 Fw).

Ten tweede kan een faillissement vereenvoudigd worden afgewikkeld. Een vereenvoudigde afwikkeling vindt plaats wanneer er niet voldoende baten beschikbaar zijn om daaruit de concurrente schuldeisers geheel of gedeeltelijk te voldoen (art. 137a Fw). De afhandeling van de concurrente vorderingen blijft dan achterwege.

³⁶ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 93.

³⁷ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 93.

³⁸ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 103.

Ten derde kan er nog een akkoord gesloten worden tussen de failliet en zijn schuldeisers. *“Dit akkoord kan gezien worden als een overeenkomst, waarin wordt afgesproken op welke wijze de schuldeisers voldoening van hun vorderingen krijgen.”*³⁹

Tot slot kan er, indien er geen akkoord is aangeboden of het akkoord is verworpen, een vereffening plaatsvinden. De boedel verkeert dan van rechtswege in staat van insolventie (art. 173 Fw). Bij vereffening gaat de curator de boedel te gelde maken en de opbrengst verdelen onder de schuldeisers. Bij deze verdeling wordt uiteraard rekening gehouden met de rangorde van de schuldeisers.⁴⁰

³⁹ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 103.

⁴⁰ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 108.

Hoofdstuk 2 Surseance van betaling

Op de surseance van betaling is tevens de Faillissementswet van toepassing. Voor de uiteenzetting van de surseance van betaling wordt naast de Faillissementswet tevens gebruik gemaakt van de Recofa-richtlijnen voor faillissement en surseance van betaling.

Naast de faillietverklaring kan de schuldenaar, die voorziet dat hij niet al zijn schulden kan blijven betalen, een surseance van betaling (hierna: surseance) aanvragen (art. 214 Fw). De surseance is in wezen een voorstadium van het faillissement, waarbij de schuldenaar over een bepaalde termijn niet verplicht is om zijn schulden te betalen. De schuldenaar krijgt hierdoor de mogelijkheid om alle zaken weer op orde te stellen. De schuldenaar krijgt eigenlijk een uitstel van betaling. Alleen rechtspersonen en natuurlijke personen die een bedrijf of beroep uitoefenen, kunnen in aanmerking komen voor een surseance (art. 214 lid 4 Fw). Het doel van de surseance is het behoud van de boedel en eventueel de voortzetting van het bedrijf.⁴¹

2.1 Taak bewindvoerder

De taak van een bewindvoerder is op grond van art. 215 lid 2 Fw om samen met de schuldenaar het beheer over zijn zaken te voeren. *”In de praktijk komt die taak er meestal op neer dat de bewindvoerder op korte termijn onderzoekt of de schuldenaar voldoende levensvatbaar is om de voorlopige surseance definitief te krijgen, of dat deze moet worden omgezet in een faillissement.”*⁴² Daarnaast maakt hij een staat van de boedel op aan de hand van een staat van baten en lasten, beoordeelt hij de crediteurenlijst en verleent machtigingen voor het handelen van de schuldenaar.⁴³ Tot slot brengt de bewindvoerder telkens na verloop van drie maanden verslag uit over de toestand van de boedel (art. 227 Fw).

2.2 De procedure tot surseanceverlening

De aanvraag van de surseance geschiedt middels een verzoekschrift dat is ondertekend door de schuldenaar en een advocaat (art. 214 Fw). De schuldenaar is echter niet verplicht tot het aanvragen van een surseance. Hij kan hiertoe ook niet gedwongen worden.⁴⁴

Na de aanvraag gaat de rechtbank het verzoek beoordelen. De rechtbank zal op grond van art. 215 lid 2 Fw de surseance voorlopig verlenen en een of meer bewindvoerders benoemen om samen met de schuldenaar het beheer over zijn zaken te voeren. Tot slot wordt de verlening van de surseance ingeschreven in het openbaar register en in het centraal register (art. 22a en 22b Fw).⁴⁵

2.3 De rechtsgevolgen van de surseance

Allereerst verliest de schuldenaar niet het gehele beheer en beschikking over zijn vermogen, maar moet hij de medewerking van de bewindvoerder hebben voor het verrichten van rechtshandelingen.⁴⁶ Als er zonder de toestemming van de bewindvoerder wordt gehandeld, is de boedel hiervoor niet aansprakelijk, tenzij de boedel daarbij gebaat is. Dit komt dus overeen met het faillissement.

Een handeling met de medewerking van de bewindvoerder levert voor de schuldeiser een boedelvordering op. Dat de boedel niet aansprakelijk is voor een handeling zonder toestemming van de bewindvoerder is niet het enige gevolg dat kan intreden voor deze handeling. Op grond van art. 242 Fw kan de surseance worden ingetrokken of kan een strafrechtelijk sanctie worden opgelegd (art. 442 Wetboek van Strafrecht).⁴⁷

⁴¹ Wessels 2014, p. 2.

⁴² Wessels 2014, p. 30.

⁴³ Wessels 2014, p. 30.

⁴⁴ Wessels 2014, p. 22.

⁴⁵ Het centraal register is te raadplegen op www.rechtspraak.nl.

⁴⁶ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 130.

⁴⁷ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 131.

Een tweede gevolg van de surseance is dat de schuldenaar op grond van art. 230 Fw niet tot betaling van de schulden kan worden genoodzaakt. In dit artikel wordt tevens bepaald dat de executies worden geschorst en de beslagen vervallen. Een surseance geldt niet ten aanzien van de preferente vorderingen.⁴⁸

Tot slot geldt ook bij een surseance paritas creditorum. Dit blijkt uit art. 233 Fw, waarin wordt bepaald dat betalingen van schulden aan alle schuldeisers gezamenlijk en naar evenredigheid van hun vordering plaatsvindt.

Gevolgen van de overeenkomst bij een surseance van betaling

Ook een surseance kan van invloed zijn op de overeenkomst die de failliet met een andere partij heeft gesloten. Bij een surseance geldt eigenlijk dezelfde regeling als bij een faillissement, alleen is deze regeling opgenomen in art. 236 Fw en niet in art. 37 Fw. Op grond van art. 236 Fw kan de wederpartij in geval van een wederkerige overeenkomst die door zowel de schuldenaar als door haar niet is nagekomen aan de schuldenaar en de bewindvoerder een redelijke termijn stellen, waarin zij aan moeten geven of zij de overeenkomst gestand willen doen. Ook bij een surseance moeten de schuldenaar en de curator een zekerheid stellen als zij de overeenkomst gestand willen doen (art. 236 lid 2 Fw). Reageren de schuldenaar en de curator niet binnen de gestelde termijn, dan verliezen zij het recht om nakoming van de overeenkomst te vorderen. Het verschil met art. 37 Fw is dat bij art. 236 Fw sprake is van een redelijke termijn met betrekking tot zowel de schuldenaar als de curator. Bij art. 37 Fw geldt de redelijke termijn alleen voor de curator. Dit verschil is natuurlijk te verklaren door het gegeven dat bij een faillissement de failliet het beheer en de beschikking over zijn vermogen verliest en bij een surseance dit alleen wordt beperkt.

2.4 Einde surseance

Een surseance kan op verschillende manieren tot een eind komen. Allereerst kan de surseance in opdracht van de rechter-commissaris, op verzoek van de bewindvoerders of één of meer schuldeisers of ambtshalve door de rechtbank worden ingetrokken.⁴⁹

Dit kan op de gronden die genoemd worden in art. 242 Fw, bijvoorbeeld wanneer de schuldenaar gedurende de loop van de surseance zich aan kwade trouw schuldig maakt of als hij in strijd handelt met art. 228 lid 1 Fw. Ook de schuldenaar is bevoegd tot intrekking van de surseance te verzoeken, op de voorwaarde dat de toestand van de boedel hem weer in staat stelt zijn betaling te hervatten (art. 247 lid 1 Fw).

Ten tweede kan er bij een surseance ook een akkoord gesloten worden. Op grond van art. 273 Fw is het akkoord alleen bindend voor de schuldeisers jegens wie de surseance werkt. Voor de aanneming van het akkoord wordt vereist dat er een gewone meerderheid van de ter vergadering verschenen erkende en toegelaten schuldeisers, die tezamen ten minste de helft van het bedrag van de erkende en toegelaten schuldvorderingen vertegenwoordigen voor het akkoord stemmen (artikel 268 Fw). Nadat het akkoord wordt aangenomen, vindt er homologatie van het akkoord plaats door de rechter (art. 271 Fw). De rechtbank zal de homologatie weigeren om de in art. 272 Fw lid 2 genoemde redenen. Als de homologatie wordt geweigerd, dan kan in dezelfde beschikking de schuldenaar failliet worden verklaard.

Ten derde kan de surseance worden omgezet in een faillissement. Art. 248 Fw bepaalt dat een faillietverklaring gedurende surseance niet zonder meer kan worden verzocht. Een faillissement kan worden uitgesproken op grond van art. 272 Fw, omdat de rechtbank de homologatie van het akkoord weigert. Daarnaast kan het faillissement worden uitgesproken op grond van art. 277 Fw, omdat het akkoord wordt geweigerd. Tot slot kan de schuldenaar failliet worden verklaard op grond van 280 Fw, wanneer het akkoord wordt ontbonden. Als een faillissement is uitgesproken op een van bovenstaande gronden, dan kan er binnen het

⁴⁸ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 131.

⁴⁹ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 136.

faillissement geen akkoord meer worden aangeboden. Er is immers al een akkoord gedaan bij de surseance en deze is niet geslaagd.

Tot slot kan een surseance verlopen, omdat de termijn is verstreken en verlenging niet meer nodig is. De schuldenaar is dan weer in staat om zijn schulden te betalen.⁵⁰

⁵⁰ Van Buchem-Spapens, Pouw 2013, p. 108.

Hoofdstuk 3 Pre-pack

Voor de pre-pack is er nog geen wettelijke regeling in de Nederlandse wetgeving. Er is in juni 2015 wel een Wetsvoorstel Continuïteit ondernemingen I gedaan, maar dit is nog niet in werking getreden. Er zijn tot op heden dus nog geen bepalingen die weergeven hoe een pre-pack moet voorlopen. Deze regels blijken uit de praktijk en worden straks in de wet gecodificeerd.

Door middel van een pre-pack krijgt een bedrijf de kans om na faillissement in een snel tempo een doorstart te maken. De schuldenaar kan bij de rechtbank een verzoek doen om een stille bewindvoerder toe te kennen. Deze kan dan nog vóór het faillissement onderzoeken of er een doorstart mogelijk is.⁵¹ De overdracht van de activa van de onderneming wordt reeds voor faillissement in stilte voorbereid, zonder de schuldeisers te raadplegen en beperkt tot een aantal serieuze kandidaat-kopers onder oplegging van een geheimhouding.⁵² Dit voorkomt de chaos die bij een faillissement wordt veroorzaakt, waardoor er snel kan worden gehandeld, wat de kansen op een succesvolle doorstart vergroot.⁵³

Voordelen die de pre-pack met zich mee brengt zijn een gestructureerde en doelmatige afwikkeling van het faillissement, het tegengaan van waardeverlies door negatieve publiciteit, behoud van werkgelegenheid en de realisatie van een doorstart direct na faillissement.⁵⁴

Naast de voordelen kent een pre-pack ook nadelen. *“Zo heeft de beoogd curator geen bevoegdheden zonder instemming van de schuldenaar. De stille bewindvoerder is daarnaast in zijn informatiebehoefte aangewezen op de schuldenaar. Ook ligt misbruik op de loer om goedkoop van het personeel af te komen. Tot slot kan concurrentievervalsing in de hand worden gewerkt, zeker in gevallen waarbij de doorstart met een gelieerde partij wordt beklonken.”*⁵⁵

Ondanks het feit dat er geen wettelijke regeling is voor de pre-pack, dient de curator bij een pre-pack niet alleen rekening te houden met de belangen van de schuldeisers en de gefailleerde, maar ook met de belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid. Het doel van de pre-pack is een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren voor de schuldeisers.⁵⁶

De pre-pack geldt in beginsel voor een periode van twee weken, maar er is een mogelijkheid om deze te verlengen indien dit het belang van de schuldeisers dient.⁵⁷

3.1 De gang van zaken bij een pre-pack

*“Bij het verzoek tot aanstelling van een beoogd curator zal de rechtbank derhalve dienen te toetsen of lopende en nieuwe verplichtingen kunnen worden nagekomen. Mocht blijken dat er onvoldoende financiering is, dan zal het verzoek afgewezen dienen te worden. Als de pre-pack wel wordt toegekend moet de beoogde curator vervolgens nagaan of de schuldenaar over voldoende middelen of financiering beschikt om de bedrijfsvoering voort te kunnen zetten zonder schade aan derden te berokkenen.”*⁵⁸ Als dit het geval is, dan gaat de stille bewindvoerder de markt verkennen en op zoek naar een kandidaat voor de doorstart. Wanneer deze kandidaat gevonden is, wordt er een faillissement aangevraagd, waarna er binnen een korte periode een doorstart plaats kan vinden.

⁵¹ Van Zanten, *ArbeidsRecht* 2013/47, p. 2.

⁵² Van Apeldoorn, *Tvl* 2012/17, p. 1.

⁵³ Van Zanten, *ArbeidsRecht* 2013/47, p.1.

⁵⁴ Mulder, *Tvl* 2015/5, p. 1.

⁵⁵ Mulder, *Tvl* 2015/5, p. 1.

⁵⁶ Van Zanten, *ArbeidsRecht* 2013/47, p. 2.

⁵⁷ Van Zanten, *ArbeidsRecht* 2013/47, p. 3.

⁵⁸ Mulder, *Tvl* 2015/5, p. 3.

De pre-pack moet men niet verwarren met de surseance. Bij een surseance wordt er een bewindvoerder aangesteld, die samen met de schuldenaar orde op zaken moet brengen om een faillissement te voorkomen. Bij een pre-pack is het onvermijdelijk dat er een faillissement wordt uitgesproken. Het doel is echter om voor dit faillissement de mogelijkheden voor een doorstart al duidelijk te hebben, waardoor de doorstart sneller doorlopen kan worden en ook een grotere kans van slagen heeft.

3.2 Einde pre-pack

Een pre-pack duurt in beginsel maar twee weken. Na deze termijn wordt er veelal een faillissement aangevraagd, waarna een doorstart plaatsvindt.

Hoofdstuk 4 Doorstart

In de Nederlandse wetgeving is geen enkele definitie voor een doorstart opgenomen. Ook zijn nergens regels gesteld ten aanzien van een doorstart.

*“Onder een doorstart wordt verstaan het voortzetten van de onderneming of een deel ervan na de faillietverklaring.”*⁵⁹ De onderneming wordt dan vaak geheel of gedeeltelijk verkocht en voortgezet in een andere rechtspersoon. Het kan echter ook zo zijn dat een onderneming na een akkoord kan blijven bestaan. Ook dan is er sprake van een doorstart.⁶⁰

Een doorstart is mogelijk als er sprake is van een rechtspersoonlijke onderneming, zoals een besloten vennootschap (hierna: bv) of een naamloze vennootschap (hierna: nv). Een doorstart is iets anders dan een overgang van onderneming, ook wel overname genoemd. Bij een overgang van onderneming moet er sprake zijn van behoud van identiteit. De onderneming moet zijn identiteit zodanig behouden in het economisch verkeer dat gezegd kan worden dat er sprake is van een overgang in continuïteit.⁶¹

Bij een doorstart is er geen sprake van eenzelfde onderneming. Bij een doorstart is de onderneming in staat van faillissement verklaard, waarna er een doorstart plaatsvindt. Bij een doorstart wordt een deel van het kapitaal, namelijk de schulden (passiva) achtergelaten en gaat men verder met het kapitaal wat onaangetast is (activa). Hierdoor is er geen sprake van dezelfde onderneming die wordt voortgezet.⁶² Een overname vindt in het kader van een faillissementverklaring nooit plaats en zal daarom buiten beschouwing worden gelaten.

Een doorstart vindt altijd plaats nadat er faillissement is uitgesproken. Het kan dus zijn dat er in eerste instantie faillissement is uitgesproken en dat er gedurende het faillissement is onderzocht of er de mogelijkheid is om een doorstart te maken. Het kan ook zo zijn dat er vóór het faillissement al een pre-pack is geweest, waardoor er gelijk nadat het faillissement is uitgesproken een doorstart plaatsvindt.

4.1 Het nut van een doorstart

Men moet zich afvragen in hoeverre een doorstart zinvol is. *“Het faillissement van een onderneming is in wezen een saneringsproces. Wat niet rendabel functioneert moet verdwijnen.”*⁶³ Men kan zeggen dat het staande houden van een bedrijf dat de concurrentiestrijd heeft verloren, niet zinvol is.⁶⁴

Daarentegen heeft een doorstart ook voordelen. Allereerst zorgt een doorstart voor meer behoud van werkgelegenheid. Bij een doorstart vindt vaak een reorganisatie plaats, waardoor niet alle werknemers hun baan behouden. Wel kunnen meer mensen hun baan behouden dan bij een faillissement. Ten tweede leidt een doorstart tot minder kapitaalvernietiging. Onder kapitaalvernietiging wordt bedoeld dat de activa van de onderneming minder waard worden door geforceerde verkoop.⁶⁵ Tot slot leidt een doorstart tot een betere betaling van de schulden van de onderneming.

4.2 Het gevolg van een doorstart op de overeenkomst

Ook een doorstart kan van invloed zijn op de overeenkomsten die de failliet met een andere partij heeft gesloten. De failliet wordt immers vervangen door een andere onderneming en dit gaat niet zomaar. Er moet dan namelijk een contractovername plaatsvinden door de

⁵⁹ Deterink e.a. 2008, p. 1.

⁶⁰ Deterink e.a. 2008, p. 1.

⁶¹ Deterink e.a. 2008, p. 99.

⁶² Deterink e.a. 2008, p. 101.

⁶³ Deterink e.a. 2008, p. 106.

⁶⁴ Deterink e.a. 2008, p. 106.

⁶⁵ Deterink e.a. 2008, p. 5.

doorstartende partij. Voor een contractovername geldt de algemene bepaling van contractovername (art. 6:159 BW).

In de uitspraak van de rechtbank Groningen⁶⁶ wordt duidelijk weergegeven wat de vereisten voor een geldige contractovername in de zin van art. 6:159 BW zijn. In deze uitspraak ging het over twee privaatrechtelijke rechtspersonen die samen een overeenkomst hebben gesloten. De opdrachtnemer ging failliet en maakte een doorstart. Bij deze doorstart is de orderportefeuille overgenomen door de doorstartende partij. Volgens de curator was de doorstartende partij bereid het werk uit te voeren en de curator stemde er mee in dat het werk rechtstreeks door de doorstartende partij werd uitgevoerd. De vraag die centraal stond was of er door de verklaring van de curator een geldige contractovername op grond van art. 6:159 lid 1 BW heeft plaatsgevonden.⁶⁷

In deze uitspraak is bepaald dat er voor contractovername voldaan moet worden aan de eisen van 6:159 BW. Dit betekent dat een partij bij een overeenkomst haar rechtsverhouding met de wederpartij met toestemming van de wederpartij kan overdragen aan een derde, bij een tussen haar en de derde opgemaakte akte. In het geval van een doorstart moet dus de failliet samen met degene die het contract overneemt een akte opstellen, waaruit de toestemming van de failliet, de wederpartij en de gene die het contract overneemt duidelijk uit blijkt.⁶⁸ Is er aan een van deze eisen niet voldaan, dan is er geen sprake van contractovername en kan de wederpartij de overnemende partij niet aanspreken op de nakoming van het werk. In onderhavige casus moet dus uit de akte de toestemming van de curator en de doorstartende partij blijken. De toestemming van de doorstartende partij ontbreekt echter, waardoor er geen geldige contractovername tot stand is gekomen.⁶⁹

In het kader van aanbestedingen van overheidsopdrachten, is voor contractovername het aanbestedingsrecht van toepassing in plaats van het Burgerlijk Wetboek. Het gaat immers om een overheidsopdracht die wordt aanbesteed door een overheidsinstantie aan een rechtspersoon. Art. 6:159 BW heeft betrekking op een contractovername tussen rechtspersonen. Omdat het aanbestedingsrecht een grote rol speelt binnen de contractovername, ziet de procedure die gevolgd moet worden er anders uit. Hoe een contractovername plaatsvindt in het kader van een aanbesteding van een overheidsopdracht wordt in hoofdstuk 4 besproken.

⁶⁶ Rb. Groningen (vrz.) 28 december 20011, ECLI:RBGRO:2011:BU9962.

⁶⁷ 'Schriftelijke toestemming & contractovername', *Trevi-advocaten*, www.trevi-advocaten.nl (zoek op *contractovername*).

⁶⁸ Rb. Groningen (vrz.) 28 december 20011, ECLI:RBGRO:2011:BU9962.

⁶⁹ 'Schriftelijke toestemming & contractovername', *Trevi-advocaten*, www.trevi-advocaten.nl (zoek op *contractovername*).

Hoofdstuk 5 De invloed vóór, tijdens en na een aanbestedingsprocedure

aanbestedingsprocedure en de mogelijkheden van ontbinding van de overeenkomst

Allereerst zal in dit hoofdstuk worden uiteengezet wat nu de invloed van een insolventiesituatie is op een aanbestedingsprocedure. Hiervoor wordt onderscheid gemaakt tussen de procedures waarop het volledige aanbestedingsregime van toepassing is (paragraaf 5.1) en de procedures waarop een verlicht regime van toepassing is (paragraaf 5.2). In beide paragrafen wordt tevens een onderscheid gemaakt tussen de invloed vóór, tijdens en na afronding van de aanbestedingsprocedure. Vervolgens wordt in paragraaf 5.3 onderzocht of er in de wet of de overeenkomst zelf bepalingen zijn opgenomen op grond waarvan de overeenkomst ontbonden kan worden. Tot slot wordt in paragraaf 5.4 een tussenconclusie getrokken.

5.1 Insolventiesituaties bij procedures waarop het volledige aanbestedingsregime van toepassing is

Een insolventiesituatie kan gevolgen hebben voor een aanbesteding. Deze gevolgen zijn anders naargelang de insolventiesituatie zich afspeelt vóór de aanbestedingsprocedure, tijdens de aanbestedingsprocedure of na de aanbestedingsprocedure. Hieronder zullen de gevolgen worden uiteen gezet.

5.1.1 De invloed van een insolventiesituatie vóór een aanbestedingsprocedure

In artikel 2.87 Aw staat opgenomen wanneer de aanbestedende dienst een inschrijver of gegadigde kan uitsluiten van deelname. Er wordt gebruik gemaakt van het woord 'kan' omdat er sprake is van een facultatieve uitsluitingsgrond. De aanbestedende dienst kan zelf bepalen of ze gebruik maakt van de uitsluitingsgronden van art. 2.87 Aw. In de praktijk worden deze uitsluitingsgronden vrijwel altijd toegepast. Wanneer de uitsluitingsgronden direct dwingend worden voorgeschreven in het aanbestedingsdocument, dan is er geen keuze meer en moet de inschrijver of gegadigde worden uitgesloten als op hem een van de gronden van toepassing is.⁷⁰ Onder lid 1 sub b van art. 2.87 staat dat uitsluiting mogelijk is, indien de inschrijver of gegadigde verkeert in een staat van faillissement of liquidatie, diens werkzaamheden zijn gestaakt, jegens hem een surseance van betaling of een (faillissements-)akkoord geldt, of de gegadigde of inschrijver in een andere vergelijkbare toestand verkeert ingevolge een soortgelijke procedure uit hoofde van op hem van toepassing zijn de wet- en regelgeving.

Het faillissement en de surseance van betaling worden letterlijk genoemd in het artikel. Dit betekent dat een ondernemer dus daadwerkelijk kan worden uitgesloten op grond van dit artikel. De doorstart is niet geregeld in dit artikel. Dit komt, omdat het bij dit artikel gaat om de situatie dat er binnen de onderneming van de inschrijver veranderingen plaatsvinden. In het geval van de doorstart vinden de veranderingen in de onderneming al vóór de inschrijving plaats. De inschrijver is in dat geval niet de failliete ondernemer, maar de doorstartende partij. Deze doorstartende partij verkeert niet in een situatie zoals genoemd in art. 2.87 Aw, waardoor hij niet kan worden uitgesloten van deelname.

De vraag is of het artikel ook van toepassing kan worden verklaard op de pre-pack. De laatste zin van het artikel geeft aan dat uitsluiting ook mogelijk is indien de gegadigde of de inschrijver verkeert in een andere vergelijkbare toestand ingevolge een soortgelijke procedure uit hoofde van op hem van toepassing zijnde wet- en regelgeving. Een pre-pack is weliswaar niet geregeld in de wet, maar is wel een vergelijkbare procedure die in de praktijk erg vaak wordt toegepast. Het lastige aan de pre-pack is dat deze niet in de wet- en regelgeving is vastgelegd.

⁷⁰ Zeelenberg, *Gst.* 2012/55, p. 2.

Dit heeft als gevolg dat de opdrachtgever niet kan toetsen aan de wet. Een pre-pack wordt weliswaar uitgesproken door een rechter, maar er is geen register waarin de pre-pack wordt vermeld. Het gegeven dat een pre-pack vaak in het geheim plaatsvindt, maakt het voor de opdrachtgever van een aanbesteding moeilijk om te toetsen of jegens de onderneming een pre-pack geldt.

Een lichtpuntje in deze lastige situatie is dat er wel een wetsvoorstel bij de Tweede Kamer (Wetsvoorstel Continuïteit ondernemingen I) ligt, waarin de pre-pack gecodificeerd wordt. In dat geval is het wellicht voor de opdrachtgever wel mogelijk om de pre-pack onder de uitsluitingsgrond te laten vallen. Of dit daadwerkelijk zo zal zijn, moet in de toekomst blijken.

5.1.2 De invloed van een insolventiesituatie tijdens een aanbestedingsprocedure

Als een ondernemer failliet gaat tijdens een aanbesteding dan kan dit op twee momenten, omdat de aanbestedingsprocedure kan worden verdeeld in twee fasen.

Na inschrijving maar vóór voorlopige gunning

Allereerst wordt ingegaan op fase één, namelijk als de onderneming na de inschrijving, maar vóór de voorlopige gunning in een insolventiesituatie komt te verkeren. Als een onderneming failliet gaat nadat hij zich heeft ingeschreven, dan toetst de aanbestedende dienst altijd nog vóór de voorlopige gunning of er een uitsluitingsgrond van toepassing is. Hierboven heeft u kunnen lezen dat er een uitsluitingsgrond van toepassing kan zijn bij een faillissement en surseance van betaling. Als de onderneming dus in een faillissement of een surseance van betaling verkeert voordat de opdracht voorlopig gegund wordt, is er niets aan de hand omdat op hem een uitsluitingsgrond van toepassing is, waardoor hij van deelname wordt uitgesloten.

Bij een doorstart die plaatsvindt tussen de inschrijving en de voorlopige gunning hangt de invloed die de doorstart op de procedure heeft af van het stadium dat vooraf is gegaan aan de doorstart. Dit kan namelijk een faillissement of een pre-pack zijn. Als er een faillissement of een surseance van betaling vooraf is gegaan is er geen probleem, omdat de ondernemer dan al ten tijde van de inschrijving in staat van faillissement verkeerde of jegens hem een surseance van betaling gold, waardoor op hem de uitsluitingsgrond van 2.87 lid 1 onder a van toepassing was.

De procedure verloopt anders indien er voorafgaand aan de doorstart een pre-pack heeft plaatsgevonden. In dat geval wist de aanbestedende dienst niets van de pre-pack af. De eigenlijke inschrijver (failliete onderneming) valt alsnog af, omdat op hem een uitsluitingsgrond van toepassing is. De doorstartende partij kan de inschrijving niet overnemen. Dit komt, omdat de eigenlijke inschrijver en de doorstartende ondernemer twee verschillende ondernemingen zijn. De economische en juridische entiteit van de eigenlijke inschrijver is niet meer hetzelfde. Indien de inschrijftermijn nog niet is verstreken, kan de doorstartende partij een eigen inschrijving doen. Is de inschrijftermijn echter al wel verstreken, dan is er geen mogelijkheid meer voor de doorstartende partij om aan de procedure deel te nemen.

Tussen de voorlopige gunning en de definitieve verlening van de opdracht

Van de tweede fase is sprake als er een insolventiesituatie intreedt tussen de voorlopige gunning van de opdracht en de definitieve verlening hiervan. Het kan voorkomen dat de onderneming in een insolventiesituatie verkeert, nadat de opdracht al voorlopig aan hem is gegund, maar voordat de opdracht definitief aan hem is verleend. Tussen de bekendmaking van de voorlopige gunning en het daadwerkelijk verlenen van de opdracht zit bij de Europese procedures 20 dagen. Het kan dus zo zijn dat een onderneming in deze periode failliet gaat, een surseance van betaling aanvraagt, jegens hem een pre-pack wordt uitgesproken of dat zij een doorstart maakt als gevolg van een pre-pack. Alleen de doorstart als gevolg van een pre-pack is hier van toepassing. Als er namelijk een doorstart zal plaatsvinden na een faillissement of een surseance van betaling, dan gold er ten tijde van de voorlopige gunning een uitsluitingsgrond, waardoor er aan die inschrijver niet meer gegund kan worden.

Een pre-pack kan niet getoetst en uitgesloten worden, waardoor een doorstart als gevolg van een pre-pack wel voor kan komen.

Er is dus eerst sprake van een voorlopige gunning. Pas als de opdracht definitief verleend is, is er sprake van een definitieve gunning. Omdat er enkel nog sprake is van een voorlopige gunning, levert een faillissement of een surseance van betaling geen probleem op. De opdracht kan in dat geval alsnog aan een andere partij worden gegund, omdat de uitsluitingsgrond op de failliet van toepassing is.

Ook hier loopt de aanbestedende dienst weer tegen een probleem aan als het gaat om een pre-pack die wordt verleend tussen de voorlopige en definitieve gunning. De aanbestedende dienst weet niet van de pre-pack, waardoor de opdracht waarschijnlijk definitief gegund wordt aan de onderneming jegens wie de pre-pack geldt. De stille bewindvoerder zal wellicht akkoord gaan met een deelname aan de procedure, omdat deze het bedrijf meer waard maakt. Wanneer een ondernemer jegens wie een pre-pack geldt, deelneemt aan de procedure is dat nadelig voor de opdrachtgever, omdat er na een pre-pack een faillissement of een doorstart plaatsvindt. Bij een faillissement zal er weer opnieuw een contractpartij moeten worden gevonden, middels een nieuwe aanbestedingsprocedure. Bij een doorstart kan er echter sprake zijn van een wezenlijke wijziging, waardoor er wellicht ook een nieuwe aanbestedingsprocedure moet worden gevolgd. Dit is erg nadelig voor de opdrachtgever, want dit kost veel tijd en geld.

Artikel 2.87 Aw geeft alleen aan wat er met de inschrijver gebeurt als er een insolventiesituatie optreedt. Zoals in hoofdstuk vier aan bod is gekomen, mogen inschrijvers een beroep doen op onderaannemers. Het kan zijn dat niet de inschrijver, maar de onderaannemer failliet gaat tijdens de procedure. De vraag is wat er gebeurt met de inschrijving als de onderaannemer op wiens ervaring of omzet een beroep wordt gedaan failliet is of gedurende de aanbestedingsprocedure failliet gaat? De hoofdschrijver is namelijk niet failliet. In beginsel is het zo dat door het faillissement de hoofdschrijver niet meer kan voldoen aan de geschiktheidseisen. De inschrijving zal daarom terzijde moeten worden gelegd.⁷¹

5.1.3 De invloed van een insolventiesituatie na een aanbestedingsprocedure

Indien de opdracht definitief is verleend en de opdracht is overgedragen, komt de aanbestedingsprocedure ten einde en wordt de aanbestedingsovereenkomst uitgevoerd door de onderneming waaraan de opdracht is verleend. De gesloten overeenkomst is vanaf dat moment het document waaruit rechten en plichten voortvloeien. Een wijziging in deze overeenkomst, waarvan sprake kan zijn als de onderneming failliet gaat, heeft gevolgen voor de overeenkomst. Hieronder zal worden uitgelegd wat de gevolgen voor de overeenkomst zijn. Hierbij wordt ingegaan op de verschillende insolventiesituaties.

5.1.3.1 De invloed van een faillissement of surseance

Wanneer er een goede analyse gemaakt wordt van de wet- en regelgeving die van toepassing is bij een faillissement, zal men zien dat er een soort stappenplan is opgenomen. Dit stappenplan blijkt met name uit de richtlijn 24 in combinatie met de Aanbestedingswet.

Stap 1: vragen om gestanddoening overeenkomst bij curator

In de meeste gevallen is de allereerste stap in geval van faillissement en surseance van betaling, de vraag aan de curator of hij de overeenkomst gestand doet op grond van art. 37 Fw. Als de curator de overeenkomst namelijk gestand doet, is er niets aan de hand want dan wordt de opdracht gewoon uitgevoerd. Het kan ook zo zijn dat de curator de overeenkomst voor een bepaalde periode gestand doet. In dat geval kan er in die periode een nieuwe contractpartij worden gevonden. Pas als de curator de overeenkomst niet gestand doet, moet er gekeken worden naar de Aanbestedingsrechterlijke bepalingen.

⁷¹ Zeelenberg, *Gst.* 2012/55, p. 2.

Als de curator bij een faillissement de overeenkomst niet gestand doet, dan vindt er een beëindiging van de opdracht/overeenkomst plaats. Deze beëindiging is niet van rechtswege.⁷² Voor het uitvoeren van de niet uitgevoerde werkzaamheden van de opdracht dient er een nieuwe onderneming gecontracteerd te worden. Bij een surseance van betaling geldt hetzelfde alleen is dit geregeld in art 236 Fw. Ook hierin is bepaald dat er aan de bewindvoerder en de ondernemer gevraagd kan worden of zij de overeenkomst gestand willen doen. Doen zij dit dan kan de overeenkomst voortgezet worden. Doen zij dit niet dan wordt de overeenkomst ook ontbonden (niet van rechtswege). Bij een ontbinding komt de wezenlijke wijziging om de hoek kijken.

Door het wegvallen van de ondernemer en de opdracht vindt er een wezenlijke wijziging plaats en dient er in geval van een faillissement of een surseance, wanneer er geen doorstart plaatsvindt, in beginsel opnieuw een aanbestedingsprocedure te worden gevolgd.

Zoals hierboven al vermeld is art. 37 Fw in de meeste gevallen de eerste stap. Dit is echter niet zo als er in de overeenkomst een verplichte uitsluitingsgrond of ontbindingsgrond is opgenomen in het geval van een faillissement of een surseance van de ondernemer. Deze ontbinding hoeft dan niet van rechtswege te zijn. Als er in de overeenkomst namelijk een grond is opgenomen dat de overeenkomst ontbonden wordt in geval van faillissement of surseance, dan moet de opdrachtgever hiertoe actie ondernemen. Art. 37 Fw zegt dat een contract in beginsel een contract is. De bepaling van de ontbinding blijft daardoor gewoon van kracht. Het heeft dan geen zin om de curator te verzoeken de overeenkomst gestand te doen, als dit op basis van de overeenkomst niet mogelijk is. Wanneer deze situatie zich voordoet, zal er een andere contractpartij gevonden moeten worden op basis van een van de volgende stappen.

Stap 2: Contractovername op grond van art. 72 lid 1 onder d van Richtlijn 24

Ten tweede kan het zo zijn dat er als gevolg van een faillissement of een pre-pack een doorstart wordt gemaakt. Bij een doorstart wordt de failliete ondernemer opgevolgd en is art. 72 lid 1 sub d van Richtlijn 24 van belang voor een eventuele contractovername door de doorstartende partij. In hoofdstuk 4 is al besproken dat deze richtlijn kortgezegd bepaalt dat er in geval van een doorstart contractovername plaats kan vinden als er een ondubbelzinnige herzieningsclausule is opgenomen of er rechtsopvolging plaatsvindt door insolventie en er geen sprake is van een wezenlijke wijziging in de zin van art. 72 lid 4 van Richtlijn 24. Dit laatste kan in de praktijk een probleem opleveren, omdat er bij een doorstart vaak onderhandeld wordt.⁷³ Zo kan er onderhandeld worden over de prijs of over de wijze van betaling. Een wijziging met betrekking tot de betaling is op grond van het arrest *Succhi di frutta* een wezenlijke wijziging.⁷⁴ De kans dat er dus toch een wezenlijke wijziging in de zin van art. 72 lid 4 van Richtlijn 24 plaatsvindt, is aanwezig en in dat geval zal er alsnog een nieuwe aanbestedingsprocedure moeten worden gevolgd.⁷⁵ Of art. 72 van Richtlijn 24 de situatie bij een doorstart daadwerkelijk makkelijker maakt, zal uit de praktijk moeten blijken.

Stap 3: De wachtkamerconstructie

Ervan uitgaande dat er niet wordt voldaan aan de eisen van art. 72 Richtlijn 24, volgt nu de derde stap. Het kan namelijk zo zijn dat er in de overeenkomst een wachtkamerconstructie is opgenomen, die een uitkomst biedt. De wachtkamerconstructie houdt namelijk in dat in geval de uitvoerende ondernemer wegvalt, de opdracht kan worden overgedragen aan de ondernemer die tijdens de aanbesteding als tweede is geëindigd. Dit kan dus alleen als deze constructie is opgenomen in de overeenkomst. Is deze constructie niet opgenomen, dan moet er alsnog een nieuwe aanbestedingsprocedure worden gevolgd. De wachtkamerconstructie wordt in paragraaf 6.4 verder behandeld.

⁷² Hof 's-Hertogenbosch 24 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1057.

⁷³ Kleijn & Ten Cate, *Tvl* 2014/29, p.6.

⁷⁴ HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 P (*Succhi di Frutta*).

⁷⁵ Kleijn & Ten Cate, *Tvl* 2014/29, p.6.

Stap 4: Dwingende spoed

De vierde stap is wanneer curator de overeenkomst niet gestand doet, artikel 72 Richtlijn 24 kan niet worden toegepast en er geen wachtkamerconstructie is opgenomen in de overeenkomst. Een volgende optie is dan dat er sprake is van dwingende spoed, waardoor er een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging kan worden gebruikt. Wanneer er sprake is van dwingende spoed is al besproken in hoofdstuk drie en vier. Dwingende spoed wordt niet zomaar aangenomen. *“Er moet dan namelijk sprake zijn van i) het bestaan van een onvoorziene gebeurtenis, ii) het bestaan van dwingende spoed die onverenigbaar is met de inachtneming van termijnen van de openbare, niet-openbare en de onderhandelingen met voorafgaande mededinging, alsmede iii) het bestaan van een oorzakelijk verband tussen de onvoorziene gebeurtenis en de daaruit voortvloeiende dwingende spoed.”*⁷⁶

Stap 5: Versnelde procedure

Wanneer er geen sprake is van dwingende spoed kan er wellicht nog wel een versnelde procedure worden gevolgd op grond van art. 2.74 Aw. In dat geval moet er sprake zijn van een urgente situatie en hiervan is eerder sprake als van dwingende spoed. Mocht er ook geen sprake zijn van een urgente situatie, waardoor er ook geen versnelde procedure kan worden gevolgd, dan moet er via de normale regels worden aanbesteed.⁷⁷ Dit houdt in dat er een hele nieuwe procedure moet worden gevolgd conform de aanbestedingsregelgeving. Welke procedure er dan moet worden gevolgd, hangt af van de geraamde waarde van de opdracht. Het kan zijn dat dit een andere procedure is dan die in eerste instantie gebruikt is. Een deel van de opdracht is namelijk al uitgevoerd door de failliet. De nieuwe opdracht heeft alleen betrekking op de werkzaamheden die nog moeten worden uitgevoerd, waardoor de waarde van de opdracht lager is.

5.1.3.2 De invloed van een doorstart

Bij een doorstart is er sprake van een wezenlijke wijziging en moet de opdracht in beginsel opnieuw worden aanbesteed. Artikel 72 van Richtlijn 24 bepaalt echter dat opdrachten zonder nieuwe aanbestedingsprocedure kunnen worden gewijzigd in geval de oude aannemer aan wie de opdracht is gegund, wordt vervangen door een nieuwe aannemer als gevolg van een doorstart. Door deze bepaling kan een overeenkomst tot het verlenen van een opdracht dus door een andere ondernemer worden overgenomen. Wel moet er dan sprake zijn van een omstandigheid die de aanbestedende dienst niet kon voorzien of moet er een ondubbelzinnige herzieningsclausule zijn opgenomen in de overeenkomst. In ieder geval mag de wijziging niet wezenlijk zijn in de zin van lid 4 van art. 72 Richtlijn 24.

5.1.3.3 De invloed van een pre-pack

Tot slot is er nog de pre-pack. Een pre-pack heeft niet per se gevolgen voor de overeenkomsten. Echter, er wordt bij een pre-pack vaak een doorstart gemaakt, die meteen na het faillissement kan worden gerealiseerd. De pre-pack zelf heeft dan wel geen invloed op de overeenkomst, maar de doorstart die wordt gerealiseerd wel. In dat geval geldt dat de opdracht grond van art. 72 Richtlijn 24 zonder nieuwe aanbestedingsprocedure kan worden gegund aan de doorstartende partij.

Er zijn echter wel uitzonderingen op bovenstaand stappenplan. Het kan namelijk ook zijn dat in de overeenkomst zelf of in de voorwaarden die van toepassing zijn op de verleende opdracht een bepaling is opgenomen, waardoor er bij een faillissement de opdracht kan worden overgedragen aan een derde of aan een inschrijver die op de tweede plaats is geëindigd. Op bepalingen die dit mogelijk maken wordt in paragraaf 5.4 nader ingegaan.

⁷⁶ Rb 's-Gravenhage 2 juni 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BI8761.

⁷⁷ Zeelenberg, *Gst.* 2012/55, p. 4.

5.2 Insolventiesituaties bij procedures waarop het verlicht regime van toepassing is

Omdat er binnen Bizob bij een aanbesteding waarop het verlicht regime van toepassing is meestal gebruik wordt gemaakt van het bestuurlijk aanbesteden, wordt in deze paragraaf de invloed van een insolventiesituatie op een bestuurlijke aanbesteding uiteengezet. Hierbij wordt uiteengezet wat de invloed vóór, tijdens en na de procedure is en worden de verschillen met de reguliere aanbestedingsprocedure aangestipt.

Bestuurlijk aanbesteden is een lastige procedure. Het is een procedure die onder het verlicht regime valt, waardoor alleen de Gids Proportionaliteit van toepassing is en de algemene beginselen van aanbesteding en bestuur. Bij het gebruik van deze procedure wordt de grens van de wetgeving soms opgezocht.

Als een ondernemer die middels een bestuurlijke aanbesteding contractpartij is geworden failliet gaat, kan er op verschillende manieren een nieuwe contractpartij gevonden worden. Eigenlijk bevindt het bestuurlijk aanbesteden zich in een grijs gebied. Omdat het een grijs gebied is, is het lastig om te bepalen wat nu de invloed van een insolventiesituatie is op een overeenkomst die is gesloten op basis van het bestuurlijk aanbesteden (of andere procedures op grond van het verlicht regime).

In ieder geval blijft de regel gelden dat er geen wezenlijke wijziging plaats mag vinden. Een insolventiesituatie zorgt vaak wel voor een wezenlijke wijziging, waardoor er in beginsel opnieuw moet worden aanbesteed. Bij bestuurlijk aanbesteden is er sprake van een open systeem. De inschrijving is laagdrempelig en staat open voor iedereen. Doordat er vaak in de overeenkomst een bepaling is opgenomen, waardoor cliënten makkelijk kunnen worden overgenomen, hoeft de opdracht niet opnieuw in de markt te worden gezet. Er zijn namelijk al een aantal contractanten, waardoor er makkelijk een nieuwe partij kan worden gevonden. De cliënten hebben hierbij een keuzevrijheid.

5.2.1 De invloed van een insolventiesituatie vóór, tijdens en na de aanbestedingsprocedure bij een bestuurlijke aanbesteding

Ook op een bestuurlijke aanbesteding worden in de meeste gevallen de facultatieve uitsluitingsgronden van art. 2.87 Aw van toepassing verklaard. Voor de invloed vóór de aanbestedingsprocedure geldt dus hetzelfde als voor de reguliere procedure (zie paragraaf 5.1.1 en 5.1.2). Wel heeft een insolventiesituatie andere gevolgen tijdens en na afloop van de aanbestedingsprocedure als het gaat om een bestuurlijke aanbesteding. Bij bestuurlijk aanbesteden hoeft de aanbestedende dienst zich niet te houden aan de Aanbestedingswet. De overeenkomst is daardoor bij bestuurlijk aanbesteden leidend. Bij bestuurlijk aanbesteden is er tijdens de procedure sprake van een basis- en deelovereenkomst die gesloten dient te worden tussen de gemeente en de aanbieder. Indien er enkel een basisovereenkomst is afgesloten met een aanbieder, jegens wie een insolventiesituatie geldt, dan dient deze opgezegd te worden. Dit heeft verder geen gevolgen voor de uitvoering van de dienstverlening, aangezien de basisovereenkomst enkel betrekking heeft op de overlegstructuur tussen de gemeente en de aanbieder. De basisovereenkomst kan ook wel gezien worden als een samenwerkingsovereenkomst.

De bestuurlijke aanbesteding eindigt met het afsluiten van een deelovereenkomst met de dienstverleners die de opdracht daadwerkelijk uit gaan voeren. De deelovereenkomst is daarom te zien als een uitvoeringsovereenkomst. Zowel in de basisovereenkomst als in de deelovereenkomst verschillen de bepalingen per opdracht ten aanzien van een faillissement, surseance van betaling en een doorstart gedurende de uitvoering van de opdracht. Per geval dient er dus in de basisovereenkomst en in de deelovereenkomst te worden gekeken naar wat er bepaald is ten opzichte van een insolventiesituatie. De gevolgen kunnen dus per overeenkomst verschillen en zijn afhankelijk van de bepalingen uit de betreffende overeenkomsten. In 5.3.1 en 6.4 wordt nader ingegaan op de overeenkomst binnen het bestuurlijk aanbesteden.

5.3 Gronden waarop de overeenkomst ontbonden kan worden

In de vorige paragrafen is duidelijk geworden dat een insolventiesituatie van grote invloed kan zijn op de aanbestedingsprocedure of de overeenkomst die daaruit voortvloeit. De overeenkomst wordt in het kader van art. 37 Fw wel als leidend beschouwd, omdat een contract nu eenmaal een contract blijft. Een overeenkomst kan op meerdere gronden ontbonden worden. Zo kan er uit de wet- en regelgeving die op de overeenkomst van toepassing is een ontbindingsgrond voortvloeien. Ook kan er in andere documenten zoals in de voorwaarden die van toepassing zijn op een overeenkomst een ontbindingsgrond zijn opgenomen. Hieronder zullen de ontbindingsgronden uit de wet uiteengezet worden. Tevens wordt er ingegaan op de ontbindingsgronden die voortvloeien uit stukken die tot de overeenkomst behoren of de overeenkomst zelf.

5.3.1 Ontbindingsgronden op grond van de wet

Te beginnen bij de Aanbestedingswet en de Richtlijn 24. Opmerkelijk is dat er in zowel de richtlijn als in de Aanbestedingswet zelf geen bepaling is opgenomen, die bepaalt dat de overeenkomst wordt ontbonden in geval van een insolventiesituatie. Artikel 2.87 lid 1 onder a is hier namelijk niet van toepassing, omdat dit een uitsluitingsgrond is voor deelname aan de aanbestedingsprocedure. De overeenkomst wordt pas gesloten na de aanbestedingsprocedure, waardoor uitsluiting niet meer van toepassing is.

Wel is er in de Faillissementswet een bepaling opgenomen waarop de overeenkomst met de failliet kan worden ontbonden. Artikel 37 van de Faillissementswet bepaalt dat de aanbestedende dienst de curator een termijn kan stellen waarin hij laat weten of hij de overeenkomst gestand wil doen. Als de curator de overeenkomst niet gestand doet, wordt de overeenkomst ontbonden. In de vorige hoofdstukken is al duidelijk geworden dat deze ontbinding niet van rechtswege is.⁷⁸

Tot slot is er nog de ontbinding van de overeenkomst op grond van het contractenrecht. Indien er namelijk in de Richtlijnen en in de Aanbestedingswet, andere relevante wet- en regelgeving of in de overeenkomst niets is opgenomen over ontbinding van de overeenkomst, wordt er teruggevallen op het contractenrecht. Bij een aanbesteding is er immers sprake van een privaatrechtelijke overeenkomst. De ontbinding van de overeenkomst is geregeld in art. 6:265 BW. Binnen het contractenrecht kan een overeenkomst worden ontbonden wanneer de andere partij tekortschiet in de nakoming van haar verplichtingen.⁷⁹ *“Daarnaast dient de nakoming blijvend of tijdelijk onmogelijk te zijn of dient de wederpartij ‘in verzuim’ te zijn.”*⁸⁰ *“Van verzuim is sprake wanneer er fatale termijnen zijn overschreden, wanneer de wederpartij in gebreke is gesteld of wanneer de wederpartij zelf aangeeft niet na te zullen komen.”*⁸¹

5.3.2 Ontbindingsgronden op grond van de overeenkomst

Bij een aanbesteding is er sprake van een overheidsopdracht. Een overheidsopdracht is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen één of meerdere aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten (art. 2 lid 8 Richtlijn 24). De overheidsopdracht omvat alle aanbestedingsstukken. U kunt zich voorstellen dat dit een

⁷⁸ Hof 's-Hertogenbosch 24 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1057.

⁷⁹ ‘Contractenrecht: Hoe beëindig ik een overeenkomst? Opzegging, ontbinding en vernietiging’ *Dirkzwager ondernemingsrecht* 6 augustus 2014, www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl (zoek op *contractenrecht*).

⁸⁰ ‘Contractenrecht: Hoe beëindig ik een overeenkomst? Opzegging, ontbinding en vernietiging’ *Dirkzwager ondernemingsrecht* 6 augustus 2014, www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl (zoek op *contractenrecht*).

⁸¹ ‘Contractenrecht: Hoe beëindig ik een overeenkomst? Opzegging, ontbinding en vernietiging’ *Dirkzwager ondernemingsrecht* 6 augustus 2014, www.dirkzwagerondernemingsrecht.nl (zoek op *contractenrecht*).

groot pakket is. Het kan zijn dat er in de aanbestedingsstukken tegenstrijdige bepalingen staan. Binnen de aanbestedingsstukken geldt in geval van tegenstrijdigheid een hiërarchische volgorde: 1. Overeenkomst 2. Nota van inlichtingen 3. Aanbestedingsdocument 4. Inkoopvoorwaarden 5. Inschrijving.

Er zijn binnen Bizob standaarddocumenten opgesteld, waaronder standaardovereenkomsten per domein. Deze overeenkomsten worden vervolgens afhankelijk van de opdracht op maat gemaakt. In deze standaardovereenkomsten is geen ontbindingsgrond opgenomen in geval van een insolventiesituatie. Indien een opdracht het domein facilitair betreft, worden op deze overeenkomsten de inkoopvoorwaarden Leveringen en Diensten 2013 (hierna: inkoopvoorwaarden) van toepassing verklaard.

In de inkoopvoorwaarden is in artikel 25 opgenomen dat ieder der partijen het recht heeft de overeenkomst zonder tussenkomst en zonder ingebrekestelling met onmiddellijke ingang te ontbinden indien ten aanzien van de andere partij faillissement is aangevraagd dan wel uitgesproken of, al dan niet voorlopig, surseance van betaling is aangevraagd of verleend. Een dergelijke ontbinding kan ook plaatsvinden als de andere partij fuseert, splitst of op enigerlei wijze (een deel van) het bedrijf overdraagt. Deze bepaling regelt dus dat er in geval van faillissement, surseance van betaling en doorstart kan worden ontbonden.

Of er in de nota van inlichtingen of in het aanbestedingsdocument al dan niet een ontbindingsgrond staat, kan niet getoetst worden. De Nota van Inlichtingen en het aanbestedingsdocument verschilt namelijk per aanbesteding.

In paragraaf 5.2 werd al toegelicht dat er bij het Sociaal Domein sprake is van een basisovereenkomst en een deelovereenkomst. In sommige basisovereenkomsten wordt de uitsluitingsgrond van art. 2.87 Aw opgenomen waardoor de dienstverlener waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is, moet worden uitgesloten van deelname. Als gevolg van deze uitsluiting wordt de overeenkomst ontbonden. Dit gebeurt niet van rechtswege, waardoor de aanbestedende dienst hiervoor actie moet ondernemen.

Is sommige gevallen wordt er echter een ontbindingsmogelijkheid opgenomen. Indien er in de basisovereenkomst een verplichting tot ontbinding is opgenomen (uitsluitingsgrond van art. 2.87 Aw) en in de deelovereenkomst een mogelijkheid tot ontbinding, dan hangt van de rangorde die in de overeenkomsten is bepaald af welke bepaling moet worden gevolgd (zie paragraaf 5.4.4.).

5.4 tussenconclusie

Voor de invloed van een insolventiesituatie op de aanbestedingsprocedure en de overeenkomst die daaruit voortvloeit, moet onderscheid worden gemaakt tussen de invloed vóór, tijdens en na een aanbestedingsprocedure. Als er sprake is van een aanbestedingsprocedure waarop het volledig regime van toepassing is, dan geldt ten aanzien van de invloed vóór en tijdens de aanbestedingsprocedure dat de uitsluitingsgrond van art. 2.87 Aw van toepassing is. Op basis van deze uitsluitingsgrond moet de ondernemer die in staat van faillissement verkeert of jegens wie een surseance van betaling geldt uitgesloten worden. Als er sprake is van een doorstart geldt deze uitsluitingsgrond niet. De doorstart is namelijk al gerealiseerd, waardoor er geen sprake meer is van een faillissement. De pre-pack valt ook niet onder deze uitsluitingsgrond omdat die niet in de wet geregeld is.

De grootste invloed heeft een insolventiesituatie na de aanbestedingsprocedure. Op dat moment is er namelijk sprake van een overeenkomst. Door de insolventiesituatie vindt er een wezenlijke wijziging van de overeenkomst plaats en moet de opdracht op grond van het aanbestedingsrecht in beginsel opnieuw worden aanbesteed. Voor een antwoord de vraag of er wellicht sprake is van een uitzondering, kan een stappenplan gevolgd worden. De eerste stap is om de curator te vragen of hij de overeenkomst gestand doet en voor welke termijn.

Wanneer de curator de overeenkomst gestand doet, kan er in de tussentijd een nieuwe contractpartij gevonden worden door het volgen van een aanbestedingsprocedure.

Wellicht dat er na het faillissement een doorstart wordt gerealiseerd. In dat geval kan er een contractovername plaatsvinden op grond van art. 72 lid 1 onder d Richtlijn 24, mits er geen sprake is van een andere wezenlijke wijziging van de opdracht. Wanneer art. 72 lid 1 onder d Richtlijn 24 niet op gaat, kan er wellicht nog worden teruggevallen op de herzieningsclausule of een wachtkamerconstructie. Wanneer geen van bovenstaande opties gelden, kan men een beroep doen op dwingend spoed. Wanneer er sprake is van dwingende spoed kan de opdracht middels een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging worden gegund. Wanneer er geen sprake is van dringende spoed kan er wellicht nog een versnelde procedure gevolgd worden. Als ook hier geen sprake van is, dan zit er niets anders op dan de opdracht opnieuw in de markt te zetten.

Bijlage A Brief gestanddoening overeenkomst

AANGETEKEND

Naam curator

Adres

Postcode

Plaats

Betreft: verzoek gestandhouding overeenkomst

[datum]

Geachte [naam curator(en)]

Op [datum] is het faillissement van [naam onderneming] uitgesproken. De gemeente [naam gemeente] heeft met [naam onderneming] de volgende overeenkomst(en):

In het kader van art. 37 van de Faillissementswet verzoek ik u- en voor zover nodig sommeer ik u- om binnen 8 kalenderdagen, na dagtekening van deze brief, te verklaren of u bereid bent deze overeenkomst gestand te doen.

Wanneer u bereid bent om deze overeenkomst(en) gestand te doen, verzoek ik u mij, eveneens binnen dezelfde termijn, aan te geven tot wanneer u deze overeenkomst gestand doet en op welke wijze u dan invulling geeft aan uw wettelijke verplichting om voor de nakoming zekerheid te stellen zodat zeker is dat de diensten binnen de afspraken die in onderhavige overeenkomst zijn vastgelegd worden uitgevoerd.

Wij ontvangen graag uiterlijk [datum] een reactie van u. Indien uw reactie uitblijft of afwijzend is, willen wij reeds nu voor dat moment de overeenkomsten ontbinden subsidiair opzeggen op grond van artikel [artikelnummer en naam overeenkomst].

Indien van toepassing:

Tevens willen wij middels dit schrijven het eigendom van [beschrijving goederen] claimen. Bijgaand treft u de bewijsstukken waaruit blijkt dat deze goederen eigendom van de gemeente zijn.

Of

Tevens willen wij middels dit schrijven de volgende vorderingen indienen: [opsomming vorderingen met daarin de aard en bedrag van de vorderingen]
Bijgaand treft u de bewijsstukken waaruit blijkt dat de vorderingen gerechtvaardigd zijn.

Tot slot verzoek ik u ons op de hoogte te stellen of en wanneer u van plan bent om een doorstart te realiseren.

Onder voorbehoud van al onzer rechten.

Hoogachtend,

[ondertekening gemeente]

Bijlage B Brief ontbinding van de overeenkomst

AANGETEKEND

Naam curator

Adres

Postcode

Plaats

LET OP: indien er meerdere curatoren zijn, alle curatoren aanschrijven.

Betreft: Ontbinding overeenkomst [naam overeenkomst]

[datum]

Geachte [naam(en) curatoren]

Op [datum] is het faillissement van [naam onderneming] uitgesproken. Op [datum] heeft u aan ons medegedeeld dat [naam onderneming] bereid is de overeenkomst met de gemeente [naam gemeente] inzake [invullen] gestand te doen tot en met [datum].

De gemeente [naam gemeente] is op grond van artikel [invullen] van de overeenkomst gerechtigd de overeenkomst zonder rechterlijke tussenkomst door middel van een aangetekend schrijven met onmiddellijke ingang te beëindigen indien ten aanzien van de rechtspersoon faillissement is aangevraagd.

Op grond van bovengenoemd artikel deel ik u hierbij mede dat de overeenkomst [naam overeenkomst] tussen de gemeente [naam gemeente] en [naam onderneming] met ingang van [datum] wordt beëindigd.

Een kopie van de overeenkomst treft u bijgaand aan.

Hoogachtend,

[ondertekening gemeente]



Onderwerp

Protocol faillissement

Datum:

1 juli 2014

Door:

D.M.C. van Laerhoven LL.M.
Aanbestedingsjuriste

Inleiding

Gemeenten worden als gevolg van de crisis vaker geconfronteerd met het faillissement van een opdrachtnemer. Om de voortgang van het project veilig te stellen en de schade voor de gemeente te beperken, dienen een aantal stappen genomen te worden. In veel van deze stappen kan Bizob ondersteuning bieden aan de gemeente. Om die reden is dit protocol opgesteld, waarin staat beschreven hoe we kunnen handelen bij een faillissement en welke stappen ondernomen moeten worden door de gemeente.

Stappenplan

Voorafgaand aan een formeel faillissement is een proactieve houding van Bizob gewenst. In deze fase moeten de volgende stappen ondernomen worden.

1. Bij signalen omtrent faillissement zelf eerst checken (via centraal insolventieregister op www.rechtspraak.nl)
2. Zodra het faillissement gepubliceerd is, nakijken welke BV's het betreft en wie de curator is.
3. Inventariseren welke opdrachten de gemeente(n) bij de betreffende BV's heeft lopen.
4. Gemeente(n) informeren over het faillissement en de mogelijke gevolgen en vervolgstappen.
5. Aanbieden de gemeente(n) te ondersteunen bij de vervolgstappen.

Zodra het faillissement gepubliceerd is, moeten de volgende vervolgstappen worden gezet. Deze stappen moeten gezet worden door de gemeente(n), Bizob kan hierbij ondersteunen.

1. Betalingen stop zetten.
2. De stand van zaken vastleggen, eigendom kenmerken (van goederen die al betaald zijn), de bouwplaats verzegelen (om te voorkomen dat onderaannemers retentierecht uitoefenen).

3. Indien nodig opdracht verstrekken aan de curator voor het oplossen van gevaarlijke situaties. Bij verzuim mag hiervoor een derde worden ingeschakeld, de kosten hiervan moeten verhaald worden bij de curator.
4. correspondentie voeren: de curator sommeren binnen 8 dagen te verklaren of de overeenkomst gestand wordt gedaan, dit op grond van artikel 35 Faillissementswet en/of par. 46 lid 3 UAV 1989/2012. Hierbij mag worden verlangd dat de curator een zekerheidsstelling afgeeft. Indien van toepassing eigendom claimen bij de curator en openstaande vorderingen indienen (bv. Facturen die al wel betaald zijn, maar werkzaamheden nog niet uitgevoerd/goederen nog niet geleverd). Met deze brief kan tevens worden geïnformeerd naar een doorstart van het failliete bedrijf.

Let op: de gemeente moet instemmen met een overname door de rechtsoptvolger, stilzwijgend (dus niet reageren) instemmen kan ook.

5. Indien aanwezig de bankgarantie invoepen en de curator hierover informeren. Een overzicht maken van alle extra gemaakte kosten en die verhalen op de curator.
6. Na reactie van de curator een inkoopstrategie opstellen voor het gunnen van de vervolgopdracht
 - a. 1- op-1 aan rechtsoptvolger (mits opdrachtwaarde dit toestaat)⁸²
 - b. opnieuw aanbesteden (1-op-1, meervoudig onderhands of openbaar)

keuze motiveren in de inkoopstrategie

7. Gunning vervolgopdracht of doorlopen nieuwe aanbesteding.

⁸² Nieuwe EU richtlijnen, artikel 72 lid 1 sub d: geen wezenlijke wijziging als contract wordt gegund aan rechtsoptvolger na faillissement (inhoud contract mag niet wezenlijk gewijzigd worden).

Bijlage 3 toepasselijke wet- en regelgeving⁸³

	Regels	Beginselen
Boven (Europese) drempelwaarden	<p>VWEU</p> <p>Europese aanbestedingsrichtlijnen geïmplementeerd in AW 2012 (richtlijn 2014/24/EU)</p> <p>ARW 2012 (medio 2016 de nieuwe Aanbestedingswet)</p>	<p>Algemene beginselen aanbestedingsrecht:</p> <ul style="list-style-type: none"> - transparantiebeginsel - gelijkheidsbeginsel - non-discriminatiebeginsel - proportionaliteit - wederzijdse erkenning - daadwerkelijke of effectieve mededinging <p>Gids proportionaliteit</p> <p>Algemene beginselen behoorlijk bestuur</p> <p>Richtsnoeren Diensten</p>
Onder (Europese) drempelwaarden	<p>Aw 2012</p> <p>ARW 2012 (medio 2016 de nieuwe Aanbestedingswet)</p> <p>Aanbestedingsbeleid/regels (provinciaal/gemeentelijk)</p>	Zie hierboven

⁸³ T. Hartlief, A.W. Heringa & C.J.H. Jansen 2014, p. 14.

Bijlage 4 Interview Elise Zeelenberg

Inleiding: Mijn opleiding omvat in het vierde jaar een afstudeerstage, waarin de student een praktijkgericht juridisch onderzoek uit dient te voeren. Mijn onderzoeksrapport gaat over de invloed van een insolventiesituatie op de aanbesteding(procedure). Hierbij wordt tevens onderzocht of er in de contracten bepalingen opgenomen kunnen worden die de opdrachtgever beter beschermen tegen een insolventiesituatie. Hierbij kan men denken aan bepalingen met betrekking tot contractovername in geval van een doorstart.

1. Vanaf 2008 bent u zich gaan specialiseren in het Europese en Nederlandse aanbestedingsrecht. Hoe bent u in aanraking gekomen met dit rechtsgebied?

Elise is afgestudeerd op bestuursrecht en heeft daar ook eerst in gewerkt. Daarna kwam er een vacature bij oud stagebedrijf voor een klein beetje bestuursrecht en vooral aanbestedingsrecht. Elise heeft nooit eerder aanbestedingsrecht gehad. Dit rechtsgebied is haar goed bevallen, waarna ze zich verder is gaan specialiseren. Nu is ze werkzaam bij Hekkelman Advocaten & Notarissen.

2. De diversiteit van het aanbestedingsrecht spreekt u aan. Bent u van mening dat het aanbestedingsrecht door deze diversiteit ook complex is? Wat denkt u dat het aanbestedingsrecht zo complex maakt?

Het aanbestedingsrecht is een jong rechtsgebied dat nog in ontwikkeling is. Dit maakt het deels lastig omdat er onvoldoende rechtspraak is. Daarnaast is er binnen het aanbestedingsrecht niet één weg die je kunt volgen zoals dit bijvoorbeeld in het Burgerlijk Wetboek wel kan. Denk maar aan de onrechtmatige daad, deze is helemaal in stappen uitgewerkt en als je die stappen volgt kom je tot een conclusie. Bij het aanbestedingsrecht kun je niet werken met stappen en is er telkens een andere weg die je moet volgen.

3. Heeft u vaak een contractovername gerealiseerd binnen een aanbesteding?

Ik heb wel contractovername gerealiseerd, maar dit was dan op grond van de oude wetgeving. Toen was het moeilijker om contractovername te realiseren, omdat het niet mogelijk was. Nu is de mogelijkheid wel opgenomen in de wet.

4. Konden deze contractovername eenvoudig voortvloeien uit een bepaling die was opgenomen in de overeenkomst of moest er vaak naar een mogelijkheid tot contractovername gezocht worden, omdat de overeenkomst hier te weinig in voorzag?

Op zichzelf was de mogelijkheid wel opgenomen in de overeenkomst. De vraag was of je de toestemming mag verlenen, er is namelijk sprake van een wezenlijke wijziging. De toestemming mocht namelijk enkel verleent worden als het conform de wet was, dit was vaak niet het geval waardoor er geen beroep op de bepaling in de overeenkomst gedaan kon worden en er opnieuw aanbesteed moest worden

5. Heeft u wel eens te maken gehad met een contractovername die strikt genomen in strijd was met het aanbestedingsrecht?

Ja, er wordt dan aan de opdrachtgever geadviseerd dat het een risico is, maar de keuze blijft aan de opdrachtgever. Binnen het aanbestedingsrecht is er sprake van een piepsysteem, dus zodra geen van de partijen piept, is er niets aan de hand.

6 Hoe overweegt u in een dergelijk geval of een contractovername toch doorgevoerd kan worden? Houdt u hierbij rekening met de aanbestedingsprocedure die in eerste instantie gevolgd is?

Allereerst kijk is of er uitzonderingsmogelijkheden zijn. Als die er niet zijn, dan is het juridisch gezien een risico. Het is echt afhankelijk van de situatie of ik dan toch de contractovername durf te realiseren. Vaak wordt er in een dergelijke situatie goed gecommuniceerd met de opdrachtgever en de andere partijen.

7. Is er wel eens een beroep gedaan op een onjuiste contractovername in geval van een insolventiesituatie? Zo ja, hoe is dit afgelopen?

Ja, ik heb toen geadviseerd om nieuwe procedure te sluiten of om een beroep te doen op dwingende spoed. Een faillissement is in praktijk wel vaak wel een grond voor dwingende spoed. Er is sprake van een kort geding rechter. Hier vind een belangenafweging plaats. De kans dat de rechter een voorlopige voorziening toekent is klein, omdat het maatschappelijk belang vaak boven het belang van de ondernemer gaat.

8. Wat zijn naar uw mening de belangrijkste stappen die de opdrachtgever moet zetten indien de onderneming aan wie de opdracht gegund is, failliet gaat? Kunt u hierbij een onderscheid maken tussen vóór, tijdens en na een aanbestedingsprocedure?

Allereerst moet gekeken worden wat in de contracten is geregeld. Daarnaast moet er contract opgenomen met de curator of hij de overeenkomst gestand doet en voor welke termijn. Ook is het belangrijk om te kijken voor hoe lang de overeenkomst nog loopt en wat e resterende opdracht waarde is. Vervolgens kan er een plan van aanpak worden gemaakt.

9. In uw artikel "aanbesteden in tijden van crisis" gaf u uw mening al over de mogelijkheid die artikel 72 van richtlijn 24 gaat bieden voor contractovername in het kader van een faillissement of een doorstart. U gaf al aan dat het u zorgen baart dat een derde partij die niet deel heeft genomen aan de procedure, het contract overneemt. Hoe kijkt u tegen het feit dat er vaak onderhandelingen plaatsvinden bij een doorstart, waardoor er strikt genomen ook nog sprake kan zijn van een wezenlijke wijziging?

Voor een contractovername bij een doorstart moet er voldaan worden aan de eisen van art. 72 Richtlijn 24. Dit betekent dat de overeenkomst geen wezenlijke wijziging mag bevatten. Onderhandelingen zullen een wezenlijke wijziging veroorzaken waardoor het aanbestedingsrechterlijk niet mogelijk is.

10. Denkt u dat de contractovername in het geval van faillissement of doorstart gemakkelijker wordt op grond van de nieuwe richtlijn?

Het wordt wel makkelijker. Eerst kon het nooit of was het heel risicovol. Nu wordt de mogelijkheid geboden.

11. Bent u bang dat er door artikel 72 vaker een contractovername plaats gaat vinden die strikt genomen in strijd is met het aanbestedingsrecht?

Jawel, maar gebeurt nu ook wel. Het wordt voor andere partijen makkelijker om bezwaar e maken, want er is nu een duidelijk kader. Voorheen was er niets geregeld waardoor het moeilijk was bezwaar te maken. Nu kunnen ze zeggen dat er niet wordt voldaan aan art. 72 van Richtlijn 24.

12. Kan er naar uw mening in de aanbestedingsstukken een bepaling opgenomen worden dat de ondernemer kenbaar moet maken dat jegens hem een pre-pack geldt? En kan de opdrachtgever hier vervolgens maatregelen op nemen? Zo ja, welke zijn dat?

Er geldt een gesloten stelsel van uitsluitingsgronden. Wellicht dat aanvulling mogelijk is om aan te vullen. Hierover bestaat jurisprudentie. Vraag anders een bankgarantie, want een omzeteis mag niet zomaar. Bij een branche waarin het lastig is, om pre-pack situaties te voorkomen zou ik wel een omzeteis stellen.

13. Uit het onderzoek is gebleken dat veel contracten nog niet de juiste waarborg geven voor een insolventiesituatie tijdens of na een aanbestedingsprocedure. Het lijkt mij goed om meerdere bepalingen op te nemen in een primair/subsidiaire vorm. Primair kan er dan een beroep gedaan worden op art. 72 van Richtlijn 24, subsidiair op een wachtkamerconstructie (of een contractovername door een andere contractpartij bij bestuurlijk aanbesteden) en eventueel meer subsidiair door een andere derde. Hoe kijkt u tegen een dergelijke constructie aan? Denkt u dat dit in strijd is met de beginselen van het aanbestedingsrecht?

De wachtkamerconstructie staat daar haaks op. Inschrijvers zullen zeggen dat ze dan in de wacht staan, terwijl een derde de contractovername kan bewerkstelligen. Je zou dan wel voor een jaar de wachtkamerconstructie op kunnen nemen en voor de rest van de periode door een derde. Het is allemaal heel erg afhankelijk van de situatie.

Bestuurlijk aanbesteden

14. Hoe bepaalt u binnen het bestuurlijk aanbesteden of er binnen de lijnen van het aanbestedingsrecht gehandeld wordt?

Grootste bezwaar is de toetredingsmogelijkheid van een andere partij gedurende de uitvoering van de overeenkomst. Als je dat legt naast de regeling van de raamovereenkomst dan staat dit er haaks op. Concurrentie wordt continu vergroot. Het dynamisch aankoopstelsel lijkt er veel op alleen kun je dan enkel toetreden in de procedurefase. Bij bestuurlijk ook nog in de uitvoering van de overeenkomst. De vraag is in hoeverre het bestuurlijk aanbesteden nog werkt bij nieuwe wetgeving als er een aankondiging moet zijn?

15. In de contracten is een uitsluitingsgrond in geval van faillissement of surseance van betaling opgenomen. Dit betekent dat de inschrijver moet worden uitgesloten van deelname aan de overeenkomst. Er is ook een bepaling in dezelfde overeenkomst opgenomen die contractovername door derde mogelijk maakt. Kan er volgens u nog contractovername plaats vinden met de doorstartende partij, ondanks dat de failliet uitgesloten moest worden van deelname? LET OP: er is geen specifieke bepaling die contractovername door een andere gecontracteerde of een derde mogelijk maakt in geval van faillissement, maar enkel een algemene bepaling die contractovername met derde mogelijk maakt.

Het contract met de failliet kan beëindigd worden. Er kan altijd een nieuwe overeenkomst gesloten worden met een derde, omdat er een toetredingsmogelijkheid is. De derde kan toetreden en vervolgens de dienstverlening overnemen.

Bij het nieuwe verlichter regime is er een aankondiging die zorgt voor concurrentie. Hierboven geldt op oude situatie. Straks is het bestuurlijk aanbesteden er misschien niet meer. Je zit al snel boven de drempel.

16. Hoe vindt u dat er met een wezenlijke wijziging binnen een bestuurlijke aanbesteding om moet worden gegaan? Kan er eerder een contractovername plaatsvinden in geval van faillissement binnen het bestuurlijk aanbesteden als bij een reguliere aanbesteding?

Gelijkheidbeginsel en transparantiebeginsel is gewoon van toepassing. Dus geldt even zwaar. Straks is er ook nog de aankondiging. In dit leerstuk is de mogelijkheid wel op een herzieningsclausule, hierdoor zou er geen sprake zijn van een wezenlijke wijziging.