

De comeback van de pre-pack

TRA 2022/48

In het *Smallsteps*-arrest uit 2017 oordeelde het Hof van Justitie van de EU dat de uitzondering die in Richtlijn 2001/23/EG inzake overgang van ondernemingen is opgenomen voor de faillissementsdoorstart, niet van toepassing is wanneer een dergelijke doorstart wordt gerealiseerd met gebruikmaking van de pre-packmethode. In het *Heiploeg*-arrest van april van dit jaar blijkt het Hof over deze kwestie een compleet ander standpunt in te nemen.

Na een korte introductie van de relevante Europese regelgeving en weergave van de belangrijkste overwegingen uit het *Smallsteps*-arrest, bespreekt de auteur de *Heiploeg*-zaak en staat hij stil bij de implicaties van het recente *Hof*-arrest voor de Nederlandse doorstartpraktijk.²

1. Richtlijn 2001/23/EG

Richtlijn 2001/23/EG regelt dat de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, door de overgang van een (onderdeel van een) onderneming of vestiging overgaan op de verkrijger (art. 3 lid 1). Die overgang mag op zichzelf ook geen reden vormen voor ontslag. Dit ontslagverbod vormt echter geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid meebrengen, de zogenoemde 'ETO-redenen' (art. 4 lid 1). Nederland heeft deze bepalingen geïmplementeerd in art. 7:662 e.v. en art. 7:670 lid 8 BW.

Ingevolge het eerste lid van art. 5 Richtlijn 2001/23/EG zijn de hiervoor aangehaalde bepalingen niet van toepassing wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die ook een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn). De lidstaten kunnen echter anders bepa-

len.³ Nederland heeft daar niet voor gekozen. In art. 7:666 BW is neergelegd dat de genoemde BW-bepalingen – een enkele uitzondering daargelaten – niet van toepassing zijn op de overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement verkeert en de onderneming tot de boedel behoort.

Indien art. 4 en 5 Richtlijn wel van toepassing zijn (verklaard), kunnen de lidstaten de gevolgen daarvan mitigeren. Deze mogelijkheid werd in 1998 geïntroduceerd en ziet op alle insolventieprocedures, ongeacht of deze zijn ingesteld met als doel de liquidatie van het vermogen van de vervreemder.⁴ In de huidige Richtlijn is zij terug te vinden in art. 5 lid 2. Lidstaten kunnen op grond daarvan in de eerste plaats regelen dat de schulden van de vervreemder die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten en die verschuldigd zijn vóór de overgang of vóór de inleiding van de insolventieprocedure, niet overgaan op de verkrijger.⁵ Voorts kan een lidstaat toestaan dat de verkrijger en de vervreemder of curator enerzijds en de vertegenwoordigers van de werknemers anderzijds wijzigingen in de arbeidsvoorwaarden kunnen overeenkomen die bedoeld zijn om de werkgelegenheid veilig te stellen door het voortbestaan van de onderneming of onderdelen daarvan te verzekeren.⁶ Nederland heeft, anders dan de ons omringende landen, (vooralsnog) geen gebruik gemaakt van deze 'lidstaattoepie'.

2. Smallsteps

In het *Smallsteps*-arrest boog het Hof van Justitie zich over de vraag of de uitzondering van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG zich ook uitstrekt tot de overname die plaatsvindt met behulp van de zogenoemde 'pre-packmethode'.⁷ Het betreft een door acht van de elf Nederlandse rechtbanken gehanteerde buitenwettelijke procedure, die is overgewaaid uit het Verenigd Koninkrijk. De essentie daarvan is dat de rechtbank reeds vóór een aanstaand fail-

¹ Willem Bouwens is hoogleraar Arbeidsrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

² Bij het concipiëren van deze bijdrage is gebruikgemaakt van de diverse andere publicaties van de hand van de auteur, in een aantal gevallen bijgestaan door W.L. Roozendaal en D.M.A. Bij de Vaate. Het betreft: *Werknemers en insolventie. Een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever*, Amsterdam 2015; 'De doorstart in rechtsvergelijkend perspectief', *TAP* 2016/172; 'Het voetspoor van Smallsteps', *TRA* 2018/13; 'Het voorontwerp Wof en het ontslagverbod van artikel 4 Richtlijn 2001/23/EG', in: *De curator en het faillissementsproces(recht)*, Insolad jaarboek 2020, p. 325-337; en 'Wetgevingsscenario's voor de faillissementsdoorstart', in: F. Laagland (red.), *Verburg: geciteerd en besproken* (Verburg-bundel) (Serie Onderneming en recht nr. 124), 2021, p. 89-104.

³ Art. 5 lid 1 Richtlijn sluit aan bij de overwegingen van het Hof van Justitie in het *Abels*-arrest van 7 februari 1985, *NJ* 1985, 900.

⁴ Art. 4bis Richtlijn 98/50/EG van 29 juni 1998, *PbEG* 1998, L201.

⁵ Daarvoor is wel vereist dat de betrokken werknemers een bescherming toekomt die ten minste gelijkwaardig is aan die van Richtlijn 80/987/EEG (Richtlijn van 22 oktober 1980, *PbEG* 1980, L283/23, inmiddels vervangen door Richtlijn 2008/94/EG (Richtlijn van 22 oktober 2008, *PbEU* 2008, L 283)). Nederland voldoet met de zogenoemde 'loongarantieregeling' (art. 61 e.v. WW) aan die voorwaarde.

⁶ Anders dan wel wordt verondersteld (zie P. Hufman, *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking*, (diss. Amsterdam, UvA), 2015, p. 41, en J. Boot & J. Ipenburg, 'Wet overgang van onderneming in faillissement: wat heeft de werknemer eraan?', *Tvo* 2020/1), bevat het derde lid van art. 5 geen beperking voor de introductie van deze wijzigingsmogelijkheid, maar juist een uitbreiding van die optie tot situaties waarin een onderneming in ernstige moeilijkheden verkeert zonder dat sprake is van insolventie. Daarvoor geldt als extra voorwaarde dat de nationale wetgeving reeds vóór 1998 in deze wijzigingsmogelijkheid voorzorg (zie considerans nr. 8 in de preambule bij Richtlijn 98/50/EG).

⁷ HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*).

lissement te kennen geeft wie in dat faillissement tot curator en rechter-commissaris zullen worden benoemd. De bedrijfsleiding wordt aldus de gelegenheid geboden, onder het toezicht van deze personen, een mogelijke overname van bedrijfsonderdelen in relatieve rust voor te bereiden. De doorstart kan vervolgens vrijwel direct na de faillietverklaring worden geëffectueerd. Idee achter de methode is dat aldus zo veel mogelijk wordt voorkomen dat de chaotische situatie die eigen is aan een faillissement, een negatieve invloed heeft op de waarde van het bedrijf en de kansen op een succesvolle voortzetting van de bedrijfsactiviteiten.⁸

Als bekend, oordeelde het Hof van Justitie dat de door art. 3 en 4 Richtlijn 2001/23/EG gegarandeerde bescherming van werknemers behouden blijft wanneer de overgang van een onderneming plaatsvindt in de context van een vóór de faillietverklaring voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde pre-pack. Het Hof stelde in dat verband voorop dat art. 5 lid 1 Richtlijn restrictief moet worden uitgelegd.⁹ De daarin neergelegde uitzondering is slechts van toepassing

- i. wanneer de oude werkgever is verwickeld in een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure;
- ii. die is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder;
- iii. en die onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn).

Deze voorwaarden moeten cumulatief worden toegepast. Dat de onderneming wordt overgedragen na het faillissement van de vervreemder, is op zichzelf derhalve niet voldoende om de werknemers de bescherming van de Richtlijn te onthouden.

Met betrekking tot de tweede voorwaarde overwoog het Hof dat daaraan 'vanzelfsprekend' niet is voldaan wanneer een procedure de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt.¹⁰ Daarvan is sprake wanneer de procedure bedoeld is om het operationele karakter van de onderneming of van de levensvatbare onderdelen daarvan veilig te stellen. Een procedure die de liquidatie van het vermogen beoogt, is gericht op een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers. Het Hof onderkende dat deze twee doelstellingen niet noodzakelijkerwijs tegenover elkaar staan. Een zekere overlap is mogelijk. Beslissend is in dat geval wat het hoofddoel van de procedure is. Beoogt de procedure de voortzetting van de activiteit van de onderneming, dan is dat het behoud van de betrokken onderneming.

Bij een pre-pack wordt de overdracht van de onderneming voor de faillietverklaring tot in de kleinste details voorbereid om na het faillissement een snelle doorstart mogelijk te maken van de levensvatbare onderdelen van de onderneming. Daarmee wordt de onderbreking vermeden die het gevolg zou zijn van de plotselinge stopzetting van de activiteiten van die onderneming op de datum van de faillietverklaring, zodat de waarde van de onderneming en de werkgelegenheid behouden blijven. Volgens het Hof betekende dit dat een dergelijke transactie, 'onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter', uiteindelijk niet de liquidatie van de onderneming beoogt. Het economische en sociale doel van die procedure kon in zijn ogen daarom verklaren noch rechtvaardigen dat bij een volledige of gedeeltelijke overgang van de betrokken onderneming, haar werknemers worden beroofd van de rechten die de Richtlijn hun toekent. Dat de overdracht *going concern* tevens bijdroeg aan een zo hoog mogelijke opbrengst, deed daar niet aan af.

Met betrekking tot de derde voorwaarde voor toepasselijkheid van de in art. 5 lid 1 Richtlijn opgenomen uitzondering overwoog het Hof dat de fase van de pre-pack die voorafgaat aan de faillietverklaring, geen enkele grondslag in de nationale wetgeving heeft. De beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris beschikken in die fase formeel ook over geen enkele bevoegdheid. Om de pre-pack te doen slagen moet de rechter-commissaris wel reeds vóór de faillietverklaring op de hoogte zijn gesteld van de voorgenomen overdracht en in feite hebben laten weten daartegen geen bezwaar te hebben. Volgens het Hof kan het toezicht op de faillissementsprocedure aldus grotendeels worden uitgehold. De procedure voldeed in zijn optiek daarom ook niet aan deze voorwaarde.

3. Heiploeg

Naar aanleiding van het *Smallsteps*-arrest werd vrij algemeen verondersteld dat bij een 'gepre-packte' doorstart de regeling inzake overgang van onderneming steeds onverkort van toepassing was.¹¹ Het was dan ook zeer opmerkelijk dat het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in 2018 oordeelde dat de pre-pack die in 2014 had geleid tot de doorstart van de Groningse garnalenverwerker Heiploeg, toch onder de uitzondering van art. 5 lid 1 Richtlijn moest worden begrepen.¹²

3.1 Feiten en procesverloop

Het Heiploeg-concern leed in de eerste jaren van het vorige decennium aanzienlijke verliezen. Bovendien had de

⁸ Vgl. o.a. N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!', *Tvl* 2011/23 en F.M.J. Verstijlen, 'Pre-packing in the Netherlands', *NJB* 2014/803.

⁹ Vgl. HvJ EU 16 mei 2019, ECLI:EU:C:2019:424 (*Plessers/Prefaco*), pt. 54.

¹⁰ Het Hof verwijst in dat verband naar HvJ EG 25 juli 1991, *NJ* 1994, 168 (*d'Urso*) en HvJ EG 7 december 1995, *NJ* 1996, 743 (*Spano/Fiat*). Zie over de vraag of dit standpunt, gelet op deze jurisprudentie, werkelijk zo vanzelfsprekend was: R.C.M. van Moorsel, 'Food for thought', *Tvl* 2017/32.

¹¹ Zie o.a. P.R.W. Schaink, 'Het arrest van het Hof van Justitie inzake FNV c.s./Smallsteps', *Tvl* 2017/22; J. van der Pijl, 'Het Smallsteps-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie', *TvAO* 2017/3, p. 126; N.M.Q. van der Neut, 'Pre-pack is overgang van onderneming: hoe nu verder?', *TRA* 2017/88 en M. Kullmann, 'Bezint eer ge begint: de gevolgen van de pre-pack die als overgang van onderneming kwalificeert', *TRA* 2017/95. Anders: N.W.A. Tollenaar, 'De implicaties van Estro voor de pre-pack en WCO I', *TRA* 2018/15.

¹² Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6539.

Europese Unie aan vier vennootschappen van de groep een boete opgelegd van ruim € 27 miljoen en bleken de banken, aan wie alle activa waren overgedragen, niet bereid dit bedrag te financieren. Op verzoek van de concernleiding wees de rechtbank vervolgens twee beoogd curatoren en een beoogd rechter-commissaris aan. In de daaropvolgende periode werden de mogelijkheden van een doorstart onderzocht. Drie partijen brachten een bod uit. Met de hoogste bieder werd door de beoogd curatoren verder onderhandeld over de voorwaarden van de overname. Op 28 januari 2014 sprak de rechtbank het faillissement van Heiploeg uit. In de daaropvolgende nacht werd door de curatoren met de overnamekandidaat overeenstemming bereikt over de overname. Van de circa 300 werknemers van Heiploeg traden er 210 tegen minder gunstige arbeidsvoorwaarden in dienst bij de doorstarter. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde – na de zaak eerder te hebben aangehouden in afwachting van het oordeel van het Hof van Justitie van de EU in de *Smallsteps*-zaak – dat de faillissementsprocedure in het onderhavige geval wel degelijk was ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de failliete ondernemer. Dat voorafgaand aan het faillissement reeds contact was opgenomen met geïnteresseerde partijen over een verkoop van de onderneming en dat daarover vervolgens met één partij onderhandelingen waren gevoerd, deed daaraan volgens het gerechtshof niet af. De procedure stond in zijn optiek ook onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie. De beoogd curatoren en de beoogd rechter-commissaris beschikten in de periode voor de faillietverklaring formeel weliswaar over geen enkele bevoegdheid, maar dit veranderde bij het uitspreken van het faillissement. Op dat moment was er nog geen overeenstemming over de transactie bereikt. Die kwam pas tot stand op een moment dat de curatoren als enigen bevoegd waren om namens de failliete ondernemer op te treden. Voor het sluiten van de overeenkomst was bovendien toestemming verleend door de inmiddels benoemde rechter-commissaris. Tegen het eindarrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden werd cassatieberoep ingesteld.

De Procureur-Generaal bij de Hoge Raad stelde zich in zijn conclusie op het standpunt dat de *Heiploeg*-zaak zoveel overeenkomsten vertoonde met de pre-pack die in het *Smallsteps*-arrest aan de orde was, dat het arrest van het gerechtshof vernietigd diende te worden.¹³ De Hoge Raad bleek echter een totaal andere kijk op de kwestie te hebben.¹⁴ Uit het gegeven dat het Hof van Justitie zijn oordeel in *Smallsteps* gaf 'onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter', leidde hij af dat het steeds aan de nationale rechter is om te beoordelen of in een aan hem voor-

gelegd geval sprake is van een pre-pack die is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vreemder. De Raad wees er verder op dat de faillissementsprocedure in Nederland steeds ten doel heeft het vermogen van de schuldenaar te verdelen onder diens gezamenlijke schuldeisers en daarbij de hoogst mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers te bewerkstelligen. In het onderhavige geval had de rechtbank er bij de aanwijzing van de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris ook geen misverstand over laten bestaan dat met de pre-pack de belangen van de gezamenlijke schuldeisers nagestreefd moesten worden. Dit doel kon in het onderhavige geval het best worden verwezenlijkt door de verkoop *going concern*. Bovendien was in de ogen van de Hoge Raad geen sprake van uitholling van het overheidstoezicht. Hij wees er in dat verband op dat de positie en taken van de beoogd curator worden bepaald door de opdracht van de rechtbank en de daartoe aangewezen beoogd rechter-commissaris. Het rechtscollege overwoog voorts dat de beoogd curator op gelijke wijze als de curator in het faillissement verantwoordelijk kan worden gehouden voor een tekortschieten in zijn taakvervulling.¹⁵ Voor genoemde functionarissen gelden ook dezelfde eisen van objectiviteit en onafhankelijkheid als voor een curator en rechter-commissaris in een faillissement zonder pre-pack. Bovendien zijn de curator en de rechter-commissaris na het faillissement, ongeacht de mate van hun betrokkenheid in de voorbereidende fase, op grond van hun wettelijke taak gehouden te beoordelen of de voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van (een deel van) de onderneming in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, en, indien zij deze vraag ontkennend beantwoorden, te beslissen dat die overgang geen doorgang zal vinden. Daarnaast zijn zij steeds bevoegd om op andere gronden, bijvoorbeeld omdat het belang van de werkgelegenheid zich daartegen verzet, te beslissen dat de voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide doorstart niet zal plaatsvinden.

Een en ander voerde de Hoge Raad tot het voorlopige oordeel dat de gevolgde procedure moest worden aangemerkt als een procedure die de liquidatie van het vermogen van Heiploeg beoogde en dat het stelsel van de Faillissementswet erop gericht is te voorkomen dat het overheidstoezicht in de faillissementsprocedure wordt uitgehold door een aan die procedure voorafgaande pre-pack. De procedure viel in de ogen van het rechtscollege daarom onder het toepassingsbereik van de in art. 5 lid 1 Richtlijn bedoelde uitzondering. De Raad realiseerde zich echter wel dat over deze conclusie, gelet op het *Smallsteps*-arrest, redelijkerwijs twijfels konden bestaan. Volgens hem was dit arrest echter gebaseerd op onvolledige informatie over het Nederlandse faillissementsrecht en het doel en de inrichting van de pre-packprocedure. De Hoge Raad legde het Hof daarom een aantal nieuwe prejudiciële vragen voor, die er in wezen op neerkwamen dat

¹³ ECLI:NL:PHR:2019:1237.

¹⁴ Zie HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (*Heiploeg*). Vervolg op HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, *JOR* 2020/162, m.nt. Schaink, *TvI* 2020/35, m.nt. T.T. van Zanten & I.M.A. Lintel. Zie voorts o.a. J. van der Pijl, 'Het tussenarrest van de Hoge Raad in Heiploeg', *TAC* 2020/2 en V.M. van Erpers Roijaards, *Smallsteps* versus Heiploeg: wat is de stand van zaken?, *MvO* 2020/8-9.

¹⁵ Zie HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492 (*Ruwaard van Puttenziekenhuis*).

het rechtscollege de Europese rechter uitnodigde om terug te komen van zijn eerdere oordeel.

3.2 Conclusie A-G Pitruzella

Aanvankelijk zag het ernaar uit dat de *Heiploeg*-zaak een herhaling van zetten zou opleveren. Advocaat-Generaal Pitruzella concludeerde dat ook de doorstart in de *Heiploeg*-zaak niet voldeed aan de eisen van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG.¹⁶ Hij zag geen relevante verschillen met de pre-pack die in *Smallsteps* aan de orde was. Volgens hem strekte de procedure ook in dit geval er in de eerste plaats toe te garanderen dat de (levensvatbare onderdelen van de) onderneming wordt(en) voortgezet, juist omdat die continuïteit voorwaarde was voor een zo hoog mogelijke opbrengst. Dat de onderneming in het onderhavige geval daadwerkelijk insolvent was, was in zijn ogen niet relevant. Deze omstandigheid is immers niet van invloed op het doel van de procedure. Datzelfde gold naar zijn mening voor het feit dat de overgang pas na de faillietverklaring werd verwezenlijkt en de omstandigheid dat de onderhandelingen in het onderhavige geval, anders dan bij *Smallsteps*, niet waren gevoerd met aan de onderneming gelieerde partijen. Voorts wees hij erop dat ook in de bij *Heiploeg* gevolgde procedure de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris in de voorbereidende fase niet beschikten over formele wettelijke bevoegdheden. Hetgeen van de zijde van de Hoge Raad werd opgemerkt over de taken van deze functionarissen, de door hen in acht te nemen belangen en de aan hen gestelde eisen van objectiviteit en onafhankelijkheid, deed daar volgens de Advocaat-Generaal niet aan af.

3.3 Het Hof van Justitie

Verrassend genoeg gaat het Hof van Justitie niet mee in de conclusie van de Advocaat-Generaal.¹⁷ Het stelt in de eerste plaats vast dat art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG niet alleen ziet op (onderdelen van) ondernemingen of vestigingen waarvan de activiteit voor of na de overgang definitief beëindigd is, maar ook op eenheden die nog in bedrijf zijn. Voorts moet volgens het Hof, gelet op de bewoordingen van genoemde richtlijnbevestiging, een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds de gehele economische activiteit van de vervreemder en anderzijds de afzonderlijke activiteiten van de verschillende entiteiten die onderdeel uitmaken van zijn te liquideren vermogen. Vervolgens neemt het Hof afstand van het in *Smallsteps* verwoorde uitgangspunt dat het hoofddoel van de in Nederland tot ontwikkeling gekomen pre-packprocedure is de activiteiten van de onderneming voort te zetten. Het rechtscollege overweegt (punt 52):

“Wanneer het primaire doel van een pre-packprocedure, gevolgd door een faillissementsprocedure, er in bestaat om na de vaststelling van de insolventie van de

vervreemder en na diens liquidatie de hoogst mogelijke uitbetaling aan zijn gezamenlijke schuldeisers te verkrijgen, voldoen deze procedures samen (...) in beginsel aan de tweede in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 gestelde voorwaarde.”

In dat kader moet volgens het Hof wel worden vastgesteld (punt 53):

- a. dat de betrokken pre-packprocedure en faillissementsprocedure gericht zijn op de liquidatie van de onderneming van de vervreemder, nadat is komen vast te staan dat deze insolvent is, en niet enkel op een reorganisatie van die onderneming; en
- b. dat de tenuitvoerlegging van de liquidatie door middel van een overgang van (een deel van) de draaiende onderneming (*going concern*), zoals voorbereid in de pre-packprocedure en verwezenlijkt na de faillissementsprocedure, het mogelijk maakt een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers te verwezenlijken.

Ook ten aanzien van de (derde) voorwaarde dat de procedure ‘onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie’, blijkt het Hof van Justitie gevoelig voor de argumenten van de Hoge Raad. Het meent thans dat wel degelijk sprake is van dergelijk toezicht, omdat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris voor de pre-packprocedure door de bevoegde rechter worden benoemd en deze rechter niet alleen hun taken omschrijft, maar ook bij de inleiding van de faillissementsprocedure toezicht uitoefent op de wijze waarop die taken zijn uitgevoerd door te besluiten al dan niet diezelfde personen in de faillissementsprocedure tot curator en rechter-commissaris te benoemen. Dat sprake is van toezicht, wordt volgens het Hof voorts bevestigd door het feit dat de in de pre-packprocedure voorbereide overgang pas na de inleiding van de faillissementsprocedure plaatsvindt, waarbij de curator en de rechter-commissaris kunnen weigeren die overgang uit te voeren, indien zij van mening zijn dat deze in strijd is met het belang van de schuldeisers van de vervreemder wiens vermogen moet worden geliquideerd. Bovendien moet de beoogd curator niet alleen verantwoording afleggen over zijn optreden in de voorbereidende fase in het faillissementsverslag, maar kan hij ook aansprakelijk worden gesteld onder dezelfde voorwaarden als de curator in het faillissement. Ten slotte staat de beoogd curator onder toezicht van de beoogd rechter-commissaris, en dus van de bevoegde rechtbank, die hem, indien hij zich niet heeft gehouden aan de hem door de rechter toevertrouwde taak, kan vervangen door een andere persoon of zich kan verzetten tegen de beëindiging van de pre-packprocedure.

Toch zal de Hoge Raad de *Heiploeg*-zaak uiteindelijk in het voordeel van de betrokken werknemers moeten beslechten. Het Hof van Justitie constateert in het arrest namelijk ook dat de pre-packprocedure in Nederland tot ontwikkeling is gekomen in de rechtspraak en door de verschillen-

¹⁶ ECLI:EU:C:2021:997.

¹⁷ HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321 (*Heiploeg*).

de rechterlijke instanties niet uniform wordt toegepast. Dit gaat ten koste van de rechtszekerheid. Voor de toepassing van de in art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG neergelegde uitzondering is daarom tevens vereist dat de procedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.

4. De Wet continuïteit ondernemingen I

Het creëren van een wettelijke grondslag voor de pre-pack hoeft niet veel voeten in de aarde te hebben. Reeds geruime tijd is bij het parlement een voorstel aanhangig voor een Wet continuïteit ondernemingen I (hierna: WCO I), die in een wettelijke verankering van de rechtsfiguur voorziet.¹⁸ Het (geamendeerde) wetsvoorstel werd in juni 2016 in de Tweede Kamer met algemene stemmen aanvaard en stond in 2017 op de lijst van hamerstukken van de Eerste Kamer. Het werd daar echter van verwijderd naar aanleiding van de conclusie van de Advocaat-Generaal bij het Hof van Justitie in de *Smallsteps*-zaak.¹⁹

De WCO I introduceert een nieuw art. 363 Faillissementswet, op grond waarvan de rechtbank, op verzoek van de schuldenaar die in een situatie van betalingsonmacht dreigt te geraken, een beoogd curator kan aanwijzen ter voorbereiding van het faillissement. Bij dat verzoek dient de schuldenaar tevens aannemelijk te maken dat een 'stille' voorbereiding van het faillissement meerwaarde heeft. Deze wordt geacht aanwezig te zijn indien aannemelijk is dat de pre-pack de schade voor de betrokkenen bij het faillissement – schuldeisers, werknemers en anderen die door het faillissement worden geraakt – in zodanige mate kan beperken, of de kans op een verkoop van rendabele onderdelen van de door de schuldenaar gedreven onderneming na de eventuele faillietverklaring tegen een zo hoog mogelijke verkoopprijs en met behoud van zo veel mogelijk werkgelegenheid in zodanige mate kan vergroten, dat dit voordeel opweegt tegen het nadeel dat in deze fase slechts een beperkte groep betrokkenen – veelal de bank, de belangrijkste leveranciers en potentiële overnamekandidaten – weet heeft van het naderende faillissement.

De beoogd curator behartigt volgens de voorgestelde regeling de belangen van de gezamenlijke schuldeisers (art. 364 nieuw). Van hem wordt verwacht dat hij ingrijpt wanneer het voorbereidingsproces een wending neemt die niet in het belang is van de schuldeisers, de werknemers daaronder begrepen, of wanneer hij constateert dat sprake is van faillissementsfraude of van een voornemen om het faillissementsrecht te misbruiken.²⁰ Gelet op de door het Hof van Justitie in *Heiploeg* gestelde nadere voorwaarden (zie hiervoor onder a) zal hij er mijns inziens in het bijzonder alert op moeten zijn dat de procedure niet

wordt gebruikt voor een reorganisatie die ook buiten faillissement had kunnen plaatsvinden.

Bedoeling is dat tijdens de voorbereiding een gedegen marktverkenning plaatsvindt. Is er maar één serieuze kandidaat in beeld, dan kan de rechtbank bepalen dat na de faillietverklaring van de voorbereide doorstart eerst een publieke aankondiging wordt gedaan. Daartoe zal met name grond kunnen bestaan wanneer de overnamekandidaat een gelieerde partij is.²¹ De rechtbank kan in dergelijke gevallen tevens voorschrijven dat de schuldeisers en eventuele andere gegadigden vervolgens een termijn wordt gegund waarbinnen zij op de voorgenomen doorstart kunnen reageren. Door hen naar voren gebrachte bezwaren kunnen leiden tot een heronderhandeling van de voorwaarden voor overname. Daarvoor zal aanleiding zijn wanneer andere kandidaten een hogere prijs bieden of bereid zijn meer werknemers over te nemen.²²

Verder is de rechtbank, met het oog op de belangen van de bij het faillissement betrokken werknemers, gehouden aan de aanwijzing van een beoogd curator de voorwaarde te verbinden dat de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging wordt betrokken bij de voorbereiding van het faillissement, tenzij het belang van de onderneming zich hiertegen verzet.²³ De leden van deze medezeggenschapsorganen zijn verplicht tot geheimhouding van al hetgeen zij daarbij vernemen (art. 363 lid 4 nieuw). De rechtbank kan aan de aanwijzing tevens de voorwaarde verbinden dat de vakbonden worden geïnformeerd en in de gelegenheid worden gesteld tijdens de voorbereidingsfase mee te denken.²⁴

Op het functioneren van de beoogd curator wordt toezicht gehouden door de beoogd rechter-commissaris (art. 365 lid 2 nieuw). Schiet hij daarin tekort, dan kan de rechtbank een andere beoogd-curator aanwijzen (art. 366 lid 1 nieuw). Het wetsvoorstel voorziet verder in de mogelijkheid dat de rechtbank een andere persoon dan de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris aanwijst als curator en rechter-commissaris in het faillissement, indien 'zij redenen aanwezig acht om een andere curator aan te stellen dan wel een andere rechter-commissaris te benoemen' (art. 14a nieuw).

Gelet op de overwegingen van het Hof van Justitie in het *Heiploeg*-arrest mag worden aangenomen dat de pre-pack zoals geregeld in de WCO I, onder het toepassingsbereik van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG valt. De invoering van

18 *Kamerstukken II 2015/16, 34 218, nr. 2.*

19 *Kamerstukken I 2016/17, 34 218, G.*

20 *Kamerstukken II 2015/16, 34 218, nr. 3, p. 7 en p. 27-28.*

21 Zie ook regel 5.4 van de 'Praktijkregels beoogd curator' van Insolad, te vinden op www.insolad.nl/regelgeving, op grond waarvan de beoogd curator in zodanig geval extra voorzichtigheid moet betrachten.

22 *Kamerstukken II 2015/16, 34 218, nr. 3, p. 14-15 en Kamerstukken I 2016/17, 34 218, C, p. 12.*

23 De verplichte betrokkenheid van deze medezeggenschapsorganen is een uitvloeisel van de aanvaarding van het amendement van de leden Recourt en Tanamal (*Kamerstukken II 2015/16, 34 218, nr. 9*). Daarbij werd tevens geregeld dat een vertegenwoordiger van de werknemers wordt benoemd als lid van de voorlopige commissie van schuldeisers die door de rechtbank wordt ingesteld bij de faillietverklaring (art. 74 lid 2 nieuw).

24 *Kamerstukken II 2015/16, 34 218, nr. 3, p. 14.*

die regeling zal bovendien een belangrijke stimulans zijn om bij doorstartmogelijkheden voor de wettelijke pre-pack te kiezen. Door het toezicht van de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris en de overige waarborgen waarin de WCO I voorziet, kunnen vervreemder en verkrijger erop vertrouwen dat de rechten en verplichtingen van het zittende personeel bij een pre-pack niet mee overgaan. Bij een (tot in detail) voorbereide doorstart die plaatsvindt onmiddellijk na een regulier faillissement, is dat nog maar de vraag.

5. Slotbeschouwing

Ik zou het betreuren indien de Eerste Kamer in het *Heiploeg*-arrest aanleiding ziet om het wetsvoorstel WCO I alsnog als hamerstuk af te doen. Zoals ik eerder heb betoogd, verdient de rechtspositie van werknemers bij een faillissementsdoorstart versterking.²⁵ In mijn ogen is de inbreuk op de werknemersbescherming, ook bij invoering van de WCO I, disproportioneel. De betrokken werknemers blijven in belangrijke mate overgeleverd aan de welwillendheid van de hoogst biedende overnamekandidaat, die in beginsel vrij is om te beslissen of hij werknemers van de failliet overneemt en – zo ja – wie en onder welke condities.²⁶ Ook concurrerende bedrijven worden daardoor benadeeld. De doorstartende partij heeft zich immers, afgeslankt en bevrijd van achterstallige betalingsverplichtingen ten opzichte van de werknemers, in een gunstige uitgangspositie gemanoeuvreerd om de concurrentiestrijd te hervatten. De door de overdracht *going concern* gerealiseerde meeropbrengst wordt bovendien voor een belangrijk deel gerealiseerd op kosten van de, mede door die andere werkgevers gevulde, publieke kas. De betrokken werknemers zullen voor de achterstallige betalingsverplichtingen immers veelal een beroep doen op de loongarantieregeling van art. 61 e.v. Werkloosheidswet (WW).

Een en ander betekent echter niet dat ik onverkorte toepasselijkheid van de regeling overgang van onderneming na faillissement zou willen bepleiten. Integrale toepassing van die regeling betekent immers dat in beginsel alle werknemers die verbonden zijn aan (het onderdeel van) de onderneming of vestiging (dat) die wordt overgenomen, inclusief hun onvervulde aanspraken jegens de failliet, overgaan op de nieuwe ondernemer. Dit zou hen bevoordelen ten opzichte van andere crediteuren en drukt de voor de onderneming te ontvangen prijs. De verplichtingen ten opzichte van de werknemers zouden een potentiële overnemer er bovendien van kunnen weerhouden de onderneming op voor de boedel aanvaardbare voorwaarden over te nemen, hetgeen ertoe kan leiden dat de activa afzonderlijk worden verkocht om een hogere op-

brengring te realiseren. Dit gaat ten koste van de werkgelegenheid en zou juist afbreuk doen aan de met Europese regulering nagestreefde verbetering van de levens- en arbeidsomstandigheden van werknemers.²⁷

Er is derhalve behoefte aan een nieuwe wettelijke regeling waarin de bij de insolvente onderneming betrokken belangen beter in balans worden gebracht. Hiervoor kan gebruik worden gemaakt van de eerder besproken 'lidstaatoptie', waarmee de regeling inzake het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van onderneming van toepassing wordt verklaard op insolventieprocedures, maar de gevolgen daarvan op grond van art. 5 lid 2 Richtlijn 2001/23/EG worden gemitigeerd.

De suggestie om de lidstaatoptie te benutten werd ook tijdens de behandeling van de WCO I aan de Eerste Kamer gedaan in brieven van FNV en CNV en van de Nederlandse Orde van Advocaten.²⁸ Naar aanleiding van de daaropvolgende discussie met de Eerste-Kamercommissie voor Veiligheid en Justitie heeft de minister een schrijfgroep ingesteld om de contouren van een nieuwe wettelijke regeling te verkennen. Dit heeft geleid tot een voorontwerp voor een Wet overgang van onderneming in faillissement, dat in 2019 in internetconsultatie is gegaan.²⁹ De conceptregeling schrapt de in art. 7:666 onder a BW opgenomen algemene uitzondering op de toepasselijkheid van de regeling inzake overgang van ondernemingen voor het geval de onderneming tot de boedel van een failliete werkgever behoort. Voorts introduceert het voorontwerp een 'indienstnemingsverplichting' van de doorstarter ten opzichte van de werknemers van de failliet wier arbeidsovereenkomst door de curator reeds is opgezegd. Deze verplichting is echter niet absoluut. Zij geldt niet onverkort wanneer arbeidsplaatsen op bedrijfseconomische gronden vervallen (art. 7:666b lid 1 en 2). In dat geval hoeft de doorstarter voor iedere arbeidsplaats die behouden blijft, slechts één van de werknemers een aanbod tot indiensttreding op de oude arbeidsvoorwaarden te doen. Hij dient wel een objectieve selectiemethode te hanteren op basis waarvan bepaald wordt in welke volgorde de werknemers dit aanbod krijgen. Het voorontwerp maakt verder gebruik van de mogelijkheid om de gevolgen van toepasselijkheid van de regeling inzake overgang van onderneming op grond van art. 5 lid 2 Richtlijn 2001/23/EG te beperken door te bepalen dat de verkrijger in samenspraak met een vakorganisatie de arbeidsvoorwaarden die van toepassing waren op de arbeids-

27 Vgl. de overwegingen van het Hof van Justitie in de *Abels*-zaak van 17 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:55, en de toelichting van de Europese Commissie bij de introductie van de mogelijkheid de gevolgen van toepasselijkheid van de richtlijn voor insolventieprocedures te mitigeren (COM (94) 300 def, p. 10).

28 Zie de bijlagen bij *Kamerstukken I* 2017/18, 34 218, I.

29 Zie daarover o.a. M.R. van Zanten, 'Wetsvoorstel rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement: over het dichten van de kloof van de arbeidsrechtelijke bescherming in en buiten faillissement', *Tvl* 2020/6; S.C. Verlinden & C.L. Waterman, 'De Woof: een deugd tussen twee ondeugden', *TAP* 2020/7; en L.G. Verburg, 'Kanttekeningen bij het voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement', in: Ph.W. Schreurs, L.J.J. Kerstens & B. Rikkert (red.), *De Curator en het Faillissementsproces(recht)*, Insolad Jaarboek 2020, p. 339 e.v.

25 Zie de publicaties vermeld in noot 2.

26 De doorstarter is bij de selectie van over te nemen personeel wel gebonden aan de gelijke-behandelingswetgeving. Vgl. College voor de Rechten van de Mens 9 februari 2017, Oordeel 2017-11.

overeenkomsten tussen de werknemers en de gefailleerde werkgever, voor zover niet algemeen verbindend verklaard of voor de bedrijfstak vastgesteld, kan aanpassen als dit nodig is voor het behoud van de werkgelegenheid binnen de onderneming (art. 7:666b lid 6). Voorts gaan in het voorgestelde systeem de schulden krachtens arbeidsovereenkomsten die tot stand kwamen in of betrekking hebben op de periode voorafgaand aan de overgang, niet over op de verkrijger (art. 7:666b lid 7). Ten slotte vinden we in het voorontwerp diverse bepalingen die erop gericht zijn de betrokkenheid van medezeggenschapsorganen te vergroten, onder meer door de rechter-commissaris te verplichten de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging te horen alvorens een machtiging tot verkoop van de onderneming te verlenen (het nieuw in te voeren art. 176a lid 2 Faillissementswet).

Naar aanleiding van een brief van de minister voor Rechtsbescherming van 29 mei 2019, waarin hij de Kamer informeert over de consultatieversie van het wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement,³⁰ heeft de Eerste-Kamercommissie voor Veiligheid & Justitie (opnieuw) besloten om de behandeling van WCO I aan te houden en dit voorstel te zijner tijd te behandelen in samenhang met het wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement.³¹ Ik hoop oprecht dat de commissie op dit punt, ondanks het *Heiploeg*-arrest, voet bij stuk houdt.

³⁰ *Kamerstukken I* 2018/19, 34 218, L.

³¹ Korte aantekeningen vergadering commissie J&V van 18 juni 2019.