

ANNOTATIE

De pre-pack: terug van weggeweest

mr. drs. M.M. Eveleens-van der Zwaag

*Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 28-04-2022,
ECLI:EU:C:2022:321 (INS-2022-0129, AR-2022-0489)*

In tegenstelling tot de Estro-zaak in 2017 oordeelde het HvJ dat er bij de pre-packprocedure van Heiploeg geen overgang van onderneming heeft plaatsgevonden. Daarmee lijkt de Nederlandse pre-packprocedure van de ondergang gered.

De pre-packprocedure kent een roerige geschiedenis. Vanaf 2011 werd door bepaalde rechtbanken in Nederland op verzoek een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris benoemd. Deze beoogd curator kon zich in relatieve rust voorbereiden op het komende faillissement en alvast aan tafel gaan met de betrokkenen. In die periode werd doorgaans een verkoop van de onderneming voorbereid, zodat na het faillissement direct uitvoering kon worden gegeven aan de activaovereenkomst. Op die manier was de continuïteit voor de klanten en (een deel van) de werknemers gewaarborgd.

In de eerste jaren werd de pre-packprocedure diverse keren succesvol gebruikt, bijvoorbeeld bij de faillissementen van het Ruwaard van Putten-ziekenhuis en de retailketen Schoenenreus. Toch waren er ook wanklanken. Zo werd de constructie niet door alle rechtbanken toegepast, hetgeen leidde tot zetelverplaatsingen (forumshopping). Het terechte verwijt was dat er rechtsonzekerheid bestond vanwege de verschillende werkwijzen van rechtbanken. Verder werd de kritiek geuit dat tijdens een pre-packprocedure niet alle geïnteresseerde overnamekandidaten waren benaderd en dat het verkoopproces niet transparant was. Een pre-packprocedure vond immers in het geheim plaats, waarbij enkele overnamekandidaten werden geselecteerd. Een uitgebreide marktverkenning zou te veel onrust veroorzaken en onrust was precies hetgeen een pre-packprocedure trachtte te voorkomen. De positie van werknemers was ook een moeilijk onderwerp in de pre-

packprocedure. Omdat de verkoop enkele dagen na een faillissement werd geëffectueerd, konden alle werknemers worden ontslagen en was de doorstarter vrij in zijn keuze welke werknemers een nieuwe arbeidsovereenkomst kregen aangeboden. Zo kon de onderneming vrijwel ongewijzigd doordraaien maar werd er ondertussen moeiteloos (zonder de regels van ontslagbescherming toe te passen) afscheid genomen van een groep werknemers.

Estro

In 2014 werd de pre-packprocedure toegepast door kinderopvangorganisatie Estro. Daarbij werd de onderneming verkocht aan een aan Estro gelieerde vennootschap: Smallsteps. Het bestuur van Estro ging mee over, maar voor circa 1000 werknemers van Estro was geen plaats binnen Smallsteps. De FNV maakte vervolgens een procedure aanhangig tegen Smallsteps, waarbij prejudiciële vragen zijn gesteld aan het Hof van Justitie van de Europese Unie ('het Hof'). De FNV beargumenteerde namens de voormalige werknemers dat bij de overdracht aan Smallsteps geen beroep kon worden gedaan op de faillissementsuitsondering van artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG, zodat er een arbeidsrechtelijke overgang van onderneming had plaatsgevonden. Dat zou betekenen dat alle werknemers van Estro onder gelijkblijvende arbeidsvoorwaarden in dienst waren getreden bij Smallsteps.

Artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG (de 'Richtlijn') bepaalt dat de regels van overgang van onderneming niet van toepassing zijn als: (1) de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure; (2) met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder; (3) die onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie.

Het Hof bepaalde in 2017 dat er in de *Estro*-zaak inderdaad geen beroep kon worden gedaan op deze uitzondering. De pre-packprocedure was volgens het Hof niet gericht op liquidatie van het vermogen maar op behoud van de onderneming (vereiste 2) en stond niet onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (vereiste 3). Deze uitspraak werd gezien als de nekslag voor de Nederlandse pre-packprocedure. De constructie is sindsdien niet meer gebruikt en het wetsvoorstel dat inmiddels was aangenomen door de Tweede Kamer om een wettelijke basis te bieden voor de pre-pack (Wet continuïteit ondernemingen I), werd in een lade gelegd.

Heiploeg

Ondertussen had in 2014 ook een pre-packprocedure plaatsvonden ten aanzien van de firma Heiploeg. De overnemende partij (die niet aan Heiploeg gelieerd was) had twee derde van het personeel in dienst genomen, maar tegen minder gunstige arbeidsvoorwaarden. De FNV kwam in rechte op tegen de faillietverklaring van Heiploeg. Het beroep werd afgewezen,

waarna de FNV in cassatie ging bij de Hoge Raad. Vervolgens besloot de Hoge Raad om de zaak niet af te doen onder verwijzing naar de *Estro*-zaak, maar opnieuw prejudiciële vragen te stellen aan het Hof. Daarbij heeft de Hoge Raad in de vragen informatie verweven over de kenmerken en de waarborgen van de Nederlandse pre-packprocedure.

Dit heeft geleid tot een uitkomst die compleet tegengesteld is aan de uitkomst van de *Estro*-uitspraak. Ten aanzien van het tweede vereiste van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn antwoordt het Hof nu namelijk dat hieraan is voldaan wanneer de overgang van (een deel van) een onderneming is voorbereid in het kader van een pre-packprocedure die ertoe strekt in de faillissementsprocedure een liquidatie van de draaiende onderneming te vergemakkelijken waarbij een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers wordt bereikt en de werkgelegenheid zo veel mogelijk wordt behouden. Voorts voldoet de pre-pack volgens het Hof ook aan het derde vereiste van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn, omdat de overdracht is voorbereid door een beoogd curator, die onder toezicht staat van een beoogd rechter-commissaris, en de overeenkomst inzake deze overgang is gesloten en uitgevoerd na de faillietverklaring. Het Hof hechtte er bij de beantwoording van deze tweede vraag waarde aan dat de status en de functie van de beoogd curator niet wezenlijk verschilt van die van een curator in faillissement.

In de uitspraak stelt het Hof wel een belangrijke voorwaarde aan deze beoordeling: de pre-packprocedure moet worden geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen. Ik ga ervan uit dat het voor de vervulling van deze voorwaarde onvoldoende is dat de pre-pack wordt vastgelegd in een Recofa-document of procesreglement. Zeker gelet op de hobbelige weg die de pre-pack heeft afgelegd en de kritiekpunten die zijn geuit, is het noodzakelijk dat er gedegen wetgeving komt die de pre-packprocedure met de nodige waarborgen omkleedt. Het is tijd om de Wet continuïteit ondernemingen I onder het stof vandaan te halen.

Vergelijking en implicaties

Bij het lezen van de *Heiploeg*-uitspraak komt stevast een vraag naar voren: hoe is het mogelijk dat het Hof in 2022 een uitspraak doet die lijnrecht tegenover een uitspraak uit 2017 staat en waarbij het feitencomplex op het eerste gezicht vergelijkbaar is? Uit de uitspraak blijkt dat het Hof ook zelf met deze vraag heeft geworsteld. Het is niet prettig om te moeten toegeven een zaak eerder onjuist te hebben beoordeeld en dat doet het Hof dan ook niet. Het Hof wijst naar de verwijzende rechter in de *Estro*-zaak, die de procedurele kenmerken van de pre-pack op een andere manier heeft verwoord dan de Hoge Raad in de *Heiploeg*-zaak heeft gedaan. De verwijzende rechter in de *Estro*-zaak had namelijk tot uitgangspunt genomen dat de pre-packprocedure tot doel had te voorkomen dat de activiteiten van de betrokken onderneming plotseling zouden worden stopgezet op de datum van faillietverklaring en ook

tot doel had om zowel de economische waarde van de onderneming als de werkgelegenheid te behouden. De Hoge Raad heeft echter in zijn vragen benadrukt dat ten tijde van de inleiding van de pre-packprocedure de insolventie van Heiploeg onafwendbaar was en dat de pre-packprocedure tot doel had om in de daaropvolgende faillissementsprocedure een liquidatie van het vermogen met een zo hoog mogelijke opbrengst mogelijk te maken. Dit doel was onder meer verwoord in een brief die de rechtbank bij de benoeming aan de beoogd curatoren had toegezonden.

Moet de *Heiploeg*-uitspraak nu worden gezien als herstel van de *Estro*-uitspraak, waardoor deze laatste weinig tot geen waarde meer heeft? Ten aanzien van de vraag of de Nederlandse pre-packprocedure onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie (vereiste 3 van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn), is dat mijns inziens het geval. De wijze van toezicht was in beide zaken gelijk (namelijk door een beoogd rechter-commissaris) waarbij het Hof nu duidelijk heeft gemaakt dat dit systeem toch wel voldoet aan het derde vereiste. Het is echter niet zeker of de *Heiploeg*-uitspraak ook betekent dat elke Nederlandse pre-packprocedure voldoet aan het tweede vereiste van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn. Denkbaar is immers dat de *Estro*-zaak en de *Heiploeg*-zaak twee verschillende typen pre-packprocedures vertegenwoordigen, waarbij aan de hand van de omstandigheden van het geval moet worden beoordeeld of de pre-packprocedure werkelijk gericht was op de liquidatie van het vermogen. In een pre-packprocedure die eigenlijk een vermomde reorganisatie betreft, zonder feitelijke insolventie, zou een feitenrechter in dat geval kunnen oordelen dat er toch sprake is van overgang van onderneming (het *Estro*-type).

Ik verwacht echter niet dat het Hof heeft bedoeld om beide uitspraken naast elkaar te laten bestaan. De tekst van de *Heiploeg*-uitspraak biedt hiervoor weinig concrete aanknopingspunten. Daarnaast maak ik uit de formulering van de prejudiciële vragen op dat de Hoge Raad een algemeen oordeel wenste te verkrijgen over de Nederlandse pre-packprocedure. De opzet en voorwaarden van de procedure zijn daarbij uitgebreid aan het Hof toegelicht. Het lijkt mij ook niet wenselijk dat er twee typen pre-packprocedures bestaan. Kopers in een pre-packprocedure willen immers niet het risico lopen dat er achteraf toch een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden. Dit risico schrikt kopers af en komt de effectiviteit van de constructie niet ten goede. Indien de wetgever een pre-packprocedure wenst te ontwerpen die werkelijk succesvol is, is het daarom van belang om de elementen van de pre-packprocedure die het Hof in de *Heiploeg*-zaak doorslaggevend heeft geacht (waaronder het doel) te verankeren in de wettelijke regeling. Daarbij dient een vennootschap die om toepassing van de pre-packprocedure verzoekt, te motiveren op welke manier in dat geval aan de wettelijke doelstelling wordt voldaan, hetgeen op een strikte wijze door de rechter wordt getoetst. Een strenge toets vooraf is aan te bevelen boven discussie achteraf over

de vraag welk type pre-packprocedure is toegepast en of er daarom overgang van onderneming heeft plaatsgevonden. Onder deze voorwaarden kan de pre-packprocedure (weer) een krachtig instrument zijn om het reorganiserend vermogen van ondernemingen te verbeteren.

Mr. drs. M.M. Eveleens-van der Zwaag