

PROCUREUR-GENERAAL
BIJ DE
HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

Nummer 18/04401
Zitting 1 november 2019

CONCLUSIE

B.J. Drijber

In de zaak van

Federatie Nederlandse Vakbeweging,
eiseres tot cassatie,
advocaat: mr. F.M. Dekker

tegen

1. Heiploeg Seafood International B.V.
2. Heitrans International B.V.,
verweersters in cassatie,
advocaat: mr. B.I. Kraaijpoel

Deze zaak gaat over de vraag of de werknemers van een failliet verklaarde onderneming die op basis van een zogenoemde pre-pack een doorstart heeft gemaakt, van rechtswege overgaan op de verkrijger van die onderneming. De directe aanleiding voor die vraag is het arrest *Smallsteps* van het Hof van Justitie.¹ Die uitspraak heeft veel stof doen opwaaien. Er bestaat onzekerheid of de Nederlandse pre-pack nog mogelijk is als niet al het personeel wordt overgenomen. Deze zaak biedt uw Raad gelegenheid daarover duidelijkheid te geven.

1. Feiten

- 1.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.²
- 1.2 Het Heiploeg-concern was een internationale groothandel in vis. Haar activiteiten bestonden onder andere uit het inkopen, laten pellen (veelal in het buitenland), transporteren en verkopen van Noordzeegarnalen. Het concern bestond uit de volgende Nederlandse vennootschappen (hierna: **Heiploeg-oud**):³
1. Heiploeg Holding B.V. – houdstermaatschappij;
 2. Noord Zuid Beheer B.V. – houdstermaatschappij;
 3. Heiploeg B.V. – werkmaatschappij;
 4. Goldfish B.V. – geen activiteiten, maar beheerde in het verleden vermogen;
 5. Heiploeg Seafood B.V. – personeelsvennootschap;
 6. Heitrans B.V. – transportvennootschap;
 7. Heiploeg Beheer B.V. – beleggingsvennootschap; en
 8. Heiboer B.V. – exploiteerde één of meer agrarische bedrijven.

Deze vennootschappen waren alle gevestigd te Zoutkamp, provincie Groningen.

- 1.3 Heiploeg-oud heeft in 2011 een verlies geleden van meer dan € 75 miljoen. Het concern moest bij de banken aankloppen voor herfinanciering. Over 2012 werd een verlies geleden van € 12,5 miljoen.
- 1.4 Op 27 november 2013 heeft de Europese Commissie wegens kartelvorming aan een viertal vennootschappen van Heiploeg-oud een boete opgelegd van in totaal € 27.082.000.⁴ De banken waren niet bereid deze boete, die uiterlijk 28 februari 2014 moest worden voldaan, te financieren.⁵

¹ HvJEU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*), NJ 2017/369, m.nt. F.M.J. Verstijlen.

² Grotendeels ontleend aan rov. 3.2-3.16 van het tussenarrest van 2 mei 2017.

³ Ook maakte een vijftal vennootschappen naar buitenlands recht deel uit van Heiploeg-oud.

⁴ Besluit van 27 november 2013 C (2013) 8286 final, zaak AT.39633 – Garnalen, te vinden op https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39633/39633_2637_5.pdf. Het daartegen ingestelde beroep is ongegrond verklaard (Gerecht 8 september 2016, T-54/14, ECLI:EU:T:2016:455).

⁵ Kennelijk waren de banken ook niet bereid een bankgarantie af te geven waarmee de verplichting om de boete te betalen had kunnen worden uitgesteld.

- 1.5 Vervolgens heeft Heiploeg-oud de mogelijkheden van een overname in de vorm van een pre-pack onderzocht om vanuit een faillissement een doorstart te kunnen maken. Verschillende partijen werden uitgenodigd om een bieding te doen. De bieding van visverwerkingsbedrijf Parlevliet & Van der Plas kwam als beste uit de bus. Met die onderneming is vervolgens onderhandeld.
- 1.6 Bij brief van 15 januari 2014 heeft Heiploeg-oud de rechtbank Noord-Nederland, locatie Groningen, verzocht een beoogd curator (ook aangeduid als stille bewindvoerder) en beoogd rechter-commissaris aan te wijzen.⁶
- 1.7 Bij brief van 16 januari 2014 heeft de rechtbank twee beoogd curatoren aangewezen en zich uitgelaten over de beoogd rechter-commissaris.⁷ In die brief staat onder meer het volgende:

“Doel van de regeling

Doel van deze regeling is het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De aanwijzing van de stille bewindvoeders biedt een mogelijkheid om in relatieve rust een verkoop of reorganisatie vanuit een insolventie voor te bereiden. Door de aanwijzing van de stille bewindvoeders en beoogd rechter-commissaris, kunnen betrokkenen voorafgaande aan de daadwerkelijke insolventie kennisnemen van hun standpunten tijdens insolventie. In het onderhavige geval heeft u aan het verzoek ten grondslag gelegd dat Heiploeg in onderhandeling is met een derde en met het bankenconsortium. De onderhandeling zou gebaat zijn bij de betrokkenheid van een stille bewindvoerder terwijl de productie voortgezet wordt.

Uitgangspunten

De stille bewindvoeders en beoogd rechter-commissaris hebben geen enkele wettelijke bevoegdheid of taak. Zij zijn feitelijk aanwezig om mee te kijken, zich te informeren en te laten informeren. De stille bewindvoeders en beoogd rechter-commissaris kunnen hun mening geven en waar nodig adviseren waarbij de beoogd rechter-commissaris toezicht houdt op het functioneren van de stille bewindvoeders en in beginsel alleen met hen contact heeft over de gang van zaken. De stille bewindvoeders en de beoogd rechter-commissaris laten zich daarbij leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, als ware de insolventie reeds uitgesproken. In het geval van een latere insolventieprocedure zal in de openbare verslagen verantwoording worden afgelegd over de periode van stille bewindvoering.

Heiploeg is gehouden volledige medewerking te verlenen aan de stille bewindvoeders. Heiploeg is onder meer gehouden om aan de stille bewindvoeders gevraagd en ongevraagd alle inlichtingen te verschaffen en inzicht te geven in haar administratie. De verantwoordelijkheid voor de juistheid en volledigheid van de verstrekte informatie, ligt bij betrokkenen.

(...)

Indien de rechtbank van oordeel is dat niet wordt voldaan aan de verplichtingen in deze brief of wordt gehandeld in strijd met het bij de aanwijzing van een stille bewindvoerder beoogde doel, dan kan de rechtbank daaruit de gevolgtrekking maken die zij geraden acht, waaronder het benoemen van een andere curator of bewindvoerder in het geval van een insolventie.”

⁶ Conclusie van antwoord, productie 1.

⁷ Conclusie van antwoord, productie 2.

1.8 Op 21 januari 2014 zijn de volgende zes vennootschappen in het handelsregister ingeschreven:

1. Heiploeg Holding International B.V. – holdingvennootschap;
2. Noord Zuid Beheer International B.V.;
3. Heiploeg International B.V. – werkmaatschappij;
4. Goldfish International B.V.;
5. Heiploeg Seafood International B.V. – personeelsvennootschap; en
6. Heitrans International B.V. – transportvennootschap.

Deze vennootschappen vormen het nieuwe Heiploeg concern. De onder 3. en 5. genoemde vennootschappen zijn in deze procedure verweersters.⁸ Zij worden hierna aangeduid als **Heiploeg-nieuw**.

1.9 Op 27 januari 2014 heeft Heiploeg-oud de rechtbank Noord-Nederland, locatie Groningen, verzocht om haar in staat van faillissement te verklaren.

1.10 Op 28 januari 2014 is het faillissement uitgesproken met aanstelling van de twee stille bewindvoerders tot curatoren en met benoeming van de beoogd rechter-commissaris tot rechter-commissaris.

1.11 Diezelfde dag om 12.30 uur hebben de curatoren een persbericht doen uitgaan over de doorstart van Heiploeg-oud, waarin onder meer het volgende staat vermeld:

“Met de strategische partner Parlevliet & Van der Plas uit Katwijk is vervolgens tot een eindresultaat onderhandeld, dat voor de gezamenlijke schuldeisers naar het oordeel van de (beoogde) curatoren het best haalbare resultaat was gelet op de omstandigheden van het geval. (...)”

1.12 Op 29 januari 2014 rond 3.00 uur in de ochtend zijn de handtekeningen onder de activa overeenkomst gezet, zoals blijkt uit het eerste faillissementsverslag van 24 februari 2014:⁹

“(...)”

De curatoren hebben in de loop van de dag over de (inhoud van de) activa overeenkomst met de banken en [Parlevliet & Van der Plas Beheer B.V.] onderhandeld tot 29 januari 's-ochtends vroeg om 3:00 uur de handtekeningen gezet konden worden. Daarmee was de doorstart onder de naam Heiploeg International B.V. een feit.”

1.13 Het nieuwe Heiploeg concern heeft de bedrijfspanden van Heiploeg-oud in gebruik genomen. Het concern verricht haar werkzaamheden op hetzelfde adres als Heiploeg-oud en heeft nagenoeg dezelfde klantenkring.

1.14 Van de circa 300 werknemers van Heiploeg-oud zijn er circa 210 in dienst getreden van Heiploeg-nieuw. Deze werknemers verrichten veelal op hun oude werkplekken dezelfde werkzaamheden die zij vóór het faillissement verrichtten, tegen minder

⁸ De als vennootschappen 7. en 8. aangeduide vennootschappen van Heiploeg-oud keren in de nieuwe structuur niet terug en zijn daarom niet betrokken bij de doorstart.

⁹ Dagvaarding, productie 5, p. 5, onderste alinea.

gunstige arbeidsvoorwaarden. De overige werknemers van Heiploeg-oud hebben hun baan verloren.

2. Procesverloop

2.1 Op 22 juli 2014 hebben Federatie Nederlandse Vakbeweging (hierna: **FNV**) en CNV Vakmensen (hierna: **CNV** en tezamen met FNV: **de bonden**) Heiploeg-nieuw gedagvaard voor de rechtbank Noord-Nederland, locatie Groningen.

2.2 De bonden hebben onder meer een verklaring voor recht gevorderd dat, verkort weergegeven:

- (i) primair richtlijn 2001/23/EG op de doorstart van Heiploeg-oud van toepassing is en de werknemers van Heiploeg-oud op grond van art. 7:662 e.v. BW met behoud van hun arbeidsvoorwaarden bij Heiploeg-nieuw in dienst zijn getreden; en
- (ii) subsidiar, voor zover richtlijn 2001/23/EG niet van toepassing is, de artikelen 7:662 e.v. BW desalniettemin van toepassing zijn, nu het zwaartepunt van de verkoop van de activa van Heiploeg-oud bij de pre-pack duidelijk lag vóór het faillissement van Heiploeg-oud.

2.3 Bij vonnis van 2 juni 2015 heeft de rechtbank Noord-Nederland, locatie Groningen, de zaak "*vanwege betrokkenheid*" bij de procedure voor verdere behandeling verwezen naar de rechtbank Overijssel, locatie Almelo (hierna: **de rechtbank**).

2.4 Bij vonnis van 28 juli 2015 heeft de rechtbank de vorderingen van de bonden afgewezen.¹⁰ De rechtbank overweegt als volgt:

"4.4 Het beroep van de bonden op het buiten toepassing laten van artikel 7:666 BW, omdat materieel gezien van een faillissement geen sprake zou zijn omdat het doel van de pre-pack niet is gericht op liquidatie maar op continuïteit van de onderneming, kan niet slagen. Artikel 7:666 BW is van toepassing als 'de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort'. Nadere voorwaarden worden niet gesteld. Het faillissement van de werkgevers, de vennootschappen van Heiploeg-oud, is op 28 januari 2014 door de rechtbank Noord-Nederland uitgesproken. Gesteld noch gebleken is dat daartegen door belanghebbenden ingevolge artikel 10 Faillissementswet (Fw) verzet is ingesteld. Derhalve dient als vaststaand te worden aangenomen dat er sprake is van faillissement van de verschillende werkgevers, terwijl de ondernemingen die aan gedaagden zijn overgedragen deel uitmaakten van de boedels van die gefailleerde vennootschappen. Daarmee is aan de voorwaarden van artikel 7:666 BW voldaan.

(...)

4.5.5 (...) Dat een faillissement te voorkomen c.q. niet nodig was is niet gesteld. Evenmin is (voldoende onderbouwd) gesteld dat de vervreemdende vennootschappen niet zijn geliquideerd, de opbrengst van de verkoop van de ondernemingen niet is aangewend ten behoeve van de schuldeisers en/of aan de voorwaarde van overheidstoezicht niet is voldaan. Dat de onderhandelingen over de overgang al voor de faillissementen zijn gevoerd en (nagenoeg) zijn afgerond, doet daaraan niet af.

¹⁰ Rechtbank Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589, JAR 2015/220, m.nt. J. van der Pijl, JOR 2015/283, m.nt. E. Loesberg, JIN 2015/174, m.nt. K.J. van Aardenne.

4.5.6 Hoezeer de bonden terecht wijzen op:

- het ontbreken van een wettelijke regeling ter zake van de pre-pack,
- de bezwaren die kleven aan en
- de risico's op misbruik dan wel oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht bij een pre-pack,

staan die bezwaren aan toepasselijkheid van artikel 7:666 BW in dit geval niet in de weg.”

2.5 De rechtbank wijst ook de subsidiair gevorderde verklaring voor recht af:

“4.6 Tot slot dient de vraag beantwoord te worden of het tijdstip van de overgang voor de faillissementsdatum heeft gelegen, weshalve er op het moment van de overgang (nog) geen sprake was van een faillissement en om die reden de uitzondering van artikel 7:666 BW niet van toepassing is.

In het arrest *Celtec*¹¹ heeft het HvJ onder meer overwogen dat het tijdstip van de overgang samenvalt met het moment waarop de verkrijger de exploitatie van de onderneming van de vervreemder overneemt. Dat is dus het moment van levering, welk moment veelal niet samen zal vallen met het moment waarop de overeenkomst strekkende tot de overneming tot stand komt. Het tijdstip hangt, aldus het HvJ niet af van instemming van de vervreemder, verkrijger, noch van die van de werknemers of vakbonden.

Ook de Hoge Raad ging in de zaak *Happé/Scheepstra*¹² uit van het moment van overgang na faillissementsdatum, hoewel enkele bestanddelen al eerder, tijdens de surseance waren overgegaan.

Ook de contractuele leer van het zwaartepunt wordt wel gehanteerd. De kantonrechter verwijst naar de zaak *Alphacare* waarin zowel het hof Den Haag als de CRvB¹³ de datum van de tussen vervreemder en verkrijger gemaakte afspraken tijdens de surseance als tijdstip van overgang namen. Aan de vraag wanneer de exploitatie daadwerkelijk overging is geen overweging gewijd.

De kantonrechter houdt vast aan de norm zoals door het HvJ in het *Celtec*-arrest verwoord. De datum van overgang van de exploitatie, de 'change of control', is bepalend. Die lag na faillissementsdatum. Dat sluit ook aan bij de term 'overgang'.

Bovendien kon Heiploeg-oud, zo de overeenkomst met Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. al voor faillissementsdatum (nagenoeg) rond was, de overeenkomst zelf niet nakomen. Na faillissementsdatum was zij immers beschikkingsonbevoegd. Voor faillissement kon niet worden nagekomen omdat de overeenkomst werd gesloten onder de voorwaarde van (nog) uit te spreken faillissement(en). Die moet dan door de curator met toestemming van de rechter-commissaris, bekrachtigd en uitgevoerd worden. Van een contractuele benadering van de 'overgang' kan derhalve geen sprake zijn.”

2.6 De bonden zijn in hoger beroep gekomen bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem (hierna: **het hof**). Bij tussenarrest van 2 mei 2017 (hierna: **het tussenarrest**) heeft het hof de zaak aangehouden tot na het arrest van het Hof van Justitie in de zaak *Smallsteps*.¹⁴ Het hof overwoog dat het antwoord op de prejudiciële vragen in die zaak ook relevant kon zijn voor de zaak Heiploeg.

¹¹ HvJEG 26 mei 2005, C-478/03, ECLI:EU:C:2005:321 (*Celtec*), JAR 2005/205, m.nt. R.M. Belzer.

¹² HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0033 (*Happé/Scheepstra*), NJ 1988/191, m.nt. P.A. Stein.

¹³ Gerechtshof Den Haag 26 november 2004, ECLI:NL:GHSGR:2004:AR8066 (*Alphacare*) en CRvB 29 juni 2005, ECLI:NL:CRVB:2005:AT9016 (*Alphacare*).

¹⁴ Zie Rechtbank Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954 (*Smallsteps*) voor de aan het HvJEU gestelde prejudiciële vragen.

- 2.7 Nadat het Hof van Justitie op 22 juni 2017 het arrest *Smallsteps* had gewezen en partijen zich daarover bij akte hadden kunnen uitlaten, geeft het hof bij eindarrest van 17 juli 2018 (hierna: **het eindarrest**) daarvan de volgende samenvatting:¹⁵

“2.4 In zijn arrest van 22 juni 2017 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie antwoord gegeven op de door de kantonrechter in de rechtbank Midden-Nederland, locatie Almere, gestelde prejudiciële vragen (...). Het Hof van Justitie heeft de vragen 1 tot en met 3 opnieuw geformuleerd en vervolgens geoordeeld dat de in artikel 5 lid 1 van de richtlijn omschreven uitzondering van de in de beide daaraan voorafgaande artikelen omschreven hoofdregel, strikt moet worden uitgelegd. De uitzondering is slechts van toepassing als is voldaan aan alle drie de in artikel 5 omschreven voorwaarden, te weten:

- a. de vervreemder moet verwickeld zijn in een faillissementsprocedure of een gelijksoortige procedure;
- b. deze procedure moet zijn ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de onderneming;
- c. de procedure moet onder toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie.

2.6¹⁶ Het Hof van Justitie heeft voorts overwogen dat een transactie die wordt uitgevoerd door middel van een pre-pack en wordt voorbereid vóór de faillietverklaring, maar pas daarna wordt uitgevoerd, kan vallen onder het begrip faillissementsprocedure als onder a. bedoeld. Ten aanzien van de onder b. bedoelde voorwaarde overweegt het hof dat er verschil moet worden gemaakt tussen procedures, die voortzetting van de activiteiten van de onderneming beogen en die, welke de liquidatie van het vermogen van de vervreemder beogen en daarbij tot doel hebben een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gemeenschappelijke schuldeisers. Er kan sprake zijn van een zekere overlapping, maar van belang is vast te stellen wat het hoofddoel van de procedure is. Met betrekking tot de onder c. omschreven voorwaarde overweegt het hof dat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris weliswaar door de rechtbank zijn aangesteld, maar dat zij voor het moment van faillietverklaring formeel, bij gebreke van een wettelijke grondslag, geen enkele bevoegdheid hebben. Deze handelwijze kan elk eventueel toezicht van een bevoegde overheidsinstantie op de faillissementsprocedure grotendeels uithollen.”

- 2.8 Volgens het hof moet per geval worden nagegaan of aan de drie door het Hof van Justitie geformuleerde voorwaarden is voldaan:

“2.8 Het hof stelt voorop dat, anders dan de bonden kennelijk menen, uit het arrest niet kan worden opgemaakt dat (...) een vóór de faillietverklaring voorbereide en na dat moment uitgevoerde doorstart, al dan niet in de vorm van een pre-pack, in geen geval onder de in artikel 5 bedoelde uitzondering kan vallen. Steeds zal moeten worden nagegaan of aan de drie in het artikel genoemde voorwaarden is voldaan. Daarbij dient rekening te worden gehouden met alle omstandigheden van het geval.”

- 2.9 Het hof stelt vervolgens vast dat niet ter discussie staat dat de vervreemder (Heiploeg-oud) is verwickeld in een faillissementsprocedure en dat derhalve is voldaan aan de eerste ‘*Smallsteps*-voorwaarde’.

- 2.10 Volgens het hof is eveneens voldaan aan de tweede voorwaarde, omdat de procedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de failliete onderneming. Het hof overweegt daartoe het volgende:

¹⁵ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6539, *JAR* 2018/218, m.nt. J. van der Pijl, *JOR* 2018/265, m.nt. E. Loesberg, *JIN* 2018/176, m.nt. G.A. Diebels.

¹⁶ Een rechtsoverweging 2.5 ontbreekt (per abuis) in het eindarrest.

“2.9 In het geval van Heiploeg-oud staat vast (...) dat het bedrijf in 2011 en 2012 aanzienlijke verliezen heeft geleden, dat de Europese Unie op 27 november 2013 aan vier vennootschappen van het concern een boete heeft opgelegd van ruim € 27 miljoen en dat de banken, aan wie alle activa waren overgedragen, niet bereid waren dit bedrag te financieren. Volgens Heiploeg-nieuw betekende dit dat een faillissement van het concern van Heiploeg-oud onafwendbaar was. De bonden hebben dit niet weersproken.

2.10 In de daaropvolgende periode is gekeken naar de mogelijkheid van een doorstart. Drie partijen hebben een bod uitgebracht en van die drie bleek het bod van Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. het hoogste. Met deze vennootschap is verder onderhandeld door de inmiddels door de rechtbank in haar brief van 16 januari 2014 genoemde beoogde curatoren (...). In deze brief heeft de rechtbank uitdrukkelijk vastgelegd dat doel van de regeling was het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Door Heiploeg-nieuw is voorts onbetwist aangevoerd dat ook de banken, aan wie de activa waren overgedragen, uit waren op een zo hoog mogelijke opbrengst. De curatoren in het faillissement van Heiploeg-oud hebben in een door Heiploeg-nieuw als productie 2 in het geding gebrachte verklaring aangegeven dat zij zich in de periode voorafgaand aan het faillissement uitsluitend hebben gericht op de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud en dat zij in dat kader hebben beoordeeld of een verkoop van de activa “going concern” in het belang van de schuldeisers was. Pas na de faillietverklaring is uiteindelijk pas overeenstemming bereikt met Parlevliet en Van der Plas B.V. over de verkoop van de activa (“going concern”). De juistheid van deze verklaring is door de bonden niet gemotiveerd betwist en blijkt ook niet uit de (...) faillissementsverslagen.

2.11 Naar het oordeel van het hof moet uit de hiervoor omschreven omstandigheden worden opgemaakt dat, anders dan de bonden aanvoeren, de faillissementsprocedure wel degelijk is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud. Dat reeds voorafgaand aan het faillissement contacten zijn opgenomen met geïnteresseerde partijen over een verkoop als going concern en daarover vervolgens met één partij onderhandelingen zijn gevoerd (...) doet daaraan niet af. Bij dit alles wordt mede in aanmerking genomen dat het noodzakelijk was dat werd voorkomen dat het productieproces meer dan één dag werd onderbroken. Naar het hof begrijpt zou, als deze onderbreking langer zou zijn, de medewerking van de banken niet langer zijn gewaarborgd, met als waarschijnlijk gevolg dat de verkoop als going concern niet zou doorgaan en de opbrengst van de activa en derhalve ook een voor de schuldeisers beschikbaar bedrag aanzienlijk lager zou zijn. Aan de onder b. bedoelde voorwaarde is dan ook voldaan.”

2.11 Het hof oordeelt tot slot dat ook aan de derde *Smallsteps*-voorwaarde is voldaan, omdat de overeenkomst met de verkrijger onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie is gesloten (rov. 2.12).

2.12 Het hof komt tot de volgende conclusie:

“2.13 Het voorgaande betekent dat de vordering van de bonden, die is gebaseerd op de stelling dat aan de in artikel 5 lid 1 van de richtlijn genoemde voorwaarden niet is voldaan, niet toewijsbaar is. Het bestreden vonnis zal, zij het op andere gronden, worden bekrachtigd. (...)”

2.13 FNV heeft – tijdig – cassatieberoep ingesteld en vernietiging van de beide arresten van het hof gevorderd. CNV is geen partij in de cassatieprocedure. Heiploeg-nieuw heeft geconcludeerd tot verwerping van het cassatieberoep. Partijen hebben hun standpunten schriftelijk toegelicht, Heiploeg-nieuw mede door mr. J.F. Fliet en mr. I. Spinath. Vervolgens hebben partijen gerepliceerd en gedupliceerd.

3. De pre-pack – enkele opmerkingen¹⁷

- 3.1 De figuur van de pre-pack (voluit: *pre-packaged insolvency sale*) is vanuit de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk komen overwaaien. Zij past in een ontwikkeling om oplossingen te zoeken die zijn gericht op het behoud van economisch levensvatbare onderdelen van de failliete onderneming. De pre-pack wordt sinds 2011 in Nederland toegepast. Tot nu toe ontbreekt daar echter een wettelijke grondslag voor.¹⁸
- 3.2 De procedure verloopt in grote lijnen als volgt. Op verzoek van een onderneming die financieel in zwaar weer verkeert, kan de rechtbank een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris aanwijzen, die in geval van faillissement tot curator en rechter-commissaris zullen worden benoemd. Zij worden tijdens de 'stille voorbereidingsfase' geïnformeerd over de situatie waarin de door de schuldenaar gedreven onderneming zich bevindt en kijken mee met het bestuur en/of de feitelijk leidinggevendenden van die onderneming.¹⁹ Op die manier is de beoogd curator bij aanvang van het faillissement sneller in staat maatregelen te nemen.²⁰
- 3.3 Een vooraf voorbereid faillissement is in beginsel gunstig voor zowel de schuldeisers als de werknemers van de schuldenaar. Door de voorbereiding kan worden voorkomen dat de onderneming na de faillietverklaring abrupt stilvalt, hetgeen waardeverlies tot gevolg heeft. Bovendien vergroot het de kans dat de bedrijfsactiviteiten van de failliete onderneming kunnen worden voortgezet, waarbij veelal een hogere boedelopbrengst wordt gerealiseerd en meer werkgelegenheid behouden blijft dan bij een onverkorte liquidatie.²¹ Kortom, bij een pre-pack zijn in de regel crediteuren én werknemers als groep beter af. Daarnaast is er minder risico dat de curator wordt geconfronteerd met een door de schuldenaar zelf

¹⁷ Zie over de pre-pack ook de conclusie van 24 mei 2019 van A-G Rank-Berenschot (ECLI:NL:PHR:2019:558) inzake het faillissement van het Ruwaard van Puttenziekenhuis. Daar ging het met name om de vraag welke aansprakelijkheidsmaatstaf geldt voor een beoogd curator.

¹⁸ Zie voor achtergronden N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!', *TvI* 2011/23.

¹⁹ Uit een tussen 2012 en 2014 uitgevoerd onderzoek naar 48 faillissementen die zijn voorafgegaan door een stille voorbereidingsfase blijkt dat in een aanzienlijk aantal gevallen de beoogd curator niet slechts heeft meegekeken, maar ook actief heeft gehandeld, bijvoorbeeld door het voeren van onderhandelingen en/of het zelf benaderen van marktpartijen. Zie J.R. Hurenkamp, 'Failliet of fast forward? Een analyse van de pre-pack in de praktijk', *TvI* 2015/20, p. 129.

²⁰ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 218, nr. 6, p. 1.

²¹ Volgens het in voetnoot 19 genoemde onderzoek werd met doorstarts door middel van een pre-pack gemiddeld 68% van de werkgelegenheid behouden, terwijl bij 'normale' doorstarts slechts 24% van de werkgelegenheid behouden bleef. Zie ook *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3, p. 8 en 9, waarin tevens wordt opgemerkt dat de eerste bevindingen van onderzoekers erop wijzen dat de pre-pack een meeropbrengst voor de boedel genereert die varieert van 10 tot 30%. Zie echter ook S.F.W. van den Bosch, *Unpacking the pre-pack. Een onderzoek naar de gevolgen van een doorstart*, Weert: Celsus juridische uitgeverij 2019, waarin de hypothese dat toepassing van de pre-pack een positieve invloed heeft op de verkoopprijs van de doorgestarte (onderdelen van de) onderneming onderuit wordt gehaald (p. 109). Met betrekking tot het behoud van werkgelegenheid komt deze auteur tot de conclusie dat de klassieke doorstart een gemiddeld werkgelegenheidsbehoud van 44% kent, tegenover 62% voor de pre-pack, dus een verschil van 18% in het voordeel van de pre-pack (p. 108).

'voorgekookte' doorstart uit faillissement waarbij hij alleen nog maar hoeft te tekenen bij het spreekwoordelijke kruisje.²² De curator was immers als stille bewindvoerder al bij de voorbereiding van de doorstart betrokken.

- 3.4 Er is echter ook kritiek op de pre-pack. Een veelgehoord bezwaar is het gebrek aan transparantie en openbaarheid van het proces, aangezien de eventuele doorstart van (delen van) de onderneming volledig buiten het zicht van de schuldeisers om in stilte wordt voorbereid. Daarnaast kan de onafhankelijke positie van de curator worden aangetast indien deze in het voorbereidingstraject al te zeer bij de bedrijfsvoering van de onderneming betrokken is geraakt. Ook wordt gewezen op het risico dat de pre-pack enkel wordt gebruikt om eenvoudig en goedkoop van (met name: oudere en duurdere) werknemers af te komen. De pre-pack kan voorts concurrentievervalsing werken omdat de doorstartende onderneming met een 'schone lei' verder kan gaan, terwijl concurrenten hun schulden behouden.²³
- 3.5 In weerwil van deze bezwaren klonk er vanuit de praktijk de roep om voor de pre-pack een wettelijke grondslag te creëren. Hiertoe is in juni 2015 – als onderdeel van het programma Herijking Faillissementsrecht – het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I (hierna: **WCO I**) ingediend.²⁴ Dat is een jaar later door de Tweede Kamer aangenomen.²⁵ De behandeling in de Eerste Kamer ligt al enige tijd stil. Ik kom daar in hoofdstuk 6 op terug.

4. Juridisch kader: werknemersbescherming bij overgang van onderneming

Regelgeving

- 4.1 Werknemers worden op grond van het Unierecht bij overgang van een onderneming beschermd tegen het verlies van hun rechten. De eerste Europese richtlijn op dit vlak was richtlijn 77/187/EEG,²⁶ gewijzigd bij richtlijn 98/50/EG.²⁷ Richtlijn

²² *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3, p. 4-9. Zie ook J.R. Hurenkamp, 'Failliet of fast forward? Een analyse van de pre-pack in de praktijk', *Tvl* 2015/20, p. 125.

²³ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3, p. 26-29. Zie ook W.J.M. van Andel, 'Stop met de pre-pack', *Tvl* 2014/37, en R.J. van der Ham, 'Liever failliet dan doorgaan met slecht personeel: over het risico van misbruik van de pre-pack', *ArbeidsRecht* 2014/28.

²⁴ Wijziging van de Faillissementswet in verband met de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de afwikkeling van een eventueel faillissement en vergroting van de kansen op voorzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen (Wet continuïteit ondernemingen I), *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 2.

²⁵ *Kamerstukken I* 2015/16, 34 218, A.

²⁶ Richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, *Pb.*1977, L 61/26.

²⁷ Richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 tot wijziging van Richtlijn 77/187/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van vestigingen, *Pb.* 1998, L 201/88.

2001/23/EG (hierna: **de Richtlijn**) vormt een codificatie van richtlijn 77/187/EEG, zoals gewijzigd, en is de thans geldende richtlijn.²⁸

- 4.2 De door de Richtlijn geboden bescherming biedt houdt in de kern in dat bij overgang van een onderneming arbeidsvoorwaarden behouden blijven (art. 3) en de overgang op zichzelf geen reden tot ontslag vormt, behoudens ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen (art. 4). Ik zal deze artikelen hierna op sommige plaatsen aanduiden als **de beschermingsbepalingen**.
- 4.3 Art. 5 lid 1 van de Richtlijn voorziet in een uitzondering op de beschermingsbepalingen in geval van faillissement. Deze bepaling luidt als volgt:

“1. Tenzij de lidstaten anders bepalen, zijn de artikelen 3 en 4 niet van toepassing op een overgang van een onderneming, vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn).”

Deze uitzondering geldt niet als “*lidstaten anders bepalen*”. Doet een lidstaat dat, dan biedt lid 2 van art. 5 van de Richtlijn de mogelijkheid te bepalen dat de beschermingsbepalingen ook van toepassing zijn op een overgang in een faillissementssituatie. In dat geval gaan de werknemers van de failliete onderneming van rechtswege over op de verkrijger, waarna onder omstandigheden de arbeidsvoorwaarden kunnen worden aangepast. Voor zover hier van belang luidt art. 5 lid 2 als volgt:

“2. Indien de artikelen 3 en 4 van toepassing zijn op een overgang tijdens insolventieprocedures die zijn ingeleid ten aanzien van een vervreemder (ongeacht de vraag of deze procedures al dan niet zijn ingesteld met als doel de liquidatie van het vermogen van de vervreemder) en die onder toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie (die een door de nationale wetgeving omschreven curator mag zijn) kan een lidstaat bepalen dat:

- a) (...) en/of dat
- b) de verkrijger, de vervreemder of de persoon (personen) die de functies van de vervreemder uitoefenen enerzijds en de vertegenwoordigers van de werknemers anderzijds kunnen overeenkomen om, voor zover de geldende wetgeving of praktijk zulks mogelijk maakt, in de arbeidsvoorwaarden wijzigingen aan te brengen die bedoeld zijn om de werkgelegenheid veilig te stellen door het voortbestaan van de onderneming, de vestiging of onderdelen daarvan te verzekeren.”

Nederland heeft tot dusverre niet van deze mogelijkheid gebruik gemaakt.

- 4.4 De Richtlijn is omgezet in Afdeling 8 van Titel 10 van Boek 7 BW.²⁹ Art. 7:663 BW bepaalt dat door de overgang van onderneming de rechten en verplichtingen die op

²⁸ Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, *Pb.* 2001, L 82/16.

²⁹ Volgens diverse auteurs is art. 7:666 BW te ruim geformuleerd, omdat het niet de voorwaarden van art. 5 lid 1 van de Richtlijn bevat dat de faillissementsprocedure is gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder en onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staat. Zie

dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer van rechtswege op de verkrijger overgaan. De Hoge Raad heeft menig arrest over deze materie gewezen, ook al onder het oude BW.³⁰

- 4.5 Art. 7:666, onder a, BW vormt de omzetting van de in art. 5 lid 1 van de Richtlijn neergelegde faillissementsuitzondering:

“De artikelen 662 tot en met 665 en 670 lid 8 zijn niet van toepassing op de overgang van een onderneming indien:
a. de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort; of
(...)”

Art. 5 lid 2 van de Richtlijn is niet omgezet in nationale wetgeving.

Europese rechtspraak vóór Smallsteps

- 4.6 De faillissementsuitzondering vormt de codificatie van rechtspraak van het Hof van Justitie. Het gaat daarbij om de volgende arresten.

HvJEG 7 februari 1985 (Abels)

- 4.7 Het Hof van Justitie heeft zich in het arrest *Abels*,³¹ een Nederlandse zaak, voor het eerst uitgelaten over de toepasselijkheid van de beschermingsbepalingen bij overgang van onderneming in het kader van een faillissementsprocedure. Het oordeelde dat richtlijn 77/187/EEG niet van toepassing is op de overgang van ondernemingen die plaatsvindt “*in het kader van een faillissement, dat gericht is op de vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde rechterlijke instantie.*”³²

- 4.8 Het Hof van Justitie oordeelde dat richtlijn 77/187/EEG wél van toepassing is op de procedure van surseance van betaling. De argumenten die zich verzetten tegen toepassing van de richtlijn op faillissementsprocedures gelden niet voor een procedure die plaatsvindt in een stadium vóór het faillissement, die een beperkter rechterlijk toezicht omvat en die primair is gericht op het behoud van de boedel en, zo mogelijk, de voortzetting van de onderneming voor de toekomst.

HvJEG 25 juli 1991 (D’Urso)

S.S.M. Peters & H.C.F.J.A. de Waele, ‘Het Europese failliet van de Nederlandse pre-pack’, *TRA* 2018/12.

³⁰ Onder andere HR 13 februari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC2901 (*Spijkers/Benedik*), NJ 1987/503; HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0033 (*Happé/Scheepstra*), NJ 1988/191, m.nt. P.A. Stein en meer recent HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780 (*Albron/FNV Bondgenoten*), NJ 2013/389, m.nt. E. Verhulp en HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375 (*GOM/Pensioenfonds*); *JOR* 2017/57, m.nt. E. Loesberg.

³¹ HvJEG 7 februari 1985, C-135/83, ECLI:EU:C:1985:55 (*Abels*), NJ 1985/900, m.nt. P.A. Stein.

³² HvJEG 7 februari 1985, C-135/83, ECLI:EU:C:1985:55 (*Abels*), punt 23.

- 4.9 Het arrest *D'Urso*³³ betreft een Italiaanse wet over het bijzonder bewind van grote ondernemingen in moeilijkheden. Onder verwijzing naar het arrest *Abels* overweegt het Hof van Justitie uitdrukkelijk dat "*het doel dat met de betrokken procedure wordt beoogd*" het beslissende criterium is voor het antwoord op de vraag of richtlijn 77/187/EEG van toepassing is op de overgang van een onderneming.³⁴
- 4.10 Volgens het Hof van Justitie zijn, indien niet tot voortzetting van de onderneming wordt besloten, "*het doel, de consequenties en de risico's*" van een gedwongen administratieve vereffening vergelijkbaar met een faillissement. De procedure strekt dan tot "*vereffening van het vermogen van de schuldenaar met het oog op uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers*". In dat geval valt de procedure niet onder richtlijn 77/187/EEG.³⁵ Indien echter het besluit tot toepassing van de procedure van bijzonder bewind "*tevens voorziet in voortzetting van de werkzaamheid van de onderneming onder leiding van een commissaris die met het bijzonder bewind is belast*", dan heeft de procedure primair tot doel om de onderneming in een zodanig evenwicht te brengen dat haar continuïteit is verzekerd. Indien de onderneming dan geheel of gedeeltelijk wordt overgedragen, bestaat er geen rechtvaardiging de werknemers de rechten te ontnemen die de richtlijn hun toekent.
- 4.11 Dit arrest verduidelijkt dat de uitzondering van art. 5 lid 1 van de Richtlijn alleen van toepassing is als de procedure strekt tot liquidatie van de vermogensbestanddelen van de vervreemder.

HvJEG 7 december 1995 (*Spano*)

- 4.12 Het arrest *Spano*³⁶ betreft een vergelijkbare Italiaanse wetgeving als in *D'Urso*.
- 4.13 Volgens het Hof van Justitie strekt de handeling waarbij wordt vastgesteld dat een onderneming in moeilijkheden verkeert ertoe "*de voorwaarden te creëren voor het herstel van de economische en financiële situatie van de onderneming, en vooral voor het behoud van de werkgelegenheid.*" Anders dan bij een faillissementsprocedure worden de in moeilijkheden verkerende ondernemingen niet onder rechterlijk toezicht geplaatst. Bovendien worden geen maatregelen inzake vermogensbeheer genomen en voorziet de regeling niet in uitstel van betaling. Het Hof van Justitie concludeert op basis van deze omstandigheden dat de betrokken procedure "*niet het oog op de liquidatie van die onderneming [heeft], maar [...] er integendeel toe [strekt] de voortzetting van haar activiteit te verzekeren met het oog op een latere overname.*"³⁷
- 4.14 Dit arrest bevestigt nogmaals dat het aankomt op het doel van de procedure.

³³ HvJEG 25 juli 1991, C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326 (*D'Urso*), NJ 1994/168.

³⁴ HvJEG 25 juli 1991, C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326 (*D'Urso*), punt 26.

³⁵ HvJEG 25 juli 1991, C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326 (*D'Urso*), punt 27-32.

³⁶ HvJEG 7 december 1995, C-472/93, ECLI:EU:C:1995:421 (*Spano*), NJ 1996/743.

³⁷ HvJEG 7 december 1995, C-472/93, ECLI:EU:C:1995:421 (*Spano*), punt 26-29.

HvJEG 12 maart 1998 (*Dethier Équipement*)

- 4.15 In het arrest *Dethier Équipement*³⁸ heeft het Hof van Justitie zijn benadering met betrekking tot de toepasselijkheid van richtlijn 77/187/EEG op de overgang van ondernemingen verder ontwikkeld. Het draaide in deze Belgische zaak om de vraag of de richtlijn van toepassing is op de overgang van een onderneming in gerechtelijke vereffening.
- 4.16 Het Hof van Justitie gaat eerst in op de arresten *Abels*, *D'Urso* en *Spano*:

“25 Uit deze rechtspraak volgt, dat om te bepalen of de overgang van een onderneming die het voorwerp uitmaakt van een administratieve of gerechtelijke procedure, binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt, het beslissende criterium het doel is dat met de betrokken procedure wordt beoogd (...).”

en voegt daar aan toe:

“... evenwel [moet] ook rekening worden gehouden met de modaliteiten van de betrokken procedure, met name de vraag in hoeverre de werkzaamheid van de onderneming wordt voortgezet dan wel wordt gestaakt, alsook met de doelstelling van de richtlijn.”

- 4.17 Het Hof van Justitie stelt vervolgens vast dat de Belgische gerechtelijke vereffeningprocedure kan worden toegepast in alle gevallen waarin men de werkzaamheid van de vennootschap wenst te beëindigen, ongeacht de redenen voor die keuze. Het doel van de gerechtelijke vereffening kan derhalve soms verwant zijn aan dat van een faillissement, maar dat hoeft niet zo te zijn. Het criterium van het doel van de procedure van gerechtelijke vereffening geeft in dat geval onvoldoende uitsluitel, zodat de modaliteiten van de procedure moeten worden onderzocht. Daaruit volgt dat – anders dan bij een faillissement – de vereffenaar een orgaan van de vennootschap is, er geen bijzondere procedure bestaat voor de vaststelling van het passief onder toezicht van een rechtbank en individuele schuldeisers hun uitwinningmogelijkheden behouden. Gelet op deze verschillen met een faillissementsprocedure rechtvaardigt niets dat de werknemers de rechten worden ontnomen die de richtlijn hun toekent.³⁹

HvJEG 12 november 1998 (*Europièces*)

- 4.18 Kort daarna heeft het Hof van Justitie het arrest *Europièces* gewezen.⁴⁰ Daarin ging het om een vrijwillige vereffeningprocedure. Het Hof van Justitie oordeelt dat de redenen waarom in het arrest *Dethier Équipement* de beschermingsbepalingen van toepassing werden geacht op de overgang tijdens een *gerechtelijke* vereffening, te meer gelden wanneer een onderneming in *vrijwillige* vereffening verkeert.⁴¹
- 4.19 Ik stel vast dat de hiervoor genoemde rechtspraak, die inmiddels meer dan twintig jaar oud is, een consistente lijn laat zien: zodra de procedure strekt tot voortzetting

³⁸ HvJEG 12 maart 1998, C-319/94, ECLI:EU:C:1998:99 (*Dethier Équipement*), NJ 1999/143.

³⁹ HvJEG 12 maart 1998, C-319/94, ECLI:EU:C:1998:99 (*Dethier Équipement*), punt 26-31.

⁴⁰ HvJEG 12 november 1998, C-399/96, ECLI:EU:C:1998:532 (*Europièces*), NJ 1999/520.

⁴¹ HvJEG 12 november 1998, C-399/96, ECLI:EU:C:1998:532 (*Europièces*), punt 34 en 35.

van de onderneming gaat de faillissementsuitzondering niet op. Dat voorspelde op het eerste gezicht al weinig goeds voor de hybride figuur van de Nederlandse pre-pack, die veelal zowel op vereffening als op voortzetting ziet.

4.20 Daarmee ben ik aangeland bij het arrest *Smallsteps*, dat in deze zaak centraal staat.

5. Het arrest *Smallsteps*: uitleg en toepassing

Feiten en beslissing

5.1 De zaak die heeft geleid tot het arrest *Smallsteps* gaat over het faillissement en de doorstart door middel van een pre-pack van Estro Groep B.V. (hierna: **Estro**), een grote kinderopvangorganisatie. Vanaf november 2013 werd voorzienbaar dat Estro zonder additionele financiering in de zomer van 2014 niet meer aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen. Een zoektocht naar financiering leverde niets op, waarna Estro een doorstart uit faillissement heeft voorbereid die moest plaatsvinden op basis van drie uitgangspunten: (i) een doorstart van 243 van de 380 centra, (ii) behoud van werkgelegenheid van 2.500 van de circa 3.600 werknemers en (iii) continuïteit van de dienstverlening in juli 2014. Estro heeft in het kader van de doorstart uitsluitend contact gehad met een zusteronderneming van haar belangrijkste aandeelhouder, derhalve een aan Estro gelieerde partij.

5.2 Op 10 juni 2014 heeft de rechtbank Amsterdam op verzoek van Estro een beoogd curator aangesteld. Op 20 juni 2014 is *Smallsteps B.V.* opgericht, de beoogde doorstartende onderneming. Op 4 juli 2014 heeft Estro bij de rechtbank Amsterdam surseance van betaling aangevraagd. Een dag later is dit verzoek omgezet in een verzoek tot faillietverklaring. Het faillissement is diezelfde dag nog uitgesproken. Eveneens op 5 juli 2014 is een pre-pack ondertekend tussen de curator en *Smallsteps B.V.*, op grond waarvan *Smallsteps B.V.* circa 250 vestigingen kocht. Op 7 juli 2014 zijn alle werknemers van Estro door de curator ontslagen. Aan circa 2.600 van hen heeft *Smallsteps B.V.* een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden. De andere circa 1.000 werknemers zijn hun baan kwijtgeraakt.

5.3 In de daaropvolgende procedure, aanhangig gemaakt door FNV en vier voormalig werknemers van Estro, heeft de rechtbank Midden-Nederland aan het Hof van Justitie prejudiciële vragen van uitleg gesteld over de reikwijdte van de faillissementsuitzondering die is opgenomen in art. 5 lid 1 van de Richtlijn.

5.4 A-G Mengozzi merkt in zijn conclusie voor het arrest op dat het moeilijk kan zijn om in het concrete geval te bepalen of een overdracht heeft plaatsgevonden in het kader van een insolventieprocedure bedoeld om het vermogen van de vervreemder te liquideren of in het kader van een procedure bedoeld om de onderneming voort te zetten.⁴² Hij komt tot de slotsom dat – gelet op de verschillen met de ‘klassieke’ faillissementsprocedure⁴³ – de Nederlandse procedure die tot sluiting van een pre-

⁴² Conclusie A-G Mengozzi 29 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:241, met name punt 55-58.

⁴³ Conclusie A-G Mengozzi 29 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:241, punt 79-83. A-G Mengozzi geeft aan dat de procedure die tot een pre-pack leidt altijd op initiatief van de betrokken vennootschap wordt

pack leidt “niet kan worden aangemerkt als een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23.”⁴⁴

5.5 Het Hof van Justitie heeft de advocaat-generaal gevolgd. Het overweegt eerst dat art. 5 lid 1 van de Richtlijn “noodzakelijkerwijs strikt” moet worden uitgelegd, omdat de daarin opgenomen uitzondering tot gevolg heeft dat de bescherming van werknemers in bepaalde gevallen van een overgang van onderneming in beginsel niet geldt en daarmee afwijkt van het hoofddoel van de Richtlijn.⁴⁵ Genoemde bepaling is slechts van toepassing indien is voldaan aan drie (cumulatieve) criteria:

- (i) de vervreemder in een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure is verwickeld;
- (ii) de betreffende procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder is ingeleid; en
- (iii) de betreffende procedure onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie.⁴⁶

5.6 Het Hof van Justitie oordeelt dat aan de eerste voorwaarde is voldaan. De aan de orde zijnde pre-pack was weliswaar vóór de faillietverklaring voorbereid, maar werd daarna pas uitgevoerd. Een dergelijke transactie, die daadwerkelijk het faillissement impliceert, kan daarom onder het begrip ‘faillissementsprocedure’ in de zin van art. 5 lid 1 van de Richtlijn vallen.⁴⁷

5.7 Met betrekking tot de tweede voorwaarde overweegt het Hof van Justitie – onder verwijzing naar de arresten *D’Urso* en *Spano* – dat een procedure die de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt “vanzelfsprekend niet” voldoet aan het vereiste dat de procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder wordt ingeleid. Daarop laat het Hof van Justitie volgen (mijn onderstreping):

“48 Wat de verschillen tussen die twee soorten procedures betreft, moet worden opgemerkt dat, zoals de advocaat-generaal in de punten 57 en 58 van zijn conclusie heeft gepreciseerd, een procedure de voortzetting van de activiteit beoogt wanneer zij 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, zorgt daarentegen voor een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers. Ook al is het niet uitgesloten dat er een zekere overlapping kan zijn tussen die twee doelen die een bepaalde procedure nastreeft, het hoofddoel van een procedure die de voortzetting van de activiteit van de onderneming beoogt, blijft in elk geval het behoud van de betrokken onderneming.

ingeleid, terwijl de faillissementsprocedure door verschillende betrokkenen kan worden ingeleid. De voorbereidende fase heeft bovendien een volledig informeel karakter en daarnaast hebben de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris formeel geen enkele bevoegdheid.

⁴⁴ Conclusie A-G Mengozzi 29 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:241, punt 84.

⁴⁵ HvJEU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*), punt 41.

⁴⁶ HvJEU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*), punt 44.

⁴⁷ HvJEU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*), punt 45 en 46.

49 In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat een pre-pack zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, tot in de kleinste details de overdracht van de onderneming beoogt voor te bereiden om na de faillietverklaring een snelle doorstart mogelijk te maken van de levensvatbare onderdelen van de onderneming, teneinde op die manier de onderbreking te vermijden 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.

50 Onder deze omstandigheden en onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, moet worden vastgesteld dat een dergelijke transactie uiteindelijk niet de liquidatie van de onderneming beoogt, zodat het economische en sociale doel daarvan noch kan verklaren noch kan rechtvaardigen dat bij een volledige of gedeeltelijke overgang van de betrokken onderneming, haar werknemers worden beroofd van de rechten die richtlijn 2001/23 hun toekent (zie naar analogie arrest van 7 december 1995, Spano e.a., C-472/93, EU:C:1995:421, punten 28 en 30).

51 Gezien de vaststelling in punt 48 van dit arrest, kan de omstandigheid dat de pre-pack tevens gericht kan zijn op een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de schuldeisers, niet tot gevolg hebben dat deze hierdoor een procedure wordt die is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23."

Het Hof van Justitie onderkent dus dat een overlapping kan bestaan tussen beide doelstellingen en besteedt daar aandacht aan. Nu in *Smallsteps* het behoud van de failliete onderneming het hoofddoel was (wat formeel door de nationale rechter feitelijk moet worden vastgesteld), is aan de tweede voorwaarde voor toepasselijkheid van de faillissementsuitzondering niet voldaan.

5.8 Aan de derde voorwaarde, dat de procedure onder toezicht moet staan van een bevoegde overheidsinstantie, is evenmin voldaan. Hiertoe overweegt het Hof van Justitie dat de overname:

"54 (...) niet [wordt] uitgevoerd onder toezicht van de rechtbank, maar, zoals uit het dossier bij het Hof blijkt, door de leiding van de onderneming, die de onderhandelingen voert en de besluiten neemt die de verkoop van de failliete onderneming voorbereiden.

55 Ofschoon de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris op verzoek van de failliete onderneming door de rechtbank worden aangesteld, beschikken zij formeel immers over geen enkele bevoegdheid. Zij staan derhalve niet onder toezicht van een overheidsinstantie.

56 Aangezien de curator zeer snel na de inleiding van het faillissement de rechter-commissaris om toestemming vraagt voor de overdracht van de onderneming en deze ook krijgt, moet de rechter-commissaris bovendien vóór de faillietverklaring op de hoogte zijn gesteld en in feite hebben aangegeven daartegen geen bezwaar te hebben.

57 Zoals de advocaat-generaal in punt 82 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, kan deze handelwijze elk eventueel toezicht van een bevoegde overheidsinstantie op de faillissementsprocedure grotendeels uithollen, zodat deze niet kan voldoen aan de voorwaarde van toezicht door een dergelijke instantie zoals genoemd in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23."

5.9 Het Hof van Justitie beantwoordt de prejudiciële vraag als volgt:

"Richtlijn 2001/23/EG (...), en met name artikel 5, lid 1, ervan, moet aldus worden uitgelegd dat de door de artikelen 3 en 4 van die richtlijn gegarandeerde bescherming van werknemers behouden blijft in een situatie zoals die welke in het hoofdgeding aan

de orde is, waarin de overgang van een onderneming plaatsvindt na een faillietverklaring in de context van een vóór de faillietverklaring voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde *pre-pack*, in het kader waarvan een door een rechtbank aangestelde „beoogd curator” met name de mogelijkheden onderzoekt van een eventuele voortzetting van de activiteiten van die onderneming door een derde en zich voorbereidt op handelingen die onmiddellijk na de faillietverklaring moeten worden verricht teneinde die voortzetting te verwezenlijken. In dat verband is niet relevant dat de *pre-pack* tevens de maximalisatie van de opbrengst van de overdracht voor alle schuldeisers van die onderneming beoogt.”

- 5.10 In het arrest *Plessers/Prefaco* van 16 mei 2019 worden de drie in *Smallsteps* geformuleerde voorwaarden herhaald.⁴⁸ Die zaak ging over de Belgische procedure van reorganisatie onder gerechtelijk gezag. Volgens het Hof van Justitie voldoet die procedure aan geen van de drie voorwaarden van art. 5 lid 1 van de Richtlijn.⁴⁹

Duiding van het arrest Smallsteps

- 5.11 Het arrest *Smallsteps* is met name bij insolventiespecialisten ingeslagen als een bom. Ik acht het nuttig dat uw Raad van de talrijke noten en andere commentaren bij dit arrest kennisneemt en zal daarom een groot aantal auteurs citeren. Ik ben echter zo vrij om eerst een poging te doen om mijn eigen duiding van het arrest te geven.
- 5.12 Het arrest heeft mij eerlijk gezegd niet verrast. In zijn algemeenheid legt het Hof van Justitie door het Unierecht toegekende rechten ruim uit en uitzonderingen daarop restrictief. Dat is zeker zo als rechten van werknemers in het geding zijn. Steeds staat het Hof van Justitie op de bres voor de volle werking van het Unierecht. Daarbij past dat alles wat riekt naar omzeiling van het Unierecht door lidstaten of ondernemingen niet op genade kan rekenen. Bovendien bleek al uit de hiervoor genoemde oudere rechtspraak dat het voor de vraag of de regels inzake overgang van onderneming van toepassing zijn, aankomt op het doel van de betrokken procedure. In zoverre is het arrest *Smallsteps* niet nieuw. Nieuw is wel dat is uitgemaakt dat de faillissementsuitzondering niet van toepassing is op een *pre-pack* Nederlandse stijl, waarin reeds vóór de faillietverklaring een beoogd curator met name de mogelijkheden onderzoekt van een eventuele voortzetting van de activiteiten van de onderneming door een derde, en dat in dat kader niet relevant is dat de *pre-pack* tevens beoogt de opbrengst van de overdracht voor alle schuldeisers van die onderneming te maximaleren. Het arrest is in zoverre duidelijk. De gevolgen lijken verstrekkend. De verplichting van de koper om alle werknemers over te nemen tegen dezelfde arbeidsvoorwaarden zal in de meeste gevallen aan een succesvolle doorstart in de weg staan.
- 5.13 Het arrest roept daarnaast enkele vragen van uitleg op.
- 5.14 Een eerste vraag betreft de reikwijdte van het arrest. Is alleen een oordeel gegeven over de *pre-pack* in *Smallsteps* of is beslist over het lot van de Nederlandse *pre-pack* in het algemeen? Strikt genomen alleen het eerste. Het Hof van Justitie legt in

⁴⁸ HvJEU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424 (*Plessers/Prefaco*), punt 40.

⁴⁹ HvJEU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424 (*Plessers/Prefaco*), punt 41-48.

een prejudiciële procedure alleen het Unierecht uit en doet dat op basis van de door de verwijzende rechter aangereikte feiten. Dit verklaart m.i. waarom in het arrest *Smallsteps* (gebruikelijke) passages staan als: “een pre-pack zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is” (punt 49), “onder deze omstandigheden en onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter” (punt 50), en “zoals uit het dossier bij het Hof blijkt” (punt 54) en, nogmaals, “een situatie zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is” (punt 59 en dictum). Tegelijkertijd is duidelijk dat de verwijzende rechter in *Smallsteps* nog maar weinig zelfstandig zou kunnen beslissen omdat het Hof van Justitie had beslist dat aan de tweede en derde voorwaarde van art. 5 lid 1 van de Richtlijn niet was voldaan. In de praktijk is het arrest *Smallsteps* daarom bepalend voor andere geschillen over pre-packs die dezelfde kenmerken vertonen als de pre-pack in *Smallsteps* (zie punt 59 en het dictum). De nationale rechter moet zich er in een voorkomend geval van vergewissen of die kenmerken zich voordoen. In zoverre spelen de omstandigheden van het concrete geval bij de te maken beoordeling een rol. Indien echter de overgang van een failliete onderneming plaatsvindt op een vergelijkbare manier als in *Smallsteps*, kan de nationale rechter gelet op dat arrest in beginsel niet oordelen dat wél is voldaan aan de drie voorwaarden van de faillissementsuitsluiting.

- 5.15 Een tweede vragencomplex heeft betrekking op het onderscheid tussen de twee onderscheiden doelen van een faillissementsprocedure: de liquidatie van het vermogen van de vervreemder of de voorzetting van de onderneming. Het is niet zonder meer duidelijk wat hier precies met ‘liquidatie’ wordt bedoeld. Deze term heeft de connotatie van een definitief einde: alle vermogensbestanddelen worden te gelde gemaakt en de failliete onderneming houdt op te bestaan. ‘Liquidatie’ kan echter ook zien op de verkoop van de vermogensbestanddelen van de failliete onderneming, die daardoor (deels) overgaat in andere handen.⁵⁰ In zoverre kan dan ook een overlap tussen beide doelen bestaan. Daartussen is het dan niet of/of maar eerder en/en, zoals m.i. ook volgt uit het arrest *Smallsteps* (punt 48 laatste zin).
- 5.16 Deze en/en-insteek doet een derde vraag rijzen: hoe moet worden bepaald welk doel de doorslag geeft? Als het antwoord op die vraag in overwegende mate afhangt van het subjectieve oogmerk van de betrokken partijen dan lijkt mij dat een minder gelukkig criterium. Zo kan het voorkomen dat de betrokken partijen bewust spreken van ‘liquidatie om een maximale opbrengst voor de schuldeisers te realiseren’, terwijl de feitelijke gang van zaken erop wijst dat van meet af aan naar een doorstart is toegewerkt. Ik zou menen dat vooral de feitelijke gang van zaken bepalend is als het doel van de procedure moet worden vastgesteld. In het arrest *Smallsteps* heeft het Hof van Justitie bepaald dat het aankomt op het ‘hoofddoel’ (punt 48). Het hoofddoel van de procedure is bepalend voor de beoordeling of is voldaan aan de tweede voorwaarde van de faillissementsuitsluiting. Vertoont een procedure de kenmerken omschreven in punt 59 van het arrest, dan is het hoofddoel de voortzetting van de onderneming en is het niet relevant als *tevens* de maximalisatie

⁵⁰ S.W. van der Berg, *Waarderingsvragen in het ondernemings- en insolventierecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2019, merkt op (p. 40 en 41) dat de term ‘liquidatie’ onvoldoende onderscheidend is en geen duidelijk uitgangspunt biedt.

van de opbrengst voor alle schuldeisers wordt beoogd (punt 59, laatste zin). In dat geval dient het faillissement immers geen zelfstandig liquidatiedoel.

- 5.17 Een vierde vraag tot slot is van systematische aard: wat is nog het nut van de faillissementsuitzondering als deze alleen kan opgaan als de failliete onderneming *niet* wordt voortgezet? Immers, als zich geen overgang van onderneming in de zin van de Richtlijn voordoet, zijn de beschermingsbepalingen niet van toepassing en is een uitzondering voor overgang in het kader van faillissementsprocedures overbodig. De pleitbezorgers van een enge uitleg van het arrest *Smallsteps* hanteren veelvuldig dit argument, dat evenwel niets af kan doen aan de door het Hof van Justitie gemaakte in het arrest *Smallsteps* gemaakte keuze.

Literatuur: meningen lopen uiteen

- 5.18 Als gezegd heeft het arrest *Smallsteps* de pennen in beweging gebracht. Diverse auteurs wijzen erop dat uit het arrest niet duidelijk blijkt wat het Hof van Justitie onder een pre-pack verstaat, omdat het de termen 'pre-pack', 'transactie' en 'procedure' op een onduidelijke wijze door elkaar gebruikt.⁵¹ Ook wordt opgemerkt dat het Hof van Justitie in punt 50 van het arrest concludeert dat de procedure die leidt tot een pre-pack uiteindelijk niet de liquidatie van de *onderneming* beoogt, terwijl art. 5 lid 1 van de Richtlijn spreekt van een procedure met het oog op de liquidatie van *het vermogen van de vervreemder* (zoals ook staat in punt 44 van het arrest). Daarnaast merken enkele auteurs op dat in de Nederlandse taalversie van het arrest in punt 44 valt te lezen dat de procedure moet zijn *ingeleid* met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, terwijl in de Franse, Duitse en Engelse taalversie wordt gesproken over het *ingesteld* zijn van de procedure.⁵²
- 5.19 Deze terminologische kanttekeningen vind ik nogal spijkers op laag water zoeken. Voor hen die gewend zijn te werken met een precieze nationaalrechtelijke terminologie is het soms onbevredigend of zelfs verwarrend om die eigen terminologie niet precies terug te zien in uitspraken van de Europese rechter of een ander internationaal rechtscollege. In het geval van *Smallsteps* kan er echter moeilijk serieuze begripsverwarring zijn. M.i. doelt het Hof van Justitie met het woord 'transactie' op de procedure en niet op de onderliggende activa-transactie zelf. Het onderscheid tussen 'ingeleid' en 'ingesteld' is zonder betekenis, nog daargelaten dat in de betrokken zin in punt 44 het accent ligt op het *doel* van de ingeleide faillissementsprocedure.⁵³ Tot slot: tussen "de liquidatie van het vermogen van de

⁵¹ Zie onder meer de noot van F.M.J. Verstijlen bij het arrest *Smallsteps*, NJ 2017/369; R.M. Wibier, 'Europees insolventierecht en het belang daarvan voor de Nederlandse pre-pack-praktijk', AA 2017/12, p. 996-1000; I. Spinath, 'De beperkte reikwijdte van het Smallsteps-arrest', MvO 2017/11; M. Hoogendoorn & D. Ninck Blok, 'FNV/Smallsteps; door overgang van onderneming, naar ondergang van ondernemingen?', NtER 2017/8 en N.M.Q. van der Neut, 'De doorstartpraktijk na Smallsteps: door het 'oog' van de naald?', *ArbeidsRecht* 2018/40.

⁵² Zie onder meer L.G. Verburg, 'Smallsteps en de ruimte voor een (voorbereide) doorstart uit faillissement', *TvCu* 2018/3, p. 51.

⁵³ Ik herinner eraan dat het Frans de werktal van het Hof van Justitie is. Bij vermeende onduidelijkheid van de Nederlandse taalversie van een arrest is het daarom raadzaam in elk geval de Franse

vervreemder” (de tekst van art. 5 lid 1) en “*de liquidatie van de onderneming*” bestaat inderdaad een onderscheid. Toch is voldoende duidelijk wat het Hof van Justitie bedoelt: als het doel van de procedure is dat een onderneming wordt voortgezet – op wat voor wijze en langs welke weg dan ook – dan is er geen reden werknemers de bescherming van de Richtlijn te ontzeggen. In oudere arresten over de Richtlijn sprak het Hof van Justitie overigens ook al van ‘liquidatie van de onderneming’.⁵⁴

5.20 Een meerderheid van de auteurs, overwegend arbeidsrechtsspecialisten, is van mening dat met het arrest *Smallsteps* het doek is gevallen voor de Nederlandse pre-pack. Een kleiner aantal auteurs, overwegend insolventiespecialisten, ziet dat heel anders. Echt zwart-wit is het beeld overigens niet; een enkele auteur neemt min of meer een middenpositie in.

5.21 Ik begin met de auteurs die menen dat uit het arrest *Smallsteps* volgt dat de beschermingsbepalingen bij overgang van onderneming (‘ovo’) van toepassing zijn op de Nederlandse pre-pack. Het gaat om de volgende auteurs:

Van der Pijl:⁵⁵

“Laat ik met de clou beginnen – een spoiler is dit niet: het Hof haalt een streep door de Nederlandse pre-packpraktijk, door vast te stellen dat in zulke situaties de in de richtlijn inzake overgang van onderneming (...) gegarandeerde bescherming van werknemers behouden blijft. Met andere woorden, alle betrokken medewerkers gaan in een pre-pack van rechtswege mee over naar de verkrijger. Dat maakt de pre-pack-route bepaald minder aantrekkelijk. Het bestaansrecht ervan staat op het spel en dat geldt niet alleen voor de informele pre-packpraktijk, maar ook voor de wet die de praktijk een formele basis wilde geven, de Wet Continuïteit Ondernemingen I (hierna: WCO-I).”

Hurenkamp:⁵⁶

“De pre-pack is niet meer. Op 22 juni 2017 oordeelde het Europese Hof van Justitie dat een pre-pack niet kwalificeert als een faillissementsprocedure die gericht is op de liquidatie van de onderneming onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie. De wettelijke regeling van overgang van onderneming in de Richtlijn is daarom van toepassing. Of is het ondergang van onderneming? Gevolg van de uitspraak zou namelijk kunnen zijn dat alle werknemers ten tijde van de doorstart in dienst zijn getreden bij de doorstarter. De nasleep van de pre-pack lijkt in elk geval een *lawyers paradise* te worden.”

taalversie te raadplegen, ook als Nederlands in de betrokken zaak de procestaal is (wat zo is bij prejudiciële verwijzingen door een Nederlands gerecht). Officieel zijn alle talen van de Unie overigens gelijkwaardig.

⁵⁴ In het arrest *Spano* bijvoorbeeld wordt gesproken over een procedure die niet het oog heeft op de liquidatie van de *onderneming*, maar ertoe strekt de activiteit van de onderneming voort te zetten. Zie HvJEG 7 december 1995, C-472/93, ECLI:EU:C:1995:421 (*Spano*), punt 28.

⁵⁵ J. van der Pijl, ‘Het *Smallsteps*-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie – ECLI:EU:C:2017:489’, *TvAO* 2017/3, p. 118, eerste alinea. Dezelfde auteur heeft recent een monografie uitgebracht over de positie van de werknemer van een insolvente werkgever: J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie. Over de positie van de werknemer van een insolvente werkgever (Monografieën Sociaal Recht nr. 75)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

⁵⁶ J.R. Hurenkamp, ‘Ondergang van onderneming door de pre-pack?’, *Tvl* 2017/21.

Schreurs:⁵⁷

“In de *Smallsteps*-uitspraak heeft het Europese Hof van Justitie een halt toegeroepen aan pre-packed doorstarts indien daarbij in feite een personele reorganisatie plaatsvindt.

Gelet op de argumentatie van het Hof, is het niet ondenkbeeldig dat ook de klassieke faillissementsdoorstart, anders dan tot nu toe verondersteld, zal leiden tot overgang van

onderneming, omdat wat insolventierechtjuristen beschouwen als liquidatie in de ogen van het Hof aangemerkt moet worden als voortzetting.”

Grapperhaus:⁵⁸

“De *prepack*-opzet maakt – of maakte? – dat de voorbereiding van een transactie voor faillissement, en de snelle uitvoering van die transactie na faillissement, onlosmakelijk met elkaar verbonden raken. Noodlottig zelfs, zo heeft het HvJ EU beslist. Want de op voortzetting van activiteiten gerichte procedure die vóór faillissement wordt gestart, besmet *de jure* het deel dat na faillissement plaatsvindt. Men zou om in de metafoer te blijven, kunnen zeggen: de rups blijft gewoon een rups en wordt geen vlinder meer: het zware regime van behoud van werknemersrechten bij ovo blijft van kracht.”

Bouwens:⁵⁹

“De uitspraak van het Hof van Justitie raakt niet alleen de informele pre-packpraktijk die zich de afgelopen jaren in Nederland heeft ontwikkeld, maar ook de wet die deze praktijk een formele basis wil geven, de Wet Continuïteit Ondernemingen I. Deze voorziet weliswaar in het vereiste van toezicht door een bevoegde overheidsinstantie, maar het hoofddoel van de in te voeren procedure is ontegenzeggelijk de voortzetting van de onderneming. Dat zij tevens opbrengstmaximalisatie ten behoeve van de schuldeisers beoogt, kan de toepasselijkheid van de regeling inzake overgang van onderneming – zo leert het arrest – niet uitsluiten.”

Jellinghaus en Maessen:⁶⁰

“1. De kogel is door de kerk. De pre-pack valt onder de zogenoemde overgang van onderneming-bescherming. De redenering van het Hof is (kortweg) dat de uitzonderingspositie voor faillissementen uit de Richtlijn inzake overgang van onderneming alleen geldt wanneer de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure liquidatie van het vermogen tot doel heeft. Een pre-pack heeft niet primair liquidatie van het vermogen tot doel. Het faillissement is een administratieve aangelegenheid. Daarom is de overgang van onderneming-bescherming van toepassing.”

Zaal:⁶¹

“In het arrest *Smallsteps* heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat een gepre-packte doorstart niet onder de uitzondering op de Richtlijn 2001/23/EG valt. Dit betekent dat na een gepre-packte doorstart alle werknemers van de (failliete) vervreemder van rechtswege overgaan op de verkrijger, met behoud van arbeidsvoorwaarden.”

⁵⁷ Ph.W. Schreurs, ‘Smallsteps en de grote stappen die nu gezet moeten worden’, *ArA* 2017/22.

⁵⁸ F.B.J. Grapperhaus, ‘De prepack-vlinder die een rups bleef’, *Ondernemingsrecht* 2017/124.

⁵⁹ W.H.A.C.M. Bouwens ‘Het voetspoor van Smallsteps’, *TRA* 2018/13, punt 2.

⁶⁰ HvJEU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*), *JIN* 2017/129, m.nt. S.F.H. Jellinghaus en K.M.J.R. Maessen.

⁶¹ I. Zaal, ‘De (on)mogelijkheid van ontslag en wijziging bij een pre-pack overgang’, *TRA* 2018/14.

Van Moorsel:⁶²

“Het betekent mijns inziens dat de “Nederlandse” gedachte niet juist is dat de informele pre-pack, maar ook de Wet *Continuïteit* Ondernemingen I niet resulteert in een overgang van onderneming. Het betekent mijns inziens ook dat deze conclusie niet als een verrassing mag komen, gezien de eerdere jurisprudentie van het Hof inzake d’Urso en Spano waar het Hof naar verwees.”

Schaink:⁶³

“Het arrest van het Hof van Justitie inzake *Smallsteps* is van grote betekenis en heeft ingrijpende gevolgen. De beoogde wet *Continuïteit* ondernemingen I, die de *pre-pack* moet reguleren, heeft geen bestaansrecht meer. (...) Niet de minste zorg betreft de vraag naar de mogelijke uitstraling van het arrest van het Hof op allerhande doorstartscenario’s in komende faillissementen, ook die waar geen *pre-pack* aan de orde is. De vrees is reëel dat het fenomeen doorstart uit faillissement (op termijn) in zijn geheel ‘besmet’ raakt. Reden voor de werkgever om nu al – met spoed, gelet op de groeiende rechtsonzekerheid – te kiezen voor koerswijziging: werknemersbescherming bij doorstart blijft in principe gehandhaafd, maar met verzachtende flankerende maatregelen.”

Vieira:⁶⁴

“Thans staat vast dat werknemers bij een doorstart vanuit faillissement door middel van een pre-pack automatisch overgaan naar de doorstarter en niet louter vanwege de overgang ontslagen kunnen worden. (...) Met het oordeel van het Hof is een – naar nu blijkt ten onrechte aanwezig geacht – aantrekkelijk element van de pre-pack vooralsnog vervallen. De pre-pack zal daarmee naar verwachting bijvoorbeeld in situaties waarin (te) hoge loonkosten een belangrijke oorzaak zijn van de financiële malaise van de noodlijdende onderneming, minder bruikbaar zijn. Voor zover prepacks hierdoor uitblijven, kan uiteindelijk werkgelegenheid verloren gaan.”

5.22 Volgens enkele auteurs hangt het van de omstandigheden van het geval af of de beschermingsbepalingen van toepassing zijn. In die zin bijvoorbeeld:

Kullmann:⁶⁵

“De *Smallsteps*-zaak heeft zeker gevolgen voor de tot op heden gangbare pre-packpraktijk. In hoeverre de pre-pack aan aantrekkelijkheid inboet zal afhangen van de omstandigheden van het geval. In ieder geval maakt de uitspraak duidelijk dat de (Nederlandse) pre-packpraktijk onder het toepassingsbereik van Richtlijn 2001/23/EG valt en daarmee het uitgangspunt is dat in beginsel alle werknemers in dienst van de vervreemder overgaan naar de verkrijger, met behoud van hun arbeidsvoorwaarden. Dit heeft gevolgen voor de ontslagpraktijk rondom een pre-pack. Ondernemingen zullen goed moeten nagaan in hoeverre een pre-pack (nog steeds) voordelen met zich brengt.”

⁶² R.C.M. van Moorsel, ‘Food for thought. Over het dwingende arrest van het Hof van Justitie inzake FNV c.s./*Smallsteps*’, *Tvl* 2017/32, p. 202.

⁶³ P.R.W. Schaink, ‘Het *Smallsteps* arrest: de pre-pack voorbij, maar wat volgt?’, *ArbeidsRecht* 2017/34, punt 7.

⁶⁴ M.A. Vieira, ‘Hof van Justitie EU: werknemers behouden bescherming in geval van een pre-pack’, *Bb* 2017/60, punt 5.2.

⁶⁵ Noot M. Kullmann bij het arrest *Smallsteps*, *TRA* 2017/95, punt 5.

Verburg.⁶⁶

“De vraag naar de betekenis van *Smallsteps* voor de pre-packs die hebben plaatsgevonden is nog geenszins beslist. Het antwoord zal (...) afhangen van de per zaak verschillend liggende feiten en omstandigheden. *Smallsteps* geeft slechts het juridisch kader. Het lijkt niet uitgesloten dat het HvJ er nog aan te pas moet komen om opheldering te geven over aan het oordeel in *Smallsteps* gerelateerde (sub)vragen.”

5.23 Tot slot zijn er auteurs die ook na *Smallsteps* ruimte zien voor de pre-pack:

Loesberg.⁶⁷

“De vraag rijst of dit arrest ertoe leidt dat de zgn. “pre-pack” niet langer mogelijk is en het Wetsvoorstel Continuïteit van Ondernemingen (wetsvoorstel 34 218) in de huidige versie geen wet zou moeten worden. Wat mij betreft dienen deze vragen ontkennend te worden beantwoord. In de casus die aan het Hof is voorgelegd was de doorstart door *Estro* en een van haar aandeelhouders “bedisseld”. Een pre-pack is mijns inziens nog steeds mogelijk, in gevallen dat het faillissement onvermijdelijk is en reorganisatie buiten faillissement niet tot de mogelijkheden behoort. De stille bewindvoerder dient daarbij “de handen vrij te houden”. Eerst na de faillietverklaring dient de curator te beslissen of het voor de faillietverklaring uitgewerkte doorstartscenario dient te worden geëffectueerd dan wel de voorkeur wordt gegeven aan een alternatief scenario.”

Verstijlen.⁶⁸

“De ‘gepre-packte’ doorstart van faillissement staat volgens het Hof (...) veeleer in de sleutel van continuïteit dan van liquidatie. Het komt mij voor dat het Hof de doorstartpraktijk van de verkeerde kant in het gezicht heeft gekeken. De doorstartpraktijk met in het bijzonder die van de pre-pack is niet gemakkelijk uit te leggen; en eerlijk is eerlijk, we gaven dubbelzinnige signalen. Het kwam ons te staan op een gniffelende noot van A-G P. Mengozzi, die er fijntjes op wees dat de wet die de pre-pack wettelijk moet verankeren ‘Wet continuïteit ondernemingen’ is gedoopt. Maar een faillissement dat volgt op een pre-pack verschilt in niets van een faillissement dat uit de lucht komt vallen. In beide gevallen laat de curator die de doorstart effectueert zich leiden door dezelfde overwegingen; de transactie is gericht op liquidatie ten voordele van in de eerste plaats de schuldeisers én op continuïteit. En de ondernemingsleiding zelf heeft eenzelfde invloed: vóór de faillietverklaring kan zij een transactie voorkoken, uitonderhandelen en zelfs finaliseren, maar het is de curator die de eindbeslissing neemt om haar te effectueren en de rechter-commissaris om die al dan niet goed te keuren. Dat die curator en rechter-commissaris eerder betrokkenheid hadden, vergroot hun effectiviteit bij het nemen van hun beslissing. Ik zou derhalve menen dat de beslissingsmacht en het toezicht in de pre-packsituatie eerder superieur zijn aan die in een gewoon faillissement dan het tegendeel. *Estro* leidt tot het merkwaardige resultaat dat een doorstart zonder automatische overgang kán vanuit faillissement, mits de curator en de rechter-commissaris hun beslissingen maar onvoorbereid nemen, in de chaos die eigen is aan de begintijd van het faillissement.”

Hoogendoorn en Ninck Blok.⁶⁹

⁶⁶ L.G. Verburg, ‘Smallsteps: over de vraag of de gewone doorstart uit faillissement nog toekomst heeft’, *FIP* 2017/334, inleiding, tweede alinea.

⁶⁷ Noot E. Loesberg bij het arrest *Smallsteps*, *JAR* 2017/189, laatste alinea.

⁶⁸ F.M.J. Verstijlen, ‘De dubbele natuur van de doorstart’, *TvI* 2017/20, p. 133.

⁶⁹ M. Hoogendoorn & D. Ninck Blok, ‘FNV/Smallsteps; door overgang van onderneming, naar ondergang van ondernemingen?’, *NiER* 2017/8, onder het kopje ‘Liquidatie vs. continuïteit’.

“Van groot belang bij deze beoordeling lijkt dat het Hof van Justitie – anders dan in het *Abe/s*-arrest met betrekking tot de surseance en het daaropvolgende faillissement – het op de pre-pack volgende faillissement niet als ‘separate’ (insolventie)procedure ziet, maar de pre-pack ziet als het gehele traject vanaf de voorbereidingsfase tot het deel van het traject (de realisatie van de doorstart) dat na de faillietverklaring ligt. Of een faillissement wordt voorafgegaan door een pre-pack verandert naar onze mening echter

niet het (door de Richtlijn veronderstelde) doel van het faillissement; dit blijft de liquidatie van het vermogen van de vervreemder (...).

Door feitelijk geen acht te slaan op het feit dat in de *Smallsteps*-casus sprake is van een (separaat) faillissement – waardoor de Richtlijn überhaupt toepassing mist – oordeelt het Hof van Justitie naar onze mening niet in lijn met de eerdere jurisprudentie en met de tekst van artikel 5 Richtlijn én zorgt het Hof van Justitie voor aanzienlijke onnodige onduidelijkheid.”

Spinath:⁷⁰

“Uit het arrest valt in mijn ogen af te leiden dat het een beperkte reikwijdte heeft en op essentiële punten niet letterlijk zo kan zijn bedoeld, althans niet letterlijk hoeft te worden

genomen. Deze stelling is vooral gebaseerd op de volgende twee omstandigheden.

(...)

De eerste omstandigheid is dat het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof) antwoord geeft op de vragen die hem zijn gesteld. Daarin ligt een stevige begrenzing. De formulering en inhoud van de vraag bepalen in belangrijke mate het antwoord. Indien het Hof wordt gevraagd of de Nederlandse faillissementsprocedure, in

geval van overdracht van de gefailleerde onderneming waar het faillissement is voorafgegaan door een door de rechter gecontroleerde pre-pack die expliciet gericht is op het voortbestaan van de onderneming, zich verdraagt met doel en strekking van de uitzondering in de richtlijn, dan is het antwoord niet verrassend: dat antwoord is nee.

(...)

De tweede omstandigheid is dat het arrest niet zo letterlijk kan worden genomen, omdat het op meerdere plaatsen slordig is. Zo ziet het Hof het onderscheid niet tussen liquidatie van *het vermogen van de schuldenaar (de vervreemder)* en liquidatie van *de onderneming*. Dat is, zacht uitgedrukt, ongelukkig, want raakt in meerdere opzichten de kern van de zaak. Het Hof overweegt dat een dergelijke transactie (waarmee waarschijnlijk wordt bedoeld het voorbereide faillissement, maar ook hier formuleert het Hof onzuiver) ‘uiteindelijk niet de liquidatie van de onderneming beoogt’, hetgeen volgens hem maakt dat er geen grond is de regels van overgang van onderneming niet van toepassing te verklaren. En hier gaat het mis. Het criterium is uiteraard niet of al dan niet de liquidatie van de onderneming wordt beoogd. Als de onderneming wordt geliquideerd, wordt zij beëindigd en worden de activa stuksgewijs, althans niet als (deel van een) onderneming verkocht. Dan gaat de onderneming dus niet over en kan er geen discussie bestaan over de vraag of de regels van overgang van onderneming toepassing

moeten vinden. De kwestie kan pas opkomen als de onderneming *niet* wordt geliquideerd. Want slechts als de onderneming wordt gecontinueerd, kan zij overgaan. En slechts dan kan de vraag opkomen onder welke omstandigheden het gerechtvaardigd is dat de regels van overgang van onderneming niet van toepassing zijn.

(...)

⁷⁰ I. Spinath, ‘De beperkte reikwijdte van het Smallsteps-arrest’, *MvO* 2017/11, punt 2 en 3. Ik wijs er op dat mr. Spinath in feitelijke instanties de advocaat van Heiploeg-nieuw was en ook bij de cassatieprocedure is betrokken.

Concluderend mag in mijn visie worden aangenomen dat de impact van het Smallsteps-arrest aanmerkelijk geringer is dan hij op het eerste gezicht lijkt. De (voorbereide) doorstart is niet in gevaar, mits duidelijk is dat het hoofddoel de liquidatie van het vermogen is. In dat kader mag de onderneming worden vervreemd en gecontinueerd. Dit wordt juist gestimuleerd door de uitzondering in de richtlijn. Is het faillissement echter te voorkomen en wordt het (voorbereide) faillissement, de doorstart, primair gebruikt als reorganisatiemiddel, dan zijn de regels van overgang van onderneming van toepassing. Misbruik wordt bestraft.”

Tollenaar:⁷¹

“Op grond van het *Estro*-arrest is de uitzondering van artikel 5 lid 1 van de richtlijn van toepassing, en zijn de regels van overgang van onderneming niet van toepassing, op een Nederlandse *pre-pack* die goed wordt ingericht en uitgevoerd omdat:

- faillissement primair op verhaal is gericht; bedrijfsvoortzetting is niet het “ultieme doel” van de procedure als zodanig” waaraan de verhaalsbelangen van de crediteuren zijn ondergeschikt, maar is louter een middel om tot opbrengstmaximalisatie te komen; dit geldt evenzeer voor een *pre-pack* die door faillissement heen moet en daarmee onverkort aan het doel van faillissement moet voldoen;
- aan het vereiste van overheidstoezicht eenvoudig kan worden voldaan door nadere maatregelen te treffen, zoals het inlassen van enkele dagen extra nadenktijd of het optuigen van een “stalking-horse” procedure.

Het *Estro*-arrest doet dan ook aan de noodzaak of de beoogde effectiviteit van WCO I niet af. Integendeel, het arrest vormt een additionele reden om WCO I in te voeren omdat met een uitdrukkelijke wettelijke grondslag voor het optreden van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris in de voorfase aan het vereiste overheidstoezicht zonder meer zal zijn voldaan zonder dat daarvoor nadere maatregelen zijn vereist. (...)

Hoe men het arrest daarom ook leest, het heeft voor de Nederlandse rechtspraak geen, of anders slechts beperkte gevolgen. Het opvallende is dat deze eventuele gevolgen, indien de overgang regels van toepassing zouden worden geacht, uitsluitend werken in het voordeel van het UWV en ten nadele van de werknemers.”

Oppedijk-van Veen:⁷²

“5.3 (...) Het Hof is ‘slechts’, op basis van de verwijzingsbeschikking, uitgegaan van het uitgangspunt dat de *pre-pack* met name gericht is op reorganisatie en voortzetting van de onderneming. Het Hof redeneert door op basis van dit uitgangspunt en heeft zich dus niet de vraag gesteld of de *pre-pack* al dan niet gericht is op liquidatie van het vermogen van de failliet. Hier ligt dan ook – mede gezien het uitdrukkelijke voorbehoud van het Hof dat het uitgangspunt is gekozen onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter – ruimte voor de Nederlandse rechter om tot de conclusie te komen dat een *pre-pack* weldegelijk gericht is op liquidatie van het vermogen van de (toekomstige) failliet. Deze ruimte bestaat overigens ook nog ten aanzien van de *pre-pack* inzake Smallsteps. (...)

5.4. Om in aanmerking te komen voor de uitzondering van artikel 5 van de Richtlijn moet de *pre-pack* dus niet voornamelijk zijn gericht op reorganisatie en voortzetting van de onderneming maar op liquidatie van het vermogen van de vervreemder. In mijn

⁷¹ N.W.A. Tollenaar, ‘De implicaties van *Estro* voor de *pre-pack* en WCO I’, *TvI* 2018/6, punt 7.

⁷² E.J. Oppedijk-van Veen, ‘Is er nog toekomst voor de *pre-pack* na FNV/Smallsteps?’, *FTV* 2017/12.

visie is een pre-pack primair gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder in het geval dat zijn faillissement onvermijdelijk is.”

Toepassing van Smallsteps in de feitenrechtspraak

5.24 Het hiervoor getoonde verschil van inzicht over de reikwijdte en gevolgen van het arrest *Smallsteps* is terug te zien in de manier waarop feitenrechters het arrest toepassen. In de woorden van Van der Neut:⁷³

“Tot dusver lijkt de (al dan niet ‘gepre-packte’) doorstart dan ook te varen op een kompas waarvan de rechtspraak de trillende naald uitmaakt.”

5.25 *Smallsteps* zelf heeft na het arrest van het Hof van Justitie met FNV een schikking getroffen, waarna de procedure is beëindigd. De afgelopen twee jaar zijn in een viertal andere procedures met betrekking tot doorstarts de *Smallsteps*-voorwaarden aan de orde gekomen. De onderhavige zaak is daar één van. In een van de andere zaken, *Tuunte*, ging het wel over de toepasselijkheid van de *Smallsteps*-voorwaarden op een doorstart in faillissement maar was geen pre-pack toegepast.⁷⁴ Om die reden acht ik die zaak voor de onderhavige procedure minder interessant.

Bogra: doorstart na afgebroken pre-pack

5.26 De kantonrechter van de rechtbank Noord-Holland heeft op 12 oktober 2017 het spits afgebeten in het kader van het faillissement van *Bogra*, een producent van uitvaartkisten.⁷⁵

5.27 In mei 2017 is het concern waartoe *Bogra* behoorde in grote financiële problemen geraakt. Op 22 juni 2017 – toevallig de dag waarop het Hof van Justitie het arrest *Smallsteps* wees – heeft de rechtbank Noord-Holland op verzoek van *Bogra* in het kader van een pre-pack een beoogd curator aangewezen, die – mogelijk minder toevallig – een dag later, op 23 juni 2017, zijn opdracht weer heeft neergelegd. Tussen 22 en 26 juni 2017 hebben besprekingen plaatsgevonden tussen *Bogra* en de Belgische investeringsmaatschappij *Funico* over een mogelijke overname van *Bogra*. Op 28 juni 2017 heeft de rechtbank aan *Bogra* surseance van betaling verleend, waarbij de eerder benoemde beoogd curator als bewindvoerder is aangesteld. Op 30 juni 2017 is de surseance van betaling omgezet in het faillissement van *Bogra*, met benoeming van de bewindvoerder als curator.

5.28 Op 30 juni 2017 heeft de curator de arbeidsovereenkomsten met alle werknemers van *Bogra* opgezegd, waarbij hen werd verzocht om zo goed mogelijk door te

⁷³ N.M.Q. van der Neut, ‘De doorstartpraktijk na *Smallsteps*: door het ‘oog’ van de naald?’, *ArbeidsRecht* 2018/40, punt 4.

⁷⁴ Kantonrechter rechtbank Gelderland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447 (*Tuunte*), *JOR* 2018/111, m.nt. J.O. Bijloo, *TvI* 2018/39, m.nt. J.M.W. Pool. De ex-werknemers van *Tuunte* zijn niet van de beschikking in hoger beroep gekomen. Zie het vierde faillissementsverslag van *Tuunte Fashion B.V.*, insolventienummer F.05/17/382, punt 9.3.

⁷⁵ Kantonrechter rechtbank Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (*Bogra*), *JOR* 2017/338, m.nt. I. Spinath, *JAR* 2017/281, m.nt. J. van der Pijl, *JIN* 2018/2, m.nt. M. Holdtgrefe en A. Varkevisser.

werken omdat alles zou blijven doordraaien gelet op de maatschappelijke rol van Bogra in de uitvaartbranche in Nederland. Er werd op gewezen dat continuïteit voorop staat en doorwerken ook in het belang van de werknemers is “om een nieuw contract te krijgen bij de nieuwe eigenaren”.⁷⁶

- 5.29 In de periode vanaf 30 juni 2017 hebben verschillende partijen, waaronder Funico, zich bij de curator gemeld als mogelijke kandidaat om de onderneming van Bogra over te nemen. Op 13 juli 2017 is de nieuwe vennootschap Bogra Uitvaartkisten opgericht. Op 18 juli 2017 is een activatransactie tot stand gekomen tussen de curator en Funico met betrekking tot een deel van de activa van Bogra. Van de circa 59 werknemers van Bogra zijn er circa 37 door Bogra Uitvaartkisten in dienst genomen; circa 22 zijn er ontslagen.
- 5.30 Zes van de ontslagen werknemers stelden dat zij van rechtswege bij Bogra Uitvaartkisten in dienst waren getreden. Zij legden daaraan ten grondslag dat in feite sprake is geweest van een pre-pack, in die zin dat al vóór het faillissement een overname van Bogra door Funico is voorbereid en geregeld, met het doel om de onderneming van Bogra direct na het faillissement over te nemen en voort te zetten.
- 5.31 De kantonrechter oordeelt dat geen sprake was van een pre-pack zoals bedoeld in *Smallsteps* en wijst de verzoeken van de werknemers af.⁷⁷ Het gerechtshof Amsterdam heeft bij arrest van 10 juli 2018 de uitspraak van de kantonrechter bekrachtigd.⁷⁸
- 5.32 Het gerechtshof overweegt dat de situatie “wezenlijk afwijkt” van de situatie zoals deze zich voordeed in *Smallsteps*, omdat de overeenkomst tot stille bewindvoering al (na één dag) op 23 juni 2017 was beëindigd en de in *Smallsteps* gestelde prejudiciële vragen expliciet zien op een situatie waarin sprake is van een pre-pack. Volgens het gerechtshof is ook geen ruimte voor analoge toepassing van *Smallsteps*, omdat er geen “tot in de kleinste details uitgewerkt plan klaar lag voor overdracht van de onderneming voordat Bogra failliet werd verklaard”, er geen sprake was van een uitvoering van de overdracht onmiddellijk na faillietverklaring en geenszins is komen vast te staan dat voorafgaand aan het faillissement met Funico op hoofdlijnen overeenstemming over de overdracht van de activa van Bogra is bereikt.
- 5.33 Met betrekking tot het doel van het faillissement van Bogra overweegt het gerechtshof het volgende:

“3.13. (...) In *Smallsteps* overweegt het Hof van Justitie EU dat het doel van de faillissements- of soortgelijke procedure niet altijd duidelijk is en dat een dergelijke procedure ook twee doelen kan dienen, te weten continuering van de onderneming en liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Deze doelen staan niet altijd lijnrecht tegenover elkaar en kunnen elkaar overlappen. In de onderhavige kwestie kan niet uit

⁷⁶ Kantonrechter rechtbank Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (*Bogra*), rov. 2.9.

⁷⁷ Rechtbank Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (*Bogra*), rov. 5.14.

⁷⁸ Gerechtshof Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2339 (*Bogra*), JOR 2018/264, m.nt. E. Loesberg, JAR 2018/216, m.nt. J. van der Pijl.

de feiten worden afgeleid dat het hoofddoel van het faillissement was de continuïteit van de onderneming. De enkele mededeling van [Y] en [Z] [bestuurders van de indirect aandeelhouder van Bogra; A-G] aan de managers van Bogra en RSN [het ook tot het Bogra-concern behorende Rouwservice Nederland; A-G] dat continuïteit voorop staat is daarvoor onvoldoende, de overige omstandigheden in aanmerking genomen. Het hof acht in dit verband van belang dat zowel de belastingdienst als de bank het vertrouwen in Bogra hadden opgezegd en dat de mededeling van [Y] en [Z] werd gedaan op 24 juni 2017, nog vóór de surseance van betaling op 28 juni 2017.”

5.34 Van der Pijl is kritisch over dit arrest:⁷⁹

“Dat lijkt mij echt een veel te beperkte uitleg van Smallsteps. In deze zaak waren voldoende feiten en omstandigheden voorhanden, zo lijkt het, om te stellen dat de procedure niet louter werd ingeleid om tot liquidatie en opbrengstmaximalisatie voor de schuldeisers over te gaan. Integendeel, niet alleen geeft de gestarte pre-pack procedure blijk van de intenties, maar ook wordt de onderneming feitelijk voortgezet. In de weken rondom de surseanceverlening en faillietverklaring wordt de werknemers verzocht door te werken, waarbij wordt verwezen naar de maatschappelijk rol die de onderneming in de uitvaartbranche heeft. Bij dit verzoek wordt, onder toevoeging van zin: “Continuïteit staat voorop”, ook gewezen op de kansen op “een nieuw contract (...) bij de nieuwe eigenaren”. Tot slot kan het gegeven dat uiteindelijk slechts een kleine drie weken later alsnog in zee wordt gegaan met de overnamekandidaat die al vóór de aanvang van de procedures in beeld was en onder meer ook een bedrijfsbezoek bracht, bevestigen wat in feite het doel (inclusief modaliteiten) van deze surseance- en faillissementsprocedure was: voortzetting van de activiteiten.”

Ook Loesberg plaatst kanttekeningen:⁸⁰

“Daarbij heb ik aangegeven enige twijfel te hebben of de beschikking wel juist is omdat de kantonrechter heeft overwogen dat andere bidders op de onderneming van Bogra dan degene die de onderneming van Bogra heeft verkregen, geen reactie zouden hebben gehad op hun bieding en Bogra en de “stille bewindvoerder” mogelijk voor de surseance en het faillissement al wisten wie de onderneming van Bogra zou verkrijgen. Het hof doet deze kwestie af met de overweging dat voor de faillietverklaring van Bogra nog geen overeenstemming was bereikt met de latere verkrijger en de werknemers geen belang hebben bij hun grief die deze kwestie aan de orde stelt. Wat mij betreft is de beschikking van het hof in zoverre onbevredigend. Zou sprake zijn van een vóór de surseance en faillietverklaring geregisseerde doorstart die geruime tijd na de faillietverklaring is gerealiseerd om geen “Smallstepsproblemen” te krijgen, dan is geen sprake van een neutrale curator die zich eerst na zijn benoeming heeft gecommitteerd. Dan is wat mij betreft een beroep op art. 5 van de richtlijn niet mogelijk en zou de conclusie moeten zijn dat de werknemers van Bogra van rechtswege in dienst zijn getreden van Bogra Uitvaarkisten.”

Van der Neut meent dat het gerechtshof een verkeerde lezing geeft van het arrest *Smallsteps*:⁸¹

“Het gerechtshof concludeert dat uit de feiten en omstandigheden in deze zaak niet kan worden afgeleid “dat het hoofddoel van het faillissement continuïteit van de onderneming” was. Tot dit oordeel lijkt het gerechtshof vooral te komen doordat zowel de belastingdienst als de bank het vertrouwen in Bogra had opgezegd. De woordkeuze

⁷⁹ Noot J. van der Pijl bij het arrest *Bogra*, JAR 2018/216, onder b. Zie ook: J. van der Pijl, ‘Doorstart van de doorstart?’, TAP 2018/7, p. 24 en J. van der Pijl, ‘Doorstarten na Smallsteps: risky business’, *Ondernemingsrecht* 2019/122, par. 3.2.

⁸⁰ Noot van E. Loesberg bij het arrest *Bogra*, JOR 2018/264, punt 6.

⁸¹ N.M.Q. van der Neut, ‘De doorstartpraktijk na Smallsteps: door het ‘oog’ van de naald?’, *ArbeidsRecht* 2018/40, punt 3, laatste alinea.

van het gerechtshof vind ik onhandig gekozen. Het hoofddoel van de procedure is immers een omstandigheid die van belang kan zijn voor de invulling van het vereiste of de procedure is ingeleid met het oog de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Mede aan de hand van het hoofddoel van de procedure (en de modaliteiten daarvan) wordt bezien met welke bedoeling de procedure *in concreto* is ingeleid. Daarnaast doet deze formulering vermoeden dat als het faillissement onafwendbaar is, daarmee wordt voldaan aan de vereisten van art. 5 Richtlijn 2001/23/EG. Een procedure kan echter ook bij een onafwendbaar faillissement zijn ingeleid met de intentie de onderneming voort te zetten. Om maar een voorbeeld te noemen: bij *Smallsteps* leek het faillissement onafwendbaar en werd toch geoordeeld dat de procedure was ingeleid met het oog op de voortzetting van de onderneming. Deze constatering van het gerechtshof steunt mijns inziens dan ook op een verkeerde lezing van het *Smallsteps*-arrest met als consequentie dat het gerechtshof het tweede vereiste uit het *Smallsteps*-arrest in deze zaak te veel oprekt.”

- 5.35 Spinath daarentegen meent dat het gerechtshof het arrest *Smallsteps* op juiste wijze interpreteert.⁸²

“In het hoger beroep van Bogra komt opnieuw aan de orde of de casus voldoende overeenkomsten vertoont met een prepack in de zin van *Smallsteps*. Het hof oordeelt dat dit niet het geval is en ziet geen aanleiding voor een ruimere uitleg van *Smallsteps*, “*alleen al niet omdat geenszins is komen vast te staan dat met Funico (de doorstarter, IS) voorafgaand aan het faillissement op hoofdlijnen overeenstemming over de overdracht van (de activa van) de onderneming was bereikt.*” Relevant acht ik dit dus niet. Het hof wel, maar doorslaggevend kennelijk evenmin, getuige de woorden “*alleen al niet*”. Van meer gewicht is dat ook het hof van oordeel is dat uit *Smallsteps* niet blijkt dat het HvJ de eerdere rechtspraak heeft willen verlaten. Het hof overweegt dat in de onderhavige kwestie niet uit de feiten kan worden afgeleid dat het hoofddoel van het faillissement was de continuïteit van de onderneming. In dit verband acht het hof van belang dat zowel de belastingdienst als de bank het vertrouwen in Bogra had opgezegd en dat de mededelingen van het management dat continuïteit vooropstaat, werden gedaan nog vóór de surseance van betaling. De opzegging van het vertrouwen van bank en belastingdienst zijn relevant nu daaruit volgt dat het faillissement hoe dan ook aanstaande was.”

Tegen het arrest van het gerechtshof Amsterdam is geen cassatie ingesteld.

Princen TransMission: doorstart via een pre-pack

- 5.36 Op 26 september 2018 heeft de kantonrechter van de rechtbank Limburg uitspraak gedaan inzake de doorstart van transportbedrijf Princen TransMission.⁸³ Het faillissement was op 30 maart 2015 uitgesproken, waarna op 1 april 2015 finale overeenstemming werd bereikt over de verkoop van de activa van Princen TransMission. De werkzaamheden zijn niet stil komen te liggen. De curator heeft de arbeidsovereenkomsten met 95 werknemers van Princen TransMission opgezegd.
- 5.37 De kantonrechter loopt de drie *Smallsteps*-voorwaarden af. Aan de tweede voorwaarde is niet voldaan. De kantonrechter oordeelt dat de faillissementsprocedure is ingeleid met het oog op de doorstart van Princen TransMission en overweegt daartoe het volgende:

⁸² I. Spinath, ‘Niet wrijven in de vlek’, *Tv* 2018/53, punt 4, tweede alinea.

⁸³ Kantonrechter rechtbank Limburg 26 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9137 (*Princen TransMission*), *JOR* 2018/316, m.nt. I. Spinath.

“3.18. Dat er sprake was van een situatie waarin PGV [Princen TransMission; A-G] was opgehouden te betalen, maakt echter nog niet dat de kantonrechter van oordeel is dat het faillissement van PGV tot doel had liquidatie van het vermogen ten einde een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gemeenschappelijke schuldeisers te bewerkstelligen. Uit het faillissementsverslag d.d. 6 oktober 2015 blijkt dat PGV deel uitmaakte van het netwerk van TransMission B.V. Dit netwerk bedient een groot aantal landelijke klanten. Een faillissement van PGV – dat als distributiecentrum van het netwerk diende – zou tot gevolg hebben dat PGV zou stilvallen met aanzienlijke schade aan het TransMission netwerk als gevolg. PGV, maar zeker TransMission B.V. had er dan ook alle belang bij dat PGV na faillissement direct zou doorstarten. Uit hetzelfde faillissementsverslag blijkt ook duidelijk dat de heer [X], directeur van (...) de moederverenootschap van de failliete PGV (...) vanaf het moment dat de stille bewindvoering in ging – 20 maart 2015 – te kennen gaf zelf een doorstart van de onderneming te willen beproeven. Tot slot wordt in het faillissementsverslag beschreven dat gedurende de periode van stille insolventie onder toezicht van de beoogd curator gesprekken hebben plaatsgevonden met de potentiële overnamekandidaten met het uiteindelijke doel een doorstart na faillissement te realiseren.

3.19. Ter realisatie van de wens om een doorstart te realiseren is op 27 maart 2015 een indicatief bod uitgebracht door drie dochterondernemingen van [de moederverenootschap van PGV; A-G] (...). Dit wijst er sterk op dat er binnen het concern (...) niet de intentie bestond om het vermogen van PGV te liquideren. Bovendien bevreemdt het de kantonrechter in hoge mate dat er binnen de dochtermaatschappijen van het concern (...) enerzijds kennelijk wél de financiële middelen bestond om na faillissement een doorstart te realiseren terwijl er anderzijds niet voor is gekozen om de benodigde financiële impuls te geven teneinde PGV in haar hoedanigheid van distributiecentrum te behouden.

3.20. Het bovenstaande in ogenschouw nemende is de kantonrechter dan ook van oordeel dat de faillissementsprocedure is ingeleid met het oog op doorstart van PGV en niet (louter) gericht was op de liquidatie van het vermogen van PGV. Dit betekent dus dat de beschermingsregels van artikel 3 en 4 van de Richtlijn 2001/23/EG – in nationale wetgeving verankerd in artikel 7:662 BW e.v. – voor werknemers in geval van een overgang van onderneming hun werking behouden.”

5.38 Spinath uit kritiek op de uitspraak van de rechtbank Limburg:⁸⁴

“7. De kantonrechter acht kortom ten onrechte de voorbereiding van het faillissement en de identiteit van de doorstarter doorslaggevend, en gaat en passant nog een stapje verder dan het Hof in *Smallsteps*. Waar het Hof nog onderkent dat er een overlap kan zijn tussen het oogmerk liquidatie van het vermogen en voortzetting van de activiteit (maar ten onrechte niet onderkent dat zij in elkaars logische verlengde liggen), oordeelt de kantonrechter dat het al mis is wanneer de faillissementsprocedure niet “louter” is gericht op liquidatie van het vermogen. Als dit juist zou zijn, zou de voortzetting van de onderneming niet eens meer een nevenschikt doel mogen zijn, hoogstens een toevallig uitvloeisel van de liquidatie van het vermogen. Ongelukkig is voorts dat ook de kantonrechter niet steeds het wezenlijke verschil ziet tussen de vervreemder wiens vermogen wordt geliquideerd en de onderneming die wordt gedreven door de vervreemder. In r.o. 3.11 geeft hij als voorwaarde (ii) weer dat deze “procedure moet zijn ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de *onderneming*”. Dat is, het zij nog eens herhaald, niet juist: de procedure moet zijn ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Die vervreemder drijft een onderneming en indien die onderneming wordt voortgezet – verkocht, doorgestart – in het kader van de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, dan is de uitzondering van toepassing. Indien de onderneming zou moeten worden geliquideerd, gaat er niets over. Zonder onderneming geen overgang van onderneming.”

⁸⁴ Noot I. Spinath bij *Princen TransMission*, JOR 2018/316.

Heiploeg: doorstart via een pre-pack

- 5.39 De onderhavige zaak is eveneens uitgebreid becommentarieerd, zowel het vonnis⁸⁵ als het eindarrest.⁸⁶ Deze uitspraken zijn bovendien in diverse artikelen geanalyseerd.⁸⁷ Ik beperk mij tot de commentaren op het eindarrest van het hof.
- 5.40 De meeste van die commentaren zijn kritisch. Van der Pijl meent dat het hof de tweede en derde *Smallsteps*-voorwaarde te soepel heeft uitgelegd:⁸⁸

“Bij het bepalen van het doel van deze procedure is door het hof (...) aangeknoopt bij onder meer de 'benoemingsbrief' van de rechtbank, waarin expliciet het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de schuldeisers als doel aangegeven. Maar wat zegt dat nu eigenlijk precies? Wordt dit “streven naar een maximale opbrengst” niet te gemakkelijk volledig op een lijn gesteld met “liquidatie” als doelstelling? Bovendien: het Europese hof heeft nu juist in de slotzin van zijn antwoord op de prejudiciële vragen gezegd: “In dat verband is niet relevant dat de pre-pack tevens de maximalisatie van de opbrengst van de overdracht voor alle schuldeisers van die onderneming beoogt.” De redenering van dit hof volgend kan zelfs bij een tot in de kleinste details voorbereide doorstart die naadloos en onmiddellijk volgt op de faillietverklaring (oftewel: de situatie in *Smallsteps*), nog volgehouden worden dat het doel daarvan de liquidatie van de onderneming is geweest. Mijns inziens rekt het hof hier de spanwijdte van *Smallsteps* te ver op.

Dat geldt ook voor een ander aspect: de derde *Smallsteps*-voorwaarde, te weten dat de procedure onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie moet staan. Het hof sanctioneert het ontbreken van enig (formeel) toezicht in de fase voorafgaand aan het faillissement met de stelling dat er uiteindelijk wel een benoeming plaatsvond en dat de uiteindelijke transactie pas daarna zijn beslag kreeg, terwijl er op dat moment wel sprake was van een bevoegde overheidsinstantie die toezicht hield. Mijn onbegrip betreft het gegeven dat het hof kennelijk in het toezicht dat gedurende minder dan 24 uur is uitgeoefend (terwijl bijvoorbeeld en opmerkelijk genoeg het betreffende persbericht al op de ochtend van de faillietverklaring was verspreid) voldoende aanleiding ziet de op dit punt duidelijke overwegingen van de Europese rechter terzijde te stellen. Dit zou in de hand werken dat voortaan een middag of avond voor de bühne wordt dooronderhandeld om zodoende de rechten van werknemers, gewaarborgd in de richtlijn, te omzeilen. Hopelijk mag de Hoge Raad zich hier nog over uitspreken.”

Ook Loesberg heeft twijfels:⁸⁹

“7. (...) Wat mij betreft overweegt het hof terecht dat ook in het geval van een pre-pack, zoals die in deze zaak heeft plaatsgevonden, getoetst moet worden of een beroep op art. 5 van de richtlijn mogelijk is. Dat het faillissement van Heiploeg-oud onvermijdelijk was, lijkt mij niet relevant. Ik kan mij voorstellen dat, anders dan het hof meent, een beroep op art. 5 niet mogelijk is omdat voor de faillietverklaring van

⁸⁵ Kantonrechter rechtbank Overijssel 28 juli 2015 (*Heiploeg*), *JAR* 2015/220, m.nt. J. van der Pijl, *JOR* 2015/283, m.nt. E. Loesberg, *JIN* 2015/174, m.nt. K.J. van Aardenne.

⁸⁶ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018 (*Heiploeg*), *JAR* 2018/218, m.nt. J. van der Pijl, *JOR* 2018/265, m.nt. E. Loesberg, *JIN* 2018/176, m.nt. G.A. Diebels.

⁸⁷ Zie J. van der Pijl, 'Doorstarten na *Smallsteps*: risky business', *Ondernemingsrecht* 2019/122, par. 3.3; I. Spinath, 'Niet wrijven in de vlek', *Tvl* 2018/53, punt 5; N.M.Q. van der Neut, 'De doorstartpraktijk na *Smallsteps*: door het 'oog' van de naald?', *ArbeidsRecht* 2018/40, punt 2 en J. van der Pijl, 'Doorstart van de doorstart?', *TAP* 2018/7, p. 24-26.

⁸⁸ Noot J. van der Pijl, *JAR* 2018/218, twee laatste alinea's.

⁸⁹ Noot E. Loesberg, *JOR* 2018/265.

Heiploeg-oud één kandidaat-overnemer is geselecteerd en met deze kandidaat na de faillietverklaring overeenstemming is bereikt. Het lijkt erop dat de stille bewindvoerder (en de beoogd rechter-commissaris) op het moment van de faillietverklaring de handen niet meer vrij had en dat moet ertoe leiden dat een beroep op de uitzondering van art. 5 van de richtlijn niet mogelijk is.”

Diebels kan zich evenmin vinden in het arrest:⁹⁰

“9. Ik vind de onderbouwing van het hof in het *Heiploeg*-arrest niet overtuigend.(...).

10. Mijn belangrijkste bezwaar is dat als het moment van overeenstemming bepalend is, dat misbruik in de hand zou kunnen werken. Partijen onderhandelen dan voor de vorm door en ‘sluiten’ hun overeenkomst pas nadat faillissement is aangevraagd en de werknemersbescherming is komen te ontbreken. Dat geldt des te meer vanwege de overweging van HvJ EU dat bij *Smallsteps* de overeenkomst tot doorstart “*tot in de kleinste details*” geregeld was vóór faillissement, zodat “*onder deze omstandigheden*” de werknemersbescherming in stand bleef.

11. Wat als niet alles vooraf tot in de kleinste details geregeld is: vervalt daarmee dan de werknemersbescherming? Wat weerhoudt partijen er in die gedachtegang van te sturen op overeenstemming op hoofdlijnen, maar nog niet tot in de kleinste details, het vervolgens aanvragen van faillissement en het daarna afronden van de doorstart met de laatste losse eindjes? Op die manier zou de werknemersbescherming buiten spel kunnen worden gezet. Bij Heiploeg was al ten minste vanaf 16 januari 2014 onderhandeld, zonder definitieve deal. Op 28 januari 2014 werd het faillissement uitgesproken en in de nacht van 28 januari op 29 januari 2014 werd overeenstemming bereikt. Dat had het hof kunnen bewegen een meer inhoudelijke toets toe te passen, namelijk of ten tijde van de faillissementsaanvraag niet al overeenstemming bestond over de essentialia van de doorstart.”

Ook Van der Neut is kritisch:⁹¹

“Hoewel ik het eens ben met de wijze waarop het gerechtshof te werk is gegaan, kom ik op basis van de door het gerechtshof genoemde feiten en omstandigheden niet tot de conclusie dat de beschermende regels inzake overgang van onderneming hier buitenspel kunnen worden gezet. In deze zaak lijkt het gerechtshof zijn oordeel dat de procedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van Heiploeg namelijk vooral te baseren op de (verkapte) taakopdracht van de rechtbank en de verklaringen van de curatoren. Hierbij stelt het gerechtshof de woorden uit de (verkapte) taakopdracht “het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst” wel erg eenvoudig op één lijn met de liquidatie van het vermogen van de vervreemder waarmee de procedure is ingeleid. (...)

Wat de verklaringen van de curatoren betreft, verbaast het mij dat het gerechtshof lijkt te suggereren dat de curatoren bepalen met welk oog de procedure wordt ingeleid. Het gaat er namelijk om met welk oog Heiploeg het faillissement aanvraagt. De wijze waarop de curatoren zich daaropvolgend gedragen, kan een indicatie zijn van de intenties van de schuldenaar c.q. ondernemer. In deze zaak hebben de curatoren zich vanaf het eerste moment beziggehouden met het contacten van geïnteresseerde partijen over een verkoop als going concern, hetgeen indiceert dat de procedure is ingeleid met het oog op de voortzetting van de onderneming. Ook vind ik het verbazingwekkend dat het gerechtshof in zijn arrest zwijgt over het persbericht van 28 januari 2014. Door dit bericht

⁹⁰ Noot G.A. Diebels, *JIN* 2018/176.

⁹¹ N.M.Q. van der Neut, ‘De doorstartpraktijk na Smallsteps: door het ‘oog’ van de naald?’, *ArbeidsRecht* 2018/40, punt 2.

rijst bij mij de vraag of de partijen na het faillissement daadwerkelijk nog een dag hebben dooronderhandeld.”

- 5.41 Spinath (advocaat van Heiploeg-nieuw) daarentegen meent dat het hof *Smallsteps* op juiste wijze heeft geïnterpreteerd:⁹²

“Het hof heeft betrekkelijk weinig woorden nodig om tot het oordeel te komen dat de faillissementsprocedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van Heiploeg. Een relevante overweging daarbij is dat het aanneemt dat het faillissement van Heiploeg onafwendbaar was. (...)

Daarmee behandelt het hof drie cruciale kwesties: (i) niet relevant is dat reeds vóór het faillissement gesprekken zijn gevoerd met overnamekandidaten, waaronder de uiteindelijke doorstarter – ongeacht zijn hoedanigheid; (ii) die contacten waren zelfs instructief omdat die het mogelijk maakten dat de onderneming (zonder onderbreking) zou worden voortgezet; waardoor (iii) het doel van de liquidatie van het vermogen, opbrengstmaximalisatie, kon worden gerealiseerd. Dit nu, sluit naadloos aan bij de strekking van de faillissementsuitsondering. Hiermee wordt bevestigd dat liquidatie en voortzetting geen tegenpolen zijn. Voortzetting van de onderneming dient te worden gestimuleerd in het kader van de optimalisatie van de liquidatie van het vermogen en de voorbereiding van die voortzetting draagt daaraan bij.”

- 5.42 Bij deze stand van zaken zijn de ogen gericht op de wetgever.

6. Ontwikkelingen op wetgevend vlak

Wetsvoorstel WCO I

- 6.1 Zoals gezegd (zie hiervoor 3.5) heeft de behandeling van het wetsvoorstel WCO I, waarin de pre-pack een uitdrukkelijke grondslag in de wet krijgt, naar aanleiding van het arrest *Smallsteps* enige tijd stilgelegen. De Minister voor Rechtsbescherming had tijd nodig om over de eventuele gevolgen van het arrest voor de WCO I overleg te voeren met vertegenwoordigers uit de faillissementspraktijk, de klankbordgroep.
- 6.2 Bij brief van 11 april 2018 heeft de minister aan de Eerste Kamer verslag gedaan van dit overleg. Daaruit blijkt dat volgens de klankbordgroep sinds de *Smallsteps*-uitspraak “meer onduidelijkheid en daarmee rechtsonzekerheid is ontstaan over de vraag wanneer de uit de richtlijn voortvloeiende arbeidsrechtelijke bescherming bij overgang van onderneming nu wel of niet van toepassing is in geval van een doorstart in faillissement.”⁹³ Door deze onzekerheid zal het aantal situaties waarin gebruik zal worden gemaakt van de WCO I volgens de klankbordgroep beperkter zijn dan waarmee bij aanvang van het wetgevingstraject rekening werd gehouden. Er zijn echter situaties denkbaar waarop de uitspraak van het Hof van Justitie geen grote invloed heeft, zoals de situatie waarin het voorbereidingstraject niet is gericht op een doorstart of indien al het personeel wordt overgenomen. Volgens de klankbordgroep zou het een gemis zijn wanneer de WCO I niet al in deze situaties zou kunnen worden gebruikt. De minister heeft daarom verzocht om de behandeling van het wetsvoorstel voort te zetten.

⁹² I. Spinath, ‘Niet wrijven in de vlek’, *TvI* 2018/53, punt 5.

⁹³ *Kamerstukken I* 2017/18, 34 218, J, p. 1 en 2.

- 6.3 De minister heeft dit verzoek herhaald bij brief van 17 januari 2019, waarin hij tevens aankondigt te komen met een nieuwe regeling betreffende overgang van onderneming in faillissement, die de ontstane rechtsonzekerheid ondervangt en tegelijkertijd tegemoetkomt aan “*het maatschappelijk onbehagen dat steeds vaker geuit wordt over de positie van werknemers bij een doorstart in faillissement.*”⁹⁴
- 6.4 De vaste commissie Justitie en Veiligheid van de Eerste Kamer heeft op 29 januari 2019, in afwijking van het verzoek van de minister, besloten om de behandeling van de WCO I aan te houden in afwachting van de nieuwe regeling betreffende overgang van onderneming in faillissement.⁹⁵ Op 18 juni 2019 heeft de vaste commissie dit besluit gehandhaafd en tevens besloten het wetsvoorstel WCO I te zijner tijd te behandelen in samenhang met het wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement.⁹⁶

Wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement

- 6.5 Begin juni 2019 hebben de Minister voor Rechtsbescherming en de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid een voorontwerp van de Wet overgang van onderneming in faillissement ter consultatie gegeven (hierna: **het voorontwerp**).⁹⁷ De consultatieperiode liep eind augustus af.⁹⁸
- 6.6 De concept memorie van toelichting bij het voorontwerp vermeldt dat het arrest *Smallsteps* tot rechtsonzekerheid heeft geleid:⁹⁹

“Zoals blijkt uit de uitspraak van het EU-hof, gaat het er daarbij niet om welk doel de faillissementsprocedure op zichzelf beschouwd heeft, maar om de intentie waarmee de procedure in een concrete situatie is toegepast. Dit moet steeds beoordeeld worden aan de hand van de specifieke omstandigheden van het individuele geval. Daardoor is de positie van de werknemers bij een overgang in faillissement op dit moment niet op voorhand voorspelbaar en dit leidt tot rechtsonzekerheid.”

Onder verwijzing naar de zaken *Tuunte*, *Bogra*, *Princen TransMission* en *Heiploeg* (waarbij wordt opgemerkt dat in die laatste zaak cassatieberoep is ingesteld) stelt de toelichting dat inmiddels “*meer helderheid*” is ontstaan over de gevolgen van het arrest *Smallsteps*, maar dat het tijd kost “*voordat de impact van de uitspraak volledig*”

⁹⁴ *Kamerstukken I* 2018/19, 34 218, K, p. 7.

⁹⁵ Korte aantekeningen vergadering commissie Justitie en Veiligheid van 29 januari 2019 (34.218/WCO I).

⁹⁶ Korte aantekeningen vergadering commissie Justitie en Veiligheid van 18 juni 2019 (34.218/L).

⁹⁷ Zie *Kamerstukken I* 2017/18, 34 218, L en het bijgevoegde Voorontwerp tot Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de introductie van een regeling betreffende rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement (Wet overgang van onderneming in faillissement), de concept memorie van toelichting en de concept ministeriële uitvoeringsregeling (Regeling overgang van onderneming in faillissement).

⁹⁸ Zie: <https://www.internetconsultatie.nl/overgang-van-onderneming-in-faillissement>. Zie over dit voorontwerp T.L.C.W. Noordoven, ‘Wet overgang van onderneming in faillissement: een zegen of doodsteek voor de doorstart na faillissement?’, *Bb* 2019/58, p. 251-255 en P.R.W. Schaik, ‘Voorontwerp van Wet overgang van onderneming in faillissement, een ingrijpend wetsvoorstel’, *FIP* 2019/5, p. 26-31.

⁹⁹ Concept memorie van toelichting bij het voorontwerp, p. 3.

is uitgekristalliseerd" en de specifieke omstandigheden van het individuele geval bovendien beslissend blijven.¹⁰⁰

6.7 In de concept memorie van toelichting bij het voorontwerp wordt gewezen op de in de Richtlijn voorziene optie voor lidstaten om de beschermingsregels uit de Richtlijn ook toe te passen in een faillissementsprocedure die naast liquidatie van het vermogen van de vervreemder eveneens gericht mag zijn op continuering van de onderneming.¹⁰¹ Op basis van art. 5 lid 2, onder a en b, van de Richtlijn kunnen de gevolgen van die toepassing worden verzacht, onder meer omdat de arbeidsvoorwaarden in overleg met de vakbonden kunnen worden aangepast.

6.8 De in het voorontwerp voorgestelde regeling beoogt een einde te maken aan de regel dat het arbeidsrechtelijke regime bij overgang van onderneming (art. 7:662 e.v. BW) niet geldt bij faillissement van de werkgever (art. 7:666 sub a BW).¹⁰² Ook in het geval van faillissement zal bij een overgang van onderneming het voltallige personeel van rechtswege 'overgaan', in beginsel met behoud van de bestaande arbeidsvoorwaarden.¹⁰³ Indien de curator de arbeidsovereenkomsten heeft opgezegd, moet de verkrijger alle ontslagen werknemers een nieuwe arbeidsovereenkomst aanbieden. Een en ander wordt geregeld in het nieuwe art. 7:666b lid 1 BW:

"Zijn de arbeidsovereenkomsten tussen de gefailleerde werkgever en de werknemers die op de dag van de faillietverklaring nog in de onderneming werkzaam zijn, inmiddels overeenkomstig artikel 40 van de Faillissementswet door de curator opgezegd, dan doet de verkrijger deze werknemers een aanbod tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst op basis waarvan zij op het moment van de overgang bij hem in dienst treden."

6.9 Op deze regel wordt één belangrijke uitzondering gemaakt: de verkrijger hoeft niet alle werknemers een dienstverband aan te bieden als er bedrijfseconomische omstandigheden zijn – in de zin van de ontslaggrond van art. 7:669 lid 3, onder a, BW¹⁰⁴ – die voorzienbaar leiden tot een verlies aan arbeidsplaatsen binnen 26 weken na de overgang (zie het voorgestelde art. 7:666b lid 2 BW). Onder meer kan worden gedacht aan een slechte financiële situatie die ook na de overgang een rol

¹⁰⁰ Concept memorie van toelichting bij het voorontwerp, p. 4 en 5.

¹⁰¹ Zie art. 5 lid 1 ("*Tenzij de lidstaten anders bepalen ...*") en art. 5 lid 2 van de Richtlijn, geciteerd in 4.3. De concept-toelichting verwijst in voetnoot 12 naar auteurs die op deze mogelijkheid hebben gewezen: W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal en D.M.A Bij de Vaate, 'De doorstart in rechtsvergelijkend perspectief', *TAP* 2016/172; L.G. Verburg, 'Smallsteps: en hoe nu verder?', in: Verwey, Broeders & Scheurs (red.), *De curator en het Personeel* (Insolad Jaarboek 2018), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 119-142; W.H.A.C.M. Bouwens, 'Het voetspoor van Smallsteps', *TRA* 2018/13; en Ph. W. Schreurs, 'Smallsteps en de grote stappen die nu gezet moeten worden', *ArA* 2017 (11).

¹⁰² Ook in Duitsland, België, Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk geldt als uitgangspunt dat bij een overdracht van onderneming uit faillissement de beschermingsbepalingen geheel of gedeeltelijk van toepassing zijn.

¹⁰³ Onder strikte voorwaarden en in overleg met de vakbonden is aanpassing van de arbeidsvoorwaarden mogelijk. Zie de concept memorie van toelichting bij het voorontwerp, p. 21.

¹⁰⁴ Deze bedrijfseconomische omstandigheden zijn vergelijkbaar met de economische, technische of organisatorische redenen ('de ETO-redenen') zoals genoemd in art. 4 lid 1 van de Richtlijn. Zie de concept memorie van toelichting bij het voorontwerp, p. 10 en 11.

zal blijven spelen, de situatie waarin sprake is van werkvermindering doordat klanten in de hectiek van het faillissement zijn weggelopen of bijvoorbeeld technologische of organisatorische veranderingen, zoals een verdere automatisering bij de verkrijger.

- 6.10 Het is aan de (beoogde) verkrijger om aan de rechter-commissaris aannemelijk te maken dat sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden die het noodzakelijk maken om maatregelen te treffen waardoor arbeidsplaatsen verloren gaan. De rechter-commissaris moet vaststellen of de selectiemethode op basis waarvan bepaald wordt welke werknemers een arbeidsovereenkomst bij de verkrijger krijgen aangeboden in overeenstemming is met de nieuwe regeling. Pas als voldoende aannemelijk is dat verval van arbeidsplaatsen noodzakelijk is én de gehanteerde selectiemethode in overeenstemming is met de wettelijke voorschriften, zal de rechter-commissaris de curator toestemming verlenen voor de verkoop van de onderneming aan de verkrijger. Dit moet het selectieproces transparanter en eerlijker maken.¹⁰⁵
- 6.11 Het beoogde wetsvoorstel zal een oplossing kunnen bieden voor de impasse waarin de pre-pack terecht is gekomen. Ik zie de volgende winstpunten:¹⁰⁶
- De voorwaarden zijn gecreëerd voor een hervatting van de pre-packpraktijk. Het wetsvoorstel WCO I kan worden vlot getrokken.
 - De bescherming van werknemers geldt bij elke overgang van onderneming in faillissement en een aanpassing van de arbeidsvoorwaarden moet met de vakbonden worden overeengekomen.
 - De verkrijger heeft niettemin de mogelijkheid personeel te laten afvloeien, wat in veel gevallen vereist zal zijn om een doorstart financieel haalbaar te maken.¹⁰⁷
 - De verkrijger kan niet langer op basis van *pick and choose* een uitgedund personeelsbestand samenstellen maar moet een selectiemethode toepassen.

7. Bespreking van het cassatiemiddel

- 7.1 Het middel richt zich in de kern tegen de wijze waarop het hof in het eindarrest de *Smallsteps*-voorwaarden heeft toegepast.¹⁰⁸ Het bestaat uit vier onderdelen. Het eerste en het tweede onderdeel richten zich tegen het oordeel van het hof dat de

¹⁰⁵ Zie de concept memorie van toelichting bij het voorontwerp, p. 13.

¹⁰⁶ Zie ook: P.R.W. Schaink, 'Voorontwerp van Wet overgang van onderneming in faillissement, een ingrijpend wetsvoorstel', *FIP* 2019/5, p. 26-31 en J. van der Pijl, 'Doorstarten na Smallsteps: risky business', *Ondernemingsrecht* 2019/122, p. 679-688, hoofdstuk 5.

¹⁰⁷ Naar ik begrip is niet beoogd dat werknemers voor wie geen plaats is aanspraak kunnen maken op een financiële vergoeding. Net als thans het geval is krijgen deze werknemers hun loon doorbetaald tijdens de opzegtermijn van (maximaal) zes weken, maar hebben zij op grond van het bepaalde in art.7:673c lid 1 BW geen recht op een transitievergoeding.

¹⁰⁸ Verwijzingen zijn daarom ook steeds naar rechtsoverwegingen in het eindarrest, tenzij anders aangegeven. Het cassatieberoep is overigens wel gericht tegen het tussenarrest (zie de procesinleiding, p. 1).

pre-packprocedure op liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud was gericht en niet op voortzetting van de activiteit van de onderneming van Heiploeg-oud. Het derde onderdeel bestrijdt het oordeel van het hof dat is voldaan aan het vereiste dat de pre-packprocedure onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie stond. Het vierde onderdeel klaagt dat het hof heeft verzuimd te beslissen op de subsidiaire vordering van de bonden en bevat een veegklacht.

Onderdeel 1

- 7.2 In rov. 2.8 oordeelt het hof dat uit het arrest *Smallsteps* niet kan worden afgeleid dat een vóór de faillietverklaring voorbereide doorstart in geen geval onder de uitzondering van art. 5 lid 1 van de Richtlijn valt:

“2.8 Het hof stelt voorop dat, anders dan de bonden kennelijk menen, uit het arrest niet kan worden opgemaakt dat (...) een vóór de faillietverklaring voorbereide en na dat moment uitgevoerde doorstart, al dan niet in de vorm van een pre-pack, in geen geval onder de in artikel 5 bedoelde uitzondering kan vallen. Steeds zal moeten worden nagegaan of aan de drie in het artikel genoemde voorwaarden is voldaan. Daarbij dient rekening te worden gehouden met alle omstandigheden van het geval.”

- 7.3 FNV klaagt dat dit oordeel rechtens onjuist, althans onbegrijpelijk is omdat het miskent dat met een pre-pack de voortzetting van de activiteit van de failliete onderneming wordt beoogd waardoor “*per definitie, althans behoudens bijzondere omstandigheden*” niet is voldaan aan de tweede voorwaarde van art. 5 lid 1 van de Richtlijn, inhoudende dat de procedure moet zijn gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder.

- 7.4 Het onderdeel faalt. Hiervoor in 5.16 heb ik opgemerkt dat uit het arrest *Smallsteps* blijkt, samengevat, dat een pre-pack *die de kenmerken vertoont van een pre-pack als omschreven in punt 59 en in het dictum van het arrest*, als hoofddoel het voortzetten van de onderneming heeft. In die gevallen is niet voldaan aan de tweede voorwaarde voor toepasselijkheid van de faillissementsuitsondering. Dat geldt dus niet automatisch voor alle pre-packs.

- 7.5 In haar schriftelijke toelichting (onder 45) doet FNV er nog een schepje bovenop:

“Uit *Smallsteps* volgt dat de pre-pack vanwege zijn doel niet onder de uitzondering van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn valt. Een afzonderlijke toetsing aan de drie voorwaarden uit dat artikellid in concrete gevallen is niet meer nodig. Deze toetsing is – tenminste, wat de pre-pack betreft – immers reeds uitgevoerd door het HvJ EU.”

- 7.6 Zoals hiervoor opgemerkt (zie 5.14) gaat het arrest *Smallsteps* strikt genomen alleen over de aan het Hof van Justitie in die zaak voorgelegde casus, maar is niettemin duidelijk dat het arrest medebepalend is voor de beoordeling van pre-packs in andere zaken met dezelfde kenmerken als in de zaak *Smallsteps*. Dat betekent niet dat het Hof van Justitie moet worden geacht daarmee geschillen over vergelijkbare, laat staan alle pre-packs te hebben beslecht. Daartoe is het ook niet bevoegd. De nationale rechter moet die beslissing nemen. Hij dient te onderzoeken of de kenmerken van de pre-pack in *Smallsteps* zich voordoen in de door hem te beslissen zaak en vervolgens aan de hand van genoemd arrest beoordelen of aan de drie voorwaarden is voldaan. Het is dus niet zo dat er op dat punt voor de (nationale) rechter niets meer valt te oordelen, zoals FNV het wil doen voorkomen.

- 7.7 In zoverre heeft het hof terecht geoordeeld dat bij een overgang van onderneming steeds moet worden nagegaan of aan de drie cumulatieve voorwaarden van art. 5 lid 1 van de Richtlijn is voldaan.

Onderdeel 2

- 7.8 Onderdeel 2 vormt het *pièce de résistance* van het middel. Het ziet op rov. 2.9, 2.10 en 2.11 (zie hiervoor, 2.10) en is gekant tegen het oordeel van het hof in rov. 2.11 dat de faillissementsprocedure “*wel degelijk is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud*”, zodat aan de tweede voorwaarde van art. 5 lid 1 van de Richtlijn is voldaan. M.i. berust dit (gemengde) oordeel op een onjuiste opvatting omtrent het arrest *Smallsteps* en kan het geen stand houden (zie met name subonderdelen 2.2 en 2.3).

Subonderdelen 2.1, 2.2 en 2.3

- 7.9 Subonderdeel 2.1 klaagt dat genoemd oordeel rechtens onjuist is omdat een procedure die voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt, niet is aan te merken als een procedure gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Het hof had ook moeten onderzoeken of het oogmerk van de faillissementsprocedure niet tevens was de activiteit van de onderneming van Heiploeg-oud voort te zetten, in welk geval dat *per definitie* het hoofddoel van de procedure was. Door hieraan geen (kenbare) aandacht te besteden heeft het hof zijn oordeel in elk geval onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd.
- 7.10 Subonderdeel 2.2 bevat een afgezwakte variant van de klacht in het eerste subonderdeel: het hof heeft miskend dat beide doelstellingen zich tegelijkertijd kunnen voordoen en dat in zo'n geval de doelstelling 'voortzetting' *mogelijkerwijs* als hoofddoel moet worden aangemerkt. Het hof had daarom moeten onderzoeken, na zijn vaststelling (in rov. 2.10) dat is gestreefd naar een zo hoog mogelijke opbrengst, of het doel niet *tevens* was de activiteit van de onderneming van Heiploeg-oud voort te zetten. Het hof heeft dit ten onrechte niet onderzocht en is daarmee van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan, althans zijn oordeel is onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd.
- 7.11 Subonderdeel 1 behoeft geen bespreking omdat subonderdeel 2 slaagt. Uit de in hoofdstuk 4 vermelde Europese rechtspraak vloeit voort dat, om te bepalen of de overgang van een onderneming die het voorwerp uitmaakt van een faillissements- of soortgelijke procedure binnen het toepassingsbereik van art. 5 lid 1 van de Richtlijn valt, het beslissende criterium is *het doel dat met de betrokken procedure wordt beoogd*.¹⁰⁹ In het arrest *Smallsteps* is aan de hand van dit criterium geoordeeld dat een procedure die voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt, niet binnen het toepassingsbereik van art. 5 lid 1 van de Richtlijn valt.¹¹⁰ Het hof heeft in lijn met het door het Hof van Justitie aangelegde

¹⁰⁹ HvJEG 25 juli 1991, C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326 (*D'Urso*), punt 26 en HvJEG 7 december 1995, C-472/93, ECLI:EU:C:1995:421 (*Spano*), punt 24.

¹¹⁰ HvJEU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*), punt 47.

criterium onderzocht wat het (voornaamste) doel van de faillissementsprocedure was. In zoverre valt er op het arrest weinig aan te merken.

- 7.12 Dat geldt niet voor de door het hof aan genoemd criterium gegeven toepassing. Het oordeel in rov. 2.11, dat de faillissementsprocedure (uitsluitend) “*is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud*” en zich kennelijk geen overlapping tussen de twee doelstellingen voordeed, berust m.i. op een onjuiste uitleg van het arrest *Smallsteps*. Hoewel het doel van de procedure hier minder eenduidig was dan in de zaak *Smallsteps*, waar de voortzetting van de onderneming van meet af aan uitdrukkelijk voorop stond, is het hof eraan voorbijgegaan dat de omstreden pre-pack in de kern de kenmerken vertoont die het Hof van Justitie hebben doen oordelen dat de pre-pack in zaak *Smallsteps* niet aan de tweede voorwaarde voldeed (zie ook hierna bij subonderdeel 2.3). Door hier in tegengestelde zin te oordelen geeft het hof blijk van een onjuiste uitleg (en daarvan afgeleid: toepassing) van het arrest *Smallsteps*. Althans kon het hof niet zonder nadere motivering, die ontbreekt, tot genoemd oordeel komen, zodat het oordeel ook niet toereikend is gemotiveerd. Daarom slaagt zowel de rechtsklacht als de motiveringsklacht van subonderdeel 2.2.
- 7.13 Subonderdeel 2.3 klaagt dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk is, althans nadere motivering behoeft in het licht van een negental door FNV aangevoerde en door Heiploeg-nieuw niet betwiste essentiële feiten en omstandigheden waaruit volgens FNV blijkt dat het doel van de pre-pack van meet af aan (mede) is geweest een doorstart te realiseren en derhalve de activiteit van de onderneming van Heiploeg-oud voort te zetten.¹¹¹ De aangevoerde feiten en omstandigheden zien, samengevat, op (i) de reorganisatieplannen die Heiploeg-oud heeft ontwikkeld nadat de Europese Commissie op 27 november 2013 een boete had opgelegd, (ii) het daaropvolgende biedingsproces, (iii) de feitelijke gang van zaken zoals die zich heeft voorgedaan in de voorbereidingsfase van de pre-pack en na het persbericht van 28 januari 2014, 12.30 uur, waarin de diezelfde ochtend benoemde curatoren bekend maakten dat met Parlevliet & Van der Plas “*tot een eindresultaat is onderhandeld*”, en (iv) op het feit dat aan sommige werknemers van Heiploeg-oud al op de dag van het faillissement een arbeidsovereenkomst met Heiploeg-nieuw werd aangeboden. Uit die omstandigheden blijkt, aldus FNV, dat het doel is geweest een doorstart te realiseren. Het andersluidende oordeel van het hof is volgens FNV onbegrijpelijk, althans was een nadere motivering vereist waarom de procedure niet gericht was op voortzetting van de activiteit van de onderneming.
- 7.14 De klachten zijn terecht voorgesteld. Het hof gaat in rov. 2.10 in op de noodzaak de bedrijfsactiviteiten niet te onderbreken om de onderneming als *going concern* te verkopen, maar leidt daar niet uit af dat het doel van de procedure tevens was het voortzetten van de onderneming. Het hof ziet daarin de bevestiging dat de procedure (uitsluitend) is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen

¹¹¹ Het onderdeel verwijst daarbij naar passages in de processtukken van de bonden, naar het Openbaar verslag van stille bewindvoering inzake Heiploeg van 4 februari 2014 en naar het eerste faillissementsverslag van 24 februari 2014. Zie ook hiervoor, 1.11 en 1.12.

van Heiploeg-oud. De gronden waarop het hof dat oordeel baseert zijn, samengevat, dat:

- (i) in de brief van 16 januari 2014 van de rechtbank Nood-Nederland, waarbij de beoogd curatoren en de beoogd rechter-commissaris zijn aangewezen, uitdrukkelijk staat dat het doel van de regeling was het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers;
- (ii) de banken uit waren op een zo hoog mogelijke opbrengst; en
- (iii) de curatoren hebben verklaard zich uitsluitend op de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud te hebben gericht.

7.15 Deze motivering kan, mede in het licht van de in het subonderdeel aangehaalde (onbetwiste) stellingen, niet het oordeel dragen dat de procedure (uitsluitend) ten doel had de liquidatie van de vermogensbestanddelen en niet (tevens) de voorzetting van de activiteiten van de onderneming.

Ad (i): de brief van de rechtbank waarin het mandaat van de beoogd curatoren is vastgelegd, bevat de volgende passage:¹¹²

“Doel van de regeling

Doel van deze regeling is het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De aanwijzing van de stille bewindvoerders biedt een mogelijkheid om in relatieve rust een verkoop of reorganisatie vanuit een insolventie voor te bereiden. Door de aanwijzing van de stille bewindvoerders en beoogd rechter-commissaris, kunnen betrokkenen voorafgaande aan de daadwerkelijke insolventie kennismaken van hun standpunten tijdens insolventie. In het onderhavige geval heeft u aan het verzoek ten grondslag gelegd dat Heiploeg in onderhandeling is met een derde en met het bankenconsortium. De onderhandeling zou gebaat zijn bij de betrokkenheid van een stille bewindvoerder terwijl de productie voortgezet wordt.”

Volgens de brief speelden beide doelstellingen dus een rol: een zo hoog mogelijke opbrengst realiseren én een doorstart voorbereiden.

Ad (ii): de wens van een bankenconsortium – een commerciële (derde) partij – zal altijd zijn gericht op het verkrijgen van een zo hoog mogelijke opbrengst en vormt geen dragende grond voor het oordeel dat voortzetting van de onderneming niet het doel van de faillissementsprocedure was.

Ad (iii): aan de verklaring van de curatoren – die primair voor ogen hebben dat de deal met (de aandeelhouders van) Heiploeg-nieuw stand houdt – komt in dit kader evenmin betekenis toe.

7.16 Los hiervan laat de feitelijke gang van zaken, zoals weergegeven in het Openbaar verslag van 4 februari 2014 van de curatoren over de periode van de stille

¹¹² Conclusie van antwoord, productie 2.

bewindvoering, er geen twijfel over bestaan dat partijen uit zijn geweest op een doorstart. In genoemd verslag is onder meer het volgende opgenomen:¹¹³

“Doorstartplannen

Als gevolg van de opgelegde boete komen de reorganisatieplannen van de groep in een stroomversnelling. Bestuurders, commissarissen en banken komen tot de conclusie dat een toekomstige verantwoorde exploitatie alleen mogelijk is na sanering al dan niet met een nieuwe aandeelhouder. Een door hen daartoe opgemaakt businessplan is gevalideerd door een gerenommeerd accountantskantoor. (...)”

En:

“De 3 indicatieve bieders hebben bij het uitbrengen van hun biedingen aangegeven alleen mogelijkheden voor een koop en dus een doorstart te zien wanneer er een pre-pack proces zou worden opgestart. Als argument gebruikten ze hiervoor dat gelet op de branche (dagverse producten) en de afnemers die na 1 dag discontinuïteit massaal dreig(d)en te vertrekken.”

- 7.17 Dit openbaar verslag rept met geen woord over het doel een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers te realiseren.¹¹⁴ Dat de drie partijen die een bod hadden uitgebracht op de activa van Heiploeg-oud expliciet hebben aangegeven alleen tot koop te willen overgaan als een pre-packprocedure werd opgestart lijkt mij een duidelijke aanwijzing dat het faillissement van Heiploeg-oud juist geen zelfstandig liquidatiedoel diende, maar als middel is gebruikt om een doorstart te realiseren en zodoende de activiteiten van de onderneming in afgeslankte vorm te kunnen voortzetten.

Subonderdelen 2.4, 2.5 en 2.6

- 7.18 De volgende drie subonderdelen keren zich eveneens tegen de wijze waarop het hof is gekomen tot het oordeel in rov. 2.11 dat het (enige) doel van de faillissementsprocedure de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud was. Daarbij wordt achtereenvolgens ingezoomd op de omstandigheid dat een onderbreking van het productieproces moest worden voorkomen (2.4), dat vóór het faillissement al met potentiële kopers is gesproken (2.5), en dat het oogmerk van de pre-pack de voortzetting van de activiteit van de onderneming was (2.6).

- 7.19 Subonderdeel 2.4 klaagt dat het hof ten faveure van zijn oordeel dat de procedure de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud ten doel had, ten onrechte heeft meegewogen:

“2.11 (...) dat het noodzakelijk was dat werd voorkomen dat het productieproces meer dan één dag werd onderbroken. Naar het hof begrijpt zou, als deze onderbreking langer zou zijn, de medewerking van de banken niet langer zijn gewaarborgd, met als waarschijnlijk gevolg dat de verkoop als going concern niet zou doorgaan en de

¹¹³ Conclusie van antwoord, productie 4, p. 3 e.v.

¹¹⁴ Er wordt slechts opgemerkt (op p. 4) dat de aanwijzingsbrief van 16 januari 2014 van de rechtbank vermeldt dat het doel van de regeling “aldus de rechtbank” is het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en dat de aanwijzing van de stille bewindvoerders een mogelijkheid biedt om in relatieve rust een verkoop of reorganisatie vanuit een insolventie voor te bereiden.

opbrengst van de activa en derhalve ook een voor de schuldeisers beschikbaar bedrag aanzienlijk lager zou zijn. (...).”

FNV betoogt dat dit oordeel onjuist, althans onbegrijpelijk is omdat die omstandigheid er volgens haar juist op wijst dat het oogmerk van de procedure was om de activiteit van de onderneming voort te zetten.

- 7.20 De klacht slaagt. In het arrest *Dethier Équipement* heeft het Hof van Justitie de modaliteiten van de procedure onderzocht omdat het doel van de procedure onvoldoende uitsluitend gaf of een liquidatie werd nagestreefd.¹¹⁵ Daaruit blijkt dat met name de vraag in hoeverre de werkzaamheid van de onderneming wordt voortgezet dan wel gestaakt in dat kader relevant is. Als de werkzaamheid van de onderneming tijdens de procedure wordt voortgezet, is de continuïteit van de exploitatie verzekerd wanneer de onderneming wordt overgedragen. In lijn met het voorgaande wijst de omstandigheid dat gedurende de pre-packprocedure de werkzaamheid van de onderneming is voortgezet erop dat de voortzetting van de onderneming is beoogd en de procedure dus niet uitsluitend is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. In dat geval is er geen rechtvaardiging om de werknemers de bescherming op grond van de regels inzake de overgang van ondernemingen te onthouden.
- 7.21 Heiploeg-nieuw brengt tegen deze benadering in dat de uitzondering van art. 5 lid 1 van de Richtlijn zinledig wordt indien die nooit van toepassing is op een verkoop *going concern* en slechts zou zien op een zogenaamde *pièce meal* (stuksgewijze) verkoop van de activa van de onderneming. In dat geval is er geen sprake van een overgang van een onderneming en mist een bepaling met de strekking dat de regels betreffende overgang van onderneming op een *piece meal* verkoop niet van toepassing zijn, elke betekenis.¹¹⁶ M.i. gaat deze redenering niet op: de faillissementsuitzondering van art. 5 lid 1 van de Richtlijn kan wel degelijk van toepassing zijn op een verkoop *going concern*, mits sprake is van een situatie waarin aan de hand van het doel van de procedure met voldoende zekerheid kan worden bepaald dat de procedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Dat dit slechts in een beperkt aantal situaties het geval is strookt met het uitgangspunt van het Hof van Justitie dat de uitzondering van art. 5 lid 1 “*noodzakelijkerwijs strikt*” moet worden uitgelegd en maakt de uitzondering nog niet zinledig.¹¹⁷ Bovendien is het, zoals FNV terecht stelt, ook bij een *piece meal* verkoop niet uitgesloten dat de verkochte onderdelen (een deel van) de onderneming vormen die overgaat.¹¹⁸
- 7.22 Subonderdeel 2.5 richt zich specifiek op de omstandigheid dat voorafgaand aan het faillissement van Heiploeg-oud contacten zijn gelegd met mogelijke kopers van de activa en dat vervolgens met één partij onderhandelingen zijn gevoerd. Volgens het hof doet deze omstandigheid er niet aan af dat de procedure is ingeleid met het oog

¹¹⁵ HvJEG 12 maart 1998, C-319/94, ECLI:EU:C:1998:99 (*Dethier Équipement*), punt 28-31.

¹¹⁶ Schriftelijke toelichting Heiploeg-nieuw, punt 4.14 en 6.12 en schriftelijke dupliek, punt 2.3-2.5.

¹¹⁷ HvJEU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*), punt 41.

¹¹⁸ Schriftelijke repliek, punt 7.

op de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud. FNV acht dit oordeel rechtens onjuist, althans onbegrijpelijk, omdat genoemde omstandigheid er volgens haar juist op wijst dat het oogmerk van de procedure was de onderneming voort te zetten.

- 7.23 Ook deze klacht is terecht voorgesteld. De gang van zaken waarbij in vroeg stadium actief is gezocht naar een koper en onderhandelingen zijn gevoerd die onmiskenbaar op een doorstart waren gericht, laten zonder nadere motivering niet het oordeel toe dat de faillissementsprocedure (uitsluitend) was gericht op liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud en niet (tevens) op voortzetting van de onderneming. Ik verwijs verder naar de bespreking van subonderdeel 2.3.
- 7.24 Subonderdeel 2.6 klaagt dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan indien het bij het beoordelen van het doel van de procedure slechts acht heeft geslagen op het oogmerk van de faillissementsprocedure *an sich* en niet op de fase van de pre-pack voorafgaand aan de faillietverklaring.
- 7.25 De klacht mist feitelijke grondslag. Uit rov. 2.10 en 2.11 blijkt dat het hof de periode voorafgaand aan het faillissement van Heiploeg-oud in zijn oordeelsvorming omtrent het doel van de procedure heeft betrokken en niet slechts heeft gekeken naar het oogmerk waarmee de faillissementsprocedure zelf is ingeleid.

Subonderdelen 2.7 en 2.8

- 7.26 In rov. 2.9 overweegt het hof dat Heiploeg-nieuw heeft gesteld dat een faillissement van Heiploeg-oud onafwendbaar was en dat de bonden dit niet hebben weersproken.
- 7.27 In subonderdeel 2.7 klaagt FNV dat het onbegrijpelijk is dat het hof heeft geoordeeld dat de bonden de onafwendbaarheid van het faillissement niet hebben weersproken, omdat FNV dit bij gebrek aan voldoende informatie heeft betwist. Voor zover het hof deze betwisting onvoldoende (gemotiveerd) heeft geacht, heeft het aan de stelplicht van FNV te hoge eisen gesteld en is het daarmee van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan. In subonderdeel 2.8 betoogt FNV dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan voor zover het de onafwendbaarheid van het faillissement van Heiploeg-oud heeft meegewogen bij de vraag of is voldaan aan de tweede voorwaarde van art. 5 lid 1 van de Richtlijn.
- 7.28 Aan FNV kan worden toegegeven dat noch de tekst van art. 5 lid 1 van de Richtlijn noch het arrest *Smallsteps* aanknopingspunten biedt voor de opvatting dat de onafwendbaarheid van het faillissement een criterium vormt aan de hand waarvan (mede) moet worden bepaald met welk oogmerk de procedure is ingesteld. In het recente arrest *Plessers/Prefaco*, waarin het Hof van Justitie het arrest *Smallsteps* heeft bevestigd, wordt evenmin relevantie toegekend aan de al dan niet onafwendbaarheid van de procedure waarin de vervreemder is verwickeld (zie hiervoor, 5.10). M.i. is de vraag of de procedure waarin de vervreemder is verwickeld onafwendbaar was dan ook niet relevant voor het bepalen van het doel waarmee de procedure is ingeleid.
- 7.29 Uit niets blijkt evenwel dat het hof de gewraakte vaststelling in rov. 2.9 in aanmerking heeft genomen bij zijn oordeel in rov. 2.11 dat de onderhavige procedure is ingeleid

met het oog op liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud.¹¹⁹ FNV voert ook geen argumenten aan waaruit volgt dat het hof deze vaststelling wél in zijn oordeelsvorming heeft meegenomen. De klacht in subonderdeel 2.8 moet daarom falen bij gebrek aan feitelijke grondslag.

- 7.30 De klachten in subonderdeel 2.7 gaan uit van de premisse dat het hof de onafwendbaarheid van het faillissement van Heiploeg-oud wél in zijn beoordeling heeft meegenomen. Uit het voorgaande volgt dat dat niet het geval is. FNV heeft derhalve geen belang bij haar klachten in subonderdeel 2.7.

Subonderdeel 2.9

- 7.31 In rov. 2.10 oordeelt het hof dat de bonden de juistheid van de verklaring van de curatoren, inhoudende dat pas ná de faillietverklaring met Parlevliet & Van der Plas B.V. overeenstemming is bereikt over de activaverkoop *going concern*, niet gemotiveerd hebben betwist. FNV acht dit oordeel om diverse redenen onbegrijpelijk, waarbij zij verwijst naar vindplaatsen in de processtukken.
- 7.32 Het hof heeft, blijkens de laatste volzin van rov. 2.10, de vaststelling dat pas ná de faillietverklaring van Heiploeg-oud overeenstemming is bereikt met Parlevliet & Van der Plas niet alleen gebaseerd op (de juistheid van) de verklaring van de curatoren van 12 september 2014,¹²⁰ maar ook op het openbare verslag van 4 februari 2014 over de periode van stille bewindvoering en het eerste faillissementsverslag van 24 februari 2014 (zie rov. 3.13 en 3.14 van het tussenarrest). De juistheid van deze verslagen, die de vaststelling van het hof zelfstandig kunnen dragen, is door FNV niet betwist. De klacht faalt daarom bij gebrek aan belang.

Onderdeel 3

- 7.33 Onderdeel 3 is gekant tegen rov. 2.12, waarin het hof oordeelt dat ook is voldaan aan de derde voorwaarde van art. 5 lid 1 van de Richtlijn:

“2.12 Ten aanzien van de onder c. bedoelde voorwaarde wordt overwogen dat juist is dat de beoogde curatoren (en ook de beoogde rechter-commissaris) in de periode voor het uitspreken van het faillissement formeel over geen enkele bevoegdheid beschikten. Dat veranderde op 28 januari 2014, toen het faillissement was uitgesproken. Op dat moment was er, zoals blijkt uit de hiervoor reeds aangehaalde verklaring van de curatoren en de faillissementsverslagen, nog geen overeenstemming over de verkoop van de activa. Er is verder onderhandeld en pas in de nacht van 28 op 29 januari 2014 is uiteindelijk overeenstemming bereikt. Op dat moment waren de curatoren als enigen bevoegd om namens Heiploeg-oud op te treden. Zij hadden bovendien voor het sluiten van de overeenkomst met Parlevliet en Van der Plas B.V. de toestemming nodig van de inmiddels ook benoemde rechter-commissaris. Deze heeft die toestemming ook verleend. Dit betekent naar het oordeel van het hof dat de overeenkomst is gesloten onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie als bedoeld in artikel 5 lid 1 van de richtlijn. Ook aan voorwaarde c. is derhalve voldaan.”

¹¹⁹ Daarbij vat ik het begin van rov. 2.11 van het eindarrest zo op, dat het hof met “*de hiervoor omschreven omstandigheden*” het oog heeft op de in rov. 2.10 genoemde omstandigheden.

¹²⁰ Conclusie van antwoord, productie 3.

- 7.34 FNV betoogt in subonderdeel 3.1 dat het hof van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan voor zover het bij zijn oordeel doorslaggevend heeft geacht dat de *overeenkomst* onder toezicht van een overheidsinstantie is gesloten. Daarmee heeft het hof miskend dat de *procedure* onder een dergelijk toezicht moet staan, aldus FNV.
- 7.35 De klacht slaagt. Het hof heeft in rov. 2.4 met juistheid overwogen dat de derde voorwaarde van art. 5 lid 1 van de Richtlijn inhoudt dat de (faillissements- of gelijksoortige) *procedure* onder toezicht moet staan van een bevoegde overheidsinstantie. Daarmee strookt niet dat het hof in rov. 2.12 heeft geoordeeld dat aan de derde voorwaarde is voldaan omdat “*de overeenkomst*” onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie is gesloten. De overeenkomst is gesloten op 29 januari 2014, terwijl de pre-packprocedure reeds eerder, op 16 januari 2014, was aangevangen met de benoeming van de beoogd curatoren en de beoogd rechter-commissaris. Uit de punten 54 tot en met 57 van het arrest *Smallsteps* is af te leiden dat over de gehele tussenliggende periode een bevoegde overheidsinstantie toezicht moet houden (zie hiervoor, 5.8). FNV stelt terecht dat, als de redenering van het hof zou opgaan, een pre-packprocedure altijd aan de derde voorwaarde van art. 5 lid 1 van de Richtlijn voldoet, omdat de koopovereenkomst met de doorstarter steeds ná faillietverklaring wordt gesloten.¹²¹
- 7.36 FNV klaagt in subonderdeel 3.2 dat het hof met zijn oordeel heeft miskend dat (de onderhandelingen over) de verkoop van de onderneming van Heiploeg-oud voor het overgrote deel, althans voor een belangrijk deel, vóór het faillissement hebben plaatsgevonden, in een periode dat geen sprake was van overheidstoezicht. Volgens FNV is zonder nadere motivering onbegrijpelijk waarom de periode tussen de faillietverklaring en het sluiten van de overeenkomst (van 28 op 29 januari 2014), in verhouding tot de fase van de pre-pack voorafgaand aan het faillissement (16 tot 28 januari 2014), zodanig is geweest dat de curatoren (en de rechter-commissaris) werkelijk toezicht over de procedure hebben kunnen uitoefenen. Het hof heeft daarbij ten onrechte geen aandacht besteed aan de essentiële stellingen van FNV dat (i) reeds op 28 januari 2014 om 12.30 uur door de curatoren een persbericht over het realiseren van de doorstart is verspreid en (ii) sommige werknemers van Heiploeg-oud reeds op 28 januari 2014 een arbeidsovereenkomst met Heiploeg-nieuw aangeboden hebben gekregen.
- 7.37 Ook deze klachten slagen. De beoogd curator en beoogd rechter-commissaris worden weliswaar door de rechtbank aangesteld, maar beschikken formeel over geen enkele bevoegdheid. De procedure staat zo lang derhalve niet onder toezicht van een overheidsinstantie.¹²²
- 7.38 Het Hof van Justitie heeft in het arrest *Smallsteps* overwogen dat in die zaak de curator “*zeer snel na de inleiding van het faillissement*” aan de rechter-commissaris om toestemming heeft gevraagd voor de overdracht van de onderneming – en deze

¹²¹ Schriftelijke toelichting FNV, punt 111.

¹²² HvJEU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*), punt 53-55.

ook heeft gekregen – waardoor de rechter-commissaris bovendien vóór de faillietverklaring daarvan op de hoogte moet zijn gesteld en moet hebben aangegeven daartegen geen bezwaar te hebben. Volgens het Hof van Justitie kan een dergelijke handelwijze “*elk eventueel toezicht van een bevoegde overheidsinstantie op de faillissementsprocedure grotendeels uithollen*”.¹²³ De gang van zaken in de onderhavige kwestie vertoont duidelijk overeenkomsten met de handelwijze in de zaak *Smallsteps*. Ook in de onderhavige procedure is de koopovereenkomst zeer snel (namelijk één dag) na de faillietverklaring ondertekend en was de rechter-commissaris vóór de faillietverklaring op de hoogte gesteld van de op handen zijnde doorstart. Niettemin heeft het hof geoordeeld dat aan de voorwaarde van overheidstoezicht in de zin van art. 5 lid 1 van de Richtlijn wél was voldaan. Dit oordeel getuigt van een onjuiste toepassing van het arrest *Smallsteps* en dus van een onjuiste rechtsopvatting, net zoals dat het geval is voor de tweede voorwaarde (zie hiervoor, 7.12).

Onderdeel 4

- 7.39 In subonderdeel 4.1 betoogt FNV dat het hof ten onrechte heeft verzuimd te beslissen op de subsidiaire grondslag van de vorderingen van de bonden (zie hiervoor, 2.2). Het hof oordeelt in rov. 2.13 dat “*de vordering van de bonden, die is gebaseerd op de stelling dat aan de in art. 5 lid 1 van de Richtlijn genoemde voorwaarden niet is voldaan, niet toewijsbaar is*” en wijst daarmee de primaire vordering af, die is gebaseerd op het uitgangspunt dat de Richtlijn op de doorstart van Heiploeg-oud van toepassing is.¹²⁴ Daarmee is echter volgens FNV de subsidiaire vordering nog niet afgewezen. Deze vordering is namelijk gebaseerd op het tegenovergestelde uitgangspunt dat de Richtlijn *niet* op de doorstart van Heiploeg-oud van toepassing is. Desalniettemin zouden de werknemers van Heiploeg-oud zich op art. 7:662 e.v. BW kunnen beroepen omdat de overgang van de onderneming vóór het faillissement heeft plaatsgevonden.¹²⁵ De rechtbank heeft deze subsidiaire vordering afgewezen en FNV heeft daartegen een grief gericht (grief 4).¹²⁶
- 7.40 De klacht slaagt. M.i. kon het hof niet zonder deze grief te beoordelen tot het eindoordeel komen dat het bestreden vonnis wordt bekrachtigd.
- 7.41 Ik voeg hier ten overvloede wel aan toe dat de gronden waarop de rechtbank de subsidiaire vordering heeft verworpen mij juist lijken. Art. 7:662 e.v. BW vormen de omzetting van de Richtlijn en hebben dezelfde werkingssfeer. Het is niet goed denkbaar dat een overgang van een onderneming (vlak) vóór de faillietverklaring niet onder de Richtlijn valt, maar wel onder art. 7:662 e.v. BW. Daar komt bij dat, zoals de rechtbank m.i. terecht heeft geoordeeld, de onderneming van Heiploeg-oud wel degelijk na de faillissementsdatum is overgegaan.¹²⁷

¹²³ HvJEU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*), punt 56-57.

¹²⁴ Dagvaarding, punt 9.1.

¹²⁵ Dagvaarding, punt 9.2.

¹²⁶ Zie de procesinleiding, punt 4.1 en voetnoot 29 voor vindplaatsen.

¹²⁷ Zie het vonnis van de rechtbank, rov. 4.6.

7.42 Subonderdeel 4.2 bevat de klacht dat het slagen van één of meer van de voorgaande klachten tevens het eindoordeel van het hof in rov. 2.13 vitiëert.

7.43 Deze veegklacht slaagt. Aangezien de klachten in onderdeel 2 deels slagen en de klachten in de onderdelen 3 en 4 geheel slagen, kan het eindoordeel in rov. 2.13 niet in stand blijven.

Slotsom

7.44 Nu het cassatieberoep terecht is voorgesteld dient het eindarrest te worden vernietigd. Er bestaat geen aanleiding ook het tussenarrest te vernietigen omdat tegen dat arrest geen klachten zijn gericht.

8. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van het eindarrest en tot verwijzing.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden



A.G.