
*Het scharnierpunt tussen liquidatie en voortzetting van onderneming:
gezichtspunten ontwaard*

SCRIPTIE



Erasmus Universiteit Rotterdam
Erasmus School of Law
Sectie Arbeidsrecht
Mei 2023
Scriptiebegeleider: prof. mr. dr. J.H. Even

Serge van der Slot
433696

Inhoudsopgave

Lijst met afkortingen	4
Hoofdstuk 1: Inleiding	5
1.1 Wat is (nog niet) onderzocht?	5
1.1.1 De pre-pack.....	6
1.1.2 Estro.....	6
1.1.3 Het Heiploeg-arrest van de Hoge Raad	7
1.1.4 De uitspraak van het Hof van Justitie inzake Heiploeg	7
1.1.5 De pre-pack na Heiploeg	7
1.1.6 WCO-I en de WOVOF	7
1.1.7 Voorstel van de Europese Commissie voor een nieuwe Richtlijn tot harmonisatie van bepaalde aspecten van het insolventierecht	9
1.2 Relevantie	10
1.3 Wat gaat worden onderzocht? Oftewel: de onderzoeksvraag	10
1.4 Methode van onderzoek.....	11
Hoofdstuk 2 De Nederlandse pre-packpraktijk.....	12
2.1 Het procedé	12
2.2 De ontstaansgeschiedenis	13
2.3 De pre-pack in de ban.....	14
2.4 Heropleving van de pre-pack.....	15
Hoofdstuk 3 De aard en strekking van de Europese Richtlijn inzake de pre-pack	16
3.1 De Europese Richtlijn 2001/23/EG in historisch perspectief.....	16
3.1.1 Abels	16
3.1.2 D'Urso & Spano/Fiat	17
3.1.3 Dethier/Dassy & Europièces/Sanders.....	18
3.1.4 Tussenconclusie	18
3.1.5 Richtlijn 98/50/EG.....	19
3.1.5 Richtlijn 2001/23/EG	19
Hoofdstuk 4 Het Hof van Justitie van de Europese Unie schenkt klare wijn, of niet?	21
4.1 Estro.....	21
4.1.1 Inleiding.....	21
4.1.2 De conclusie van A-G Mengozzi.....	22
4.1.3 Het Hof van Justitie.....	25
4.2 Intermezzo: Plessers	27
4.3 Heiploeg.....	28
4.3.1 Inleiding.....	28
4.3.2 Conclusie A-G Pitruzzella	30
4.3.3 Het Hof van Justitie.....	32
4.4 Conclusie A-G Drijber inzake Heiploeg.....	36
Hoofdstuk 5 Het scharnierpunt: voortzetting of liquidatie? Gezichtspunten ontwaard	38
5.1 Initieel plan tot herfinanciering (gezichtspunt i).....	38

5.2 Onafwendbaarheid faillissement.....	39
5.3 Aantal partijen waarmee is onderhandeld (gezichtspunt ii)	39
5.4 Banden vervreemder en verkrijger (gezichtspunten iii, iv & v)	40
5.5 Handelingen die tenderen naar een zoektocht tot besparingen voor een winstgevende onderneming (gezichtspunt vi)	42
5.6 Aanwezigheid verband pre-pack en aard van de onderneming (gezichtspunt vii)	44
5.7 Maakt de tenuitvoerlegging het daadwerkelijk mogelijk om primair doel te bereiken (gezichtspunt viii)	45
5.8 De gezichtspunten	46
5.9 Conclusie.....	47
Literatuurlijst	48
Jurisprudentielijst	50
Kamerstukken	51
Faillissementsverslagen.....	51

Lijst met afkortingen

- **A-G:** advocaat-generaal
- **AR:** Arbeidsrecht Updates
- **ArA:** Arbeidsrechtelijke Annotaties
- **BW:** Burgerlijk Wetboek
- **c.s.:** cum suis
- **diss.:** dissertatie
- **EC:** Europese Commissie
- **ECLI:** European Case Law Identifier
- **EEG:** Europese Economische Gemeenschap
- **EGKS:** Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal
- **EU:** Europese Unie
- **e.v.:** en verder
- **FIP:** tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk
- **FNV:** Federatie Nederlandse Vakbeweging
- **Fw:** Faillissementswet
- **HR:** Hoge Raad der Nederlanden
- **HvJ EU:** Hof van Justitie van de Europese Unie
- **INSOLAD:** Vereniging voor Insolventierecht Advocaten
- **JIN:** tijdschrift Jurisprudentie In Nederland
- **Ktr.:** kantonrechter
- **m.i.:** mijns inziens
- **NJ:** Nederlands Juristenblad
- **O&F:** tijdschrift Onderneming & Financiering
- **Rb:** rechtbank
- **red.:** redactie
- **SER:** Sociaal Economische Raad
- **TAC:** Tijdschrift voor Arbeidsrecht in Context
- **TAP:** Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk
- **TRA:** Tijdschrift Recht en Arbeid
- **Tvl:** Tijdschrift voor Insolventierecht
- **TvO:** Tijdschrift voor Ontslagrecht
- **UvA:** Universiteit van Amsterdam
- **UWV:** Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
- **WCO-I:** Wet continuïteit ondernemingen I
- **WHOA:** Wet Homologatie Onderhands Akkoord
- **WOVOF:** Wetsvoorstel overgang van onderneming in faillissement

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1 Wat is (nog niet) onderzocht?

Het juridisch kader van dit onderzoek wordt gevormd door de overgang van onderneming tijdens faillissement. Dit fenomeen wordt in de literatuur ook wel aangeduid als een 'doorstart'. Men laat de onderneming dan failleren om diezelfde onderneming vervolgens al dan niet in onderdelen te herstructureren – waarbij het met name gaat om een herschikking van het personeelsbestand – en in een nieuwe rechtspersoon voort te zetten.¹ Wat is nu het voordeel van een doorstart? Welnu, art. 7:662 tot en met 7:665 en 7:670 lid 8 BW (met uitzondering van art. 7:665a BW²) inzake de rechten van de werknemer bij overgang van onderneming zijn niet van toepassing indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort, aldus art. 7:666 lid 1 sub a BW.³ Daar komt bij dat de reguliere ontslagbescherming voor werknemers veelal niet meer geldt in faillissement. Zo is geen toets vooraf vereist door het UWV of de kantonrechter (wel is een machtiging⁴ van de rechter-commissaris vereist conform art. 68 lid 3 Fw, maar deze komt in de praktijk niet of nauwelijks aan materiële toetsing toe⁵), gelden volgens de heersende leer in de literatuur de zogeheten bijzondere opzeggingsverboden niet⁶ (al bestaat hierover in de literatuur geen consensus⁷), gelden er geen selectiecriteria bij ontslag en hoeft er geen transitievergoeding te worden betaald. Tot slot gelden, ingevolge art. 40 Fw, in het algemeen kortere opzegtermijnen, hetgeen de boedelschuld wegens nog niet-voldane loonvorderingen verkleint.⁸ Dit alles draagt echter het gevaar in zich dat deze mogelijkheid wordt aangewend om de doorstart te misbruiken⁹ door eigenstandig het faillissement aan te vragen en naadloos over te gaan in een nieuwe rechtspersoon.¹⁰

¹ R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 206.

² R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 181.

³ G.W. van der Voet (red.) e.a., *Arbeidsrechtelijke themata – Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 632.

⁴ L.G. Verburg & R.M. Beltzer (red.), *Monografieën sociaal recht. Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 228.

⁵ J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie, over de rechtspositie van de werknemer van een insolvente werkgever*, Deventer: Wolters Kluwer (diss. Amsterdam UvA) 2019, p. 22. G.W. van der Voet (red.) e.a., *Arbeidsrechtelijke themata – Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 610. R.J. van Galen, 'Overgang van onderneming in faillissement: de stand van zaken na Heiploeg', *Ondernemingsrecht* 2022/55, p. 345.

⁶ L.G. Verburg & R.M. Beltzer (red.), *Monografieën sociaal recht. Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p.229-230.

⁷ G.W. van der Voet (red.) e.a., *Arbeidsrechtelijke themata – Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 608-616.

⁸ R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 207.

⁹ SER Advies 1985/23, *Overgang van ondernemingen*, 15 november 1985, p. 23-24. Zie tevens – onder verwijzing naar voornoemde voetnoot, p. 207-213 – Beltzer, die deze problematiek in de context plaatst van het tijdperk na Abels, maar ruim voor de pre-pack zijn intrede had gedaan in Nederland. Reeds toen al werd gewezen op dossieronderzoek van faillissementen, waaruit bleek dat de verkrijger (vennootschappelijke of bestuurlijke) banden had met de vervreemder. Het betrof hier de vraag of sprake was van oneigenlijk gebruik van de faillissementsaanvraag over de band van art. 3:13 BW. Desalniettemin zijn gelijkenissen te ontwaren tussen indicatoren die duiden op misbruik van bevoegdheid enerzijds en de in deze scriptie uiteengezette gezichtspunten voor het onderscheid tussen voortzetting en liquidatie. Denk aan het gegeven dat er slechts één beoogde verkrijger is voor de te vervreemden onderneming, en het feit dat verkrijger en vervreemder dezelfde (rechts)persoon betreft, althans beide(n) direct betrokken zijn geweest bij de faillerende onderneming. Dit is in die zin niet verwonderlijk, nu ook hier het voornaamste oogmerk van de betreffende ondernemer lijkt om de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers te ontlopen. Inmiddels dwingt art. 5 lid 4 Richtlijn 2001/23/EG Lidstaten om hiertegen de nodige maatregelen te nemen, thans in Nederland gecodificeerd in – onder meer – art. 13a Fw.

¹⁰ A.J.C. Theunissen, *De overgang van de insolvente onderneming*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2009, p.39 e.v. alsmede J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie, over de rechtspositie van de werknemer van een insolvente werkgever*, Deventer: Wolters Kluwer (diss. Amsterdam UvA) 2019, p. 225-262.

1.1.1 De pre-pack

Dit brengt ons bij het fenomeen pre-pack.¹¹ Alhoewel er een wetsvoorstel ligt om deze figuur in de wet vast te leggen, is dit voorsnog niet het geval.¹² De pre-pack werkt als volgt. Een rechtbank wordt verzocht om, onder bepaalde voorwaarden, voorshands een stille bewindvoerder aan te wijzen die de mogelijkheden onderzoekt om een insolvente onderneming te laten doorstarten. Dit brengt met zich dat na een faillissement naadloos kan worden overgegaan in een doorstart (deze is immers al voorbereid), waarbij de stille bewindvoerder op het moment van faillissement de hoedanigheid van curator aanneemt.¹³

De centrale vraag is vervolgens of de uitzonderingsmogelijkheid voor faillissementen in Richtlijn 2001/23/EG (waarvan art. 7:662 e.v. BW een codificatie in het BW vormen) eveneens dient te gelden voor de pre-pack. De meningen hierover in de literatuur liepen sterk uiteen.¹⁴

1.1.2 Estro

Hierop volgde de zogeheten Estro-uitspraak (ook wel Smallsteps genoemd) van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie).¹⁵ In dit arrest staat art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG centraal. Deze bepaling strekt ertoe de artikelen 3 en 4 van Richtlijn 2001/23/EG – strekkende tot behoud van de rechten van werknemers bij overgang van onderneming – buiten toepassing te laten als is voldaan aan drie cumulatieve vereisten. Allereerst moet de vervreemder zijn verwikkeld in een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure. Ten tweede dient deze procedure te zijn ingeleid met het oog op liquidatie van het vermogen van de vervreemder (N.B. dit is dus iets wezenlijks anders dan liquidatie van de vervreemder zélf, oftewel de rechtspersoon¹⁶), en ten derde moet deze procedure onder toezicht staan van een daartoe bevoegde overheidsinstantie.¹⁷

De tweede voorwaarde vormt hier het pijnpunt. De vraag is immers of de pre-pack nu gericht is op liquidatie dan wel op de voortzetting van de onderneming.¹⁸ Met andere woorden: wat is de insteek geweest bij het starten van de faillissementsprocedure? Volgens A-G Mengozzi is de pre-pack op voortzetting gericht en niet op liquidatie en moet de Richtlijn zo worden gelezen dat de eis van liquidatie ook op de faillissementsprocedure ziet.¹⁹

In het Estro-arrest uit juni 2017 stelt het Hof van Justitie zich op het standpunt dat de betreffende pre-pack onder de alhier specifieke omstandigheden niet zozeer was gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder (met een zo hoog mogelijke opbrengst voor de crediteuren in kwestie), maar veeleer op voortzetting van de onderneming.

¹¹ M.R. van Zanten, 'Aan het werk met de pre-pack!', *AR* 2013/47.

¹² Kamerstukken II 2014/15, 34218, 2 (Wet Continuïteit Ondernemingen I).

¹³ G.W. van der Voet (red.) e.a., *Arbeidsrechtelijke thema's – Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 632.

¹⁴ P. Huffman & I. Zaal, 'De toepasselijkheid van de Richtlijn overgang van onderneming bij insolvente ondernemingen', *TAP* 2014, p.98. R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming en faillissement: over blinde vlekken bij curatoren of wishful thinking bij arbeidsrechtjuristen', *FIP* 2014, p. 21. L.G. Verburg, 'De doorstart in faillissement en het debiet van '662'', *FIP* 2014, p. 26. Via: G.W. van der Voet (red.) e.a., *Arbeidsrechtelijke thema's – Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 632-633.

¹⁵ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, *JAR* 2017/187, m.nt. Loesburg (Smallsteps/FNV c.s.).

¹⁶ J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie, over de rechtspositie van de werknemer van een insolvente werkgever*, Deventer: Wolters Kluwer (diss. Amsterdam UvA) 2019, p. 166.

¹⁷ G.W. van der Voet (red.) e.a., *Arbeidsrechtelijke thema's – Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 633. Dit betreft in feite een codificatie van het Abels-arrest uit 1985 (HvJ EU 7 februari 1985, NJ 1985, 900).

¹⁸ Rb Gelderland (ktr. Zutphen) 1 februari 2018, *JAR* 2018/40 (Tuunte). Hof Amsterdam 17 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2339, *JAR* 2018/218 (Heiploeg) en Rb. Limburg 26 september 2018, *JAR* 2018/263, *JOR* 2018/316 m.nt. I. Spinath (Princen TransMission/FNV c.s.).

¹⁹ HvJ EU Conclusie A-G (Mengozzi) 29 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:241, *JOR* 2017/184, m.nt. Schaik. J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie, over de rechtspositie van de werknemer van een insolvente werkgever*, Deventer: Wolters Kluwer (diss. Amsterdam UvA) 2019.

1.1.3 Het Heiploeg-arrest van de Hoge Raad

Hierop volgde het arrest Heiploeg. Het is overigens van belang hier te vermelden dat de Heiploeg-transactie ongeveer gelijktijdig plaatsvond met de Estro-transactie, en derhalve zonder voorafgaande kennis van het Estro-arrest ten tijde van de Heiploeg-transactie. De zaak Heiploeg werd echter veel later bij het Hof van Justitie aanhangig gemaakt, nu in de zaak Estro reeds in eerste aanleg prejudiciële vragen werden gesteld.²⁰

Door de Hoge Raad werd overwogen dat een faillissement in diens wezen altijd op liquidatie gericht is.²¹ Naar het oordeel van Hoge Raad is dit eveneens het geval als sprake is van een pre-pack, maar omdat de Hoge Raad meende dat het Hof van Justitie in het kader van de Estro-uitspraak onvoldoende is geïnformeerd over de achtergrond en het karakter van het Nederlandse faillissementsrecht²², heeft de Hoge Raad dienaangaande prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie.²³

1.1.4 De uitspraak van het Hof van Justitie inzake Heiploeg

A-G Pitruzzella concludeert op 9 december 2021 vervolgens dat de Nederlandse pre-pack niet voldeed aan de tweede voorwaarde uit art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG, aangezien de pre-pack voornamelijk gericht zou zijn op voortzetting van de onderneming. Het Hof van Justitie daarentegen neemt tot uitgangspunt dat het primaire doel²⁴ van de pre-pack een zo hoog mogelijke opbrengst dient te zijn in het kader van liquidatie van de onderneming.²⁵ Wel dient volgens het Hof van Justitie van geval tot geval bezien te worden of dit in een concreet geval inderdaad het primaire doel is. Ook dient dit alles – met het oog op de rechtszekerheid - wettelijk geregeld te zijn, hetgeen nu nog niet het geval is.²⁶

1.1.5 De pre-pack na Heiploeg

Kort en goed tekent zich binnen vorengaand geschetste context de vraag af waar een faillissementsprocedure (of een soortgelijke procedure) – hier toegespitst op de pre-packprocedure – nu het scharnierpunt vindt tussen liquidatie van het vermogen van de vervreemder enerzijds (Heiploeg) en voortzetting van onderneming (Estro) anderzijds. Welke gezichtspunten vallen bij een vergelijking tussen deze twee uitspraken van het Hof van Justitie te ontwaren? In wezen zou men immers zeer wel kunnen stellen dat een pre-pack ipso facto op voortzetting van onderneming is gericht. Liquidatie van (een deel van) het vermogen van de vervreemder sluit een voortzetting van de onderneming door de verkrijger immers niet uit. Juist vanwege deze diffusiteit kan het voor de gehele rechtspraktijk bruikbaar zijn een set gezichtspunten te abstraheren uit deze twee uitspraken, zodat aan de voorkant van een pre-pack een valide inschatting gemaakt kan worden van waar het zwaartepunt in dat specifieke geval ligt.

1.1.6 WCO-I en de WOVOF

Dit onderzoek moet worden bezien in het licht van enerzijds de beoogde wettelijke grondslag voor de pre-pack, te weten WCO-I, en anderzijds het Wetsontwerp overgang van onderneming in faillissement, kortweg de WOVOF.²⁷ De scribent is zich bewust van het feit dat de WOVOF strikt genomen buiten de

²⁰ R.J. van Galen, 'Overgang van onderneming in faillissement: de stand van zaken na Heiploeg', *Ondernemingsrecht* 2022/55, p. 341.

²¹ HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 (Heiploeg), r.o. 3.5.2-5.5.3.

²² HvJ EU 28 april 2022, nr. C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321, *JOR* 2022/219 m.nt. Verburg, p. 2818-2819.

²³ G.W. van der Voet (red.) e.a., *Arbeidsrechtelijke thema's – Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2021, p. 634.

²⁴ R.J. van Galen, 'Overgang van onderneming in faillissement: de stand van zaken na Heiploeg', *Ondernemingsrecht* 2022/55, p. 343.

²⁵ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 53.

²⁶ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 54.

²⁷ Eveneens kan in dit verband de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA) worden genoemd. De WHOA betreft een relatief nieuw instrument in de Nederlandse insolventiepraktijk: het onderhandse (dwang) akkoord buiten faillissement.

reikwijdte van dit onderzoek valt, aangezien de WOVOF een invulling vormt van art. 5 lid 2 Richtlijn 2001/23/EG.²⁸ Om toch een volledig eventueel toekomstig nationaal wettelijk kader te schetsen en het onderzoek in een breder perspectief te plaatsen, worden beide wetsvoorstellen hier kort behandeld. Op dit moment wordt de behandeling van WCO-I aangehouden door de Eerste Kamer, aangezien de WOVOF tevens in voorbereiding is en dit wetsvoorstel eveneens de positie van de werknemer regelt in geval van een doorstart. De Eerste Kamer is van mening dat deze twee wetsvoorstellen met elkaar samenhangen, en dat zij aldus gezamenlijk behandeld dienen te worden.²⁹ Vanwege de prejudiciële procedure die van invloed kon zijn op de WOVOF – waarin inmiddels uitspraak is gedaan door het Hof van Justitie³⁰ – werd door de Eerste Kamer gewacht met verdere behandeling van beide wetsontwerpen.³¹

Het wetsvoorstel WCO-I is dus reeds geruime tijd aanhangig bij het parlement en voorziet, zoals gezegd, in een wettelijke verankering van de pre-pack. De wetgever introduceert daartoe een nieuw art. 363 Fw, op grond waarvan de rechtbank een beoogd curator kan benoemen die het faillissement vervolgens prepareert. Vorengaande geschiedt op verzoek van de schuldenaar die in een situatie van betalingsonmacht dreigt te geraken, op voorwaarde dat de schuldenaar aannemelijk maakt dat een stille voorbereiding van het faillissement meerwaarde heeft. Deze meerwaarde dient op te wegen tegen het nadeel dat in deze fase slechts een beperkte groep betrokkenen – denk aan de bank en potentiële verkrijgers – kennis hebben van het naderende faillissement. Dat deze afweging expliciet dient te worden gemaakt is logisch, nu het faillissementsrecht van oudsher een openbaar karakter heeft. Conform het eveneens nieuwe artikel 364 Fw behartigt de beoogd curator vervolgens de belangen van de gezamenlijke crediteuren, waaronder begrepen het constateren van faillissementsfraude of een voornemen daartoe. De beoogd curator wordt op zijn beurt gecontroleerd door de beoogd rechter-commissaris, aldus het nieuwe art. 365 lid 2 Fw, waarbij – indien nodig – een andere beoogd curator kan worden aangewezen (art. 366 lid 1 Fw). Tot slot voorziet het wetsvoorstel met art. 14a Fw in de mogelijkheid dat de rechtbank een andere persoon dan de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curator aanwijst als rechter-commissaris en curator in faillissement, ingeval 'zij redenen aanwezig acht om een andere curator aan te stellen dan wel een andere rechter-commissaris te benoemen'.³²

De uitwerking van de WOVOF is als volgt. De bedoeling is dat de werknemers van de gefailleerde werkgever onder dezelfde voorwaarden in dienst komen bij de verkrijger. Is het echter onverhoopt toch zo dat arbeidsplaatsen verdwijnen als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden, dan is het – onder objectieve en transparante voorwaarden – toegestaan om te bepalen welke werknemers wel, en welke werknemers niet mee overgaan. Hierbij kent de WOVOF een aantal bijzonderheden. Zo worden werknemers door de curator vrijwel altijd direct ontslagen. Dientengevolge zal voor de verkrijger een wederindienstnemingsverplichting gelden. Een voordeel voor de verkrijger is evenwel dat hij niet aansprakelijk is voor bestaande schulden van de failliet jegens

De WHOA creëert een mogelijkheid tot herstructurering van schulden voor ondernemingen door middel van een akkoord. Dit akkoord wordt vervolgens gehomologeerd (goedgekeurd) door de rechter, waardoor weigerachtige schuldeisers tevens gebonden zijn. De regeling geldt echter niet voor de rechten van werknemers uit hoofde van een arbeidsovereenkomst. Zie: J. van der Pijl, 'De positie van werknemers bij het nieuwe herstructureringsinstrument: het WHOA-akkoord', TRA 2021/84, p. 13-15.

²⁸ Waarbij meteen dient te worden opgemerkt dat een eventuele invoering van de WOVOF de pre-pack van een aanzienlijk deel van de arbeidsrechtelijke complexiteit zou kunnen ontdoen, daar een pre-pack dan eveneens kan worden aangewend ingeval voortzetting van onderneming het primaire doel is van de voorliggende procedure. Het uitgangspunt van de WOVOF is immers dat – mits de transactie in zijn algemeenheid kwalificeert als overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. BW – alle werknemers met behoud van arbeidsvoorwaarden mee overgaan. Vervolgens wordt dat verstreckende uitgangspunt in dit wetsvoorstel op een aantal manieren afgezwakt ten gunste van de verkrijger. Zie hieromtrent: J. van der Pijl, 'Het Heiploeg-arrest Annotatie bij Hof van Justitie van de EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321', TAC 2022/4, p. 169.

²⁹ Reactie Commissie Justitie & Veiligheid van de Eerste Kamer van 18 juni 2019 (korte aantekeningen vergadering commissie Justitie en Veiligheid (J&V) van 18 juni 2019 - Eerste Kamer der Staten-Generaal). Kamerstukken II 2014/15, 34218, 2 (Wet Continuïteit Ondernemingen I). Via: 'Pre-pack na het Heiploeg arrest', wijnenstael.nl, geraadpleegd 12 januari 2023.

³⁰ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg).

³¹ 'Kabinet wil maatschappelijke schade in faillissementen voorkomen', rijksoverheid.nl, geraadpleegd op 30 november 2022.

³² W.H.A.C.M. Bouwens, 'De comeback van de pre-pack', TRA 2022/48, p. 13.

werknemers dan wel jegens derden ten behoeve van de werknemers. Daarbij kent de WOVOF een verruimde bevoegdheid tot wijziging van arbeidsvoorwaarden, vermits dit in overleg met de vakbonden geschiedt. Daar komt bij dat een eventueel bestaand concurrentiebeding vervalt voor werknemers die na de overgang van onderneming niet in dienst treden bij de verkrijger. Tot slot wordt adviesrecht toegekend aan de ondernemingsraad respectievelijk de personeelsvertegenwoordiging.³³

Thans is er nog een novelle toegevoegd aan WCO-I.³⁴ Deze novelle houdt verband met het faillissement van twee Nederlandse ziekenhuizen in 2018. Deze novelle strekt ertoe dat de regels van WCO-I alleen van toepassing worden verklaard op schuldenaren die activiteiten verrichten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend. Doel hiervan is het in de toekomst voorkomen van chaotische faillissementsafwikkelingen rond instellingen met een cruciale maatschappelijke functie; in casu ziekenhuizen en diens patiënten. Door hier de pre-pack toe te passen – zo is de aanname – kan maatschappelijke onrust bij dergelijke faillissementen worden voorkomen. Daar komt nog bij dat de mogelijkheid van voortzetting van de onderneming dan wel een doorstart als doelomschrijving uit voornoemd wetsvoorstel zijn verdwenen. De pre-packprocedure waarin de beoogd curator (feitelijk de bewindvoerder op dat moment) in een vroeg stadium wordt aangezocht is nog slechts gericht op een ‘gecontroleerde afwikkeling’.

1.1.7 Voorstel van de Europese Commissie voor een nieuwe Richtlijn tot harmonisatie van bepaalde aspecten van het insolventierecht

Tot slot heeft de Europese Commissie een voorstel gedaan voor een Richtlijn van het Europees Parlement en De Raad tot harmonisatie van bepaalde aspecten van het insolventierecht.³⁵ Meer in het bijzonder bevat titel iv van het voorstel een geharmoniseerd kader voor de pre-packprocedure, waaronder een versnelde vereffeningprocedure wordt verstaan waarbinnen (een gedeelte van) de onderneming als lopend bedrijf wordt verkocht, aldus art. 2 sub p van de conceptriblijn. In overweging 22 van de considerans van de conceptriblijn wordt overwogen dat met een pre-packprocedure meer waarde wordt gegenereerd dan met de afzonderlijke verkoop van activa.³⁶

In het voorstel wordt, evenals nu het geval is, één procedure beschreven met onderscheidenlijk een voorbereidingsfase en een vereffeningfase. In de eerste fase wordt een koper voor de onderneming gezocht, waarbij de vervreemder beheer- en beschikkingsbevoegd blijft over diens vermogen – met een eventuele afkoelingsperiode. In de tweede fase wordt de vervreemding overeengekomen en geëffectueerd. Deze tweede fase – de vereffeningfase – wordt aldus aangemerkt als een ‘faillissementsprocedure of soortgelijke procedure’ in de zin van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG. Daarenboven bevat de Richtlijn regels over het verkoopproces.³⁷ Dit aspect van de conceptriblijn – dat specifiek ziet op de pre-pack – vormt in wezen een codificatie van het arrest Heiploeg, aldus Schuijling.³⁸

De Nederlandse regering heeft thans laten weten een positieve grondhouding te hebben ten opzichte van het voorstel van de Europese Commissie.³⁹ De regering stelt in te zetten op een meer op ‘principes gebaseerd[e]’ uitwerking van de pre-pack, hetgeen in lijn is met de gedetailleerde uitwerking in de conceptriblijn. Onduidelijk is echter tot op heden hoe de uiteindelijke Richtlijn er uit zal zien en wat de dienaangaande gevolgen zijn voor de voornoemde Nederlandse wetsvoorstellen WCO-I en de

³³ J. van der Pijl, ‘Het Heiploeg-arrest. Annotatie bij Hof van Justitie van de EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321’, *TAC* 2022/4, p. 169.

³⁴ ‘Novelle WCO-I’, internetconsultatie.nl, geraadpleegd op 22 januari 2023.

³⁵ Brussel, 7 december 2022, Voorstel voor een RICHTLIJN VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD tot harmonisatie van bepaalde aspecten van het insolventierecht (COM/2022/702 final), 2022/0408 (COD). ‘Het voorstel heeft een interne markt rechtsgrondslag (art. 114 VWEU) en streeft er vooral naar het vrij kapitaalverkeer te bevorderen. Ondanks de focus op de kapitaalunie wordt vergaande harmonisatie van diverse privaatrechtelijke onderwerpen voorgesteld.’ Zie B.A. Schuijling, ‘Het Commissievoorstel voor een nieuwe insolventierichtlijn’, *FIP* 2023/1.

³⁶ B.A. Schuijling, ‘Het Commissievoorstel voor een nieuwe insolventierichtlijn’, *FIP* 2023/1, p. 15.

³⁷ PHR 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (Conclusie A-G Drijber), r.o. 3.28.

³⁸ B.A. Schuijling, ‘Het Commissievoorstel voor een nieuwe insolventierichtlijn’, *FIP* 2023/1, p. 15.

³⁹ *Kamerstukken II*, 2022/2023, 22 112, nr. 3598.

WOVOF. Hierbij wordt niet uitgesloten dat beide wetsvoorstellen worden aangehouden tot de Richtlijn te zijner tijd is aangenomen.⁴⁰

1.2 Relevantie

Al het vorengaannde overwegende blijkt het in essentie te draaien om de vraag hoe nu moet worden bepaald of een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure – in casu: de pre-pack – gericht is op liquidatie van het vermogen van de vervreemder dan wel op voortzetting van de onderneming. Wat is – met andere woorden – het primaire doel van de betreffende procedure. Welke gezichtspunten vallen hier te ontwaren in de jurisprudentie van het Hof van Justitie?

Aangezien in Nederland – gezien de internationaal onzekere omstandigheden en dienaangaande financieel-economische volatiliteit – een faillissementsgolf⁴¹ verwacht wordt, en de pre-pack hier mogelijk een belangrijke rol kan spelen, is duidelijkheid omtrent dit vraagstuk essentieel voor de Nederlandse insolventiepraktijk. Zowel de zaak Estro als de zaak Heiploeg laten namelijk zien dat zich onder de huidige systematiek een probleem voordoet. De potentiële verkrijger van de onderneming kan nu immers geen reële inschatting maken van wat een rechter zal vaststellen (is de procedure nu primair gericht op voortzetting of toch op liquidatie) op het moment dat niet-geselecteerde werknemers zich op het standpunt stellen dat de regels omtrent overgang van onderneming van toepassing zijn, hetgeen een eventuele transactie bemoeilijkt.⁴² Dit risico kan worden beperkt als aan de voorkant een reële inschatting kan worden gemaakt van het primaire doel van de voorliggende procedure. Daarop richt zich dit onderzoek.

1.3 Wat gaat worden onderzocht? Oftewel: de onderzoeksvraag

Waar vindt een pre-pack nu het scharnierpunt tussen liquidatie van het vermogen van de vervreemder enerzijds en voortzetting van onderneming anderzijds en welke gezichtspunten vallen hieruit te ontwaren?

Deelvragen

1. Wat houdt de Nederlandse pre-pack(praktijk) in?
2. Wat zijn de aard en strekking van de Europese Richtlijn 2001/23/EG – meer in het bijzonder art. 5 lid 1 Europese Richtlijn 2001/23/EG – toegespitst op de pre-pack?
3. Wat zijn de implicaties van de meest recente uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie inzake de pre-packpraktijk in Nederland?
4. Waar scharniert – kijkend naar enerzijds Heiploeg en anderzijds Estro – een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure, meer in het bijzonder de pre-pack, op liquidatie van het vermogen van de vervreemder dan wel voortzetting van onderneming?

⁴⁰ PHR 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (Conclusie A-G Drijber), r.o. 3.29.

⁴¹ 'Faillissementsgolf nog steeds aanstaande, ondanks coronasteunmaatregelen', universiteit leiden.nl, geraadpleegd op 30 december 2022.

⁴² R.J. van Galen, 'Overgang van onderneming in faillissement: de stand van zaken na Heiploeg', *Ondernemingsrecht* 2022/55, p. 344.

1.4 Methode van onderzoek

Allereerst zal aan de hand van de juridische literatuur worden gezien wat de Nederlandse pre-packpraktijk nu eigenlijk inhoudt. Vervolgens zal – door middel van een inhoudelijke analyse van relevante wetgeving, rechtspraak en de daaromtrent verschenen juridische literatuur in onderlinge samenhang bezien – worden gekeken wat de aard en strekking is van de Europese Richtlijn 2001/23/EG – meer in het bijzonder art. 5 lid 1 Europese Richtlijn 2001/23/EG – toegespitst op de pre-pack. Hierop volgend zal worden aanschouwd wat de implicaties zijn van de meest recente uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie inzake de pre-packpraktijk in Nederland. Hiermee is als het ware een kader geschetst waarbinnen de vierde deelvraag – en daarmee tevens de onderzoeksvraag – kan worden beantwoord. Hierbij zal het arrest Heiploeg worden vergeleken met het arrest Estro, om zo te trachten gezichtspunten te ontwaren waaruit kan blijken of naar maatstaven van het Hof van Justitie (indachtig art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG) nu sprake is van een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure – in dit geval de pre-pack – gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder dan wel op voortzetting van onderneming. Het betreffen hier immers de standaardarresten op het terrein van de pre-packprocedure, waarmee in feite weer wordt getracht de verhouding tussen het geldende recht (Richtlijn 2001/23/EG alsmede de Nederlandse codificatie daarvan) en de in de praktijk geldende problemen rond dit geldende recht helder te krijgen.⁴³ Met het vorengaande kan – in het licht van relevante (concept)wetgeving, rechtspraak en de daaromtrent verschenen juridische literatuur⁴⁴ alsmede de betreffende faillissementsverslagen – vervolgens de onderzoeksvraag worden beantwoord.

Ten aanzien van de verantwoording van de methode van onderzoek ter beantwoording van de onderzoeksvraag hier ten besluite nog het volgende. Legt men het arrest Estro naast het arrest Heiploeg dan zijn hieruit in directe zin niet de gezichtspunten te abstraheren. Het enige door het Hof van Justitie expliciet gesubstantieerde feitelijke verschilpunt – dat zou bestaan uit het feit dat bij Heiploeg, anders dan bij Estro, sprake zou zijn van de onafwendbaarheid van het faillissement – blijkt dit, aldus onder anderen A-G Drijber, bij nader inzien niet te zijn. Voor het overige merkt Het Hof van Justitie in het arrest Heiploeg weliswaar op dat de feiten in voornoemd arrest wezenlijk anders lagen dan bij Estro, maar geeft hier vervolgens nergens expliciete voorbeelden van. Dit laatste komt – wat de scribent betreft – in ieder geval ten dele door het feit dat de Hoge Raad in diens verwijzing lang niet alle relevante feiten en omstandigheden heeft meegenomen in de formulering van de prejudiciële vragen, hetgeen raadpleging van de onderliggende faillissementsverslagen noodzakelijk maakte. Derhalve heeft de scribent deze feitelijke verschillen gedeeltelijk zelf geabstraheerd, om hier vervolgens de door het Hof van Justitie abstract geformuleerde verschillen tussen liquidatie enerzijds en voortzetting anderzijds overheen te leggen. Noem het een tekstuele contactvloeistof. Op dien wijze is vervolgens getracht een set gezichtspunten te formuleren die enerzijds recht doen aan de complexiteit en weerbarstigheid van het vraagstuk, en anderzijds hanteerbaar zijn voor de rechtspraak.

⁴³ P. Verschuren e.a., Het opstellen van een juridisch onderzoeksplan. Een handreiking bij het doen van juridisch onderzoek en het maken van onderzoeksvorstellen, Nijmegen: Radboud Universiteit 2006, p. 14-15.

⁴⁴ P. Verschuren e.a., Het opstellen van een juridisch onderzoeksplan. Een handreiking bij het doen van juridisch onderzoek en het maken van onderzoeksvorstellen, Nijmegen: Radboud Universiteit 2006, p. 15-17.

Hoofdstuk 2 De Nederlandse pre-packpraktijk

2.1 Het procedé

In dit hoofdstuk zal uiteen worden gezet wat nu verstaan moeten worden onder de pre-pack in Nederland. In 2011 is de pre-pack in Nederland geïntroduceerd.⁴⁵ Het betreft in feite een herstructureringsmechanisme, dat in voorkomende gevallen een oplossing kan bieden voor verlies van ondernemerswaarde voortkomend uit faillissement.⁴⁶ Zoals gezegd is de pre-pack – vanwege de misbruikmogelijkheden – niet onomstreden. Feit is dat de pre-pack in Nederland vrijwel niet meer is aangewend sinds het Hof van Justitie het Estro-arrest heeft gewezen.⁴⁷ De pre-pack is potentieel echter nieuw leven ingeblazen met het verschijnen van het arrest Heiploeg van het Hof van Justitie.⁴⁸ Het Hof van Justitie biedt in dit arrest een potentieel hernieuwde mogelijkheid voor het aanwenden van de pre-pack onder daartoe geformuleerde voorwaarden, waarover meer in hoofdstuk vier. In dit hoofdstuk zal het procedé van de pre-pack worden besproken, om vervolgens in te gaan op de vraag waarom de pre-pack (tijdelijk) van het toneel verdwenen is. Tot slot wordt een blik geworpen op een mogelijke toekomst voor de pre-pack.

Het faillissement draait in wezen om de verdeling van het vermogen van de failliet onder diens crediteuren, met als voornaamste doel een zo hoog mogelijke verhaalsopbrengst.⁴⁹ Bij het realiseren van een zo hoog mogelijke verhaalsopbrengst zijn er twee complicerende factoren aan te wijzen. Ten eerste is de verhaalsopbrengst over het algemeen hoger als deze ‘going concern’ wordt verkocht, dat wil zeggen als een lopend bedrijf. Dit houdt – binnen de context van de waardebepaling van een onderneming – in dat de betreffende onderneming blijft bestaan met instandhouding van de activa van de onderneming als geheel, waarmee winst kan worden gerealiseerd. Dit verhoogt de waarde van een onderneming die wordt doorverkocht vanuit een doorstart veelal.⁵⁰ Het geheel is immers vaak meer waard dan de som der delen. Ten tweede ziet men dat – in contrast met het vorengaande – de waarde van de activa veelal vermindert ten gevolge van het faillissement. De insolventieprocedure heeft immers een publiek karakter, dat tot gevolg heeft leveranciers zich terugtrekken en klanten het vertrouwen in de onderneming verliezen, hetgeen de onderneming schade berokkent.⁵¹ De pre-pack is in feite een mechanisme dat voornoemde twee factoren tracht te ondervangen.

De pre-pack kent aldus een formele en een informele variant. In het kader van de faillissementsaanvraag benoemt de aangezochte rechtbank bij de formele variant een deskundige in de hoedanigheid van een beoogd curator.⁵² Bij de informele variant echter, neemt de schuldenaar zelf contact op met een beoogd curator, waarna de verhouding nader wordt geconcretiseerd in een overeenkomst van opdracht conform art. 7:400 e.v. BW en daarna een rechtbank wordt aangezocht.⁵³ Dit is eigenlijk het enige en kenmerkende verschil tussen beide varianten, waarbij meteen moet worden opgemerkt dat het onderscheid in de praktijk niet of nauwelijks van belang lijkt te zijn.

Alvorens een doorstart wordt voorbereid, toetst de beoogd curator allereerst of is voldaan aan de vereisten voor een faillissement, om daarna te bekijken of er reële mogelijkheden zijn voor voortzetting van onderneming.⁵⁴ Om in dit stadium de kansen op een succesvolle doorstart te

⁴⁵ N.W.A. Tollenaar, ‘Faillissementsrecht in Nederland: geef ons de pre-pack!’, *TvI* 2011/23.

⁴⁶ ‘Pre-pack na het Heiploeg arrest’, wijnstael.nl, geraadpleegd 4 februari 2023.

⁴⁷ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, *JAR* 2017/187, m.nt. Loesburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 48.

⁴⁸ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg).

⁴⁹ N.J. Polak en N.B. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 3.

⁵⁰ ‘Pre-pack na het Heiploeg arrest’, wijnstael.nl, geraadpleegd 4 februari 2023.

⁵¹ A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement (Serie Onderneming en Recht, nr. 118, 2020)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 38-39.

⁵² N.J. Polak en N.B. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 580.

⁵³ J.R. Hurenkamp, *De pre-pack in de praktijk; een analyse van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden*, Amersfoort: Celsus juridische uitgeverij 2014, p. 9.

⁵⁴ ‘Pre-pack na het Heiploeg arrest’, wijnstael.nl, geraadpleegd 4 februari 2023.

vergroten, wordt reeds hier afgestemd met de beoogd rechter-commissaris.⁵⁵ De doorstart wordt zo dus als het ware voorverpakt. Als deze voorverpakking is voltooid, wordt het faillissement uitgesproken, en wordt – met het welbevinden van de rechter-commissaris – de doorstart geformaliseerd. De pre-pack is zo aldus een feit.

2.2 De ontstaansgeschiedenis

De pre-pack betreft een herstructureringsvorm die is ontstaan in het Verenigd Koninkrijk (aldaar voluit bekend onder de noemer: ‘pre-packaged insolvency’⁵⁶), en in 2011 is overgewaaid naar Nederland.⁵⁷ Opvallend is hierbij dat drie van de elf rechtbanken in Nederland, te weten de rechtbank Midden-Nederland, de rechtbank Overijssel en de rechtbank Limburg hun medewerking categorisch weigerde, vanwege de ontbrekende wettelijke grondslag voor de pre-pack.⁵⁸ De andere acht rechtbanken pasten de pre-pack in principe wel toe. Twee jaar na de introductie van de pre-pack is het wetsvoorstel WCO-I aangeboden ter consultatie, waarna dit wetsvoorstel uiteindelijk op 21 juni 2016 is aangenomen door de Tweede Kamer.⁵⁹ Er was echter ook commentaar op de pre-pack.⁶⁰ Het feit dat met de pre-pack de ontslagbescherming van werknemers geweld aan werd gedaan, vormde hierbij het belangrijkste tegenargument.⁶¹ Ook het ontbreken van een wettelijke basis vormde – zoals gezegd – destijds al een heikel punt, evenals het feit dat de pre-pack naar zijn aard niet transparant was. Het gebrek aan transparantie zit hem in het feit dat – buiten potentiële verkrijgers en betrokken banken – vrijwel niemand weet heeft van de op handen zijnde pre-packprocedure. Enerzijds is dit een belangrijke conditie voor het welslagen van de pre-pack (juist de onrust bij klanten en crediteuren zorgt immers vaak voor waardevermindering van de onderneming), maar anderzijds contrasteert het vorengaande met het traditionele openbare karakter van faillissementen in Nederland.

Nu is het zo dat de bescherming die werknemers genieten bij overgang van onderneming niet geldt wanneer de betreffende werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort, aldus art. 7:666 lid 1 sub a BW. Zoals we echter al in de inleiding gezien hebben, zijn de drie cumulatieve vereisten van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG zoals het Hof van Justitie deze heeft geformuleerd echter strikter dan de Nederlandse codificatie doet vermoeden, al is dit natuurlijk pas gebleken uit jurisprudentie hieromtrent na de codificatie. Dit laat echter onverlet dat er licht schijnt tussen de Nederlandse codificatie van de Richtlijn, en de Richtlijn zélf. Dit verklaart ook mede de daarna ontstane jurisprudentie van het Hof van Justitie hieromtrent. Daarover meer in hoofdstuk drie en vier van deze scriptie.

Het personeelsbestand vormt dus nogmaals vaak de grootste kostenpost binnen een onderneming. Een pre-pack gaat dan ook veelal gepaard met ontslag van (een deel van) het werknemersbestand, waarbij (een deel van) de betreffende werknemers een nieuwe arbeidsovereenkomst aangaan met de verkrijger, vaak onder voor de verkrijger gunstige(re) omstandigheden dan dat de werknemers genoten bij de vervreemder. Aldus is hierbij de kritiek dat een pre-pack de waarde van de onderneming laat stijgen ten koste van de werknemers in kwestie.⁶² Hier wordt dan ook wel het argument gehuldigd dat een pre-pack naar zijn aard voornamelijk gericht zou zijn op voortzetting van de onderneming, waarmee een besparing van de kosten wordt beoogd door de pre-pack aan te wenden om het personeelsbestand te herschikken met de voordelen van het

⁵⁵ J.R. Hurenkamp, De pre-pack in de praktijk; een analyse van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden, Amersfoort: Celsus juridische uitgeverij 2014, p. 9.

N.J. Polak en N.B. Pannevis, Insolventierecht, Deventer: Wolters Kluwer 2022, p. 581.

⁵⁶ M. Kullmann, ‘Bezint eer ge begint: de gevolgen van de pre-pack die als overgang van onderneming kwalificeert’, *TRA* 2017/95, p. 40.

⁵⁷ N.W.A. Tollenaar, ‘Faillissementsrecht in Nederland: geef ons de pre-pack!’, *Tvl* 2011/23, §6.2.

⁵⁸ M.H.F. van Vugt ‘De Nederlandse pre-pack: time-o t please!’ *FIP* 2014/47, p. 26-27. zie tevens: Wet continuïteit ondernemingen I, Kamerstukken II 2014/15, 34218, 3 (MvT), p. 1.

⁵⁹ Kamerstukken II 2014/15, 34218, 2 (Wet Continuïteit Ondernemingen I).

⁶⁰ W.J.M. van Andel, ‘Stop met de pre-pack’, *Tvl* 2014/37.

⁶¹ A. van Hees, ‘Pre-packen voor de werknemers?’, *Tvl* 2016/18, p. 134-136.

⁶² ‘Pre-pack na het Heiploeg arrest’, wijnstael.nl, geraadpleegd 5 februari 2023.

niet van toepassing zijn van de beschermingsregels voor werknemers zoals die gelden bij overgang van onderneming. Dit terwijl de gedachte hierachter nu juist is dat deze regels niet gelden omdat een dergelijke faillissementsprocedure voornamelijk gericht zou zijn op liquidatie van het vermogen van de vervreemder en voldoening van de crediteuren van de failliet hier aldus voorrang moet hebben op de bescherming van de werknemers van de failliete onderneming. Zie hier het spanningsveld. Critici stellen aldus dat de beschermingsregels voor werknemers bij een pre-pack onverkort zouden moeten gelden.⁶³ Daarbij is ook wel de kritiek te horen dat concurrerende bedrijven worden benadeeld. De doorstartende onderneming is met het faillissement immers afgeslankt en bevrijd van achterstallige betalingsverplichtingen jegens de werknemers en daarmee is een gunstigere uitgangspositie verworven om de concurrentiestrijd terug aan te gaan. Men moet zich daarbij realiseren dat de met de going concern gerealiseerde meeropbrengst voor een aanzienlijk deel wordt gefinancierd uit de publieke kas die mede door de andere werkgevers is gevuld, nu de werknemers in kwestie voor de achterstallige loonbetalingsverplichtingen voornamelijk aanspraak zullen maken op de loongarantieregeling van art. 61 e.v. Werkloosheidswet. Anderszins zou onverkorte toepasselijkheid van de regeling overgang van onderneming na faillissement naar alle waarschijnlijkheid leiden tot een hogere werkloosheid, nu de hieruit voortkomende verplichtingen voor de verkrijger jegens de over te nemen werknemers een aanzienlijke – zo niet onoverkomelijke – drempel zouden vormen. De verkrijger kan de onderneming immers niet op voor de boedel aanvaardbare voorwaarden overnemen. Gevolg daarvan is waarschijnlijk dat de activa afzonderlijk zullen worden verkocht door de curator, zodat de werknemers alsnog op straat komen te staan.⁶⁴ Dit gaat dus juist ten koste van de werkgelegenheid en daarmee druist een dergelijke zienswijze paradoxaal genoeg juist in tegen de beschermingsgedachte van de Richtlijn. Zo bezien is de pre-pack in voorliggende gevallen een potentieel probaat middel. Te meer, wanneer men zich bedenkt dat bij een normale doorstart (die niet is voorverpakt) in de regel gemiddeld zo een 40% van werknemers meegaan naar de verkrijger.⁶⁵ Zet men dit af tegen faillissementen die zijn voorbereid met de pre-packmethode, dan ziet men dat ongeveer 73% van de werknemers meegaan naar de verkrijger.⁶⁶

2.3 De pre-pack in de ban

In het Estro-arrest uit juni 2017 stelt het Hof van Justitie zich op het standpunt dat de betreffende pre-pack onder de alhier specifieke omstandigheden niet zozeer was gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder (met een zo hoog mogelijke opbrengst voor de crediteuren in kwestie), maar veeleer op voortzetting van de onderneming. Daaraan doet volgens het Hof van Justitie niet af dat ook in deze faillissementsprocedure sprake was van een streven naar een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers, omdat de weegschaal in dit specifieke geval uitslaat naar een procedure die toch vooral gericht is op een voortzetting van de onderneming.⁶⁷ Op het hoe en waarom van deze uitspraak wordt nader ingegaan in hoofdstuk vier van deze scriptie, maar feit is dat de pre-pack in Nederland vrijwel niet meer is aangewend sinds het Hof van Justitie het Estro-arrest heeft gewezen. Grote onduidelijkheid bestond immers over de vraag wanneer een faillissementsprocedure zoals de pre-pack nu gericht is op liquidatie van het vermogen van de vervreemder respectievelijk voortzetting van onderneming. Het Estro-arrest was hierin het eerste kaderscheppende arrest ten aanzien van de pre-pack.

⁶³ A. van Hees, 'Pre-packen voor de werknemers?', *Tvl* 2016/18, p. 134-136.

⁶⁴ W.H.A.C.M. Bouwens, 'De comeback van de pre-pack', *TRA* 2022/48, p. 14.

⁶⁵ Ontwerp Memorie van Toelichting bij Wetsvoorstel rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement, p. 26. Zie voor een verdere verhandeling: M.R. van Zanten, 'Wetsvoorstel rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement: een gewenste transitie van het insolventierecht naar het arbeidsrecht?', *Tvl* 2020/6, p. 46.

⁶⁶ M.R. van Zanten, 'It takes Smallsteps to pre-pack, een analyse', in: E.J.R. Verwey, Ph.W. Schreurs & M.A. Broeders (red.), *De Curator en het Personeel (INSOLAD Jaarboek 2018)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 51.

⁶⁷ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, *JAR* 2017/187, m.nt. Loesburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 48. Via: *Pre-pack na het Heiploeg arrest*, wijnenstael.nl, geraadpleegd 6 februari 2023.

2.4 Heropleving van de pre-pack

Nadat de Hoge Raad in april 2020 prejudiciële vragen heeft gesteld aan het Hof van Justitie, volgt in april 2022 het arrest Heiploeg. Hierin komt het Hof van Justitie tot de conclusie dat de pre-packprocedure in het geval van Heiploeg voldoet aan de eisen van art. 5 lid 1 Europese Richtlijn 2001/23/EG, vermeldend dat er een expliciet onderscheid is tussen de feiten zoals deze lagen in het Estro-arrest respectievelijk het Heiploeg-arrest.⁶⁸ Anders dan in de zaak Estro, is het primaire doel van de pre-pack in de zaak Heiploeg liquidatie van het vermogen van de vervreemder, aldus het Hof van Justitie. De pre-pack is dus nog allerminst afgeschreven, zo kan men concluderen. Hierover meer in hoofdstuk vier.

⁶⁸ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 53-54.

Hoofdstuk 3 De aard en strekking van de Europese Richtlijn inzake de pre-pack

3.1 De Europese Richtlijn 2001/23/EG in historisch perspectief

Sedert de oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal – later opgegaan in de Europese Economische Gemeenschap en thans de Europese Unie – in het midden van de vorige eeuw is een algemene tendens waarneembaar, die is gericht op een toenemende invloed van EU-regelgeving en dienaangaande jurisprudentie op het Nederlandse recht; meer in het bijzonder het arbeidsrecht. Een streven was hierbij om – naast de primaire focus op de interne markt – de Europese Unie een meer sociaal gezicht te geven. Het startsein hiertoe is gegeven in 1974 met de introductie van het Sociaal Actie Programma. Dit heeft zich bijvoorbeeld geuit in het reguleren en verzachten van de sociale gevolgen van herstructureringen en collectieve ontslagen.⁶⁹

Meer concreet heeft dit zijn weerslag gekregen in diverse richtlijnen, te weten de Insolventierichtlijn, de Richtlijn Collectief Ontslag en de richtlijn waar het hier om draait: de Richtlijn Overgang van Onderneming. Deze richtlijnen leggen op hun beurt verplichtingen op aan Lidstaten, hetgeen in vorengaande context bijvoorbeeld heeft geresulteerd in een waarborgfonds in iedere Lidstaat, ter garandering van loondoorbetaling bij faillissement van de werkgever gedurende een zekere periode. In Nederland kennen wij dit als de loongarantieregeling.⁷⁰

3.1.1 Abels

De Richtlijn Overgang van Onderneming – meer in het bijzonder art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG – betreft in feite een codificatie van het zogeheten Abels-arrest van het Hof van Justitie uit 1985.⁷¹ Om te begrijpen welke vraag in dit arrest werd beantwoord is een korte aanloop noodzakelijk. De eerste versie van de Richtlijn Overgang van Onderneming dateert van 14 februari 1977, en hierin werd als volgt overwogen [dat]:

“(…) voorzieningen nodig zijn om de werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen, in het bijzonder om het behoud van hun rechten veilig te stellen.”⁷²

Onduidelijk was echter of de richtlijn ook van toepassing was ingeval de vervreemder was gefailleerd. Het Hof van Justitie beantwoordde deze vraag vervolgens ontkennend in het bewuste Abels-arrest. Opvallend en vermeldenswaardig hierbij is overigens dat reeds voorafgaande aan dit arrest de discussie hieromtrent was aangezwengeld en daarbij is gewezen op het feit dat de Nederlandse regering tot begin jaren '80 van de twintigste eeuw het standpunt was toegedaan dat de betreffende Richtlijn ook tijdens faillissement van toepassing was.⁷³ Hoe dit ook zij, het antwoord in het Abels-arrest luidde in 1985 aldus:

“Een ernstig risico van een tegen de sociale doelstellingen van het Verdrag ingaande algemene verslechtering van de levens- en de arbeidsomstandigheden van de werknemers valt derhalve niet uit te sluiten. Men kan dus niet concluderen dat richtlijn nr. 77/187 de lid-staten verplicht haar voorschriften ook toe te passen bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, die plaatsvinden in het kader van een faillissement, dat gericht is op een vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde rechterlijke instantie.”⁷⁴

⁶⁹ P. Huffman, *Arbeidsrecht en insolventie: een rechtsvergelijking* (diss. Amsterdam UvA), Sdu 2015, p. 29 e.v.

⁷⁰ J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie, over de rechtspositie van de werknemer van een insolvente werkgever*, Deventer: Wolters Kluwer (diss. Amsterdam UvA) 2019, p. 26.

⁷¹ HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985/900 (Abels).

⁷² Het betreft hier een ongenummerde overweging uit de considerans bij deze Richtlijn 77/187/EEG PbEG van 5 maart 1977, L61.

⁷³ R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 173-178.

⁷⁴ HvJ EU 7 februari 1985, NJ 1985/900 (Abels), r.o. 23.

Hieruit vallen duidelijk de drie cumulatieve vereisten te ontwaren die het Hof van Justitie later uiteen heeft gezet voor een rechtsgeldige uitzondering op art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG. Het zogeheten Abels-criterium is nadien in vier arresten nader gepreciseerd.⁷⁵ Deze arresten worden hier kort behandeld.

3.1.2 D'Urso & Spano/Fiat

In dit arrest is nagegaan of de betreffende faillissementsprocedure (of soortgelijke procedure, want de Lidstaten kennen een keur aan insolventieprocedures met ieder hun eigen kenmerken, vandaar dat dit een zo belangrijk criterium is) nu primair strekt tot liquidatie van het vermogen van de vervreemder, dan wel primair gericht is op voortzetting van de onderneming. Het Hof van Justitie gaat dan ook na wat nu precies het – in dit geval – tweeledige doel is van de buitengewoon bewind procedure in Italië.⁷⁶ In het D'Urso-arrest stelt het Hof van Justitie immers – voortbordurend op het Abels-criterium – dat het doel dat met de betrokken procedure wordt beoogd, het in aanmerking te nemen beslissende criterium is.⁷⁷ In dit arrest maakt het Hof van Justitie duidelijk dat een procedure niet éénduidig op liquidatie dan wel voortzetting gericht hoeft te zijn, maar dat het doel ook tweeledig kan zijn. De hamvraag is dan waar bij die tussenvariant de balans doorslaat naar ofwel liquidatie, ofwel voortzetting. Het Hof van Justitie verwoordt dit aldus:

“Wanneer 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, heeft die procedure primair tot doel, de onderneming in een zodanig evenwicht te brengen, dat haar werkzaamheid voor de toekomst verzekerd is. De daarmee nagestreefde sociaal-economische doelstelling kan, indien de betrokken onderneming geheel of gedeeltelijk wordt overgedragen, verklaren noch rechtvaardigen dat de werknemers de rechten zouden worden ontnomen die zij in de in de richtlijn gepreciseerde omstandigheden aan deze richtlijn ontleen.”⁷⁸

Alhoewel bovenstaande nuancering van het Hof van Justitie duidelijk maakt dat een procedure een tweeledig doel kan hebben – namelijk liquidatie van het vermogen van de vervreemder én voortzetting van de onderneming – en dat het er veeleer om gaat wat nu het primaire doel is, wordt in voornoemde jurisprudentie geen nadere duidelijkheid verschaft aangaande de vraag hoe nu de term ‘beoogd’⁷⁹ moet worden uitgelegd. Gaat het hier nu om de formele doelstelling van de wettelijke regeling in kwestie, of moet veeleer worden gezien wat de wijze is waarop in zijn algemeenheid (of meer in het bijzonder het specifieke geval) feitelijk uitvoering aan die procedure wordt gegeven?⁸⁰ De formele benadering heeft als voordeel dat zij duidelijk is en er niet of nauwelijks afbakeningsproblemen zijn. Het evidente nadeel is echter dat doel en praktijk van een insolventieprocedure nu eenmaal niet statisch zijn, maar constant in evolutie, zodat voornoemd doel en praktijk na verloop van tijd zodanig kunnen gaan divergeren, dat vasthouden aan het oorspronkelijke formele doel geen recht meer zou doen aan de werkelijkheid.⁸¹

⁷⁵ J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie*, over de rechtspositie van de werknemer van een insolvente werkgever, Deventer: Wolters Kluwer (diss. Amsterdam UvA) 2019, p. 161.

⁷⁶ J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie*, over de rechtspositie van de werknemer van een insolvente werkgever, Deventer: Wolters Kluwer (diss. Amsterdam UvA) 2019, p. 162.

⁷⁷ HvJ EU 25 juli 1991, *NJ* 1994/168 (D'Urso), r.o. 26. Vgl. HvJ EU 7 december 1995, *NJ* 1996/743 (Spano/Fiat), r.o. 24.

⁷⁸ HvJ EU 25 juli 1991, *NJ* 1994/168 (D'Urso), r.o. 32.

⁷⁹ Lees: ‘beoogd’ zoals de term in de eerste alinea van deze paragraaf wordt gebezigd.

⁸⁰ J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie*, over de rechtspositie van de werknemer van een insolvente werkgever, Deventer: Wolters Kluwer (diss. Amsterdam UvA) 2019, p. 162-163.

⁸¹ R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 185-186.

3.1.3 Dethier/Dassy & Europièces/Sanders

Ook in dit arrest wordt de term ‘beoogd’ in de context van het Abels-criterium gebruikt, zonder deze term verder te preciseren. Wel wordt een aanvulling op het begrip gegeven. Uit het arrest Dethier/Dassy blijkt dat naast de beoogde doelstelling van de betreffende procedure enerzijds eveneens rekening moet worden gehouden met de modaliteiten van de procedure, met name de vraag in hoeverre de werkzaamheid van de onderneming wordt voortgezet dan wel wordt gestaakt. Anderzijds dient te worden gekeken naar de doelstelling van de richtlijn.⁸² Het lijkt hier aldus te gaan om twee nevensgeschikte criteria.⁸³ Dat deze criteria nevensgeschikt zijn, wordt later bevestigd in het arrest Europièces/Sanders.⁸⁴ Het betreft overigens wel degelijk een cesuur ten opzichte van eerdere rechtspraak hieromtrent. Het Hof van Justitie beweegt van een nadruk op enkel en alleen het formele doel van de procedure naar een meer feitelijke toets, gebaseerd op de omstandigheden van het geval. Anders gezegd verschuift het Hof van Justitie het accent naar een benadering waarin het formele doel één van de factoren wordt waarmee men rekening dient te houden.⁸⁵

3.1.4 Tussenconclusie

Als men hier de stand van zaken opneemt, dan kan worden vastgesteld dat het Hof van Justitie voor wat betreft de ontwikkelde criteria in het kader van de Richtlijn Overgang van Onderneming nog geen heldere scheidslijn weet te schetsen. Alhoewel bij een doorstart na faillissement veelal sprake is van voortzetting van (een deel van) de betreffende onderneming, blijft het formele doel van de procedure liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Wat nu in een specifiek geval de doorslag geeft, wordt hier echter nog niet direct duidelijk.⁸⁶ Wel meent Beltzer uit vorengaande jurisprudentie te kunnen opmaken wat de verhouding is tussen ‘het formele doel’ enerzijds en ‘de modaliteiten’ anderzijds (en ‘het doel van de richtlijn’). De modaliteiten van de procedure in kwestie zouden pas een rol gaan spelen indien het formele doel geen uitsluitel geeft; dat wil zeggen wanneer het doel van de voorliggende faillissementsprocedure niet eenduidig kan worden vastgesteld.⁸⁷ Bij de klassieke faillissementsprocedure in Nederland volgt uit de tekst en het systeem van de Faillissementswet dat het oorspronkelijke doel was om het vermogen van de failliet uit te winnen (behoudens faillissementsakkoord) ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers.⁸⁸ Hier is het formele doel in beginsel helder.⁸⁹ Het moge duidelijk zijn dat het beeld bij de pre-packprocedure een stuk diffuser is. Dit verklaart mijns inziens ook de latere focus van het Hof van Justitie op de omstandigheden van het geval; het formele doel geeft hier eenvoudigweg geen uitsluitel. Hierover meer in hoofdstuk vier van deze scriptie.

⁸² HvJ EU 12 maart 1998, NJ 1999/143 (Dethier/Dassy), r.o. 25.

⁸³ J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie, over de rechtspositie van de werknemer van een insolvente werkgever*, Deventer: Wolters Kluwer (diss. Amsterdam UvA) 2019, p. 163.

⁸⁴ HvJ EU 12 november 1999, NJ 1999/520 (Europièces/Sanders), r.o. 28, laatste volzin.

⁸⁵ R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 189.

⁸⁶ W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal en D.M.A. Bij de Vaate, *Werknemers en insolventie. Een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever*. (Adviesrapport), Vrije Universiteit van Amsterdam 2015, p. 10.

⁸⁷ R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 191-193.

⁸⁸ R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 198-199. Zie tevens HvJ EU 28 april 2022, nr. C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321, JOR 2022/219 m.nt. Verburg, p. 2819.

⁸⁹ In beginsel, want om tot een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers te komen, is voortzetting van de onderneming tijdens faillissement (door de curator) met het oog op een zo spoedig mogelijke overdracht daarvan meesttijds de geijkte weg. Ook tijdens een klassieke faillissementsprocedure kunnen beide doelen dus overlappen. Beltzer maakt, met een verwijzing naar de vorige voetnoot mijnerzijds, hier echter al de terechte opmerking dat middel en doel hier niet mogen worden verward; voortzetting is hier immers eigenlijk louter een middel om het doel van een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers te bereiken.

3.1.5 Richtlijn 98/50/EG

Vervolgens verscheen in 1998 een herziene versie van de Richtlijn.⁹⁰ Dit betrof in wezen een codificatie van voorgaande rechtspraak van het Hof van Justitie. Uit de considerans van de Richtlijn blijkt immers dat het de Lidstaten uitdrukkelijk moet worden toegestaan om de artikelen 3 en 4 van Richtlijn 77/187/EEG niet toe te passen op een overgang in het kader van een liquidatieprocedure, met als doel het voortbestaan van insolvente ondernemingen te verzekeren.⁹¹

Opvallend is hierbij dat de Europese Commissie in de toelichting bij het oorspronkelijke voorstel voor de nieuwe Richtlijn – in het kader van de verworven rechten van werknemers enerzijds en de betrokken crediteuren anderzijds – expliciet stilstond bij het mogelijke conflict dat tijdens een insolventieprocedure zou kunnen ontstaan indien de betreffende Richtlijn onverkort zou worden toegepast. Overwogen werd dat arbeidsrecht en insolventierecht van oudsher gescheiden zijn in de Lidstaten; ze volgen veelal verschillende maar parallelle paden die elkaar niet vaak ontmoeten. Vervolgens brachten de economische omstandigheden van de jaren '70 en '80 van de vorige eeuw een proces van convergentie tussen beide rechtstakken met zich. Voornaamste doel hiervan was zorg dragen voor het voortbestaan van ondernemingen die zich in economische moeilijkheden bevonden en daaraan gekoppeld het behoud van werkgelegenheid. Dientengevolge zijn de rechten van zowel crediteuren als werknemers hervormd om zo het voortbestaan van noodlijdende ondernemingen te waarborgen.⁹²

Dit uitgangspunt is uiteindelijk vastgelegd in het toenmalige art. 4 bis Richtlijn 98/50/EG.⁹³ Met de introductie van art. 4bis Richtlijn 98/50/EG (thans art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG) liet de Europese Commissie zich in deze Richtlijn voor het eerst uit over de toepasselijkheid van de Richtlijn bij overgang van insolvente ondernemingen.⁹⁴ Hierbij was en is dus met name van belang dat binnen de Lidstaten allerlei verschillende insolventieprocedures bestaan, die naar aard van elkaar verschillen en niet allemaal te scharen zijn onder de noemer faillissementsprocedure, zodat de Richtlijn spreekt van een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder.⁹⁵ Het gaat hierbij dus niet om de naam, maar om de aard van het beestje. Wezen gaat voor de schijn, aldus Beltzer.⁹⁶

3.1.5 Richtlijn 2001/23/EG

Richtlijn 2001/23/EG beoogt de belangen van werknemers te beschermen bij overgang van onderneming. In het arrest Abels is vervolgens vastgesteld dat deze regel niet geldt wanneer sprake is van een faillissement. De ratio hierachter is dat bij een faillissement de belangen van de gezamenlijke schuldeisers zwaarder wegen dan het belang van bescherming van de werknemers van de faillierende onderneming. Deze uitzondering is thans gecodificeerd in art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG en komt neer op het feit dat de regels inzake overgang van onderneming door de betreffende Lidstaat buiten toepassing mogen worden gelaten, als – naast de andere twee cumulatieve vereisten – een nationale procedure tot doel heeft het vermogen van de vervreemder te liquideren, waarbij de modaliteiten⁹⁷ van de voorliggende procedure alsmede de doelstelling van de Richtlijn dat toelaten.⁹⁸

Spiegelbeeldig houdt dit aldus in dat wanneer een procedure op basis van de doelstelling van die procedure, dan wel de modaliteiten van die procedure, primair gericht is op voortzetting van de

⁹⁰ Richtlijn 98/50/EG van 29 juni 1998, PbEG, L 201.

⁹¹ Richtlijn 98/50/EG van 29 juni 1998, PbEG, L 201, blz. 88-92 (7).

⁹² Voorstel Europese Commissie van 8 september 1994, COM (94) 300, nr. 10.

⁹³ In de huidige Richtlijn 2001/23/EG is dit artikel vernummerd naar artikel 5 eerste lid. Inhoudelijk is echter geen nieuwe wijziging beoogd ten opzichte van dit art. 4bis Richtlijn 98/50/EG.

⁹⁴ R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 196.

⁹⁵ J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie, over de rechtspositie van de werknemer van een insolvente werkgever*, Deventer: Wolters Kluwer (diss. Amsterdam UvA) 2019, p. 165.

⁹⁶ R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming en faillissement: over een blinde vlek bij curatoren of wishful thinking onder arbeidsrechtjuristen', *FIP* 2014/360, p. 23. R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, Amsterdam: Corel 2023, p. 294.

⁹⁷ HvJ EU 12 maart 1998, *NJ* 1999/143 (Dethier/Dassy), r.o. 25.

⁹⁸ J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie, over de rechtspositie van de werknemer van een insolvente werkgever*, Deventer: Wolters Kluwer (diss. Amsterdam UvA) 2019, p. 166.

onderneming, de richtlijn – en dan in het bijzonder art. 3 en art. 4 Richtlijn 2001/23/EG – wordt geacht van toepassing te zijn. Concreet houdt dit in dat bij een overname – die als overgang van onderneming in de zin van de Richtlijn dient te worden aangemerkt – de arbeidsovereenkomsten van alle werknemers van rechtswege mee overgaan naar de verkrijger. Vorengaande is vastgelegd in art. 3 Richtlijn 2001/23/EG en thans in Nederland gecodificeerd in art. 7:663 BW. Daar komt bij dat de overgang op zichzelf welbeschouwd geenszins een reden kan vormen voor ontslag. Dit heeft zijn beslag gekregen in art. 4 lid 1 eerste volzin Richtlijn 2001/23/EG en is als opzegverbod gecodificeerd in art. 7:670 lid 8 BW.⁹⁹ Dit laat echter onverlet dat ontslagen alsnog mogelijk zijn als sprake is van economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen, aldus art. 4 lid 1 tweede volzin Richtlijn 2001/23/EG. Dit worden in de literatuur ook wel kortweg de ETO-redenen genoemd. Deze redenen zijn in Nederland echter niet gecodificeerd, maar worden daarentegen wel aanvaard.¹⁰⁰

Hierbij wordt tot slot nog gewezen op art. 5 lid 2 Richtlijn 2001/23/EG. Alhoewel dit artikellid buiten de reikwijdte van dit onderzoek valt, wordt hier ter inkadering toch kort stilgestaan bij dit artikellid. Mocht een Lidstaat de artikelen 3 en 4 namelijk wel van toepassing hebben verklaard tijdens op liquidatie van het vermogen van de vervreemder gerichte procedures, dan kunnen zij daarop ingevolge art. 5 lid 2 Richtlijn 2001/23/EG een aantal uitzonderingen maken. Uit onderzoek van de Europese Commissie uit 2007 bleek dat van de 25 Lidstaten die de Europese Unie destijds rijk was, elf lidstaten de Richtlijn ook toepasten bij procedures die primair gericht waren op liquidatie van het vermogen van de vervreemder.¹⁰¹ Nederland behoort (nog) niet tot deze groep Lidstaten.

⁹⁹ J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie, over de rechtspositie van de werknemer van een insolvente werkgever*, Deventer: Wolters Kluwer (diss. Amsterdam UvA) 2019, p. 167.

¹⁰⁰ E. Verhulp, in *T&C Arbeidsrecht*, art. 7:670 BW, aant. 9.

¹⁰¹ Verslag van de Commissie, COM (2007) 334 def., p. 8-9 en Bijlage I. Via: W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal en D.M.A. Bij de Vaate, *Werknemers en insolventie. Een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever*. (Adviesrapport), Vrije Universiteit van Amsterdam 2015, p. 12.

Hoofdstuk 4 Het Hof van Justitie van de Europese Unie schenkt klare wijn, of niet?

4.1 Estro

4.1.1 Inleiding

Estro Groep BV had destijds de grootste kinderopvangorganisatie van Nederland, met 380 vestigingen en zo een 3600 werknemers in dienst. In november 2013 bleek dat Estro vanaf de zomer van het volgende jaar niet meer aan zijn verplichtingen zou kunnen voldoen zonder aanvullende financiering.¹⁰² Het initiële plan was om met behulp van de voornaamste financiers en aandeelhouders, alsmede eventuele andere investeerders, te zorgen voor de benodigde aanvullende financiering. Dit heeft echter tot niets geleid. Parallel¹⁰³ aan dit initiële plan was echter project Butterfly opgevat. Dit plan strekte ertoe een belangrijk deel van Estro te verkopen uit faillissement door middel van een pre-pack. Van de 370 kinderdagopvanglocaties zouden dan 243 locaties doorstarten met behoud van werkgelegenheid voor zo een 2500 medewerkers (van de in totaal ca. 3600 medewerkers) en continuïteit van de dienstverlening in juli 2014.¹⁰⁴ Voor deze doorstart is uitsluitend onderhandeld met H.I.G. Capital als mogelijke verkrijger. H.I.G. Capital betrof een zusterverenootschap van de belangrijkste aandeelhouder genaamd Bayside Capital. Andere opties zijn nimmer onderzocht.¹⁰⁵

Estro heeft de rechtbank Amsterdam op 5 juni 2014 verzocht om een beoogd curator aan te stellen, waarop de beoogd curator is aangesteld per 10 juni 2014. Vervolgens is op 20 juni 2014 de verenootschap Smallsteps opgericht, om voor rekening van H.I.G. Capital het voornoemde deel van de kinderdagopvanglocaties over te nemen van Estro in het kader van de pre-pack. Daarop heeft Estro op 3 juli 2014 een e-mail doen uitgaan naar al haar medewerkers, met de mededeling dat op 4 juli 2014 het faillissement zou worden aangevraagd. Op 4 juli 2014 heeft Estro surseance van betaling aangevraagd bij de rechtbank Amsterdam, waarna dit verzoek op 5 juli 2014 is omgezet in een verzoek tot faillietverklaring. Het faillissement is daarop nog dezelfde dag uitgesproken.¹⁰⁶

Eveneens op 5 juli 2014 zijn de curator en Smallsteps een pre-pack overeengekomen. Uit hoofde van deze overeenkomst verbond Smallsteps zich ertoe circa 250 vestigingen over te nemen en 2600 medewerkers van Estro een arbeidsovereenkomst aan te bieden met ingang van de datum van faillissement. Vervolgens zijn op 7 juli 2014 alle medewerkers van Estro door de curator ontslagen met welbevinden van de rechter-commissaris.¹⁰⁷

De FNV en vier medeverzoekers, die door de curator waren ontslagen bij de verenootschap Estro maar geen nieuwe arbeidsovereenkomst kregen aangeboden door de verkrijgende verenootschap Smallsteps, hebben hierop een procedure aanhangig gemaakt bij de verwijzende rechter. Zij verzoeken primair een verklaring voor recht dat Richtlijn 2001/23/EG van toepassing is op de tussen Estro en Smallsteps overeengekomen pre-pack, zodat de vier medewerkers in casu thans van rechtswege mee over zijn gegaan van vervreemder Estro naar verkrijger Smallsteps met behoud van hun arbeidsvoorwaarden. Subsidiair wordt verzocht om vast te stellen dat art. 7:662 e.v. BW van toepassing zijn, nu de overgang van onderneming heeft plaatsgevonden vóór datum faillietverklaring,

¹⁰² Dit is een vaststelling van importantie (zie r.o. 17 van het arrest Estro), nu het Hof van Justitie in het arrest Heiploeg impliceert dat het faillissement van Estro – anders dan bij Heiploeg – nog te vermijden was. Ik kom hier nog op terug in paragraaf 4.4 van deze scriptie.

¹⁰³ Op het moment dat men zich bij Estro zette aan het opstellen van project Butterfly, liepen namelijk de onderhandelingen omtrent het initiële plan nog, aldus de curator van Estro. Uiteindelijk bleek geen van de benaderde partijen bereid additionele financiering te verstrekken. W.J.P. Jongepier, Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 – Periode stille bewindvoering, paragraaf 4.1-4.2.

¹⁰⁴ W.J.P. Jongepier, Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 – Periode stille bewindvoering, paragraaf 4.3.

¹⁰⁵ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, *JOR 2017/217*, m.nt. Verburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 16-20.

¹⁰⁶ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, *JOR 2017/217*, m.nt. Verburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 21-24.

¹⁰⁷ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, *JOR 2017/217*, m.nt. Verburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 24-26.

zo stelt althans de FNV en diens vier medeverzoekers. Smallsteps voert verweer strekkende tot afwijzing van hetgeen is gevorderd door de wederpartij.¹⁰⁸

De rechtbank heeft vervolgens besloten de behandeling van de zaak te schorsen en een viertal prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie. Deze prejudiciële vragen zijn hieronder integraal overgenomen en luiden als volgt:

“1. Verdraagt 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 (delen van) de onderneming, zich met doel en strekking van richtlijn 2001/23 en is artikel 7:666, lid 1, aanhef en onder a), BW in dat licht (nog) wel richtlijnconform?”

2. Is richtlijn 2001/23 van toepassing in het geval een door de rechtbank aangestelde zogeheten ‘beoogd curator’ zich al voor aanvang van het faillissement op de hoogte stelt van de situatie van de schuldenaar en de mogelijkheden onderzoekt van een mogelijke doorstart van de activiteiten van de onderneming door een derde partij en zich tevens voorbereidt op handelingen die kort na het faillissement moeten geschieden teneinde die doorstart te realiseren door middel van een activa transactie waarbij de onderneming van de schuldenaar of een gedeelte daarvan per datum faillissement of kort daarna wordt overgedragen en die activiteiten geheel of gedeeltelijk (vrijwel) ononderbroken worden voortgezet?”

3. Maakt het daarbij nog verschil of voortzetting van de onderneming het primaire doel is van de pre-pack, dan wel of de (beoogd) curator met de pre-pack en de verkoop van de activa in de vorm van een ‘going concern’ direct na het faillissement, primair [beoogt] te komen tot een maximalisatie van de opbrengst voor de gezamenlijk schuldeisers dan wel dat in het kader van pre-pack vóór het faillissement wilsovereenstemming voor de activaoverdracht (voortzetting van de onderneming) is bereikt en de uitvoering daarvan ná het faillissement wordt geformaliseerd en/of geëffectueerd? En hoe moet dit worden gezien indien zowel voortzetting van de onderneming, als opbrengstmaximalisatie wordt beoogd?”

4. Wordt het tijdstip van overgang van onderneming voor de toepasselijkheid van richtlijn 2001/23 en het daaruit voortvloeiende artikel 7:662 e.v. BW in het kader van een pre-pack voorafgaand aan het faillissement van de onderneming bepaald door de feitelijke wilsovereenstemming tot overdracht van de onderneming van vóór het faillissement of wordt dat tijdstip bepaald door het moment waarop de hoedanigheid van de ondernemer die de betrokken entiteit exploiteert van de vervreemder daadwerkelijk overgaat op de verkrijger?”¹⁰⁹

4.1.2 De conclusie van A-G Mengozzi

De A-G formuleert in feite twee voornamen uitgangspunten. Ten eerste wordt vastgesteld dat sprake is van een veranderende benadering in het hedendaagse insolventierecht, niet langer eenzijdig gericht op liquidatie van een insolvente onderneming, maar veeleer op het redden van levensvatbare onderdelen daarvan.¹¹⁰ Hieruit kan het standpunt worden afgeleid dat het insolventierecht een dynamisch karakter heeft, met ruimte voor flexibiliteit in de oordeelsvorming.¹¹¹ Ten tweede wordt als uitgangspunt genomen dat de hoofdregel van de Richtlijn is dat deze voorziet in een garantie van

¹⁰⁸ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, JOR 2017/217, m.nt. Verburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 27.

¹⁰⁹ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, JOR 2017/217, m.nt. Verburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 28.

¹¹⁰ Concl. A-G Mengozzi, ECLI:EU:C:2017:241, bij HvJ EU 22 juni 2017 ECLI:EU:C:2017:489 (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 4.

¹¹¹ J. van der Pijl, Arbeidsrecht en insolventie, over de rechtspositie van de werknemer van een insolvente werkgever, Deventer: Wolters Kluwer (diss. Amsterdam UvA) 2019, p. 182.

bescherming voor werknemers, waarop art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG een uitzondering maakt, zodat die bepaling noodzakelijkerwijze strikt moet worden uitgelegd.¹¹²

Uit een analyse van de reeds in hoofdstuk drie van deze scriptie uiteengezette jurisprudentie wordt vervolgens vastgesteld dat de uitsluiting van de bescherming van werknemers enkel gerechtvaardigd is ingeval de betreffende procedure – gezien de doelstellingen en de modaliteiten ervan – de liquidatie van het vermogen van de vervreemder beoogt.¹¹³

Wat de A-G betreft kan algemeen worden aangenomen dat wanneer de procedure bedoeld is of toegepast wordt om het operationele karakter van de onderneming (dan wel de levensvatbare onderdelen van die onderneming) te garanderen zodat de waarde kan worden behouden die direct samenhangt met het ononderbroken voortzetten van de exploitatie daarvan, deze overgang van onderneming plaatsvindt in het kader van een procedure die de voortzetting van de onderneming voor ogen heeft. Procedures die liquidatie van het vermogen van de vervreemder beogen, zorgen daarentegen enkel voor een zo hoog mogelijke uitbetaling van de crediteuren.¹¹⁴ Een betrekkelijk duidelijke zwartwit-benadering, kortom, die vervolgens weer lijkt te worden genuanceerd.¹¹⁵

De A-G benadrukt vervolgens namelijk dat er wel degelijk overlap kan zijn tussen liquidatie enerzijds en voortzetting anderzijds. De A-G stelt daartoe dat de waarde van een nog operationele onderneming veelal hoger is in termen van afzonderlijke activa, maar evenzo afgewogen tegen de waarde die dezelfde onderneming zou hebben vertegenwoordigd indien bekend mocht worden dat de onderneming in serieuze financiële malaise verkeert. Hieruit kan de conclusie worden getrokken dat het veiligstellen van het operationele karakter van de onderneming (dan wel de levensvatbare onderdelen daarvan) veelal resulteert in een potentieel hogere uitwinningswaarde, zodat de crediteuren een zo hoog mogelijke uitbetaling tegemoet kunnen zien. Daarentegen vormt het behoud van de onderneming echter een centraal element in procedures die voortzetting van de onderneming beogen. De A-G spreekt hier van het ultieme doel van de procedure als zodanig of van de toepassing daarvan in concreto. In procedures die vereffening beogen, dient dat behoud daarentegen ‘louter’ ter uitbetaling van de schuldeisers.¹¹⁶

De term ‘louter’ in deze context lijkt te impliceren dat het behoud van de onderneming dus bij uitsluiting het doel mag dienen een maximale betaling van de crediteuren te bewerkstelligen. De lat zou in dat geval erg hoog liggen. In de praktijk worden immers vaak nog andere subdoelen nagestreefd met een pre-pack.¹¹⁷ Volgens Beltzer is dat zelfs het geval in een reguliere Nederlandse faillissementsprocedure, zo mocht worden opgemaakt uit de arresten Sigmacon II en Maclou van de Hoge Raad.¹¹⁸ Beltzer riep in de jaren '90 van de vorige eeuw al de vraag op of het meer klassieke¹¹⁹ doel van de Nederlandse faillissementsprocedure – het belang van de gezamenlijke crediteuren bij een zo hoog mogelijke liquidatieopbrengst – niet achterhaald dreigde te geraken, en wierp – verwijzend naar de voornoemde twee arresten – de vraag op of andere belangen niet op zijn minst moeten meewegen en misschien zelfs moeten prevaleren boven het belang van de crediteuren.¹²⁰ In de literatuur wordt het vorengaande ook wel geschaard onder de noemer ‘forumgedachte’, hetgeen inhoudt dat de curator niet alleen rekening dient te houden met de belangen van schuldeisers, maar

¹¹² Concl. A-G Mengozzi, ECLI:EU:C:2017:241, bij HvJ EU 22 juni 2017 ECLI:EU:C:2017:489 (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 9-12. N.B. het Hof van Justitie neemt dit uitgangspunt uitdrukkelijk over: HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, *JOR* 2017/217, m.nt. Verburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 41.

¹¹³ Concl. A-G Mengozzi, ECLI:EU:C:2017:241, bij HvJ EU 22 juni 2017 ECLI:EU:C:2017:489 (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 53.

¹¹⁴ Concl. A-G Mengozzi, ECLI:EU:C:2017:241, bij HvJ EU 22 juni 2017 ECLI:EU:C:2017:489 (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 57.

¹¹⁵ J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie*, over de rechtspositie van de werknemer van een insolvente werkgever, Deventer: Wolters Kluwer (diss. Amsterdam UvA) 2019, p. 184.

¹¹⁶ Concl. A-G Mengozzi, ECLI:EU:C:2017:241, bij HvJ EU 22 juni 2017 ECLI:EU:C:2017:489 (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 58.

¹¹⁷ J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie*, over de rechtspositie van de werknemer van een insolvente werkgever, Deventer: Wolters Kluwer (diss. Amsterdam UvA) 2019, p. 184.

¹¹⁸ HR 24-02-1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, m.nt. W.M. Kleijn (Ontvanger/Gerritse, Sigmacon II). HR 19-04-1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, m.nt. W.M. Kleijn (Maclou/Curatoren Van Schuppen, Maclou en Prouvost).

¹¹⁹ Ph.W. Schreurs, ‘Smallsteps en de grote stappen die nu gezet moeten worden’, *ArA* 2017/3, p. 3-13.

¹²⁰ R.M. Beltzer, *Vereffenen is niet liquideren: het formele doel van de insolventieprocedure en richtlijn 277/187, TvI* 1998/8, p. 180-184.

eveneens met de belangen van meer maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en het behoud van werkgelegenheid.¹²¹ Een forum bovendien, omdat alle belangen gehoord en gewogen dienen te worden in dit model. De klassieke benadering daarentegen, wordt geschaard onder de term ‘schuldeisersbenadering’.¹²² Wat hier ook van zij, vastgesteld kan in ieder geval worden dat de oorspronkelijke doelen van het Nederlandse faillissementsrecht enerzijds en de gevolgde praktijk anderzijds sterk uiteen zijn gaan lopen.¹²³

Dat brengt ons terug bij de conclusie van de A-G. Hierbij komt de vraag op of een pre-pack in de redeneertrant van A-G Mengozzi in de weerbarstige insolventiepraktijk überhaupt nog tot de mogelijkheden behoort en binnen de liquidatiedoelstelling van de uitzonderingsbepaling van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG kan vallen.¹²⁴ Tot dan toe heeft de beschouwing van de A-G een relatief algemeen karakter, geënt op alle insolventieprocedures en niet specifiek gericht op de Nederlandse pre-pack.¹²⁵ Later in zijn conclusie gaat de A-G echter wel specifiek in op de Nederlandse pre-pack.¹²⁶ Volgens de A-G is bij de pre-pack geenszins sprake van een formele faillissementsprocedure die aanvangt met de faillietverklaring en die enkel voorafgegaan wordt door een informele procedure die niet tot de faillissementsprocedure behoort. Neen, volgens de A-G is veeleer sprake van één procedure met twee fases; een voorbereidende fase die zijn aanvang neemt vóór de faillietverklaring en een onmiddellijk op de faillietverklaring volgende fase.¹²⁷ Hier wordt nog op teruggekomen in de volgende paragraaf. De A-G is vrij onomwonden wanneer hij stelt dat de procedure die tot een pre-pack leidt niet kan worden ingedeeld bij de klassieke procedures die gericht zijn op de liquidatie van de onderneming. De A-G verwijst vervolgens naar WCO-I en kwalificeert het standpunt van de Nederlandse regering – dat ertoe strekt dat de pre-pack gericht is op liquidatie van het vermogen van de vervreemder – als zijnde ‘eigenaardig’.¹²⁸ De A-G stelt dat pre-pack in meerdere opzichten verschilt van de klassieke faillissementsprocedure. Zo vindt de pre-pack altijd plaats op initiatief van de betrokken rechtspersoon en kan de pre-pack niet worden ingeleid door bijvoorbeeld de crediteuren. Daar komt volgens de A-G nog bij dat de pre-pack in de omschreven voorbereidende fase (dus voor het uitroepen van het faillissement) een volledig informeel karakter heeft, waarbij zowel de beoogde rechter-commissaris evenals de beoogde curator iedere formele bevoegdheid in de procedure ontberen, zodat officiële controle zoals die is vormgegeven in de klassieke faillissementsprocedure alhier non-existent is.¹²⁹

Dit leidt volgens de A-G tot de volgende conclusie. Rekening houdend met het beoogde doel en de uitvoeringswijze ervan en alhoewel deze ten dele kan plaatsvinden als een faillissementsprocedure, kan niet worden gesteld dat de pre-pack 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. De voorliggende pre-pack valt aldus niet onder de uitzondering van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG, zodat art. 3 en 4 Richtlijn 2001/23/EG in casu van toepassing zijn.¹³⁰

¹²¹ R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 201.

¹²² R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 203.

¹²³ R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 205.

¹²⁴ J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie, over de rechtspositie van de werknemer van een insolvente werkgever*, Deventer: Wolters Kluwer (diss. Amsterdam UvA) 2019, p. 184-185.

¹²⁵ P.R.W. Schaink, ‘Het arrest van het Hof van Justitie inz. FNV c.s./Smallsteps’, *Tvl* 2017/22, p. 143.

¹²⁶ Concl. A-G Mengozzi, ECLI:EU:C:2017:241, bij HvJ EU 22 juni 2017 ECLI:EU:C:2017:489 (Smallsteps/FNV – Estro), vanaf r.o. 65.

¹²⁷ Concl. A-G Mengozzi, ECLI:EU:C:2017:241, bij HvJ EU 22 juni 2017 ECLI:EU:C:2017:489 (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 66.

¹²⁸ Concl. A-G Mengozzi, ECLI:EU:C:2017:241, bij HvJ EU 22 juni 2017 ECLI:EU:C:2017:489 (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 77 alsmede voetnoot 35 van de conclusie.

¹²⁹ Concl. A-G Mengozzi, ECLI:EU:C:2017:241, bij HvJ EU 22 juni 2017 ECLI:EU:C:2017:489 (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 82 alsmede voetnoot 35 van de conclusie. Via J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie, over de rechtspositie van de werknemer van een insolvente werkgever*, Deventer: Wolters Kluwer (diss. Amsterdam UvA) 2019, p. 185.

¹³⁰ Concl. A-G Mengozzi, ECLI:EU:C:2017:241, bij HvJ EU 22 juni 2017 ECLI:EU:C:2017:489 (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 84.

4.1.3 Het Hof van Justitie

Het Hof van Justitie stelt vast dat prejudiciële vragen één tot en met drie gezamenlijk moeten worden beantwoord en formuleert deze drie vragen vervolgens opnieuw tot de nu volgende vraag (aan de beantwoording van de vierde vraag komt het Hof van Justitie niet toe). Bezien moet worden of art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG zo dient te worden uitgelegd dat de door art. 3 en 4 Richtlijn 2001/23/EG gegarandeerde bescherming van werknemers behoort te worden gehandhaafd in een situatie waarin de overgang van onderneming plaatsvindt na faillietverklaring in de context van een daarvóór voorbereide- en onmiddellijk daarna uitgevoerde pre-pack, onder auspiciën van een door de rechtbank aangestelde beoogd curator, die op zijn beurt de kansen beziet voor een mogelijke voortzetting van de activiteiten van de onderneming door een derde-verkrijger en zich vervolgens voorbereid op handelingen die onmiddellijk na de faillietverklaring dienen te worden verricht ter verwezenlijking van de voortzetting van de onderneming.¹³¹

Het Hof van Justitie stelt zich – in lijn met de vorengaande conclusie van de A-G – op het standpunt dat het bij de pre-pack gaat om één procedure die bestaat uit een fase van voorbereiding voorafgaand aan het faillissement en een fase waarin de pre-pack wordt uitgevoerd direct na de faillietverklaring.¹³² Dit is een vaststelling van importantie, nu Verburg hierbij terecht opmerkt dat wanneer het om twee afzonderlijke procedures zou gaan, men kan beargumenteren dat er tot het moment van faillietverklaring thans nog geen sprake zou zijn van een overgang van onderneming en dat slechts de doorstart na de faillietverklaring een artikel 5 lid 1-procedure zou zijn.¹³³

Het Hof van Justitie neemt als uitgangspunt dat Richtlijn 2001/23/EG beoogt werknemers te beschermen bij overgang van onderneming. Daarop vormt art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG de uitzondering, en aangezien deze bepaling daarmee afwijkt van het hoofddoel van de Richtlijn, dient deze bepaling derhalve strikt te worden uitgelegd, aldus het Hof van Justitie.¹³⁴ Het Hof van Justitie benoemt vervolgens de drie cumulatieve vereisten en loopt deze alle drie langs. Voor wat betreft de eerste voorwaarde, stelt het Hof van Justitie dat een pre-pack onder een faillissementsprocedure in de zin van de Richtlijn valt, nu deze weliswaar wordt geprepareerd vóór de faillissementsprocedure, maar pas wordt uitgevoerd ná de faillissementsprocedure, waarmee de ‘transactie’ dus daadwerkelijk na het faillissement plaatsvindt.¹³⁵ Aan de eerste voorwaarde is aldus voldaan.

Vervolgens gaat het Hof van Justitie in op de tweede voorwaarde. Het Hof van Justitie overweegt hier allereerst dat vereist is dat de faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure is ingeleid met het oog op liquidatie van het vermogen van de vervreemder, waarbij het Hof van Justitie bovenal lijkt te impliceren dat dit niet alleen beantwoord moet worden bij de ‘soortgelijke procedure’, maar ook bij de faillissementsprocedure zélf.¹³⁶ Anders gesteld: de zinsnede ‘met het oog op liquidatie van het vermogen van de vervreemder’ in artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG slaat dus niet enkel terug op ‘soortgelijke procedure’, maar eveneens op de daaraan voorafgaande ‘faillissementsprocedure’.¹³⁷

¹³¹ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, *JAR* 2017/189, m.nt. Loesburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 37.

¹³² M. Kullmann, ‘Bezint eer ge begint: de gevolgen van de pre-pack die als overgang van onderneming kwalificeert’, *TRA* 2017/95, p. 40.

¹³³ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, *JOR* 2017/217, m.nt. Verburg (Smallsteps/FNV – Estro), §3 noot.

¹³⁴ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, *JAR* 2017/189, m.nt. Loesburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 41.

¹³⁵ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, *JAR* 2017/189, m.nt. Loesburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 46.

¹³⁶ R.J. van Galen, ‘Overgang van onderneming in faillissement: de stand van zaken na Heiploeg’, *Ondernemingsrecht* 2022/55, p. 340. HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, *JAR* 2017/189, m.nt. Loesburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 47.

¹³⁷ Dit is in wezen een opvallende constatering, nu deze interpretatie grammaticaal niet erg voor de hand ligt in de Nederlandse versie van de bepaling, en nog minder in de Franse versie: "Lorsque le cédant fait l'objet d'une procédure de faillite ou d'une procédure d'insolvabilité analogue ouverte en vue de la liquidation des biens du cédant". Voor de door het hof gegeven interpretatie zou men daar een komma verwacht hebben na "analogue" (en in de Nederlandse versie eigenlijk ook), zo merkt Van Galen terecht op in zijn tijdschriftartikel hieromtrent. R.J. van Galen, ‘Overgang van onderneming in faillissement: de stand van zaken na Heiploeg’, *Ondernemingsrecht* 2022/55, p. 342 (§5).

Zou dit laatste niet het geval zijn, dan zou faillissement immers in feite ‘buut vrij’ zijn.¹³⁸ Beltzer wees ten tijde van de Heiploeg zaak in eerste aanleg¹³⁹ al op de onwaarschijnlijkheid van dit argument.¹⁴⁰

Het Hof van Justitie stelt vervolgens dat de pre-pack gericht is op voortzetting van onderneming veeleer dan liquidatie van het vermogen van de vervreemder, wanneer de faillissementsprocedure primair strekt tot het veiligstellen van het operationele karakter van de onderneming dan wel het veiligstellen van levensvatbare onderdelen van diezelfde onderneming. Daarentegen is sprake van een primaire gerichtheid op liquidatie van het vermogen van de vervreemder wanneer wordt gestreefd naar een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers. Complicerende factor is hierbij dat voornoemde twee oogmerken kunnen overlappen, zoals in hoofdstuk twee reeds is vastgesteld.¹⁴¹

Het Hof van Justitie spreekt van ‘een pre-pack zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is’, wat aldus de implicatie in zich draagt dat de omstandigheden van het geval de doorslag geven bij de weging inzake het tweede vereiste. Vervolgens rept het Hof van Justitie van een ‘tot in de kleinste details’ voorbereide pre-pack, waarbij is beoogd de overdracht van de onderneming voor te bereiden om naadloos op de faillietverklaring een doorstart te bewerkstelligen, zodat de waarde van de onderneming en de werkgelegenheid behouden blijven.¹⁴² Derhalve kan ‘onder deze omstandigheden’ in casu volgens het Hof van Justitie niet worden gesteld dat een dergelijke transactie ‘de liquidatie van de onderneming’ beoogt, zodat de uitzondering van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG volgens het Hof van Justitie hier aldus geen opgeld doet.¹⁴³ Het is overigens opvallend dat het Hof van Justitie in dit arrest spreekt van de liquidatie van de onderneming (liquidatie van de rechtspersoon zélf dus, en niet sec de liquidatie van het vermogen van de vervreemder). Ik houd het hier aldus op een kennelijke verschrijving van het Hof van Justitie, te meer de juiste formulering – ‘met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder’ – ondubbelzinnig blijkt uit art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG.

Dat de transactie ‘tevens’ gericht is op ‘een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de schuldeisers’, doet daaraan niet af.¹⁴⁴ Het gaat – zo stelt het Hof van Justitie – om het ‘hoofddoel’ van de onderhavige transactie, en dat was alhier ‘het behoud van de failliete onderneming’.¹⁴⁵ Deze formulering van het Hof van Justitie impliceert overigens dat moet worden bekeken wat het primaire doel (het hoofddoel) is dat met de pre-pack wordt beoogd, zodat spiegelbeeldig kan worden vastgesteld dat wanneer de procedure tevens gericht zou zijn op voortzetting van de onderneming – en dus primair op liquidatie van het vermogen van de vervreemder – een pre-pack zeer wel onder de reikwijdte van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG kan vallen.

Maar wat maakt volgens het Hof van Justitie nu dat in het geval van Estro sprake was van een pre-pack die primair gericht was op voortzetting van onderneming? Welnu, ik breng in herinnering dat de vennootschap Estro – teneinde een poging te doen de onderneming te behouden – simultaan een tweetal plannen had opgevat. Allereerst was Estro van zins een investeringsronde te houden, en daarnaast bestond het idee een pre-pack te bewerkstelligen wanneer de investeringsronde geen of althans onvoldoende soelaas zou bieden. Voor wat betreft de voorgenomen pre-pack was echter slechts één vennootschap aangemerkt als potentiële verkrijger, en betrof het hier ook nog eens een vennootschap van nota bene de aandeelhouder van Estro, te weten H.I.G. Capital. Daarbij komt dat in vorengaand kader door de vervreemder tot in detail was onderzocht welke besparingen benodigd waren voor een winstgevende onderneming. Nadat reeds een beoogd curator was aangesteld, heeft

¹³⁸ R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, Amsterdam: Corel 2023, p. 291.

¹³⁹ Ktr. Almelo 28 juli 2015, ECLI:RBOVE:2015:3589.

¹⁴⁰ R.M. Beltzer, ‘Overgang van onderneming en faillissement: over blinde vlekken bij curatoren of wishful thinking bij arbeidsrechtjuristen’, *FIP* 2014. R.M. Beltzer, ‘Continuïteit van ondernemingen en pre-pack: hoe een idee een Europese richtlijn mist’, *O&F* 2015/1. Zie tevens instemmend: L.G. Verburg, ‘De doorstart in faillissement en het debiet van ‘662’’, *FIP* 2014. P.R.W. Schaik, ‘Doorstart Heiploeg na pre-pack: een arbeidsrechtelijke piketpaal’, *ArbeidsRecht* 2015/47.

¹⁴¹ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, *JAR* 2017/189, m.nt. Loesburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 48.

¹⁴² HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, *JAR* 2017/189, m.nt. Loesburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 49.

¹⁴³ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, *JAR* 2017/189, m.nt. Loesburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 50.

¹⁴⁴ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, *JAR* 2017/189, m.nt. Loesburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 51.

¹⁴⁵ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, *JAR* 2017/189, m.nt. Loesburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 52.

slechts een beperkt verkennend marktonderzoek plaatsgevonden.¹⁴⁶ Daarop is door H.I.G. Capital een vennootschap genaamd Smallsteps opgericht, waarmee de doorstart uiteindelijk is gerealiseerd. Bijkomend zijn de bestuurders van Estro (de vervreemder) overgegaan naar Smallsteps (de verkrijger). Alle voornoemde vennootschappen hebben eenzelfde belangrijkste aandeelhouder¹⁴⁷ gemeen, zodat geconcludeerd kan worden de activiteiten in praktische zin niet van eigenaar zijn gewisseld en de vennootschappen daarenboven dezelfde bestuursvoorzitter¹⁴⁸ hebben. Het Hof van Justitie overweegt dan ook dat de voorliggende pre-pack primair is gericht op voortzetting van onderneming en pas in tweede instantie op een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers. Dat de doorstart in de vorm van een pre-pack uiteindelijk heeft geresulteerd in de hoogst mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers, doet daaraan niet af.¹⁴⁹ Het gaat, kortom, om het primaire doel van de voorliggende procedure, aldus het Hof van Justitie.¹⁵⁰

Tot slot. Mijns inziens is op basis van dit arrest in de literatuur nogal eens ten onrechte de conclusie getrokken dat de pre-pack als zodanig niet te verenigen viel met art. 5 lid 1 Europese Richtlijn 2001/23/EG, waardoor de pre-pack in feite ten dode was opgeschreven.¹⁵¹ De pre-pack leek echter nieuw leven beschoren naar aanleiding van prejudiciële vragen van de Hoge Raad aan het Hof van Justitie in de zaak Heiploeg. Hierover gaat – na een kort intermezzo – paragraaf 4.3.

4.2 Intermezzo: Plessers

De zaken Estro en Heiploeg werden ook buiten onze landsgrenzen met interesse gevolgd. Een vraag die zich daarbij tussentijds voordeed, was of de overwegingen van het Hof van Justitie inzake Estro enkel zagen op de pre-pack, of dat deze overwegingen een ruimer bereik toekomt. Deze vraag kwam in de Belgische zaak Plessers¹⁵² impliciet aan de orde.¹⁵³ Alhoewel de zaak inhoudelijk geen nieuwe overwegingen van importantie toevoegt aan de reeds besproken (en te bespreken) jurisprudentie, maakt Plessers wel duidelijk dat de zaak Estro verder gaat dan alleen de pre-pack. Daarbij dient direct te worden opgemerkt dat Estro ook weer niet zover gaat, dat wanneer vooraf geen enkel plan is opgevat voor een doorstart en de curator naderhand de onderneming toch weet door te verkopen, de faillissementsuitsondering van art. 7:666 BW niet zou gelden, aldus Beltzer.¹⁵⁴ Het is om die reden dat deze uitspraak hier kort vermeld wordt.

¹⁴⁶ M.R. van Zanten, *It takes Smallsteps to pre-pack*, in: E.J.R. Verwey, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (red.), *De curator en het personeel* (INSOLAD Jaarboek 2018), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 34-36.

¹⁴⁷ Bayside Capital was immers de belangrijkste aandeelhouder van H.I.G. Capital, en laatstgenoemde was weer de belangrijkste aandeelhouder van Estro Groep B.V., aldus curator W.J.P. Jongepier, *Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 – Periode stille bewindvoering*, paragraaf 3.3.

¹⁴⁸ W.J.P. Jongepier, *Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 – Periode stille bewindvoering*, paragraaf 5.4 en 7.3.

¹⁴⁹ *'Pre-pack na het Heiploeg arrest'*, wijnstael.nl, geraadpleegd 6 februari 2023.

¹⁵⁰ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, *JAR* 2017/189, m.nt. Loesburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 48 en 52.

¹⁵¹ M.R. van Zanten, *It takes Smallsteps to pre-pack*, in: E.J.R. Verwey, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (red.), *De curator en het personeel* (INSOLAD Jaarboek 2018), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 54.

¹⁵² HvJ EU 16 mei 2019, ECLI:EU:C:2019:424 (Plessers).

¹⁵³ R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, Amsterdam: Corel 2023, p. 293-294.

¹⁵⁴ R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, Amsterdam: Corel 2023, p. 294 met verwijzing in voetnoot 750 naar het Hof Arnhem-Leeuwarden 30 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9900 (FNV/ Vleems Bakery). FNV heeft vervolgens beroep in cassatie ingesteld tegen voornoemde uitspraak, waarna de Hoge Raad dit beroep zonder nadere motivering (art. 81 lid 1 RO) heeft verworpen, zo blijkt uit: HR 13 oktober 2022 ECLI:NL:HR:2022:1446 (FNV/ Vleems Bakery).

4.3 Heiploeg

4.3.1 Inleiding

Het Heiploeg-concern betrof een groothandel in vis en zeevruchten en bestond uit meerdere vennootschappen.¹⁵⁵ In de jaren 2011 en 2012 leed Heiploeg aanzienlijke financiële verliezen¹⁵⁶, waarbij in november 2013 door de Europese Commissie aan vier vennootschappen van het Heiploeg-concern een geldboete¹⁵⁷ werd opgelegd van 27 miljoen euro vanwege kartelvorming.¹⁵⁸ Aangezien Heiploeg in ernstige financiële troebelen verkeerde, kon er geen bank bereid gevonden worden om deze geldboete te financieren. Vanaf het moment dat de boete daadwerkelijk werd opgelegd zijn vervolgens de mogelijkheden voor een pre-pack onderzocht. Hiertoe zijn een keur aan – van het Heiploeg-concern¹⁵⁹ onafhankelijke – vennootschappen aangezocht om een bod uit te brengen op de activa van het Heiploeg-concern. Uiteindelijk is het bod van Parlevliet & Van der Plas B.V. als beste beoordeeld, waarna met deze vennootschap is dooronderhandeld.¹⁶⁰ Het zijn overigens de potentiële verkrijgers geweest die hebben aangegeven alleen mogelijkheden voor een koop en dus een doorstart te zien wanneer een pre-packproces zou worden opgestart. Als argument gebruikten zij hiervoor dat de aard van de branche met dagverse producten zou maken dat de klanten reeds na één dag discontinuïteit massaal dreigden te vertrekken.¹⁶¹

Heiploeg heeft vervolgens een verzoek ingediend bij de rechtbank Noord-Nederland om twee beoogd-curatoren en een beoogd rechter-commissaris aan te stellen.¹⁶² Bij brief van 16 januari 2014 heeft de rechtbank dit verzoek ingewilligd. In deze brief was voorts opgenomen dat de procedure tot doel had om een zo hoog mogelijke opbrengst te bewerkstelligen voor de gezamenlijke schuldeisers en het eveneens mogelijk te maken een verkoop of reorganisatie vanuit faillissement te realiseren.¹⁶³ Daarbij stelde de rechtbank dat de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curatoren ‘geen enkele wettelijke bevoegdheid of taak hadden’ in het kader van de pre-packprocedure, maar daarentegen belast waren met het vergaren van inlichtingen, het houden van toezicht en het geven van hun opinie en advies ter zake. De beoogd rechter-commissaris en de beoogd curatoren dienden zich daarbij te laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers als ware het faillissement reeds uitgesproken. Daarbij was het zo dat ingeval het faillissement vervolgens daadwerkelijk zou worden uitgesproken, door voornoemden verantwoording diende te worden afgelegd over de pre-packprocedure zoals deze zich dan reeds had voltrokken. De vervreemder (Heiploeg) was gedurende deze procedure door de rechtbank gehouden volledige medewerking te verlenen aan de beoogd rechter-commissaris en de beoogd curatoren.¹⁶⁴

Vervolgens is het faillissement door Heiploeg aangevraagd op 27 januari 2014, waarna het faillissement van Heiploeg door de rechtbank is uitgesproken op 28 januari 2014. De beoogd rechter-

¹⁵⁵ Voor een organogram zie: G.W. Breuker & P. Lettinga, Faillissementsverslag nummer 18.nne.14.28.F.V.01 d.d. 4 februari 2014 – Periode stille bewindvoering Heiploeg B.V., p. 9.

¹⁵⁶ G.W. Breuker & P. Lettinga, Faillissementsverslag nummer 18.nne.14.28.F.V.01 d.d. 4 februari 2014 – Periode stille bewindvoering Heiploeg B.V., p. 2.

¹⁵⁷ G.W. Breuker & P. Lettinga, Faillissementsverslag nummer 18.nne.14.28.F.V.01 d.d. 4 februari 2014 – Periode stille bewindvoering Heiploeg B.V., p. 3.

¹⁵⁸ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 25.

¹⁵⁹ De aandelen in het Heiploeg-concern (ressortierend onder Heiploeg Holding B.V.) waren ten tijde van de vervreemding overigens in bezit van drie respectievelijke banken, te weten: Rabobank Investments B.V. (49 %), ABN AMRO Effecten Compagnie B.V. (30 %) en Landsbanki Islands HF (21%). G.W. Breuker & P. Lettinga, Faillissementsverslag nummer 18.nne.14.28.F.V.01 d.d. 4 februari 2014 – Periode stille bewindvoering Heiploeg B.V., p. 9.

¹⁶⁰ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 26.

¹⁶¹ G.W. Breuker & P. Lettinga, Faillissementsverslag nummer 18.nne.14.28.F.V.01 d.d. 4 februari 2014 – Periode stille bewindvoering Heiploeg B.V., p. 6.

¹⁶² G.W. Breuker & P. Lettinga, Faillissementsverslag nummer 18.nne.14.28.F.V.01 d.d. 4 februari 2014 – Periode stille bewindvoering Heiploeg B.V., p. 3-4.

¹⁶³ G.W. Breuker & P. Lettinga, Faillissementsverslag nummer 18.nne.14.28.F.V.01 d.d. 4 februari 2014 – Periode stille bewindvoering Heiploeg B.V., p. 4.

¹⁶⁴ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 27.

commissaris heeft op dat moment de hoedanigheid aangenomen van rechter-commissaris en hetzelfde geldt voor de beoogd curatoren.¹⁶⁵ Hierop hebben twee vennootschappen een nieuwe vennootschap gevormd – eveneens Heiploeg genaamd – en op 21 januari 2014 ingeschreven in de handelsregisters. Daarbij is het merendeel van de bedrijfsactiviteiten overgegaan, gebaseerd op een hiertoe gesloten overeenkomst op 29 januari 2014. Uit hoofde van deze overeenkomst heeft de nieuwe vennootschap Heiploeg zo een twee derde deel van het werknemersbestand overgenomen. Deze werknemers gingen hiertoe dezelfde werkzaamheden verrichten op dezelfde werkplek, tegen versoerde arbeidsvoorwaarden. Tevens heeft de verkrijger het onroerend goed van de vervreemder overgenomen en is de klantenkring nagenoeg ongewijzigd overgegaan.¹⁶⁶

Nadat de FNV beroep had ingesteld tegen de uitspraak in eerste aanleg waarbij Heiploeg failliet was verklaard, was het hof van oordeel dat in casu was voldaan aan de drie cumulatieve voorwaarden van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG, aangezien de verkrijger in hoger beroep had aangevoerd dat de geldboete van de Europese Commissie tezamen met de financiële verliezen in twee successieve jaren noopten tot een faillissementsaanvraag, hetgeen onweersproken bleef door de wederpartij. De rechter leidde mede hieruit af dat de procedure was gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder en dat de procedure onder toezicht stond van een daartoe bevoegde overheidsinstantie en dat daarenboven sprake was van een ingeleide faillissementsprocedure in de zin van de Richtlijn.¹⁶⁷

De FNV heeft vervolgens beroep in cassatie ingesteld bij de Hoge Raad. Zij heeft daartoe aangevoerd dat de procedure wat haar betreft niet was gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder (maar veeleer op voortzetting van de onderneming) en dat de procedure eveneens niet onder toezicht stond van een daartoe bevoegde overheidsinstantie.¹⁶⁸

De Hoge Raad ziet zich vervolgens genoodzaakt om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie en merkt daarbij op dat wat de Hoge Raad betreft vaststaat dat de vervreemder voorwerp is van een faillissementsprocedure als bedoeld in art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG. De Hoge Raad merkt daarbij echter op dat men zich – gezien vorengaande jurisprudentie van het Hof van Justitie – zeer wel kan afvragen of de voorliggende pre-packprocedure voldoet aan de twee overige cumulatieve voorwaarden van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG.¹⁶⁹

Hiertoe heeft de Hoge Raad een tweetal prejudiciële vragen voorgelegd aan het Hof van Justitie, die vanwege de vrij uitvoerig daarbij gegeven context (alle omstandigheden van het geval spelen immers een rol, althans kunnen van invloed zijn) integraal zijn opgenomen in deze scriptie:

“1) Moet artikel 5, lid 1, van richtlijn [2001/23] zo worden uitgelegd dat aan de voorwaarde dat ,de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure wordt ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder’ is voldaan, indien

a) het faillissement van de vervreemder onafwendbaar is en de vervreemder dus daadwerkelijk insolvent is,

b) naar Nederlands recht het doel van de faillissementsprocedure is het bewerkstelligen van een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers door middel van liquidatie van het vermogen van de schuldenaar, en

c) in een zogenoemde pre-pack voorafgaand aan de faillietverklaring de overgang van (een deel van) de onderneming wordt voorbereid en eerst na de faillietverklaring wordt uitgevoerd waarbij

d) de door de rechtbank aangewezen beoogd curator zich voorafgaand aan de faillietverklaring moet laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers alsmede door

¹⁶⁵ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 28.

¹⁶⁶ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 29-30.

¹⁶⁷ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 31.

¹⁶⁸ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 32.

¹⁶⁹ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 35.

maatschappelijke belangen zoals het belang van behoud van werkgelegenheid, en de eveneens door de rechtbank aangewezen beoogd rechter-commissaris hierop moet toezien,

e) het doel van de pre-pack is om in de daaropvolgende faillissementsprocedure een wijze van liquidatie mogelijk te maken waarbij (een deel van) de tot het vermogen van de vervreemder behorende onderneming going concern wordt verkocht zodat de hoogst mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers wordt behaald en de werkgelegenheid zoveel mogelijk wordt behouden, en

f) de inrichting van de procedure waarborgt dat dit doel daadwerkelijk leidend is?

2) Moet artikel 5, lid 1, van [deze] richtlijn zo worden uitgelegd dat aan de voorwaarde dat ‚de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie‘ is voldaan, indien de overgang van (een deel van) de onderneming in een pre-pack voorafgaand aan de faillietverklaring wordt voorbereid en na de faillietverklaring wordt uitgevoerd en

a) voorafgaand aan de faillietverklaring wordt geobserveerd door een ‚beoogd curator‘ en een ‚beoogd rechter-commissaris‘, die zijn aangewezen door de rechtbank, maar die niet over wettelijke bevoegdheden beschikken,

b) de ‚beoogd curator‘ zich naar Nederlands recht voorafgaand aan de faillietverklaring moet laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en door andere maatschappelijke belangen, zoals dat van het behoud van werkgelegenheid, en de ‚beoogd rechter-commissaris‘ hierop moet toezien,

c) de taken van de ‚beoogd curator‘ en ‚beoogd rechter-commissaris‘ niet verschillen van die van de curator en rechter-commissaris in faillissement,

d) de overeenkomst op grond waarvan de onderneming overgaat en die tijdens een pre-pack is voorbereid, pas gesloten en uitgevoerd wordt nadat het faillissement is uitgesproken,

e) de rechtbank bij het uitspreken van het faillissement ertoe kan overgaan een ander dan de ‚beoogd curator‘ of de ‚beoogd rechter-commissaris‘ te benoemen tot curator of rechter-commissaris, en

f) voor de curator en de rechter-commissaris dezelfde eisen van objectiviteit en onafhankelijkheid gelden die gelden voor een curator en rechter-commissaris in een faillissement waaraan geen pre-pack is voorafgegaan en zij, ongeacht de mate van hun betrokkenheid voorafgaand aan de faillietverklaring, op grond van hun wettelijke taak gehouden zijn te beoordelen of de voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van (een deel van) de onderneming in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, en indien zij deze vraag ontkennend beantwoorden, te beslissen dat die overgang geen doorgang zal vinden terwijl zij steeds bevoegd zijn om op andere gronden, bijvoorbeeld omdat andere maatschappelijke belangen, zoals het belang van werkgelegenheid, zich daartegen verzetten, te beslissen dat de voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van (een deel van) de onderneming niet zal plaatsvinden?’¹⁷⁰

4.3.2 Conclusie A-G Pitruzzella

A-G Pitruzzella merkt bij de beantwoording van de eerste prejudiciële vraag – de tweede noodzakelijke voorwaarde voor de toepassing van de uitzondering in die bepaling, namelijk dat de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure “met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder” – op dat een procedure die de liquidatie van het vermogen van de vervreemder beoogt er ‘uitsluitend toe [strekt] de gezamenlijke schuldeisers een zo hoog mogelijk bedrag uit te keren’ (onderstreping mijnerzijds).¹⁷¹ Tegelijkertijd wordt dit beeld door

¹⁷⁰ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 36.

¹⁷¹ Concl. A-G Pitruzzella, ECLI:EU:C:2021:997 bij HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 59.

diezelfde A-G meteen weer genuanceerd door te stellen dat het veiligstellen van het operationele karakter van een onderneming in een insolventieprocedure niet ipso facto tegenover de doelstelling hoeft te staan om een zo hoog mogelijk bedrag voor de gezamenlijke schuldeisers na te streven. Met andere woorden, hier herhaalt de A-G het Hof van Justitie in diens stelling dat beide zaken kunnen overlappen.¹⁷² Vervolgens geeft de A-G toe dat beide doelstellingen (liquidatie en voortzetting) kunnen worden nagestreefd, in zoverre dat nastreving van het ene middel (voortzetting) kan bijdragen aan de verwezenlijking van het andere doel (liquidatie).¹⁷³ Ik breng in herinnering dat de A-G nog in de vorige paragraaf sprak van een liquidatieprocedure die er ‘uitsluitend’ toe zou strekken de gezamenlijke schuldeisers een zo hoog mogelijk bedrag uit te keren. Een wat diffuse inleiding, kortom, die de worsteling met de kwalificatie van de pre-pack bij het Hof van Justitie wat mij betreft helder weergeeft. Hierna benadrukt de A-G de mogelijk evidente voordelen van een going-concern verkoop ten aanzien van de opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers. De waarde van een nog operationele onderneming is in de regel nu eenmaal hoger dan de waarde van de afzonderlijke activa respectievelijk de waarde van de onderneming indien bekend zou worden dat de onderneming in financieel zwaar weer zou verkeren.¹⁷⁴ Hier komt volgens de A-G nog bij dat het gevaar van het verlies van ‘goodwill’ als activum (hetgeen een eigen economische waarde vertegenwoordigt) op de loer ligt.¹⁷⁵

Met verwijzing naar het arrest Estro stelt de A-G vervolgens dat – wanneer liquidatie en voortzetting overlappen in een insolventieprocedure – het hoofddoel van de procedure die voortzetting van onderneming beoogt, in elk geval het behoud van de betreffende onderneming blijft, ‘en dat de enkele omstandigheid dat die procedure tevens gericht kan zijn op een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de schuldeisers, niet tot gevolg kan hebben dat deze pre-pack een procedure is die wordt bestreken door het – aan het Unierecht eigen – begrip procedure „met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder” in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23’.¹⁷⁶

Met andere woorden: waar liquidatie en voortzetting overlappen in een insolventieprocedure (hetgeen mijns inziens ipso facto het geval is bij een pre-pack), zal voortzetting altijd het hoofddoel van die insolventieprocedure zijn en zal een pre-pack diensgevolge niet onder de reikwijdte van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG vallen, aldus de conclusie van de A-G.¹⁷⁷ Mij dunkt dat de A-G – in zijn interpretatie van het Estro-arrest, want dat is waar de A-G zich hier op beroept, zie voetnoot 172 – hiermee miskent dat de feiten in Estro wezenlijk anders lagen dan bij Heiploeg¹⁷⁸, zodat een pre-pack wel degelijk primair gericht kan zijn op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en daarmee onder reikwijdte van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG kan vallen. Hierop zal nader worden ingegaan in de behandeling van de zaak door het Hof van Justitie in de volgende paragraaf en de gezichtspunten hiertoe zullen in hoofdstuk vijf worden onderzocht. Dit is immers waar deze scriptie om draait. Nu zal eerst de conclusie van de A-G nader worden toegelicht.

De A-G stelt zich dus op het standpunt dat de pre-pack naar zijn aard altijd primair gericht is op de garandering dat de onderneming – dan wel diens levensvatbare onderdelen – wordt voortgezet, nu deze continuïteit een voorwaarde is voor een maximale opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers. Nu deze maximale opbrengst wordt behaald ‘door’ de onderneming voort te zetten, is de voornaamste doelstelling van een pre-pack voortzetting van de onderneming.¹⁷⁹ Daarop stelt de A-G dat het Hof van Justitie gezien de aard van de pre-pack – het in stilte voorbereiden van een doorstart voorafgaand aan een voorgenomen faillissement – zodat een maximale waarde voor de gezamenlijke

¹⁷² Concl. A-G Pitruzzella, ECLI:EU:C:2021:997 bij HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 60.

¹⁷³ Concl. A-G Pitruzzella, ECLI:EU:C:2021:997 bij HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 60 (slotzin).

¹⁷⁴ Concl. A-G Pitruzzella, ECLI:EU:C:2021:997 bij HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 61. De A-G verwijst bij deze stelling in diens voetnoot naar r.o. 58 van de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak ECLI:EU:C:2017:241, bij HvJ EU 22 juni 2017 ECLI:EU:C:2017:489 (Smallsteps/FNV – Estro).

¹⁷⁵ Concl. A-G Pitruzzella, ECLI:EU:C:2021:997 bij HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 61.

¹⁷⁶ Concl. A-G Pitruzzella, ECLI:EU:C:2021:997 bij HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 62. De A-G verwijst bij deze stelling in diens voetnoot naar punt 48, laatste volzin, punt 51, en laatste volzin van het dictum van HvJ EU 22 juni 2017 ECLI:EU:C:2017:489 (Smallsteps/FNV – Estro).

¹⁷⁷ Concl. A-G Pitruzzella, ECLI:EU:C:2021:997 bij HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 63.

¹⁷⁸ Hierop wordt nader ingegaan in hoofdstuk 5 van deze scriptie.

¹⁷⁹ Concl. A-G Pitruzzella, ECLI:EU:C:2021:997 bij HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 65.

schuldeisers kan worden nagestreefd door going-concern te verkopen en werkgelegenheid behouden blijft – zou hebben overwogen dat een pre-pack zoals ingestoken bij Estro niet voldeed aan de tweede voorwaarde van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG (een procedure gericht op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder).¹⁸⁰

Vervolgens past de A-G deze zienswijze toe op Heiploeg, en stelt dat ook deze procedure de insteek had om de onderneming going-concern te vervreemden, met de doelstelling de onderneming in bedrijf te houden, hetgeen is gelukt nu de vennootschap Heiploeg (nieuw) zowel het vastgoed als het klantenbestand en het gros van de werknemers heeft overgenomen (die veelal hetzelfde werk op dezelfde plek uitvoerden tegen een lager salaris). Volgens de A-G komt voornoemde transactie ‘exact’ overeen met de kenschetsing hiervan in de zaak Estro.¹⁸¹ De niet uitgesproken aanname van de A-G lijkt ook hier dat een dergelijke sociaal-economische doelstelling nooit een reden kan zijn om de werknemersbescherming bij overgang van onderneming grotendeels terzijde te schuiven. Vervolgens loopt de A-G de gegevens af die de Hoge Raad in zijn prejudiciële vragen heeft opgesomd. Allereerst het feit dat de vervreemder daadwerkelijk insolvent is; dit is volgens de A-G niet relevant, nu deze omstandigheid niet van invloed is op de doelstelling van de procedure.¹⁸² Dit geldt volgens de A-G eveneens voor het nastreven van de belangen van de schuldeisers in het kader van de procedure, nu het feit dat dat een procedure deze doelstelling heeft en overlapt met een inzet tot voortzetting, niet belet dat die procedure uiteindelijk wordt gekwalificeerd als een procedure die is gericht op voortzetting van de onderneming, indien dit laatste het hoofddoel is van de onderneming.¹⁸³

Tot slot heeft het feit dat de overgang pas na de faillietverklaring wordt verwezenlijkt volgens de A-G evenmin noemenswaardige invloed op de doelstelling van de procedure. Dit geldt evenzeer voor het feit dat de onderhandelingen over de overgang van de oude vennootschap Heiploeg – anders dan in het arrest Estro het geval was – niet zijn gevoerd met een aan die onderneming gelieerde vennootschap. Volgens de A-G laat laatstgenoemd aspect namelijk onverlet dat men zeer wel de ondernemingsactiviteiten kan voortzetten, ook als de verkrijger een vennootschap is die niet is gelieerd aan de vervreemder.¹⁸⁴

Zodoende concludeert de A-G dat de pre-packprocedure naar Nederlands recht, zoals beschreven door de verwijzende rechter, een procedure is die niet voldoet aan de tweede voorwaarde in die bepaling en dat zij dus is uitgesloten van de werkingssfeer van de daarin opgenomen uitzondering.¹⁸⁵

4.3.3 Het Hof van Justitie

Voor het Hof van Justitie draait het in de kern om het volgende. Vastgesteld moet worden of art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG zo dient te worden uitgelegd dat – voor het niet van toepassing zijn van art. 3 en 4 Richtlijn 2001/23/EG – is voldaan aan de voorwaarde dat de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, wanneer voorafgaand aan een voorgenomen faillissement een doorstart van (een deel van de) de onderneming is voorbereid die beoogt het vermogen van de vervreemder te liquideren en gedurende welke deze overgang plaatsvindt. Al het voorgaande in het kader van een pre-packprocedure die tot strekking heeft om tijdens de faillissementsprocedure een liquidatie van de functionerende onderneming te bewerkstelligen (hetgeen ook wel wordt gevangen onder de noemer

¹⁸⁰ Concl. A-G Pitruzzella, ECLI:EU:C:2021:997 bij HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 66. De A-G verwijst bij deze stelling in diens voetnoot naar punt 49 van HvJ EU 22 juni 2017 ECLI:EU:C:2017:489 (SmallSteps/FNV – Estro).

¹⁸¹ Concl. A-G Pitruzzella, ECLI:EU:C:2021:997 bij HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 68. De A-G verwijst bij deze stelling in diens voetnoot nogmaals naar punt 49 van HvJ EU 22 juni 2017 ECLI:EU:C:2017:489 (SmallSteps/FNV – Estro).

¹⁸² Concl. A-G Pitruzzella, ECLI:EU:C:2021:997 bij HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 70.

¹⁸³ Concl. A-G Pitruzzella, ECLI:EU:C:2021:997 bij HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 71. De A-G verwijst bij deze stelling in diens voetnoot naar de punten 48, 51 en 52 van HvJ EU 22 juni 2017 ECLI:EU:C:2017:489 (SmallSteps/FNV – Estro).

¹⁸⁴ Concl. A-G Pitruzzella, ECLI:EU:C:2021:997 bij HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 72.

¹⁸⁵ Concl. A-G Pitruzzella, ECLI:EU:C:2021:997 bij HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 73.

going concern-verkoop), waarbij primair een zo hoog mogelijke betaling van de gezamenlijke schuldeisers wordt nagestreefd en de werkgelegenheid zo veel als redelijkerwijs mogelijk wordt behouden.¹⁸⁶

Na een korte uiteenzetting van de jurisprudentie die heeft geleid tot de codificatie daarvan in art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG – in deze scriptie reeds behandeld in hoofdstuk drie – stelt het Hof van Justitie vast dat de eerste in deze zaak te behandelen prejudiciële vraag feitelijke en procedurele elementen omvat die naar het oordeel van de Hoge Raad (de verwijzende rechter in casu) ofwel niet zijn vermeld in de zaak Estro zoals deze aan het Hof van Justitie was voorgelegd, ofwel niet aan de orde waren in voornoemd arrest Estro, zodat het Hof van Justitie het antwoord dat is gegeven op de prejudiciële vragen in het arrest Estro niet op gelijke wijze kan toepassen in de zaak Heiploeg.¹⁸⁷ Hier maakt het Hof van Justitie een wat mij betreft essentieel punt, door aan te geven dat de feitelijke en procedurele omstandigheden de doorslag geven in de weging van een procedure die ofwel primair is gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder, ofwel primair gericht is op voortzetting van de onderneming. Essentieel, bovendien, in het abstraheren van gezichtspunten bij een vergelijking tussen Estro enerzijds en Heiploeg anderzijds. Daarbij kan men aan het vorengaande de conclusie verbinden dat de zaak Heiploeg een herkansing bood voor de aangelegenheden die men in het arrest Estro niet, of althans onvoldoende, voor het voetlicht heeft gebracht, dan wel dat sprake is van aangelegenheden die het Hof van Justitie onvoldoende heeft meegewogen in het arrest Estro.¹⁸⁸ Het Hof van Justitie overweegt in dat verband dat het faillissement van Heiploeg onvermijdelijk was, dat zowel de faillissementsprocedure als de pre-packprocedure die daaraan voorafgingen de liquidatie van het vermogen van de vervreemder beoogden en dat het faillissement inmiddels ook daadwerkelijk was uitgesproken, waarop een overgang van onderneming tijdens faillissement plaatsvond.¹⁸⁹

Vervolgens zet het Hof van Justitie de zaak Estro af tegen de zaak Heiploeg. Daartoe merkt het Hof van Justitie allereerst op dat in de zaak Estro is geoordeeld dat de pre-packprocedure aldaar uiteindelijk niet gericht was op liquidatie van het vermogen van de vervreemder, nu die procedure in het bijzonder beoogde te voorkomen dat de activiteiten van de betrokken onderneming plotseling zouden worden stopgezet op de datum van faillietverklaring, met als doel enerzijds de economische waarde van de onderneming te behouden en anderzijds de werkgelegenheid veilig te stellen. Voornoemde sociaal-economische doelstelling verklaart noch rechtvaardigt volgens het Hof van Justitie dat bij een volledige dan wel gedeeltelijke overgang van onderneming (een deel van) diens werknemers de rechten worden ontnomen die hen conform Richtlijn 2001/23/EG toekomt.¹⁹⁰ Laatstgenoemde is tweeledig, nu een gedeelte van de werknemers door de curator ontslagen zou worden en een gedeelte weliswaar zijn baan zou behouden, maar met een arbeidsvoorwaardenversobering te maken zou krijgen.

Daartegenover stelt het Hof van Justitie dat in de zaak Heiploeg – anders dan in de zaak Estro – door de verwijzende rechter is aangegeven dat ten tijde van de inleiding van de betrokken pre-packprocedure de insolventie van de vervreemder reeds niet meer te vermijden was¹⁹¹, en dat zowel de ingezette faillissementsprocedure als de pre-packprocedure die hieraan voorafging tot doel had het vermogen van de vervreemder te liquideren en dat daarenboven het faillissement reeds was uitgesproken. Daarbij kan uit het relaas van de verwijzende rechter worden opgemaakt dat het primaire doel van de onderhavige procedure was om een zo hoog mogelijke opbrengst voor de

¹⁸⁶ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 37.

¹⁸⁷ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 42.

¹⁸⁸ R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, Amsterdam: Corel 2023, p. 295 (zie alhier de toelichting in voetnoot 753).

¹⁸⁹ R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, Amsterdam: Corel 2023, p. 295.

¹⁹⁰ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 45.

¹⁹¹ Dit punt behoeft een belangrijke nuancering, waarover meer in paragraaf 4.4 van deze scriptie. In het arrest Estro is immers in r.o. 17 door het Hof van Justitie overwogen dat Estro zonder additionele financiering binnen afzienbare tijd niet meer aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen, hetgeen eveneens wijst op een op termijn niet meer te vermijden insolvente status. Het Hof van Justitie lijkt hier aldus een tegenstelling te creëren die er niet is. A-G Drijber maakt hier dan ook terecht een punt van in zijn conclusie van 31 maart jongstleden.

gezamenlijke schuldeisers te behalen.¹⁹² Daar voegt het Hof van Justitie nog aan toe dat met de onderhavige faillissementsprocedure een liquidatie werd beoogd van het gehele vermogen van de vennootschap Heiploeg, destijds de onderneming van de vervreemder.¹⁹³ Hierbij is het zo dat aan de toepassing van het criterium niet afdoet of die overgang is voorbereid (door middel van een pre-pack) vóór de inleiding van de faillissementsprocedure ‘aangezien deze bepaling [art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23 EG] geen betrekking heeft op de periode voorafgaand aan de inleiding van de betrokken faillissements- of insolventieprocedures’.¹⁹⁴ Vervolgens stelt het Hof van Justitie onomwonden vast dat wanneer het primaire doel van een pre-packprocedure en een daaropvolgend faillissement is gelegen in het nastreven van een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers nadat de insolventie van de vervreemder is vastgesteld, deze procedure voldoet aan de tweede voorwaarde van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG.¹⁹⁵

Het Hof van Justitie benadrukt voorts dat het vorengaande in iedere afzonderlijke situatie dient te worden getoetst aan de omstandigheden van het geval. Hierbij moet niet enkel worden vastgesteld dat de procedure in kwestie primair gericht is op een zo hoog mogelijke uitbetaling van de gezamenlijke schuldeisers, maar dient de tenuitvoerlegging van de liquidatie door middel van een overgang van de lopende onderneming – zoals voorbereid in de pre-pack procedure en uitgevoerd na het daadwerkelijke faillissement – het ook daadwerkelijk mogelijk te maken om voornoemd primair doel te bereiken. Wezen gaat ook hier voor de schijn.¹⁹⁶

In de zaak Heiploeg stelt het Hof van Justitie aldus vast dat sprake was van een onafwendbaar faillissement op het moment dat werd besloten tot een pre-pack. De gehele procedure was primair gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder met als doel een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers, aldus het Hof van Justitie.¹⁹⁷ Maar welke feitelijke en procedurele omstandigheden gaven hier nu de doorslag? Hierover het volgende.

De Hoge Raad had bij Heiploeg al uitdrukkelijk aangegeven waarom de beschermingsregels voor werknemers zoals die gelden bij overgang van onderneming in diens optiek niet ipso facto bij iedere pre-packprocedure dienen te gelden. Hiertoe geeft de Hoge Raad aan dat de faillissementsprocedure inzake Heiploeg voorwaar was ingezet met als oogmerk liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Het feit dat reeds voor het uitroepen van het faillissement is onderhandeld met potentiële verkrijgers in het kader van going concern-verkoop doet daaraan wat de Hoge Raad betreft geenszins afbreuk. Het belang van een going concern-verkoop was hier namelijk gelegen in het feit dat - aangezien werd gewerkt met verse vis – het bedrijfsproces niet stilgelegd kon worden zonder aanzienlijk verlies van verkoopwaarde.¹⁹⁸ Met andere woorden: going concern verkoop was een *conditio sine qua non* voor een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers, en hiertoe was nu eenmaal benodigd dat een doorstart van de onderneming naadloos zou volgen op het faillissement van de onderneming.¹⁹⁹ Liquidatie van het vermogen van de vervreemder en voortzetting

¹⁹² HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 46.

¹⁹³ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 47.

¹⁹⁴ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 51. Zie tevens R.J. van Galen, ‘Overgang van onderneming in faillissement: de stand van zaken na Heiploeg’, *Ondernemingsrecht* 2022/55, p. 341.

¹⁹⁵ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 52.

¹⁹⁶ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 53.

¹⁹⁷ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 44-48.

¹⁹⁸ HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, r.o. 3.8-3.10. Via: *Via: Pre-pack na het Heiploeg arrest*, wijnenstael.nl, geraadpleegd 6 februari 2023. Overigens zou hetzelfde gesteld kunnen worden in de zaak Estro (de curator van Estro spreekt in zijn faillissementsverslag (paragraaf 3.5, periode stille bewindvoering) bij een faillissement zonder uitzicht op een directe doorstart of een boedelkrediet zelfs van een ‘een melt down’ situatie), met dien verstande dat de wegging van het Hof van Justitie – gezien de overige feiten in de zaak Estro – uitsloeg naar een primaire gerichtheid op voortzetting van de onderneming. Hier brengt het belang van een going concern-verkoop op zichzelf geen verandering in. De hamvraag is immers nog altijd of de procedure nu primair gericht is op liquidatie dan wel op voortzetting, en in het laatste geval kan evenzeer een going concern verkoop plaatsvinden, zij het dat dan alle werknemers met diens rechten en plichten mee overgaan. Nu ziet de scribent evenzeer in dat de voornaamste besparing van een dergelijke reorganisatie nu juist zit in een herschikking van het personeelsbestand, waartoe in dat geval mogelijk de ETO-redenen kunnen worden aangewend.

¹⁹⁹ Waarbij opgemerkt zij dat dit overigens ook het standpunt was van de potentiële verkrijgers van Heiploeg, die hebben aangegeven alleen mogelijkheden voor een koop en dus een doorstart te zien wanneer een pre-packproces zou worden

van onderneming kunnen zo bezien overlappen.²⁰⁰ De vraag is veeleer waar het scharnierpunt ligt. In casu lijkt het Hof van Justitie de redeneertrant toegedaan dat wanneer voortzetting van een onderneming een ondergeschikt middel is aan het bovengeschiede doel van liquidatie van het vermogen van de vervreemder, het zeer wel zo kan zijn dat wordt geoordeeld – mede in ogenschouw nemende de overige omstandigheden van het geval – dat de pre-pack primair gericht is op liquidatie van het vermogen van de vervreemder. De pre-pack heeft zo bezien weliswaar als kenmerk de voortzetting van de onderneming, maar dat vindt nu juist plaats in het licht van een zo hoog mogelijke opbrengst van de gezamenlijke schuldeisers.²⁰¹

Het Hof van Justitie gaat concluderend in zoverre mee met de zienswijze van de Hoge Raad, door als uitgangspunt te nemen dat in casu het primaire doel van de pre-pack een zo hoog mogelijke opbrengst is in het kader van liquidatie van de onderneming.²⁰² Wel dient volgens Hof van Justitie van geval tot geval bezien te worden of dit in een concreet geval inderdaad het primaire doel is.

Ten besluite – en voor de volledigheid – nog enkele overwegingen ten aanzien van de derde voorwaarde van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG (over de eerste voorwaarde bestond sinds Estro immers geen onduidelijkheid meer²⁰³), zoals behandeld in het arrest Heiploeg in antwoord op de tweede prejudiciële vraag. Het Hof van Justitie stelt zich op het standpunt dat de voorliggende procedure inderdaad onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie, nu de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris voor de pre-packprocedure door een aldus bevoegde rechter worden benoemd. De bevoegde rechter omschrijft hierbij niet alleen de taken van voornoemde actoren, maar oefent ook daadwerkelijk toezicht uit op de wijze van uitvoering van deze taken door al dan niet te besluiten om dezelfde actoren in de faillissementsprocedure tot curator en rechter-commissaris te benoemen. Daar komt bij dat het feit dat de reeds in de pre-packprocedure voorbereide overgang pas plaatsvindt na de inleiding van de faillissementsprocedure – waarbij de rechter-commissaris en de curator hun medewerking kunnen weigeren, ingeval vorengaande indruist tegen het belang van de schuldeisers van de vervreemder – bevestigt dat sprake is van effectief toezicht in de zin van de Richtlijn. Daarenboven dient de beoogd curator zich in het faillissementsverslag niet enkel te verantwoorden ten aanzien van diens handelen in de voorbereidende fase (dat wil zeggen de fase voorafgaande aan het faillissement waarin de onderneming wordt voorverpakt), maar kan hij – onder dezelfde voorwaarden – eveneens aansprakelijk gesteld worden in de hoedanigheid van curator in het faillissement. Tot slot moet worden vastgesteld dat de beoogd curator in de voorbereidende fase onder toezicht staat van de beoogd rechter-commissaris, en daarmee aldus van de bevoegde rechtbank, die de beoogd curator – indien laatstgenoemde zich niet heeft gehouden aan de rechtens opgelegde taken – indien vereist kan vervangen door een andere persoon.²⁰⁴

Dit alles laat echter onverlet dat de Hoge Raad deze zaak uiteindelijk toch ten nadele van Heiploeg moet beslechten. Het Hof van Justitie stelt immers vast dat de pre-packprocedure in Nederland tot wasdom is gekomen in de rechtspraak en door verschillende rechterlijke instanties niet op eenzelfde wijze wordt toegepast, hetgeen ten koste gaat van de rechtszekerheid. Voor een juiste toepassing van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG is derhalve vereist dat de pre-packprocedure wordt vastgelegd in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, zodat deze aan het vereiste van rechtszekerheid voldoet.²⁰⁵

ingezet. Als argument gebruikten zij hiervoor dat de aard van de branche met dagverse producten zou maken dat de klanten reeds na één dag discontinuïteit massaal dreigden te vertrekken. G.W. Breuker & P. Lettinga, Faillissementsverslag nummer 18.nne.14.28.F.V.01 d.d. 4 februari 2014 – Periode stille bewindvoering Heiploeg B.V., p. 6.

²⁰⁰ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, *JAR* 2017/187, m.nt. Loesburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 48.

²⁰¹ R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, Amsterdam: Corel 2023, p. 295.

²⁰² HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 53.

²⁰³ R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, Amsterdam: Corel 2023, p. 294-295.

²⁰⁴ W.H.A.C.M. Bouwens, 'De comeback van de pre-pack', *TRA* 2022/48, p. 12.

²⁰⁵ R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, Amsterdam: Corel 2023, p. 295-296.

4.4 Conclusie A-G Drijber inzake Heiploeg

Hierop verscheen op 31 maart van dit jaar een nadere conclusie van A-G Drijber aangaande de zaak Heiploeg. In deze conclusie staan een aantal belangwekkende observaties naar aanleiding van het vorengaand verschenen arrest van het Hof van Justitie.²⁰⁶ De relevante observaties worden hier besproken in het licht van de te formuleren gezichtspunten. Alhoewel de onderzoeksvraag ziet op een vergelijking tussen het arrest Estro enerzijds en Heiploeg anderzijds, is het voor de te formuleren gezichtspunten interessant om te bezien in welk licht deze jurisprudentie wordt bezien door de A-G. Wel zal de scribe zich in deze scriptie beperken tot een bespreking van deze jurisprudentie door de A-G, en zullen de door zowel FNV als Heiploeg aangedragen nadere schriftelijke uitlatingen – en de reflectie van de A-G daarop – buiten beschouwing worden gelaten, nu deze uitlatingen niet zijn meegewogen door het Hof van Justitie in diens uitspraken en dit het materiaal vormt waaruit de gezichtspunten worden geabstraheerd.

De A-G brengt allereerst in herinnering dat het hof Arnhem-Leeuwarden (hierna: het hof) had geoordeeld dat de doorstart van Heiploeg-oud aan de drie cumulatieve voorwaarden van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG voldeed.²⁰⁷ Vervolgens refereert de A-G aan het feit dat hij in zijn eerste conclusie in deze zaak heeft geconcludeerd tot vernietiging van het eindarrest van het hof en tot verwijzing. Het hof zou hebben miskend dat de doorstart van de vennootschap Heiploeg in het licht van het arrest Estro van het Hof van Justitie niet aan de tweede en derde voorwaarde voldeed. Volgens de A-G vertoont de doorstart van de vennootschap Heiploeg zodanig veel feitelijke overeenkomsten met de doorstart in de zaak Estro, dat het oordeel van het Hof van Justitie in die zaak ook in de onderhavige zaak zou moeten opgaan.²⁰⁸ Wederom concludeert de A-G tot vernietiging en verwijzing.²⁰⁹ Hieraan legt de A-G het volgende ten grondslag.

De A-G gaat hierbij ten eerste in op het feit dat het Hof van Justitie heeft betoogd dat, anders dan bij Estro het geval was, in de zaak Heiploeg ten tijde van de inleiding van de betrokken pre-packprocedure de insolventie van de vervreemder onafwendbaar was.²¹⁰ Volgens de A-G is dit onjuist. Uit de literatuur²¹¹ zou blijken dat de feitenconstellaties tussen de doorstart van Heiploeg en de doorstart van Estro eigenlijk maar weinig van elkaar verschillen.²¹² Volgens de A-G kan aan het feit dat het faillissement onafwendbaar zou zijn bovendien niet of nauwelijks onderscheidende betekenis toekomen. Noch in zijn algemeenheid (als het faillissement nog kan worden afgewend zou het in beginsel niet moeten worden uitgesproken), noch ter onderscheiding van de Smallsteps-zaak (ook daar stond vast dat het faillissement van de vervreemder onafwendbaar was).²¹³

Daarop gaat de A-G in op een door de Hoge Raad geaccentueerd ander feitelijk verschil tussen Estro en Heiploeg, hetgeen vervolgens wordt genuanceerd door de A-G. Het betreft hier het feit dat de verkrijger in de zaak Estro een aan en vervreemder gelieerde partij was, hetgeen niet het geval was in de zaak Heiploeg.²¹⁴ De A-G ziet daarvan niets terug in het arrest van het Hof van Justitie, en wijt dit aan de mogelijkheid dat het Hof van Justitie dit verschil niet nodig had om te kunnen oordelen dat in een pre-packprocedure aan het oogmerk van voortzetting kan zijn voldaan, terwijl in het arrest Estro nog was geoordeeld dat laatstgenoemde niet afdoende was om aan de procedure het karakter van een procedure gericht op voortzetting van de onderneming te ontnemen. Tot slot wijst de A-G hier op

²⁰⁶ PHR 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (Conclusie A-G Drijber).

²⁰⁷ PHR 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (Conclusie A-G Drijber), r.o. 1.2.

²⁰⁸ PHR 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (Conclusie A-G Drijber), r.o. 1.3.

²⁰⁹ PHR 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (Conclusie A-G Drijber), r.o. 1.9.

²¹⁰ PHR 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (Conclusie A-G Drijber), r.o. 2.1.5.

²¹¹ P.R.W. Schaink, 'Heiploeg en Smallsteps', *TvO* 2022/3, p. 88, J. van der Pijl, 'Het Heiploeg-arrest', *TAC* 2022/4, p. 2, en de noot van C.L. Waterman, *JIN* 2022/99, p. 979.

²¹² PHR 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (Conclusie A-G Drijber), r.o. 2.1.6.

²¹³ PHR 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (Conclusie A-G Drijber), r.o. 2.1.7.

²¹⁴ Lintel en Van Zanten hebben daar een kanttekening bij geplaatst: "De uitspraak in Smallsteps biedt geen enkele aanleiding om te denken dat de vraag of de onderhandelingen over de overgang van onderneming hebben plaatsgevonden met een gelieerde partij relevant is voor de uitlegging van art. 5 lid 1 van de Richtlijn." Zie I.M.A. Lintel & T.T. van Zanten, 'Opnieuw naar het Hof van Justitie voor duidelijkheid over de positie van de werknemers bij een pre-packaged doorstart', *Tvl* 2020/35, via: PHR 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (Conclusie A-G Drijber), r.o. 2.1.8.

de mogelijkheid dat het Hof van Justitie het verschil niet benoemt, nu het geen relevante omstandigheid is, hetgeen zou worden geschraagd door het feit dat deze omstandigheid in het arrest Estro niet als relevante omstandigheid terugkomt.²¹⁵ Vervolgens gaat de A-G in op de tweede prejudiciële vraag, hetgeen – afgezet tegen hetgeen hierover reeds verhandeld is in deze scriptie – geen noemenswaardig andere inzichten oplevert.

De A-G vangt daaropvolgend aan met observaties zijnerzijds inzake het arrest Heiploeg. De A-G maakt uit het verwijzingsarrest van de Hoge Raad op dat laatstgenoemde vond dat de zaak Estro op een te nauwe basis was beslist.²¹⁶ Vervolgens heeft het Hof van Justitie zich ontvankelijk getoond voor de signalen van de Hoge Raad, hetgeen heeft geresulteerd in de vaststelling van het Hof van Justitie dat de pre-pack – zoals omschreven in het verwijzingsarrest – kan voldoen aan de tweede en derde voorwaarde van de faillissementsuitzondering.²¹⁷ Daarop komt de A-G met de institutionele vaststelling dat uiteindelijk alleen de wetgever de pre-pack kan redden, en wel met een wettelijke grondslag.²¹⁸ De A-G is voorts van mening dat – anders dan in de literatuur wel is betoogd – de Hoge Raad duidelijk heeft gemaakt dat de curator, naast het belang van de gezamenlijke schuldeisers, ook de maatschappelijke belangen dient mee te wegen bij een pre-pack.²¹⁹

De A-G vat vervolgens de koe bij de horens. Want *hoe* moet men nu vaststellen wat het primaire doel is van de betreffende pre-packprocedure? En meer in het bijzonder: is de vervreemder de pre-packprocedure nu gestart met als oogmerk liquidatie van het vermogen van de vervreemder?²²⁰ De A-G stelt vast dat lastig in algemene zin te bepalen wat nu de omstandigheden zijn die maken dat een procedure primair gericht is op liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Wel heeft de A-G hiertoe enkele negatief geformuleerde elementen ontwaard. Allereerst is het op zichzelf niet meer voldoende dat de doorstart ‘tot in de kleinste details’²²¹ is voorbereid, om daar vervolgens de conclusie aan te verbinden dat de pre-packprocedure niet primair liquidatie beoogt (maar voortzetting van de onderneming). Ten tweede kan uit het arrest Heiploeg worden opgemaakt dat de omstandigheid dat het sluiten van de koopovereenkomst kort na de faillietverklaring plaatsvindt er evenmin op duidt dat de pre-pack niet primair liquidatie beoogt. Wel kunnen indicatoren duiden op misbruik van faillissement, hetgeen wijst dat de procedure niet primair op liquidatie is gericht.²²²

Hierop somt de A-G een aantal – in de literatuur aangedragen – manieren op om vooraf zekerheid te verkrijgen over het primaire doel van de betreffende pre-packprocedure.²²³ Dezen acht de A-G allen betrekkelijk zinloos.²²⁴ Zoals gezegd worden de nadere schriftelijke uitlatingen van partijen – alsmede de reactie daarop van de A-G – om voornoemde reden buiten beschouwing gelaten.

²¹⁵ PHR 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (Conclusie A-G Drijber), r.o. 2.1.8.

²¹⁶ PHR 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (Conclusie A-G Drijber), r.o. 3.2.

²¹⁷ PHR 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (Conclusie A-G Drijber), r.o. 3.3.

²¹⁸ PHR 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (Conclusie A-G Drijber), r.o. 3.4.

²¹⁹ PHR 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (Conclusie A-G Drijber), r.o. 3.9 - 3.14.

²²⁰ PHR 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (Conclusie A-G Drijber), r.o. 3.9 - 3.18.

²²¹ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, JAR 2017/189, m.nt. Loesburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 49.

²²² PHR 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (Conclusie A-G Drijber), r.o. 3.20.

²²³ PHR 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (Conclusie A-G Drijber), r.o. 3.22.

²²⁴ PHR 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (Conclusie A-G Drijber), r.o. 3.23.

Hoofdstuk 5 Het scharnierpunt: voortzetting of liquidatie? Gezichtspunten ontwaard

Na vorengaande analyse is het zaak hieruit een set gezichtspunten te abstraheren. De vraag is nogmaals waar nu het scharnierpunt ligt tussen enerzijds een primaire gerichtheid op voortzetting van de onderneming conform Estro, dan wel anderzijds een primaire gerichtheid op liquidatie van het vermogen van de vervreemder conform Heiploeg. Primair, nu beide doelstellingen kunnen overlappen.

Uit het arrest Estro blijkt dat men zich hierbij meer in het bijzonder allereerst moet afvragen of de faillissementsprocedure primair strekt tot het veiligstellen van het operationele karakter van de onderneming dan wel het veiligstellen van levensvatbare onderdelen van diezelfde onderneming - ergo: een primaire gerichtheid op voortzetting. Uit het arrest Heiploeg blijkt nu juist dat de regels inzake overgang van onderneming buiten toepassing mogen worden gelaten, als – naast de andere twee cumulatieve vereisten – een nationale procedure tot doel heeft het vermogen van de vervreemder te liquideren, waarbij de doelstelling van de Richtlijn, alsmede de modaliteiten van de voorliggende procedure dat toelaten – ergo: een primaire gerichtheid op liquidatie. Het gaat dus om twee zijden van dezelfde medaille: één procedure met twee mogelijke primaire (maar desalniettemin overlappende) doelstellingen, waarbij een primaire gerichtheid op liquidatie de poort opent naar de uitzondering van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG. Alhoewel alle omstandigheden van het geval hier een rol spelen, dient hierbij in het bijzonder rekening te worden gehouden met de volgende omstandigheden.

5.1 Initieel plan tot herfinanciering (gezichtspunt i)

Voor Estro was vanaf november 2013 voorzienbaar dat zij zonder additionele financiering niet meer aan haar verplichtingen kon voldoen vanaf de zomer van 2014, zodat zij heeft gezocht naar additionele financiering door haar belangrijkste financiers en aandeelhouders, alsmede met andere financiers en aandeelhouders. Dit is echter op niets uitgelopen.²²⁵ Voor Heiploeg gold dat aanzienlijke financiële verliezen waren geleden in 2011 en 2012, waarna in november 2013 een geldboete van 27 miljoen euro werd opgelegd door de Europese Commissie voor deelname aan een kartel. Gezien deze gecombineerde financiële malaise was – ondanks pogingen hiertoe van Heiploeg – geen enkele bank bereid deze boete te financieren.²²⁶ In beide gevallen is dus een overeenkomst te vinden in het feit dat de ondernemingen zonder vrucht een initieel plan hebben opgevat voor herfinanciering met de huidige dan wel externe financiers en/of aandeelhouders.

Dit is een omstandigheid die wijst op het feit dat als er een dergelijk plan is geweest en dit financieringsplan is onmogelijk gebleken, faillissement nog de enige reële optie lijkt. Spiegelbeeldig kan men stellen dat wanneer geen sprake is van een initieel plan tot herfinanciering, een eventueel faillissement voorbarig kan worden geacht – nu de insolventie nog niet per se onafwendbaar is te achten – zodat men niet eens toekomt aan de vraag wat nu het primaire doel is van de voorliggende transactie. Het betreft hier aldus een ter zake doend gezichtspunt in de weging van een voorliggende pre-packprocedure. Het Hof van Justitie heeft immers onomwonden vastgesteld dat éérst de insolventie van de vervreemder dient te worden vastgesteld, waarop vervolgens moet worden bezien of het primaire doel van een pre-packprocedure en een daaropvolgend faillissement is gelegen in het nastreven van een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers en deze procedure aldus voldoet aan de tweede voorwaarde van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG.²²⁷

²²⁵ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, JAR 2017/189, m.nt. Loesburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 17-18.

²²⁶ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 25-26.

²²⁷ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 52.

5.2 Onafwendbaarheid faillissement

Het Hof van Justitie stelt in zijn arrest dat anders dan in de zaak Estro het geval was, de verwijzende rechter in de onderhavige procedure aan had gegeven dat ten tijde van de inleiding van de betrokken pre-packprocedure de insolventie van de vervreemder onafwendbaar²²⁸ was.²²⁹ In paragraaf 4.4 van deze scriptie is gesteld dat dit volgens A-G Drijber onjuist is, nu uit de literatuur²³⁰ zou blijken dat de feitenconstellaties tussen de doorstart van Heiploeg en de doorstart uit Estro eigenlijk maar weinig van elkaar verschillen.²³¹ Alhoewel de scribent in dit hoofdstuk van deze scriptie de nodige nuancerings op deze bewering zou willen aanbrengen, vind ik met name het volgende argument van de A-G hier meer hout snijden. De A-G stelt namelijk dat aan het feit dat het faillissement onafwendbaar zou zijn bovendien niet of nauwelijks onderscheidende betekenis kan toekomen (volgens de A-G heeft het Hof van Justitie hiermee duidelijk willen maken dat surseance van betaling²³² niet volstond). Noch in zijn algemeenheid (als het faillissement nog kan worden afgewend zou het in beginsel niet moeten worden uitgesproken), noch ter onderscheiding van de zaak Estro (ook daar stond vast dat het faillissement van de vervreemder onafwendbaar was).²³³

Dit laatste wordt overigens bevestigd door Van Galen, die stelt dat het Hof van Justitie in de zaak Estro moet hebben geweten dat ook daar vast heeft gestaan dat het faillissement van de vervreemder onafwendbaar was, maar dit niet in zijn overwegingen heeft opgenomen. Dit is Van Galen bekend, nu hij in de prejudiciële procedure advocaat was van de vennootschap Smallsteps.²³⁴ Nu aan deze omstandigheid geen onderscheidende betekenis kan toekomen, zal de onafwendbaarheid van het faillissement niet als gezichtspunt worden opgenomen in deze scriptie.

5.3 Aantal partijen waarmee is onderhandeld (gezichtspunt ii)

In de zaak Heiploeg is een keur aan vennootschappen uitgenodigd om een bod uit te brengen op de activa van Heiploeg-oud.²³⁵ Bij Estro is daarentegen enkel contact gelegd met één potentiële verkrijger.²³⁶ Hierover zegt de curator van Estro het volgende in zijn faillissementsverslag:

“Onderdeel van het verkoopproces dient te zijn dat meerdere potentiële gegadigden worden benaderd, tenzij overwegingen van zwaarwegende aard zich daartegen zouden verzetten. Het is aannemelijk dat in de markt voor kinderopvang in beginsel geen (zwaarwegende) bezwaren bestaan tegen een verkoopproces waaraan meerdere potentiële gegadigden deelnemen. Dit wordt geïllustreerd door het

²²⁸ Toch is ook hier enige nuancing op zijn plaats. Estro werd namelijk in 2010 overgenomen door de Amerikaanse investeringsmaatschappij Providence voor 450 miljoen euro. De complete koopsom komt vervolgens bij Estro op de balans te staan als schuld, een fenomeen dat bekend is onder de noemer ‘debt push down’. Over de rol van de bestuurders in de periode 2009-2010 is in 2019 een enquêteprocedure gestart bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam, 10 december 2019, ECLI:GHAMS:2019:4359. In r.o. 3.11 van deze uitspraak wordt vorengaande getypeerd als een ‘molensteen’ die om de nek wordt gehangen ‘in de vorm van een schuld van [in totaal] 500 miljoen’. In 2014 zou Estro uiteindelijk failleren. Alhoewel dit op zichzelf niets afdoet aan de insolventiestatus van Estro in het ijkjaar 2014, plaatst dit het uiteindelijke faillissement – alsmede de doorstart door middel van een pre-pack zoals deze destijds is vormgegeven – wel in een ander perspectief. Volgens het hof heeft het “er alle schijn van dat het bestuur geen gedegen, integrale afweging van alle betrokken belangen bij de aan de overname onlosmakelijk verbonden financieringsconstructie heeft gemaakt, hetgeen wel zijn taak was.” (r.o. 3.11 slotzin).

²²⁹ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 45-46. Vgl. W.J.P. Jongepier, Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 – Periode stille bewindvoering, paragraaf 2.2, waarin de curator vaststelt dat vaststond “dat Estro Groep op enig moment zou failleren”, hetgeen voortkwam uit een rap oplopend liquiditeitstekort.

²³⁰ P.R.W. Schaik, ‘Heiploeg en Smallsteps’, *TvO* 2022/3, p. 88, J. van der Pijl, ‘Het Heiploeg-arrest’, *TAC* 2022/4, p. 2, en de noot van C.L. Waterman, *JIN* 2022/99, p. 979.

²³¹ PHR 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (Conclusie A-G Drijber), r.o. 2.1.6.

²³² In welk geval de uitzondering van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG geen opgeld doet.

²³³ PHR 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (Conclusie A-G Drijber), r.o. 2.1.7.

²³⁴ R.J. van Galen, ‘Overgang van onderneming in faillissement: de stand van zaken na Heiploeg’, *Ondernemingsrecht* 2022/55, p. 343 (zie tevens de toelichting in voetnoot 28 van het tijdschriftartikel). Smallsteps B.V. werd gedurende de prejudiciële procedure inderdaad vertegenwoordigd door – onder anderen – dhr. mr. R.J. van Galen, zo blijkt uit het arrest van het Hof van Justitie: HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, *JAR* 2017/189, m.nt. Loesburg (Smallsteps/FNV – Estro).

²³⁵ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 26.

²³⁶ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, *JAR* 2017/189, m.nt. Loesburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 20.

*feit dat bij een eerdere pre-pack in deze markt – met betrekking tot Stichting De Speelwerk Groep – wel een grondige marktverkenning heeft plaatsgevonden. Van een dergelijk verkoopproces waarbij meerdere opties zijn onderzocht is bij Estro groep geen sprake geweest.*²³⁷

Tenzij aldus sprake is van overwegingen van zwaarwegende aard die zich verzetten tegen het uitnodigen van meerdere potentiële gegadigden om een bod uit te brengen op de activa van de te verkrijgen onderneming, is het dus zaak hiertoe over te gaan bij een pre-packprocedure. In de zaak Heiploeg zijn daarentegen dus wel verscheidene potentiële verkrijgers aangezocht.²³⁸ Hierbij heeft een derde partij – Squarefield genaamd – een verkennend marktonderzoek uitgevoerd en op basis daarvan een longlist en vervolgens een shortlist (met drie potentiële verkrijgers) opgesteld. De beoogd curatoren geven in hun verslag bovendien aan dat zij de indruk hebben dat Squarefield zorgvuldig heeft gehandeld en een goed beeld had van de kopersmarkt. Tot slot is de concept-activaovereenkomst (aantal over te nemen werknemers, arbeidsvoorwaarden enz.) en de concept-koopovereenkomst uitonderhandeld met de directie, de beoogde curatoren en de koper nadat de periode van stille bewindvoering reeds was aangevangen. Hieruit is uiteindelijk Parlevliet en Van der Plas B.V. als beste uit de bus gekomen.²³⁹

Het aanzoeken van slechts één potentiële verkrijger is daarentegen – op zichzelf beschouwd, maar zeker wanneer deze partij vennootschappelijke banden heeft met de vervreemder, zie de volgende paragraaf, in het bijzonder hetgeen aldaar verhandeld wordt aangaande het feit dat bij de zaak Estro met slechts één partij is onderhandeld – een indicatie dat de procedure is gericht op voortzetting van de activiteit.²⁴⁰ Dit is eens te meer het geval als – zoals inzake Estro – geen noemenswaardig marktonderzoek heeft plaatsgevonden.²⁴¹ Het betreft hier aldus een relevant gezichtspunt.

5.4 Banden vervreemder en verkrijger (gezichtspunten iii, iv & v)

A-G Drijber brengt in herinnering dat het Hof van Justitie nalaat te expliciteren dat de vervreemde vennootschap banden had met de verkrijgende vennootschap, nu dit geen relevante omstandigheid zou zijn, dan wel dat het Hof van Justitie dit verschil niet nodig had om te kunnen oordelen dat in een pre-packprocedure aan het oogmerk van voortzetting dan wel liquidatie kan zijn voldaan. Ik acht met name dit eerste scenario toch enigszins voorbarig. Er zijn in de uitspraak alsmede het onderliggende faillissementsverslag van curator Jongepier immers een aantal indicatoren te vinden die duiden op het belang van dit verschil tussen Estro enerzijds en Heiploeg anderzijds. Zo vermeld het Hof van Justitie in het arrest Heiploeg expliciet dat “verscheidene van het Heiploeg-concern onafhankelijke vennootschappen uitgenodigd [zijn] om een bod uit te brengen op de activa van Heiploeg-oud” (onderstreping mijnerzijds).²⁴² Daarentegen vermeld het Hof van Justitie in het arrest Estro:

“Bij de uitvoering van het Project Butterfly heeft de Estro Groep uitsluitend contact gehad met H.I.G. Capital als potentiële koper, de zustervenootschap van haar belangrijkste aandeelhouder Bayside Capital. Er is geen enkele andere potentiële optie onderzocht.” (onderstreping mijnerzijds)²⁴³

In het voorgaande hoofdstuk is vastgesteld dat de vennootschappen van zowel de vervreemder als de verkrijger in de zaak Estro eenzelfde belangrijkste aandeelhouder gemeen hebben, en daarbij staat

²³⁷ W.J.P. Jongepier, Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 – Periode stille bewindvoering, paragraaf 5.2-5.3.

²³⁸ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 26.

²³⁹ G.W. Breuker & P. Lettinga, Faillissementsverslag nummer 18.nne.14.28.F.V.01 d.d. 4 februari 2014 – Periode stille bewindvoering Heiploeg B.V., p. 6-7.

²⁴⁰ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 44.

²⁴¹ M.R. van Zanten, It takes Smallsteps to pre-pack, in: E.J.R. Verwey, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (red.), De curator en het personeel (INSOLAD Jaarboek 2018), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 34-36.

²⁴² HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 26.

²⁴³ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, JAR 2017/189, m.nt. Loesburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 20.

vast dat de bestuursvoorzitter²⁴⁴ van vervreemder Estro is overgegaan naar verkrijger Smallsteps, zodat men kan vaststellen dat de activiteiten in praktische zin niet van eigenaar zijn gewisseld en de vennootschappen daarenboven dezelfde bestuursvoorzitter hebben. Het Hof van Justitie stelt in het arrest Heiploeg vast dat 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.²⁴⁵ In het geval van Estro lijkt het feit dat sprake is van dezelfde aandeelhouder (H.I.G. Capital als zustervennootschap van de belangrijkste aandeelhouder Bayside Capital) en dezelfde bestuursvoorzitter toch primair te duiden op voortzetting van onderneming, zeker als men daarbij optelt dat sprake was van slechts één partij (wederom H.I.G. Capital) waarmee is onderhandeld²⁴⁶ over een doorstart door middel van een pre-pack.²⁴⁷ Van Zanten stelt – na bestudering van het faillissementsverslag van de curator – in dit kader vast dat H.I.G. Capital zowel de belangrijkste financier als de belangrijkste aandeelhouder was van Estro (“De financieringsstructuur van Estro groep was erg complex, maar de situatie kan aldus worden samengevat dat HIG, in ieder geval gedurende de periode van stille bewindvoering, doorslaggevende invloed had op de beslissingen van de groep financiers”)²⁴⁸, waarna hij (lees: Van Zanten na bestudering van het verslag van curator Jongepier) concludeert dat H.I.G. Capital in feite “met zichzelf”²⁴⁹ heeft onderhandeld.²⁵⁰ Dit duidt toch veeleer primair op een reorganisatie (feitelijk blijft de onderneming immers in handen van dezelfde belangrijkste aandeelhouder en wordt de onderneming bestuurd door dezelfde bestuursvoorzitter, en vindt enkel een terugschroefing plaats in zowel het aantal vestigingen alsmede in het

²⁴⁴ In paragraaf 5.4 van voornoemd faillissementsverslag staat te lezen dat Estro groep in het kader van project Butterfly uitsluitend H.I.G. Capital als koper heeft benaderd, waarbij bovendien kan worden vastgesteld dat zowel de bestuursvoorzitter van Estro Groep als een van haar commissarissen “belang hadden bij het welslagen van het bod van HIG omdat zij zich zouden verbinden aan de beoogde koper”. Zie in dit kader tevens paragraaf 7.3 faillissementsverslag.

²⁴⁵ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 44.

²⁴⁶ “HIG heeft geruime tijd exclusief de gelegenheid gehad een bod voor te bereiden alvorens het verzoek tot aanwijzing van een stille bewindvoering werd gedaan. Belangstelling bij derden is niet (serieus) in kaart gebracht.” W.J.P. Jongepier, Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 – Periode stille bewindvoering, paragraaf 5.7.

²⁴⁷ Hierbij zij uitdrukkelijk opgemerkt dat hieromtrent in het richtlijnvoorstel van de Europese Commissie van 22 december 2022 (COM/2022/702 final) een aantal interessante zaken op een rij zijn gezet. Allereerst worden voorkeursrechten ten aanzien van de onderneming uit den boze geacht, aldus art. 26 lid 2. Partijen die gelieerd zijn aan de vervreemder mogen in principe meedingen, maar zij moeten hun hoedanigheid dan wel tijdig openbaren (en is het bod van een gelieerde partij het enige bod, dan dient het bod ten minste de best-interest-of-creditors-toets te doorstaan, vgl. art. 32 lid 2). Aan het vorengaande is echter wel de essentiële voorwaarde verbonden dat niet-gelieerde partijen in dat geval wel voldoende tijd moeten krijgen om een concurrerend bod voor te bereiden, aldus art. 32. Een mogelijke sanctie op het verzwijgen van de nauw relatie is – volgens de ontwerpbeplanning – het maken van een uitzondering op de regel dat de koper de onderneming vrij van verplichtingen overneemt, zodat wel alle werknemers met hun rechten en plichten mee over gaan. Het feit dat aan de vervreemder gelieerde partijen onder stringente voorwaarden een bod mogen uitbrengen op de te vervreemden onderneming, laat overigens onverlet dat voornoemde gezichtspunten ook in dat geval kunnen wijzen op een procedure die primair is gericht op voortzetting veeleer dan liquidatie. Met andere woorden, als dit richtlijnvoorstel het haalt, blijven voornoemde gezichtspunten relevantie behouden. Wat hier ook van zij; tot op heden betreft dit aldus een voorstel en ziet deze scriptie op het abstraheren van gezichtspunten uit een analyse van Estro enerzijds en Heiploeg anderzijds. Voornoemde werd echter te belangrijk geacht om niet te vermelden. Via: B.A. Schuijling, ‘Het Commissievoorstel voor een nieuwe insolventierichtlijn’, *FIP* 2023/1, p. 15.

²⁴⁸ Bayside Capital was immers de belangrijkste aandeelhouder van H.I.G. Capital, en laatstgenoemde was weer de belangrijkste aandeelhouder van Estro Groep B.V., aldus W.J.P. Jongepier, Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 – Periode stille bewindvoering, paragraaf 3.3.

²⁴⁹ W.J.P. Jongepier, Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 – Periode stille bewindvoering, paragraaf 5.5. Volgens de curator dient hieraan de conclusie te worden verbonden dat dit in Engelstalig jargon betekent dat H.I.G. en haar groepsvennootschappen als *connected party* moeten worden beschouwd ten aanzien van de door Estro Groep beoogde transactie. Hieraan voegt de curator in paragraaf 5.6 toe dat ook in het Verenigd Koninkrijk (alwaar de pre-pack is ontstaan) aanhoudende kritiek bestaat op pre-pack transacties met *connected parties*, verwijzend naar pagina 59 van het Graham Report.

²⁵⁰ M.R. van Zanten, *It takes Smallsteps to pre-pack*, in: E.J.R. Verwey, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (red.), *De curator en het personeel* (INSOLAD Jaarboek 2018), Deventer: Wolters Kluwer 2018, paragraaf 2.3.3.1. Zie tevens W.J.P. Jongepier, Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 – Periode stille bewindvoering, paragraaf 5.5.

personeelsbestand), hetgeen volgens het Hof van Justitie duidt op een primaire gerichtheid op voortzetting van de onderneming.²⁵¹

Deze procedure heeft het daarenboven voor wat betreft Estro ook daadwerkelijk mogelijk gemaakt om het primaire doel van voortzetting te bewerkstelligen door middel van een feitelijke reorganisatie. Hiervan was weliswaar eveneens een uitkomst dat een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers werd gerealiseerd, maar dat was in deze procedure m.i. niet het primaire doel, maar veeleer een – weliswaar voorname – bijkomstigheid. Ook gezichtspunt viii speelt hier zo gezien een rol.

Alhoewel het Hof van Justitie zijn conclusie in beide zaken niet expliciet koppelt aan (het ontbreken van) vennootschappelijke banden, lijkt het aannemelijk dat dit wel degelijk een relevante omstandigheid is in de weging van een primaire gerichtheid op liquidatie enerzijds of voortzetting anderzijds. Dit zou zich overigens zeer wel kunnen verhouden met het door A-G Drijber gestelde tweede scenario dat het Hof van Justitie dit verschil niet nodig had om te kunnen oordelen dat in een pre-packprocedure aan het oogmerk van voortzetting dan wel liquidatie kan zijn voldaan. Daarenboven zij opgemerkt dat het wel degelijk zo zou kunnen zijn dat een pre-packprocedure primair gericht is op liquidatie van het vermogen van de vervreemder, maar dat desalniettemin sprake is van bijvoorbeeld een bestuurder die mee overgaat van de vervreemder naar de verkrijger – nadat een waarachtig verkennend marktonderzoek heeft plaatsgevonden en meerdere potentiële verkrijgers zijn aangezocht – in het kader van een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers. Een argument hierbij zou kunnen zijn dat vorengaande zorgt voor continuïteit van onderneming, hetgeen de liquidatieopbrengst ten goede komt.

Hetzelfde kan in feite gesteld worden voor eenzelfde (minderheids)aandeelhouder bij zowel de vervreemder als de verkrijger. Op zichzelf duidt dit immers nog niet op een primaire gerichtheid op voortzetting van onderneming, maar het kan zeer wel één factor zijn in de weging tussen beide primaire doelstellingen. Men weegt de gezichtspunten dus altijd in ogenschouw nemende de relevante omstandigheden van het geval, zodat de aanwezigheid van dezelfde bestuurders en/of aandeelhouders op beide primaire doelstellingen kan duiden. Het is misschien juist vanwege het vorengaande dat dit een relevant gezichtspunt is, daar dit gezichtspunt bij wijze van contactvloeistof kan duiden op ofwel liquidatie ofwel voortzetting. Het is om deze reden dat de scribent deze omstandigheden – ondanks andersluidende signalen in de conclusie van de A-G en in de literatuur²⁵² – heeft vertaald in de gezichtspunten iii, iv en v.

5.5 Handelingen die tenderen naar een zoektocht tot besparingen voor een winstgevende onderneming (gezichtspunt vi)

Ik breng in herinnering dat bij Estro het initiële plan was om met behulp van de voornaamste financiers en aandeelhouders, alsmede eventuele andere investeerders, te zorgen voor de benodigde aanvullende financiering. Dit heeft echter tot niets geleid. Parallel²⁵³ aan dit initiële plan was door Estro echter project Butterfly opgevat. Dit plan strekte ertoe een belangrijk deel van Estro te verkopen uit faillissement door middel van een pre-pack. Van de 370 kinderdagopvanglocaties zouden dan 243

²⁵¹ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 53.

²⁵² Lintel en Van Zanten hebben daar een kanttekening bij geplaatst: “De uitspraak in *Smallsteps* biedt geen enkele aanleiding om te denken dat de vraag of de onderhandelingen over de overgang van onderneming hebben plaatsgevonden met een gelieerde partij relevant is voor de uitlegging van art. 5 lid 1 van de Richtlijn.” Zie I.M.A. Lintel & T.T. van Zanten, ‘Opnieuw naar het Hof van Justitie voor duidelijkheid over de positie van de werknemers bij een *pre-packaged* doorstart’, *Tvl* 2020/35, via: PHR 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (Conclusie A-G Drijber), r.o. 2.1.8.

²⁵³ Op het moment dat Estro zich zette aan het opstellen project Butterfly, liepen namelijk de onderhandelingen omtrent het initiële plan nog, aldus de curator van Estro. Uiteindelijk bleek geen van de benaderde partijen bereid additionele financiering te verstrekken. W.J.P. Jongepier, Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 – Periode stille bewindvoering, paragraaf 4.1-4.2.

locaties doorstarten met behoud van werkgelegenheid voor zo een 2500 medewerkers (van de in totaal ca. 3600 medewerkers) en continuïteit van de dienstverlening in juli 2014.²⁵⁴

Uit het arrest Estro blijkt dat de aldaar ingestoken pre-pack 'tot in de kleinste details de overdracht van de onderneming beoogt voor te bereiden om na 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'.²⁵⁵ Het Hof van Justitie stelt vervolgens dat onder deze omstandigheden moet worden vastgesteld dat een dergelijke transactie uiteindelijk niet primair 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'.²⁵⁶

Anders geformuleerd stelt het Hof van Justitie hier dat wanneer handelingen van de *vervreemder* tenderen naar een gedetailleerde zoektocht naar de nodige besparingen voor een winstgevende onderneming, vorengaande niet duidt op een primaire gerichtheid op liquidatie van het vermogen van de vervreemder, zodat er geen reden bestaat om de uitzondering van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG te doen gelden. Het Hof van Justitie lijkt hier te impliceren dat hier veeleer een rol is weggelegd voor de toekomstig verkrijger, waarbij hier bovendien een verband lijkt te zijn met het feit dat bij Estro duidelijke vennootschappelijke banden bestonden (zie paragraaf 5.4) tussen de vervreemder en verkrijger en dat dit er tezamen op wijst dat de procedure hier primair gericht was op voortzetting. Immers, juist het feit dat deze banden bestaan tussen vervreemder en verkrijger maakt dat bij deze transactie de grenzen op tweeërlei²⁵⁷ wijze vervaagden tussen de vervreemder (die de benodigde besparingen heeft gecalculeerd) en de verkrijger die de vennootschap laat doorstarten, die bovendien beide een belangrijkste aandeelhouder²⁵⁸ en de bestuursvoorzitter²⁵⁹ gemeen hebben.

Bij Heiploeg bestond deze implicatie niet²⁶⁰, althans een dergelijk standpunt is door het Hof van Justitie niet ingenomen inzake Heiploeg, nu de potentiële verkrijgers die in deze hoedanigheid waren aangezocht onafhankelijk waren van de vervreemder.²⁶¹ Daarop zijn deze van het Heiploeg-

²⁵⁴ W.J.P. Jongepier, Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 – Periode stille bewindvoering, paragraaf 4.3.

²⁵⁵ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, JAR 2017/189, m.nt. Loesburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 49.

²⁵⁶ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, JAR 2017/189, m.nt. Loesburg (Smallsteps/FNV – Estro), r.o. 50.

²⁵⁷ Enerzijds door het feit dat de vervreemder de benodigde besparingen voor een winstgevende onderneming tot in detail heeft gecalculeerd en anderzijds omdat diezelfde vervreemder banden had met de toekomstig verkrijger.

²⁵⁸ Bayside Capital was immers de belangrijkste aandeelhouder van H.I.G. Capital, en laatstgenoemde was weer de belangrijkste aandeelhouder van Estro Groep B.V., aldus W.J.P. Jongepier, Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 – Periode stille bewindvoering, paragraaf 3.3.

²⁵⁹ W.J.P. Jongepier, Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 – Periode stille bewindvoering, paragraaf 5.4 en 7.3.

²⁶⁰ In het faillissementsverslag is daarentegen wel opgenomen dat reorganisatieplannen sinds twee opeenvolgende verlieslatende jaren in een stroomversnelling waren gekomen door de opgelegde boete van de Europese Commissie, waarbij 'bestuurders, commissarissen en banken' reeds in de periode voorafgaande aan het faillissement aandrongen op sanering. Vervolgens wordt op de volgende bladzijde van het faillissementsverslag uiteengezet dat op de dag van benoeming van de beoogd curatoren, te weten 16 januari 2014, reeds sprake is van het 'beoogde doorstartplan'. Dit heeft het Hof van Justitie echter niet (kenbaar) meegenomen in haar overwegingen, nu de Hoge Raad deze omstandigheden niet aan het Hof van Justitie kenbaar heeft gemaakt. Dit laatste had naar mijn inzicht wel in de rede gelegen, nu het Hof van Justitie expliciet op dit punt is ingegaan in het arrest Estro. Zie: G.W. Breuker & P. Lettinga, Faillissementsverslag nummer 18.nne.14.28.F.V.01 d.d. 4 februari 2014 – Periode stille bewindvoering Heiploeg B.V., p. 3. Daar moet ter nuancering wel weer bij worden opgemerkt dat Heiploeg een derde partij in de arm heeft genomen – Squarefield genaamd – die op zoek is gegaan naar een koper voor Heiploeg, waartoe Squarefield eerst een longlist en vervolgens een shortlist (met drie potentiële verkrijgers) heeft opgesteld. De beoogd curatoren geven in hun verslag bovendien aan dat zij de indruk hebben dat Squarefield zorgvuldig heeft gehandeld en een goed beeld had van de kopersmarkt. Tot slot is de concept-activaovereenkomst (aantal over te nemen werknemers, arbeidsvoorwaarden enz.) en de concept-koopovereenkomst pas uitonderhandeld met de directie, de beoogde curatoren en de koper nadat de periode van stille bewindvoering reeds was aangevangen. Hieruit is uiteindelijk Parlevliet en Van der Plas B.V. als beste uit de bus gekomen. Zie: G.W. Breuker & P. Lettinga, Faillissementsverslag nummer 18.nne.14.28.F.V.01 d.d. 4 februari 2014 – Periode stille bewindvoering Heiploeg B.V., p. 6-7. Bij de formulering van de gezichtspunten wordt echter wel uitgegaan van hetgeen staat vermeld in de twee respectievelijke arresten, nu de onderzoeksvraag behelst dat hieruit de gezichtspunten worden ontwaard.

²⁶¹ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 53.

concern onafhankelijke vennootschappen uitgenodigd om een bod uit te brengen op de activa van Heiploeg, waarna is dooronderhandeld met Parlevliet en Van der Plas B.V., nu dit bod als beste werd beoordeeld. Uit het arrest van het Hof van Justitie blijkt in het geval van Heiploeg niets dat duidt op handelingen van de *vervreemder* die tenderen naar een gedetailleerde zoektocht naar de nodige besparingen voor een winstgevende onderneming²⁶², en evenmin waren hier vennootschappelijke banden tussen de vervreemder en de verkrijger, zodat het Hof van Justitie hier concludeert dat deze transactie primair gericht is op liquidatie van het vermogen van de vervreemder teneinde een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers te bewerkstelligen.²⁶³

Zo bezien kan men aldus vaststellen dat sprake is van een ter zake doend gezichtspunt, nu de wijze waarop in de betreffende pre-packprocedure invulling is gegeven aan de zoektocht naar besparingen voor een winstgevende onderneming kan duiden op enerzijds voortzetting en anderzijds liquidatie.

5.6 Aanwezigheid verband pre-pack en aard van de onderneming (gezichtspunt vii)

Bij deze omstandigheid is het de vraag of de transactie al dan niet verband houdt met de aard van de onderneming. Nemen we nu Heiploeg, dan was het belang van een going concern-verkoop hier gelegen in het feit dat - aangezien werd gewerkt met verse vis – het bedrijfsproces niet stilgelegd kon worden zonder aanzienlijk verlies van verkoopwaarde.²⁶⁴ Met andere woorden: going concern verkoop was een *conditio sine qua non* voor een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers, en hiertoe was nu eenmaal benodigd dat een doorstart van de onderneming naadloos zou volgen op het faillissement van de onderneming.²⁶⁵

In de zaak Estro wordt door de curator echter eveneens een beeld geschetst van de problematische gevolgen van een direct faillissement. De dienstverlening op alle locaties zou per direct moeten worden gestaakt, zodat op die locaties geen kinderopvang meer zou kunnen plaatsvinden. Dit zou, aldus curator Jongepier, tot grote maatschappelijke onrust en schade hebben geleid, nu alle betrokken ouders van circa 30.000 kinderen terstond alternatieve opvang hadden moeten verzorgen.²⁶⁶ Dit echter met dien verstande dat de weging van het Hof van Justitie – gezien de overige feiten in de zaak Estro – uitsloeg naar een primaire gerichtheid op voortzetting van de onderneming. Hier brengt het belang van een going concern-verkoop op zichzelf beschouwd nog geen verandering in. De hamvraag is immers nog altijd of de procedure nu primair gericht is op liquidatie dan wel op voortzetting, en in het laatste geval kan evenzeer een going concern verkoop plaatsvinden, zij het dat dan alle werknemers met diens rechten en plichten mee overgaan. Nu ziet de scribeur evenzeer in dat de voornaamste besparing van een dergelijke reorganisatie nu juist zit in een herschikking van het personeelsbestand, waartoe in dat geval mogelijk de ETO-redenen kunnen worden aangewend.

Het punt is met andere woorden ook hier dat men dit gezichtspunt moet bezien in de context van alle relevante feiten en omstandigheden van de voorliggende pre-packprocedure, en dat het gezichtspunt als zodanig – wederom als waren het een contactvloeiend – op dien wijze kan duiden op voortzetting dan wel liquidatie.

²⁶² HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 25-26.

²⁶³ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 55.

²⁶⁴ HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, r.o. 3.8-3.10.

²⁶⁵ Ik breng in herinnering dat het standpunt van de potentiële verkrijgers van Heiploeg er unisono toe strekte alleen mogelijkheden voor een koop en dus een doorstart te zien wanneer een pre-packprocedure zou worden ingezet. Als argument gebruikten zij hiervoor dat de aard van de branche met dagverse producten zou maken dat de klanten reeds na één dag discontinuïteit massaal dreigden te vertrekken. G.W. Breuker & P. Lettinga, Faillissementsverslag nummer 18.nne.14.28.F.V.01 d.d. 4 februari 2014 – Periode stille bewindvoering Heiploeg B.V., p. 6.

²⁶⁶ W.J.P. Jongepier, Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 – Periode stille bewindvoering, paragraaf 2.3.

5.7 Maakt de tenuitvoerlegging het daadwerkelijk mogelijk om primair doel te bereiken (gezichtspunt viii)

Het Hof van Justitie benadrukt dat de vraag of de voorliggende procedure voldoet aan een primaire gerichtheid op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, nadat is vast komen te staan dat de vervreemder niet langer solvent is – en de procedure dus niet enkel gericht op een reorganisatie van de betreffende onderneming – dient te worden getoetst aan de hand van de omstandigheden van het geval. Hierbij moet niet alleen worden vastgesteld dat de procedure in kwestie primair gericht is op een zo hoog mogelijke uitbetaling van de gezamenlijke schuldeisers, maar dient de tenuitvoerlegging van de liquidatie door middel van een overgang van de lopende onderneming – zoals voorbereid in de pre-pack procedure en uitgevoerd na het faillissement – het ook daadwerkelijk mogelijk te maken om voornoemd primair doel te bereiken.

Het is met andere woorden zo dat – voor een primaire gerichtheid op liquidatie – het uitvoeren van een pre-packprocedure in verband met de liquidatie van het vermogen van de vervreemder aldus tot doel dient te hebben de curator en de rechter-commissaris in staat te stellen de kans te vergroten dat de schuldeisers worden uitbetaald.²⁶⁷ In paragraaf 5.4 is al vastgesteld dat de pre-packprocedure bij Estro in de feitelijke uitwerking primair veeleer tot doel had om het operationele karakter van de onderneming of van de levensvatbare onderdelen daarvan veilig te stellen, hetgeen volgens het Hof van Justitie nogmaals wijst op voortzetting. Bij Heiploeg daarentegen strekte de feitelijke uitvoering van de procedure er in eerste instantie toe in de faillissementsprocedure een liquidatie van het vermogen van de draaiende onderneming te vergemakkelijken waarbij een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers werd bereikt.²⁶⁸ Men moet, kortom, altijd kijken naar de feitelijke uitwerking van de betreffende pre-packprocedure. Aangezien wezen hierbij voor de schijn gaat betreft dit gezichtspunt als het ware een conditie zonder welke geen sprake kan zijn van een procedure die primair gericht is op liquidatie van het vermogen van de vervreemder.

²⁶⁷ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 53.

²⁶⁸ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg), r.o. 55.

5.8 De gezichtspunten

- i. Is er geen initieel plan opgevat voor herfinanciering met de huidige dan wel externe financiers en/of aandeelhouders, bijvoorbeeld door middel van een investeringsronde?
- ii. Is er slechts met één of is er met meerdere partijen onderhandeld over een doorstart door middel van een pre-pack? En in hoeverre heeft hieraan voorafgaand een waarachtig verkennend marktonderzoek plaatsgevonden met als voornaamste oogmerk het vinden van potentiële verkrijgers die onafhankelijk zijn van de vervreemder?
- iii. Zijn er vennootschappelijke banden tussen de (al dan niet nieuw opgerichte) (potentiële) verkrijger en de (potentiële) vervreemder?
- iv. Hebben de vervreemde- en de verkrijgende vennootschap(pen) aandeelhouders gemeen, zodat geconcludeerd kan worden de activiteiten in praktische zin niet van eigenaar zijn gewisseld?
- v. Is er een bestuurder dan wel zijn er bestuurders mee overgegaan van de vervreemde vennootschap naar de verkrijgende vennootschap?
- vi. In hoeverre geven de onderliggende feiten blijk van een onderzoek dan wel feitelijke handelingen die tenderen naar een zoektocht naar de benodigde besparingen voor een winstgevende onderneming?
- vii. Houdt de going-concernverkoop – in de vorm van een pre-pack – geen verband met de aard van de onderneming? Met andere woorden: ligt er geen inherente vereiste in de aard van de werkzaamheden van die onderneming besloten die ervoor zorgt dat het in het licht van een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers van belang is dat een doorstart plaatsvindt die naadloos aansluit op het faillissement?
- viii. Maakt de tenuitvoerlegging van de liquidatie door middel van een overgang van de lopende onderneming – zoals voorbereid in de pre-pack procedure en uitgevoerd na het daadwerkelijke faillissement – het niet, althans maar (zeer) ten dele mogelijk om het primaire doel (liquidatie van het vermogen van de vervreemder) te bereiken?

5.9 Conclusie

Het is van belang om hier op te merken dat geen van de voornoemde gezichtspunten op zichzelf perse betekenen dat sprake zou zijn van een procedure die meer gericht is op voortzetting dan wel liquidatie. Een initieel plan voor herfinanciering kan bijvoorbeeld zeer wel voorafgaan aan een pre-pack die primair gericht is op liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Denk aan Heiploeg, waarbij ter financiering van de boete van de Europese Commissie eerst werd getracht een banklening te realiseren. Bezieet men voorgaand gezichtspunt echter in combinatie met het feit dat is onderhandeld met slechts één potentiële verkrijger, die ook nog eens vennootschappelijke banden heeft met de vervreemder, dezelfde belangrijkste aandeelhouder kent en bovendien de bestuursvoorzitter mee overgaat van de vervreemder naar de verkrijger, dan valt de weegschaal al snel uit naar voortzetting veeleer dan liquidatie. Het is dus zaak de gezichtspunten in samenhang te bezien in het licht van de omstandigheden van het voorliggende geval, waarbij de afweging eerder kwalitatief is dan kwantitatief. Men telt de gezichtspunten dus niet simpelweg op, maar weegt hen al naar gelang de omstandigheden van het geval kwalitatief qua.

Uiteindelijk gaat het erom vast te stellen wat nu het middel is, en wat nu het doel is dat wordt beoogd. Is, met andere woorden, voortzetting een middel teneinde het doel van liquidatie van het vermogen van de vervreemder te bewerkstelligen? Of is veeleer sprake van een primaire gerichtheid op voortzetting, en is liquidatie van het vermogen van de vervreemder – en daarmee een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers – slechts een prettige bijkomstigheid? Dat is, wat mij betreft, de kern. Voornoemde gezichtspunten zijn hierbij een handvat om vast te stellen wat nu het primaire doel is van de voorliggende transactie.

Deze gezichtspunten zijn voor de overzichtelijkheid in vragende vorm geformuleerd op zo een wijze dat een bevestigend antwoord – in principe, en met inachtneming van het vorengaande – duidt op een primaire gerichtheid op voortzetting. Gezichtspunten ii en vi zijn echter vragen met een meer open karakter, waarbij slechts het antwoord op de open vragen in combinatie met de antwoorden op de overige gezichtspunten (die dus allen kwalitatief benaderd dienen te worden) een indicatie geeft van een primaire gerichtheid op voortzetting dan wel liquidatie. Op deze wijze heeft de scribent getracht een balans te houden tussen enerzijds een overzichtelijke toets voor de praktijk, waarbij anderzijds geen afbreuk wordt gedaan aan de weerbarstigheid van het voorliggende vraagstuk.

Zo bezien scharniert de pre-packprocedure in algemene zin niet op één specifiek punt, maar slaat de weegschaal uit naar voortzetting dan wel liquidatie al naar gelang de kwalitatieve weging van de omstandigheden van het geval, getoetst aan voornoemde gezichtspunten en in onderlinge samenhang bezien. Toegegeven, dit maakt de materie niet meteen eenvoudiger, maar deze toets maakt betrekkelijke duidelijkheid vooraf wel tot een reële mogelijkheid voor de rechtspraktijk. Een heilige graag is er kortom niet. Een geijkte weegschaal daarentegen wel.

Literatuurlijst

Van Andel 2014

W.J.M. van Andel, 'Stop met de pre-pack', *Tvl* 2014/37.

Beltzer 1998

R.M. Beltzer, Vereffenen is niet liquideren: het formele doel van de insolventieprocedure en richtlijn 277/187, *Tvl* 1998/8.

Beltzer 2008

R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008.

Beltzer 2014

R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming en faillissement: over blinde vlekken bij curatoren of wishful thinking bij arbeidsrechtjuristen', *FIP* 2014.

Beltzer 2015

R.M. Beltzer, 'Continuïteit van ondernemingen en pre-pack: hoe een idee een Europese richtlijn mist', *O&F* 2015/1.

Beltzer 2023

R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, Amsterdam: Corel 2023.

Bouwens, Roozendaal en Bij de Vaate 2015

W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal en D.M.A. Bij de Vaate, *Werknemers en insolventie. Een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever*. (Adviesrapport), Vrije Universiteit van Amsterdam 2015.

Bouwens 2022

W.H.A.C.M. Bouwens, 'De comeback van de pre-pack', *TRA* 2022/48.

Van Galen 2022

R.J. van Galen, 'Overgang van onderneming in faillissement: de stand van zaken na Heiploeg', *Ondernemingsrecht* 2022/55.

Van Hees 2016

A. van Hees, 'Pre-packen voor de werknemers?', *Tvl* 2016/18, p. 134-136.

Hurenkamp 2014

J.R. Hurenkamp, *De pre-pack in de praktijk; een analyse van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden*, Amersfoort: Celsus juridische uitgeverij 2014.

Hufman & Zaal 2014

P. Hufman & I. Zaal, 'De toepasselijkheid van de Richtlijn overgang van onderneming bij insolvente ondernemingen', *TAP* 2014.

Kullmann 2017

M. Kullmann, 'Bezint eer ge begint: de gevolgen van de pre-pack die als overgang van onderneming kwalificeert', *TRA* 2017/95.

Lintel & Van Zanten 2020

I.M.A. Lintel & T.T. van Zanten, 'Opnieuw naar het Hof van Justitie voor duidelijkheid over de positie van de werknemers bij een *pre-packaged* doorstart', *Tvl* 2020/35.

Mennens 2020

A.M. Mennens, *Het dwangakkoord buiten surseance en faillissement* (Serie Onderneming en Recht, nr. 118, 2020), Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Van der Pijl 2019

J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie, over de rechtspositie van de werknemer van een insolvente werkgever*, Deventer: Wolters Kluwer (diss. Amsterdam UvA) 2019.

Van der Pijl 2021

J. van der Pijl, 'De positie van werknemers bij het nieuwe herstructureringsinstrument: het WHOA-akkoord', *TRA* 2021/84.

Van der Pijl 2022

J. van der Pijl, 'Het Heiploeg-arrest. Annotatie bij Hof van Justitie van de EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321', *TAC* 2022/4.

Polak & Pannevis 2022

N.J. Polak en N.B. Pannevis, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2022.

Schaink 2015

P.R.W. Schaink, 'Doorstart Heiploeg na pre-pack: een arbeidsrechtelijke piketpaal', *ArbeidsRecht* 2015/47.

Schaink 2017

P.R.W. Schaink, 'Het arrest van het Hof van Justitie inz. FNV c.s./Smallsteps', *Tvl* 2017/22.

Schaink 2022

P.R.W. Schaink, 'Heiploeg en Smallsteps', *TvO* 2022/3.

Schreurs 2017

Ph.W. Schreurs, 'Smallsteps en de grote stappen die nu gezet moeten worden', *ArA* 2017/3.

Schuilijng 2023

B.A. Schuilijng, 'Het Commissievoorstel voor een nieuwe insolventierichtlijn', *FIP* 2023/1.

SER 1985

SER Advies 1985/23, Overgang van ondernemingen, 15 november 1985.

Theunissen 2009

A.J.C. Theunissen, *De overgang van de insolvente onderneming*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2009.

Tollenaar 2011

N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrecht in Nederland: geef ons de pre-pack!', *Tvl* 2011/23.

Verburg 2014

L.G. Verburg, 'De doorstart in faillissement en het debiet van '662'', *FIP* 2014.

Verburg & Beltzer 2015

L.G. Verburg & R.M. Beltzer (red.), *Monografieën sociaal recht. Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Verschuren 2006

P. Verschuren e.a., *Het opstellen van een juridisch onderzoeksplan. Een handreiking bij het doen van juridisch onderzoek en het maken van onderzoeksvoorstellen*, Nijmegen: Radboud Universiteit 2006.

Van Vugt 2014

M.H.F. van Vugt 'De Nederlandse pre-pack: time-out please!' *FIP* 2014/47.

Van der Voet 2021

G.W. van der Voet (red.) e.a., *Arbeidsrechtelijke themata – Bijzondere arbeidsverhoudingen*, Den Haag: Boom juridisch 2021.

Waterman 2022

C.L. Waterman, HvJ EU: pre-pack en art. 7:666 BW toch mogelijk. Verduidelijking Smallsteps-criteria *JIN* 2022/99.

Van Zanten 2013

M.R. van Zanten, 'Aan het werk met de pre-pack!', *AR* 2013/47.

Van Zanten 2018

M.R. van Zanten, It takes Smallsteps to pre-pack, in: E.J.R. Verwey, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (red.), *De curator en het personeel (INSOLAD Jaarboek 2018)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Van Zanten 2020

M.R. van Zanten, 'Wetsvoorstel rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement: een gewenste transitie van het insolventierecht naar het arbeidsrecht?', *Tvl* 2020/6.

Jurisprudentielijst

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EU 7 februari 1985, NJ 1985, 900 (Abels).

HvJ EU 25 juli 1991, NJ 1994/168 (D'Urso).

HvJ EU 7 december 1995, NJ 1996/743 (Spano/Fiat).

HvJ EU 12 maart 1998, NJ 1999/143 (Dethier/Dassy).

HvJ EU 12 november 1999, NJ 1999/520 (Europièces/Sanders).

HvJ EU 16 mei 2019, ECLI:EU:C:2019:424 (Plessers).

HvJ EU 29 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:241 (Conclusie A-G (Mengozzi)).

HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, *JAR* 2017/187, m.nt. Loesburg (Smallsteps/FNV c.s.).

HvJ EU 21 december 2021, ECLI:EU:C:2021:997 (Concl. A-G Pitruzzella).

HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg).

Hoge Raad

HR 24-02-1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, m.nt. W.M. Kleijn (Ontvanger/Gerritse, Sigmacon II).

HR 19-04-1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, m.nt. W.M. Kleijn (Maclou/Curatoren Van Schuppen, Maclou en Prouvost).

HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 (Heiploeg).

HR 13 oktober 2022 ECLI:NL:HR:2022:1446 (FNV/ Vleems Bakery).

PHR 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368 (Conclusie A-G Drijber).

Gerechtshof

Hof Amsterdam 17 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2339, *JAR* 2018/218 (Heiploeg).

Hof Arnhem-Leeuwarden 30 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9900 (FNV/ Vleems Bakery).

Rechtbank

Rb. Maastricht 22 november 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BY4595, r.o. 2.1, *JOR* 2012/63 m.nt. J.J. van Hees.

Ktr. Almelo 28 juli 2015, ECLI:RBOVE:2015:3589.

Rb Gelderland (ktr. Zutphen) 1 februari 2018, *JAR* 2018/40 (Tuunte).

Rb. Limburg 26 september 2018, *JAR* 2018/263, *JOR* 2018/316 m.nt. I. Spinath (Princen TransMission/FNV c.s.).

Kamerstukken

Tweede Kamer de Staten-Generaal

Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 2 (Wet Continuïteit Ondernemingen I).

Kamerstukken II, 2022/2023, 22112, nr. 3598.

Faillissementsverslagen

Curator Jongepier, Estro 2014

W.J.P. Jongepier, Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 – Periode stille bewindvoering.

Curatoren Breuker & Lettinga, Heiploeg 2014

G.W. Breuker & P. Lettinga, Faillissementsverslag nummer 18.nne.14.28.F.V.01 d.d. 4 februari 2014 – Periode stille bewindvoering Heiploeg B.V., p. 3.