

# Heiploeg-arrest: nieuw leven voor de pre-pack?

Bb 2022/60

Eind april 2022 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie het Heiploeg-arrest gewezen waar zowel arbeids- als insolventierechtjuristen reikhalzend naar uitkeken en dat betrekking heeft op de zogenoemde pre-pack. In dit artikel wordt een overzicht gegeven van de pre-pack, het wetgevingstraject rondom de pre-pack en de consequenties van het Heiploeg-arrest.

## 1. Inleiding

De pre-pack, ook wel het 'voorgekookte' faillissement genoemd, is een relatief jong herstructureringsmiddel en kent een roerige totstandkomingsgeschiedenis. Vanwege een steeds sterker wordende roep uit de praktijk om de pre-pack, besloten negen van de elf rechtbanken in Nederland de pre-pack te faciliteren. Nadat een groot aantal bedrijven met succes door middel van een pre-pack een doorstart in faillissement had gemaakt, kwam abrupt een einde aan deze praktijk doordat het Hof van Justitie in het *Smallsteps*-arrest – kort gezegd – had geoordeeld dat werknemers na een doorstart door middel van een pre-pack mee overgingen naar de doorstartende partij. Daarmee viel een belangrijke reden om een doorstart via een pre-pack te realiseren weg. Inmiddels ligt er een wetsvoorstel voor bij de Eerste Kamer dat de pre-pack een wettelijke grondslag moet geven en zijn er twee aanvullende wetsvoorstellen ter consultatie aangeboden. De laatste ontwikkeling is het Heiploeg-arrest van (wederom) het Hof van Justitie. Tegen ieders verwachtingen in kwam het Hof hier tot een ander oordeel dan in het *Smallsteps*-arrest.

## 2. De pre-pack

Vanaf 2011 heeft de rechtsfiguur 'pre-pack' zich ontwikkeld in het Nederlandse insolventierecht. De pre-pack, een afkorting voor 'pre-packed deal' en gebaseerd op de Engelse pre-packed administration, is een door Nederlandse rechtbanken ontwikkelde praktijk waarbij het faillissement van de onderneming, en in het bijzonder een doorstart na faillissement van de onderneming, in relatieve rust kan worden voorbereid.

### 2.1 De pre-pack procedure in het kort

De pre-pack werkt op hoofdlijnen als volgt. Een onderneming die in ernstige financiële moeilijkheden verkeert, maar nog (net) niet failliet is, kan de rechtbank om de aanstelling van een beoogd curator vragen. De beoogd curator, die onder toezicht staat van een beoogd rechter-commissaris, heeft als taak om samen met het zittende bestuur het naderende faillissement voor te bereiden en te onderzoeken

of het mogelijk is om de onderneming na faillissement door te starten door middel van een activatransactie. Deze doorstart kan worden gerealiseerd met het zittende management of met een externe partij. Zodra overeenstemming is bereikt over de doorstart vraagt de onderneming haar eigen faillissement aan. Indien de rechtbank het faillissement daadwerkelijk uitspreekt, zal zij ook de beoogd curator als curator aanstellen (zie voor de aanstelling van een curator artikel 14 lid 1 Fw). De curator zal vrijwel direct na het uitspreken van het faillissement de rechter-commissaris om toestemming vragen om de (reeds voorbereide) doorstart uit te voeren en zal, na goedkeuring van de rechter-commissaris, de activatransactie met de koper formaliseren (artikel 101 jo. 176 lid 1 Fw). Nadat de boedel en de koper uitvoering hebben gegeven aan de doorstart, is de pre-pack afgerond.

### 2.2 Voordelen

De pre-pack heeft een aantal voordelen. In de eerste plaats geschiedt de pre-packprocedure (ook wel: stille voorbereidingsfase genoemd) in relatieve rust. Dit komt doordat de beschikking waaruit de aanstelling van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris blijkt, niet openbaar wordt gemaakt. Crediteuren van de onderneming kunnen daardoor (nog) geen weet hebben van het feit dat de onderneming er economisch slecht voor staat en mogelijk zelfs op een faillissement afstevent. Deze periode van 'stilte' zorgt ervoor dat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris zich kunnen inwerken in wat vaak een complex faillissement zal zijn en zij kunnen zo gemakkelijker naar een gecontroleerd faillissementsscenario toewerken. Het feit dat het faillissement in stilte kan worden voorbereid vertaalt zich in een tweede voordeel, namelijk het behoud van waarde van de onderneming. In het geval van een onvoorbereid faillissement is het doorgaan niet eenvoudig om werknemers, klanten en toeleveranciers voor de onderneming te behouden, waardoor een doorstart minder aantrekkelijk of zelfs onmogelijk wordt. Deze gevolgen leiden ertoe dat de activa van de onderneming na faillissement vaak snel minder waard worden. Dit wordt ook wel 'desintegratieschade' genoemd. Om deze desintegratieschade zo veel mogelijk te beperken is de curator in veel gevallen genooddaakt om zo snel mogelijk tot een verkoop van de activa over te gaan. Door de hoge tijdsdruk is hij echter vaak niet in staat om een uitgebreide marktverkenning te doen, wat zich (opnieuw) vertaalt in een lage(re) verkoopopbrengst. De pre-pack zorgt er echter voor dat de desintegratieschade nog niet, of in ieder geval in veel mindere mate, optreedt. Leveranciers en klanten kunnen (in principe) geen weet hebben van het feit dat een pre-pack is aangevraagd en dus kunnen het management en de beoogd curator op zoek gaan naar geschikte kandidaten die vervolgens in een biedingsproces betrokken kunnen worden zodat een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers gerealiseerd kan worden.

<sup>1</sup> Annemarth Hiebendaal en Bob Rikkert zijn beiden als advocaat werkzaam bij Rutgers & Posch te Amsterdam.

### 2.3 *Nadeel?*

De pre-pack is echter niet geheel onomstreden. Met name vanuit de arbeidsrechtelijke hoek werd erop gewezen dat een pre-pack ook kan worden gezien als een eenvoudige en goedkope manier om van (een gedeelte van) het personeel van de onderneming af te komen. Immers, in faillissement kan de curator de arbeidsovereenkomsten met een opzegtermijn van (maximaal) zes weken opzeggen en er werd in het algemeen aangenomen dat dit ook gold voor een pre-pack, omdat het leerstuk van overgang van onderneming daarop niet van toepassing is. Vanuit de arbeidsrechtelijke hoek werd deze afbreuk aan de werknemersbescherming ervaren als een nadeel.

## 3. Overgang van onderneming

Het leerstuk van overgang van onderneming vindt zijn grondslag in de Europese Richtlijn 2001/23/EG (hierna: ovo-richtlijn) dat in beginsel van toepassing is op ondernemingen die overgaan van een vervreemder op een verkrijger, en met zich brengt dat dat alle werknemers met behoud van hun rechten en verplichtingen in dienst komen van de verkrijger. De ovo-richtlijn is in artikelen 7:662-7:666 BW geïmplementeerd. Of sprake is van een overgang van onderneming dient per geval te worden beoordeeld.

De vraag of de ovo-richtlijn ook van toepassing is op de overgang van een failliete onderneming is beantwoord in het *Abels*-arrest van het Europese Hof van Justitie uit 1985 (HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985/900 (*Abels/Bedrijfsvereniging Metaalindustrie*)). Het Hof van Justitie oordeelde daarin dat de bepalingen van de ovo-richtlijn niet van toepassing (hoeven te) zijn op procedures die gericht zijn op liquidatie. Liquidatie kan ook wel gezien worden als de vereffening van het vermogen van de schuldenaar. Dit oordeel werd in het *D'Urso*-arrest bevestigd (HvJ EG 25 juli 1991, NJ 1994/168 (*D'Urso*)). Uit dit arrest bleek bovendien dat het doel van de procedure het belangrijkste criterium is ter beantwoording van de vraag of de bepalingen uit de ovo-richtlijn moeten worden toegepast. Indien het doel van de procedure is om de onderneming te liquideren, kan deze procedure van de bepalingen van de ovo-richtlijn worden uitgezonderd en zijn de bepalingen bij een 'normale' faillissementsprocedure van toepassing. Als het doel van de procedure echter is om de onderneming (of delen daarvan) voort te zetten, in die zin dat de werkzaamheden van de onderneming (of een deel daarvan) worden voortgezet, kan de ovo-richtlijn daarop wél van toepassing zijn.

In navolging van het *Abels*-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de ovo-richtlijn in Nederland niet van toepassing is in geval van faillissement (HR 30 oktober 1987, NJ 1988/191 (*Happé/Scheepstra*)). Naar aanleiding van dit arrest is artikel 7:666 in ons Burgerlijk Wetboek opgenomen, dat bepaalt dat de artikelen 7:662-7:665 BW in het geval van een faillissementsprocedure niet gelden. Dit betekent onder meer dat werknemers dus niet van rechtswege mee overgaan op de verkrijger indien de curator (alle) activa van de onderneming in faillissement overdraagt. Tot het *Smallsteps*-arrest uit 2017 werd aangenomen dat artikel 7:666 BW ook

van toepassing is in het geval van een pre-pack, omdat hier formeel sprake is van een faillissementsprocedure nu de activatransactie pas ná faillietverklaring wordt gerealiseerd. Dit had tot gevolg dat de ovo-richtlijn op deze procedure niet van toepassing werd geacht, waardoor de werknemers niet van rechtswege mee overgingen en de verkrijger dus kon kiezen of en welke werknemers hij mee over wilde nemen. Daarbij was hij vrij om met de werknemers nieuwe (slechtere) arbeidsvoorwaarden overeen te komen.

Tot 2017 werd echter in de Nederlandse (arbeidsrecht)literatuur betwijfeld of dit in overeenstemming is met artikel 5 van de ovo-richtlijn, waaruit volgt dat de ovo-richtlijn uitsluitend mag worden uitgezonderd indien (i) de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure, (ii) met het oog op liquidatie van het vermogen van de vervreemder en (iii) onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (zoals een door de rechtbank benoemde curator). Vanuit arbeidsrechtelijke hoek kwamen dan ook kritische geluiden ten aanzien van het gebruik van de pre-pack methode, aangezien de doorstart bij de pre-pack van tevoren in het geheim volledig wordt voorbereid, waarna de ondernemer zijn eigen faillissement aanvraagt. Op het moment van deze aanvraag acht de ondernemer de kans zeer aannemelijk dat de onderneming direct na faillietverklaring zal worden doorgestart. Betoogd werd derhalve dat het faillissement niet wordt aangevraagd en gestart met het doel de onderneming te liquideren, maar om (delen van) de onderneming direct na de faillietverklaring voort te zetten.

## 4. **Smallsteps-arrest: voorlopig einde aan de pre-pack**

Mogelijk mede vanwege voornoemde 'doorstartvriendelijke' uitleg van de ovo-richtlijn is vanaf 2011 in Nederland regelmatig gebruik gemaakt van de pre-pack. Na het *Smallsteps*-arrest kwam daar echter abrupt een einde aan HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV/Smallsteps*). In deze casus had Estro, op dat moment het grootste kinderopvangbedrijf van Nederland met circa 3.600 werknemers, de rechtbank verzocht een beoogd curator aan te stellen. Nadat deze was aangesteld is met *Smallsteps*, een aan Estro gelieerde onderneming, overeenstemming bereikt over een pre-pack: circa 250 vestigingen zouden aan *Smallsteps* worden verkocht en aan circa 2.600 werknemers zou een nieuw dienstverband worden aangeboden. Nadat de pre-pack na faillissement was geëffectueerd, hebben de FNV en vier voormalig werknemers van Estro aan wie geen nieuwe arbeidsovereenkomst was aangeboden, een procedure ahangig gemaakt bij de rechtbank Midden-Nederland. In die procedure betoogde FNV namens de voormalig werknemers dat de ovo-richtlijn in de gegeven omstandigheden – en daarmee op de pre-pack – van toepassing was en dat de voormalig werknemers derhalve mee waren overgegaan naar *Smallsteps*, met behoud van hun arbeidsvoorwaarden. De rechtbank Midden-Nederland heeft vervolgens prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie. In de kern kwamen deze neer op de vraag of de ovo-richtlijn van toepassing is op de pre-pack. In zijn lezenswaardige conclusie

stelt A-G Mengozzi dat voor het antwoord op de vraag of werknemers bescherming genieten van de ovo-richtlijn gekeken moet worden naar het formele doel dat met de procedure wordt nagestreefd en de modaliteiten daarvan. Indien de betrokken procedure, gelet op haar formele doel en modaliteiten, de liquidatie van het vermogen van de onderneming beoogt, dan is het gerechtvaardigd dat werknemers uitgesloten worden van de bescherming die de ovo-richtlijn biedt. Indien de procedure echter de continuïteit van de onderneming beoogt dan rechtvaardigt volgens A-G Mengozzi het sociaal-economische doel van de ovo-richtlijn niet dat werknemers de daaruit voortvloeiende bescherming wordt ontnomen. De A-G komt tot de conclusie dat de pre-pack niet kan worden aangemerkt als een op de liquidatie van het vermogen van de onderneming gerichte procedure. In de eerste plaats omdat het doel van de pre-pack is de voortzetting van de onderneming te garanderen. Ten tweede meent de A-G dat de modaliteiten van de pre-pack op verschillende onderdelen verschillen ten opzichte van een (klassieke) faillissementsprocedure. Zo heeft de pre-pack een informeel karakter omdat deze niet wettelijk is verankerd en staat de pre-pack niet onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie omdat de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris geen enkele bevoegdheden hebben. Het Hof van Justitie is het eens met deze conclusie en oordeelt – kort gezegd – dat de ovo-richtlijn ook van toepassing is op een doorstart van een onderneming door middel van een pre-pack.

## 5. WCO I en WOVO

Als gevolg van het *Smallsteps*-arrest kwam niet alleen de pre-packpraktijk tot stilstand, maar ook de behandeling van het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I (**WCO I**) dat voor een wettelijke verankering van de pre-pack had moeten zorgen. Nadat de WCO I aanvankelijk nog slechts een hamerstuk had kunnen zijn, besloot de Eerste Kamer als gevolg van het *Smallsteps*-arrest de verdere behandeling ervan aan te houden. Bovendien bleken ook de roep van werknemers(organisaties) om betere bescherming van de werknemersrechten bij een pre-pack de Eerste Kamer te hebben bereikt. De Eerste Kamer gaf namelijk aan enkel de behandeling van WCO I te hervatten indien dat in samenhang zou zijn met aanvullende regelgeving op grond waarvan de rechten van werknemers beter beschermd zouden zijn.

Deze wens heeft geleid tot het voorontwerp van het wetsvoorstel Wet rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement (**WOVO**). Dit voorontwerp bepaalt – kort gezegd – dat bij een pre-pack alle werknemers met behoud van hun rechten overgaan op de verkrijger. Voor de verkrijger is het alleen mogelijk om van werknemers af te komen indien economische, technische of organisatorische redenen daartoe zouden dwingen. Als gevolg van het feit dat de Hoge Raad intussen in het zogenoemde *Heiploeg*-arrest prejudiciële vragen had gesteld aan het Hof van Justitie (HR 17 april 2020, NJ 2020/234

(*Heiploeg*)) heeft de wetgever de verdere behandeling van de WOVO aangehouden.

## 6. Het Heiploeg-arrest: nieuw begin voor de pre-pack?

Heiploeg is één van de grootste bedrijven in Europa die zich bezighouden met de import, verwerking en verkoop van garnalen. Op 28 januari 2014 gaat Heiploeg failliet en op dezelfde dag worden de bedrijfsactiviteiten van Heiploeg via een pre-pack in afgeslankte vorm onder de naam 'Heiploeg International' doorgestart. De koper, Parlevliet & Van der Plas, laat het 'nieuwe' bedrijf deel uitmaken van zijn internationale visserij/visverwerkingsonderneming. Door het faillissement verliezen 90 van de 380 werknemers hun baan. Vakbond FNV uit kritiek op de wijze waarop bij deze pre-pack is omgegaan met de positie van de werknemers. Immers, de doorstart die via deze pre-pack gerealiseerd is bracht volgens FNV geen positieve gevolgen voor de werknemers met zich.

Hoewel het *Smallsteps*-arrest al was geweest, meende de Hoge Raad dat het toch noodzakelijk was om nogmaals prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie omdat hij van mening is dat het doel en de inrichting van de pre-pack niet in volle omvang in het *Smallsteps*-arrest aan het Hof van Justitie is voorgelegd, zodat het daarover ook niet heeft kunnen oordelen. De Hoge Raad is om die reden uitgebreid ingegaan op de feiten en omstandigheden die zich voorafgaand en tijdens het faillissement van Heiploeg hebben voorgedaan. Volgens de Hoge Raad was het duidelijk dat het faillissement onafwendbaar was. Toen dit duidelijk werd, heeft men onderzocht of de levensvatbare delen van de onderneming konden worden doorgestart. Hiermee is volgens de Hoge Raad beoogd tot een liquidatie van het vermogen te komen. Ook meent de Hoge Raad dat de pre-pack onder toezicht staat van bevoegde overheidsinstanties. Weliswaar wordt de doorstart voor het faillissement (nagenoeg) uitonderhandeld, de doorstart geschiedt pas na faillissement doordat de rechter-commissaris toestemming moet verlenen voor de activatransactie en de curator enkel nog degene is die namens de failliete boedel mag optreden. Een en ander leidt volgens de Hoge Raad tot het voorlopige oordeel dat de pre-pack een procedure is waarop de regels van overgang van onderneming niet van toepassing zijn maar dat, gelet op het *Smallsteps*-arrest, daar redelijkerwijs twijfels over kunnen bestaan. Om die reden formuleert hij heel zorgvuldig twee prejudiciële vragen. In de kern genomen vraagt de Hoge Raad of de pre-pack, zoals deze zich in de Nederlandse praktijk heeft ontwikkeld, echt onder het bereik van artikel 5 ovo-richtlijn vallen of dat niet toch voor de pre-pack, gelet op haar aard en de modaliteiten ervan, een uitzondering moet worden gemaakt.

Nadat A-G Pitruzzella had geconcludeerd dat zijns inziens de pre-pack (nog altijd) gericht was op de voortzetting van de onderneming en werknemers aldus bescherming genieten op grond van de ovo-richtlijn, was het laatste woord aan het Hof van Justitie (Conclusie Advocaat-Generaal Pitruzzella, ECLI:EU:C:2021:997 (*FNV/Heiploeg*)). Tegen ieders

verwachting in oordeelde het Hof van Justitie niet in lijn met zijn eerdere *Smallsteps*-arrest (Hof van Justitie van de Europese Unie 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321 (*Heiploeg*)). Het Hof van Justitie begint zijn oordeel met vast te stellen dat de feiten en omstandigheden met betrekking tot de door Heiploeg gehanteerde pre-pack anders (zouden) zijn. Verder onderkent het Hof van Justitie dat een procedure naar haar aard soms zowel ten dele de voortzetting van de onderneming als de liquidatie van het vermogen kan beogen. Gelet echter op het feit dat ten tijde van de aanvang van de pre-pack van Heiploeg sprake was van een naderend faillissement en dat zowel de pre-pack als het faillissement (volgens de Hoge Raad) de liquidatie van haar vermogen beoogden, kwalificeert deze als een procedure die gericht is op de liquidatie van het vermogen van de onderneming. Ten slotte deelt het Hof van Justitie de visie van de Hoge Raad dat de pre-pack onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie en komt het tot de eindconclusie dat de pre-pack toch onder de uitzondering van de ovo-richtlijn valt.

### 7. **Uitkomst Heiploeg-arrest: toe te juichen of risico op misbruik?**

Het Hof van Justitie plaatst één belangrijke kanttekening bij zijn oordeel. Zo oordeelt het Hof dat de pre-pack zoals deze zich ontwikkeld heeft toelaatbaar is, mits deze (al)snog wettelijk wordt verankerd. Echter, zoals hiervoor uiteen is gezet, ligt het wetgevingsprogramma rondom WCO I al een tijd stil. Verwacht mag worden dat het wetgevingsprogramma binnenkort hervat zal worden.

Het zal vanuit insolventierechtelijk perspectief interessant zijn om te zien welke keuzes de wetgever gaat maken. Het is geen uitgemaakte zaak dat de wetgever de behandeling van enkel WCO I zal willen hervatten. De laatste jaren lijkt de wetgever de rechten van werknemers in insolventieprocedures steeds nadrukkelijker te willen beschermen. Daarvoor kan bijvoorbeeld worden gezeten op artikel 369 lid 4 Fw waarin is bepaald dat geen afbreuk mag worden gedaan op de rechten van werknemers door middel van een WHOA-akkoord. Het is evengoed denkbaar dat de wetgever doorgaat met de behandeling van zowel WCO I, als de WOVO en de Novelle of zelfs met een geheel nieuw wetsvoorstel komt waaruit volgt dat de pre-pack de liquidatie van het vermogen ten doel heeft. Daarnaast is het interessant om te zien of rechtbanken het weer aandurven om de pre-pack toe te passen, zelfs als er nog geen nieuwe wettelijke regeling tot stand is gekomen. Hoe het ook zij, het valt toe te juichen dat de pre-packpraktijk geen stille dood gestorven is. De pre-pack biedt tenslotte veel voordelen ten opzichte van een normale doorstart waar men pas mee begint na datum faillissement.

Vanuit arbeidsrechtelijk oogpunt kan een kanttekening worden gezet bij de door het Hof van Justitie gehanteerde toets of sprake is van een procedure die gericht is op de liquidatie dan wel het voortzetten van de onderneming. Het door het Hof van Justitie aangebrachte verschil hiertussen lijkt nog niet zo eenduidig. Het is dan ook de vraag of de praktijk hier voldoende mee uit de voeten kan. Met het

*Heiploeg*-arrest lijkt het Hof van Justitie in ieder geval niet de poort te hebben willen openzetten voor het gebruik van de pre-pack in alle situaties. Aannemelijk is dat per situatie zal moeten worden beoordeeld wat het doel is van de faillissementsprocedure. Een toets per situatie leidt bovendien tot het gewenste effect dat minder snel misbruik gemaakt kan worden van de pre-pack.

### 8. **Tips voor de praktijk**

Vanwege de mogelijke herintrede van de pre-pack is het van belang om rekening te houden met de (toekomstige) mogelijkheid om bij een naderend faillissement om de aanstelling van een beoogd curator te vragen en samen met hem de mogelijkheden voor een succesvolle pre-pack te onderzoeken. Gelet op de nog bestaande onzekerheden in de markt – er is nog steeds geen wettelijke basis – is het verstandig de risico's vooraf in kaart te brengen.

Vanuit werknemersperspectief is het goed om te beseffen dat, zolang er geen wettelijke regeling is, afhankelijk van de specifieke feiten en omstandigheden moet worden beoordeeld of sprake is van een overgang van onderneming. Bij een pre-pack is het (zeer) aannemelijk dat een kansrijk beroep zal worden gedaan op artikel 7:666 BW, met het gevolg dat de ovo-richtlijn niet van toepassing is en werknemers niet mee overgaan op de verkrijger. De bescherming van de werknemers is in dat geval beperkt. Het is voorstelbaar dat het management van de onderneming evenals de (beoogd) curator de feiten en omstandigheden voorafgaand aan de faillissementsaanvraag zoveel mogelijk zullen (proberen te) beïnvloeden, zodat sprake zal zijn van liquidatie als doel en de ovo-richtlijn dus niet van toepassing is op de doorstart na pre-pack, met alle gevolgen voor de werknemers van dien.