

## 127

**Wettelijke verankering pre-packprocedure nodig voor uitzondering op ovo-regels**

Hof van Justitie EU  
28 april 2022, nr. C-237/20,  
ECLI:EU:C:2022:321  
(mr. Prechal, mr. Passer, mr. Biltgen,  
mr. Rossi, mr. Wahl)  
Noot mr. dr. J. van der Pijl

**Heiploeg-zaak. Pre-pack. Liquidatie vermogen vervreemder. Overgang van onderneming. Beoogd curator. Beoogd rechter-commissaris.**

[Richtlijn 2001/23/EG art. 3 lid 1, 5 lid 1;  
BW art. 7:663, 7:666 lid 1 sub a]

Op 16 januari 2014 stelt de rechtbank twee beoogd curatoren als stille bewindvoerders van Heiploeg aan. Zij onderzoeken of, en zo ja, hoe de onderneming van Heiploeg 'going concern' kan worden overgedragen. De beoogd verkrijger schrijft op 21 januari 2014 de nieuwe onderneming (Heiploeg-nieuw) bij de Kamer van Koophandel in. Diezelfde dag verklaart de rechtbank Heiploeg failliet. 210 van de 300 werknemers treden tegen minder gunstige arbeidsvoorwaarden in dienst van Heiploeg-nieuw. In deze procedure vordert FNV een verklaring voor recht dat de werknemers van Heiploeg met behoud van hun arbeidsvoorwaarden in dienst van Heiploeg-nieuw zijn getreden. De vraag die partijen verdeeld houdt, is of de pre-pack voldoet aan de uitzondering op de regel dat werknemers bij een overgang van onderneming van rechtswege met behoud van hun arbeidsvoorwaarden bij de verkrijger in dienst treden. In zijn arrest van 29 mei 2020 («JAR» 2020/163) stelt de Hoge Raad hierover prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU. Het Hof overweegt dat, wil een pre-packprocedure onder de uitzondering van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG vallen en niet als overgang van onderneming worden aangemerkt, voldaan moet worden aan de voorwaarde dat de procedure is gericht "op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder." Dat is het geval als de overgang

van onderneming voorafgaand aan het inleiden van een faillissementsprocedure wordt voorbereid met als primair doel om de liquidatie van de draaiende onderneming te vergemakkelijken waarbij een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers wordt bereikt en de werkgelegenheid zoveel mogelijk behouden blijft. Hierbij moet de faillissementsprocedure (uiteraard) gericht zijn op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Ten tweede wordt aan de voorwaarde "onder toezicht staat van een beoogde overheidsinstantie" van art. 5 lid 1 Richtlijn voldaan als de pre-packprocedure is voorbereid door een 'beoogd curator' die onder toezicht staat van een 'beoogd rechter-commissaris'. Wil een pre-pack onder de uitzondering van de richtlijn vallen, dan is wel een wettelijke verankering vereist. Het feit dat de pre-packprocedure op dit moment alleen in de rechtspraak geregeld is, leidt namelijk tot rechtsonzekerheid.

NB. In het Smallsteps-arrest («JAR» 2017/289, m.nt. Loesberg) overwoog het HvJ EU dat een pre-pack die voor het faillissement is voorbereid ertoe leidt dat de faillissementsprocedure niet is gericht op liquidatie van de onderneming, zodat de richtlijn overgang van onderneming van toepassing is. Met dit arrest in de Heiploeg-zaak lijkt er weer enige ruimte te zijn voor de pre-pack, mits het doel daarvan is een zo hoog mogelijke opbrengst voor de schuldeisers. Zie «JAR» 2020/125, m.nt. Van der Pijl voor het arrest van de Hoge Raad in de Heiploeg-zaak en «JAR» 2020/163 voor een gewijzigde vraagstelling aan het HvJ EU.

Federatie Nederlandse Vakbeweging,  
tegen  
Heiploeg Seafood International BV,  
Heitrans International BV.

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 3 tot en met 5 van richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (PB 2001, L 82, blz. 16).

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen, enerzijds, de Federatie Nederlandse Vakbeweging (hierna: "FNV"), een Nederland-

se vakbond, en, anderzijds, de Nederlandse vennootschappen Heiploeg Seafood International BV en Heitrans International BV (hierna samen: "Heiploeg-nieuw"), over het behoud van de rechten van de werknemers van deze vennootschappen na een overgang van ondernemingen, wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure.

### *Toepasselijke bepalingen*

#### *Unierecht*

3. Bij richtlijn 2001/23 is overgegaan tot codificatie van richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (PB 1977, L 61, blz. 26), zoals gewijzigd bij richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 (PB 1998, L 201, blz. 88).

4. Overweging 3 van richtlijn 2001/23 luidt als volgt:

"Voorzieningen zijn nodig om de werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen, in het bijzonder om het behoud van hun rechten veilig te stellen."

5. Artikel 1, lid 1, onder a) en b), van deze richtlijn bepaalt:

"a) Deze richtlijn is van toepassing op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie.

b) Onder voorbehoud van het bepaalde onder a) en van de hiernavolgende bepalingen van dit artikel wordt in deze richtlijn als overgang beschouwd, de overgang, met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan."

6. Artikel 3, lid 1, eerste alinea, van die richtlijn luidt:

"De rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, gaan door deze overgang op de verkrijger over."

7. Artikel 4, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2001/23 luidt als volgt:

"De overgang van de onderneming, vestiging of onderdeel van de onderneming of vestiging vormt op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag. Deze bepaling vormt geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen."

8. Artikel 5 van deze richtlijn is als volgt verwoord:

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

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

a) onverminderd artikel 3, lid 1, de schulden van de vervreemder die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen en die verschuldigd zijn vóór de overgang of voor de inleiding van de insolventieprocedure, niet overgaan op de verkrijger, indien dergelijke procedures uit hoofde van de in de betrokken lidstaat geldende wetgeving een bescherming bieden die ten minste gelijkwaardig is aan die welke wordt voorgeschreven in situaties die vallen onder richtlijn 80/987/EEG van de Raad van 20 oktober 1980 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever [(PB 1980, L 283, blz. 23)],  
en/of dat

b) de verkrijger, de vervreemder of de persoon ([of] personen) die de functies van de vervreemder [uitoefen(t)(en)] enerzijds en de vertegenwoordigers van de werknemers anderzijds kunnen overeenkomen om, voor zover de geldende wetgeving of praktijk zulks mogelijk maakt, in de arbeidsvoorwaarden wijzigingen aan te brengen die bedoeld zijn om de werkgelegenheid veilig te

stellen door het voortbestaan van de onderneming, de vestiging of onderdelen daarvan te verzekeren.

[...]

4. De lidstaten treffen de nodige maatregelen om misbruik van insolventieprocedures met het doel de werknemers van de in deze richtlijn bedoelde rechten te beroven, te voorkomen.”

#### *Nederlands recht*

##### *BW*

9. Art. 7:663 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: “BW”) bepaalt dat door de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer, van rechtswege overgaan op de verkrijger.

10. Artikel 7:666, aanhef en onder a), BW bepaalt dat artikel 7:663 niet van toepassing is op de overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort.

11. Artikel 7:663 en artikel 7:666, aanhef en onder a), BW strekken tot omzetting van respectievelijk artikel 3, lid 1, en artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23.

##### *Fw*

12. Artikel 1, lid 1, van de Faillissementswet (hierna: “Fw”) bepaalt dat de schuldenaar op eigen aangifte of op verzoek van (een van) zijn schuldeisers, door de rechter in staat van faillissement wordt verklaard indien hij in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen en meer dan één schuldeiser heeft.

13. Artikel 10 Fw bepaalt dat belanghebbenden recht hebben om verzet aan te tekenen tegen de faillietverklaring gedurende acht dagen na de dag der uitspraak van het faillissement van de schuldenaar.

14. Het vonnis van faillietverklaring bevat ook de namen van de curator en de rechter-commissaris.

15. Artikel 68 Fw bepaalt dat de curator belast is met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Volgens de nationale rechtspraak moet hij zich hierbij laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers maar dient hij ook rekening te houden met maatschappelijke belangen, waaronder die in verband met het behoud van werkgelegenheid.

16. Overeenkomstig artikel 40 Fw kan de curator de arbeidsovereenkomsten opzeggen van werknemers die in dienst zijn van de gefailleerde, met inachtneming van een opzeggingstermijn van maximaal zes weken.

17. Krachtens artikel 64 Fw houdt de rechter-commissaris toezicht op de curator en gaat hij daarbij na of deze zijn bevoegdheden niet overschrijdt, handelt in het belang van de gezamenlijke schuldeisers en zijn taak behoorlijk vervult.

##### *De pre-packprocedure*

18. De verwijzende rechter beschrijft de pre-pack als een uit de rechtspraak voortvloeiende nationale praktijk die het mogelijk maakt om, in het kader van de liquidatie van het vermogen van een schuldenaar, de verkoop van (een deel van) een tot zijn vermogen behorende onderneming voor te bereiden om de kans te vergroten dat de schuldeisers volledig worden uitbetaald.

19. De voorbereiding van de verkoop bestaat onder meer in onderhandelingen met een of meer gegadigden over een overeenkomst op grond waarvan (een deel) van de betrokken onderneming na faillietverklaring van de schuldenaar op deze gegadigde(n) zal overgaan. De pre-pack onderscheidt zich van andere voorafgaand aan een faillietverklaring voorbereide verkooptransacties in die zin dat verkooptransacties in het kader van een pre-pack worden voorbereid door een curator, die de “beoogd curator” wordt genoemd en onder toezicht staat van een rechter-commissaris, de zogenoemde “beoogd rechter-commissaris”. Deze worden aangewezen door de bevoegde rechtbank en hun status en taken zijn vastgelegd in de rechtspraak van de Hoge Raad der Nederlanden.

20. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat volgens deze rechtspraak de opdracht van de “beoogd curator” wordt bepaald door de rechter die hem aanwijst en door de aanwijzingen van die rechter of van de daartoe aangewezen “beoogd rechter-commissaris”. Een “beoogd curator” moet – net als de curator in de faillissementsprocedure – in de fase voorafgaand aan de faillietverklaring rekening houden met de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, maar ook met maatschappelijke belangen, waaronder die in verband met het behoud van werkgelegenheid. De “beoogd curator” kan op gelijke wijze als de curator in het faillissement verantwoordelijk worden ge-

houden voor een tekortschieten in zijn taakvervulling.

21. De verwijzende rechter preciseert dat de betrokkenheid van de “beoogd curator” en de “beoogd rechter-commissaris” bij een pre-pack van wezenlijk belang is, omdat zij bij het uiteindelijke uitspreken van het faillissement in de regel tot curator en rechter-commissaris in de faillissementsprocedure worden benoemd. Om die reden houden zij bij het uitvoeren van hun werkzaamheden tijdens de pre-pack rekening met de wettelijke taak die zij na het uitspreken van het faillissement zullen uitoefenen.

22. Het staat dus aan de “beoogd curator” en de “beoogd rechter-commissaris” om de overgang van (een deel van) de onderneming voor te bereiden vóór de faillietverklaring van de rechtspersoon tot wiens vermogen deze onderneming behoort, rekening houdend met het belang van de gezamenlijke schuldeisers en met maatschappelijke belangen. Na de faillietverklaring moeten zij als curator en rechter-commissaris in de faillissementsprocedure, ongeacht de mate van hun betrokkenheid voorafgaand aan de faillietverklaring, beoordelen of die overgang aan deze belangen beantwoordt, en, zo niet, beslissen dat die overgang geen doorgang zal vinden.

23. Een in het kader van een pre-packprocedure voorbereide overeenkomst tot overgang van een onderneming wordt pas gesloten en uitgevoerd nadat het faillissement is uitgesproken en de door de rechtbank benoemde curator en rechter-commissaris over hun wettelijke bevoegdheden beschikken. Deze laatsten kunnen in het algemeen snel handelen omdat het gebruikelijk is de voormalige beoogd curator en beoogd rechter-commissaris te benoemen.

24. Met deze procedure kan dus worden bewerkstelligd dat (een deel van) de onderneming, nadat het faillissement wordt uitgesproken, niet of slechts kortstondig stil komt te liggen en dat bij de overgang van (een deel van) een draaiende onderneming (*going concern*) een betere overdrachtsprijs wordt verkregen teneinde de schuldeisers zo goed mogelijk te voldoen.

#### *Hoofdgeding en prejudiciële vragen*

25. Het Heiploeg-concern (hierna: “Heiploeg-oud”) bestond uit verschillende vennootschappen die zich bezighielden met de groothandel in vis en zeevruchten en aanverwante activiteiten. In 2011 en 2012 heeft Heiploeg-oud

aanzienlijke financiële verliezen geleden. Daarnaast heeft de Europese Commissie in november 2013 aan vier vennootschappen van dit concern een geldboete van 27 miljoen EUR opgelegd voor hun deelname aan een kartel.

26. Gezien de ernstige financiële moeilijkheden van Heiploeg-oud was geen enkele bank bereid deze boete te financieren. Om die reden werden vanaf het moment van oplegging van de boete de mogelijkheden van een pre-pack onderzocht. Daartoe werden verscheidene van het Heiploeg-concern onafhankelijke vennootschappen uitgenodigd om een bod uit te brengen op de activa van Heiploeg-oud. Aangezien het bod van Parlevliet en Van der Plas Beheer BV als beste werd beoordeeld, werd met deze vennootschap verder onderhandeld.

27. In antwoord op een verzoek van Heiploeg-oud heeft de rechtbank Noord-Nederland bij brief van 16 januari 2014 twee “beoogd curatoren” en een “beoogd rechter-commissaris” aangewezen. Blijkens deze brief had de regeling tot doel om een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers te realiseren en om het mogelijk te maken een verkoop of reorganisatie vanuit de insolventie voor te bereiden. De rechtbank bracht in herinnering dat de “beoogd curatoren” en de “beoogd rechter-commissaris” in het kader van de pre-packprocedure geen enkele wettelijke bevoegdheid of taak hadden, maar belast waren met toezicht, het vergaren en ontvangen van inlichtingen alsmede het geven van hun mening en, waar nodig, advies. De rechtbank voegde hieraan toe dat zij zich moesten laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, als ware de insolventie reeds uitgesproken, en dat, in het geval van een latere insolventieprocedure, in de openbare verslagen verantwoording zou moeten worden afgelegd over de pre-packprocedure. Heiploeg-oud was gehouden volledige medewerking te verlenen aan de “beoogd curatoren” en de “beoogd rechter-commissaris”.

28. Op 27 januari 2014 heeft Heiploeg-oud de rechtbank Noord-Nederland verzocht om haar failliet te verklaren. Deze rechtbank heeft dat verzoek de volgende dag ingewilligd. Daarbij zijn de “beoogd curatoren” tot curatoren en is de “beoogd rechter-commissaris” tot rechter-commissaris benoemd.

29. De twee vennootschappen die samen Heiploeg-nieuw vormen, en die op 21 januari 2014

zijn ingeschreven in het handelsregister, hebben het merendeel van de bedrijfsactiviteiten van Heiploeg-oud overgenomen. De overeenkomst tot overgang van activa, op grond waarvan de activiteiten van Heiploeg-oud waargingen op Heiploeg-nieuw, werd op 29 januari 2014 gesloten.

30. Overeenkomstig deze overeenkomst heeft Heiploeg-nieuw de arbeidsovereenkomsten van ongeveer twee derde van de werknemers van Heiploeg-oud overgenomen om hen op dezelfde werkplek de werkzaamheden te laten verrichten die zij voorheen verrichtten, maar tegen minder gunstige arbeidsvoorwaarden. Heiploeg-nieuw heeft de bedrijfspanden van Heiploeg-oud verworven en in gebruik genomen, en nagenoeg dezelfde klantenkring als Heiploeg-oud behouden.

31. De FNV heeft hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak in eerste aanleg waarbij Heiploeg-oud failliet was verklaard. De rechter in tweede aanleg heeft dit beroep verworpen op grond dat Heiploeg-nieuw had aangevoerd, zonder te zijn weersproken, dat de financiële verliezen van Heiploeg-oud en het feit dat de banken niet bereid waren het bedrag van de aan vier vennootschappen van dit concern opgelegde geldboete te financieren, het faillissement van Heiploeg-oud onafwendbaar maakten. Deze rechter heeft hieruit afgeleid dat was voldaan aan de drie voorwaarden voor toepassing van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 en dat Heiploeg-nieuw dus niet gebonden was aan de arbeidsvoorwaarden die vóór de overgang op haar werknemers van toepassing waren. De rechter in tweede aanleg was namelijk van oordeel dat ten tijde van de overname van Heiploeg-oud door Heiploeg-nieuw, ten eerste, tegen Heiploeg-oud een faillissementsprocedure was ingeleid, ten tweede, deze procedure was gericht op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, en, ten derde, die procedure onder toezicht van een overheidsinstantie stond.

32. De FNV heeft tegen dit arrest beroep in cassatie ingesteld bij de Hoge Raad der Nederlanden, waarbij zij aanvoerde dat in het geval van een pre-packprocedure niet wordt voldaan aan de laatste twee voorwaarden van voornoemde bepaling en dat de overgang van Heiploeg-oud naar Heiploeg-nieuw dus onderworpen was aan de bepalingen van richtlijn 2001/23, zodat de werknemers van Heiploeg-oud moesten worden geacht bij Heiploeg-nieuw in dienst te zijn getreden met behoud van hun arbeidsvoorwaarden.

33. De verwijzende rechter merkt op dat artikel 7:663 BW bepaalt dat door de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer, van rechtswege overgaan op de verkrijger. Hij wijst erop dat deze bepaling evenwel ingevolge artikel 7:666, aanhef en onder a), BW niet van toepassing is op de overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. De verwijzende rechter voegt hieraan toe dat deze bepalingen van nationaal recht, die de omzetting vormen van richtlijn 2001/23, richtlijnconform moeten worden uitgelegd.

34. De verwijzende rechter brengt ook in herinnering dat het primaire doel van een pre-packprocedure is om bij de liquidatie van het vermogen van de schuldenaar de hoogst mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers te bereiken en dat de pre-pack daarnaast helpt om een deel van de werkgelegenheid te behouden. Hij preciseert verder dat het overheidstoezicht in de faillissementsprocedure niet wordt uitgehold door een aan die faillissementsprocedure voorafgaande pre-pack.

35. De verwijzende rechter merkt op dat in het hoofdgeding vaststaat dat Heiploeg-oud voorwerp is van een faillissementsprocedure in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23. Gelet op de rechtspraak van het Hof kan er volgens deze rechter evenwel twijfel bestaan over de vraag of de pre-packprocedure in het hoofdgeding voldoet aan de overige twee voorwaarden van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23, dat wil zeggen over de vraag of deze procedure, ten eerste, kan worden geacht de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud te beogen en, ten tweede, onder overheidstoezicht staat.

36. Tegen deze achtergrond heeft de Hoge Raad der Nederlanden de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

“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 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?"

#### *Beantwoording van de prejudiciële vragen*

##### *Eerste vraag*

37. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat aan de daarin voor het niet van toepassing zijn van de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn op de overgang van een onderneming gestelde voorwaarde 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", is voldaan wanneer de overgang van (een deel van) een onderneming is voorbereid, voorafgaand aan het inleiden van een faillissementsprocedure die de liquidatie van het vermogen van de vervreemder beoogt en gedurende welke deze overgang plaats-

vindt, in het kader van een pre-packprocedure die er toe strekt tijdens de faillissementsprocedure een liquidatie van de draaiende onderneming (*going concern*) te vergemakkelijken waarbij een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers wordt bereikt en de werkgelegenheid zo veel mogelijk wordt behouden.

38. Vooraf dient in de eerste plaats in herinnering te worden gebracht dat, zoals de advocaat-generaal heeft opgemerkt in de punten 44 en 45 van zijn conclusie, de invoering van de uitzondering van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 een codificatie van de rechtspraak van het Hof vormt. Richtlijn 77/187 bevatte namelijk geen specifieke bepaling in dit verband, maar het Hof heeft, met name in de arresten van 7 februari 1985, Abels (135/83, ECLI:EU:C:1985:55), en 25 juli 1991, d'Urso e.a. (C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326), rekening houdend met het bijzondere karakter, geteeld op het sociaal recht, van het faillissementsrecht – dat wordt gekenmerkt door bijzondere procedures die tot doel hebben de diverse belangen, vooral die van de verschillende categorieën schuldeisers, met elkaar in evenwicht te brengen – erkend dat het mogelijk is om af te wijken van de toepassing van de regeling voor de individuele bescherming van werknemers indien (een deel van) de overgenomen onderneming verwerkteld was in een insolventieprocedure.

39. Zo heeft het Hof in punt 25 van het arrest van 7 december 1995, Spano e.a. (C-472/93, ECLI:EU:C:1995:421), geoordeeld dat richtlijn 77/187 niet van toepassing was op overgangen in het kader van procedures strekkende tot liquidatie van de goederen van de vervreemder, zoals de faillissementsprocedure die aan de orde was in het arrest van 7 februari 1985, Abels (135/83, ECLI:EU:C:1985:55), of de Italiaanse procedure van gedwongen administratieve liquidatie, die aan de orde was in het arrest van 25 juli 1991, d'Urso e.a. (C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326), maar wel van toepassing was op de overgang van ondernemingen die voorwerp zijn van procedures strekkende tot voortzetting van de activiteit van de onderneming.

40. Gepreciseerd moet worden dat in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 25 juli 1991, d'Urso e.a. (C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326), met betrekking tot de vraag of de werknemers bij een overgang van een onderneming hun uit de vóór de overgang verworven anciënniteit voortvloeiende rechten behielden, het Hof zich moest bui-

gen over een nationale regeling die voorzorg in een procedure van buitengewoon beheer van ondernemingen met twee verschillende gevolgen voor die ondernemingen. Deze zaak werd gekenmerkt door het feit dat, ten eerste, de overgegangene onderneming onder een regeling van gedwongen administratieve liquidatie kon worden geplaatst waarvan de gevolgen vergelijkbaar waren met die van een faillissement, en, ten tweede, die onderneming, terwijl zij onder deze regeling was geplaatst, haar activiteit onder leiding van een commissaris kon voortzetten gedurende een periode die op de in de wet bepaalde wijze werd berekend. In dit laatste geval moest de commissaris een door de toezichthoudende autoriteit goed te keuren programma opstellen dat, voor zover mogelijk en rekening houdend met de belangen van de schuldeisers, een saneringsplan diende te omvatten dat verenigbaar was met de grote lijnen van het industriebeleid en een specificatie omvatte van de weer in bedrijf te stellen installaties en die welke moesten worden uitgebreid, en van de installaties en bedrijfsonderdelen die voor overdracht in aanmerking kwamen. Deze regeling vertoonde dus verschillende kenmerken al naargelang het besluit waarbij de gedwongen administratieve vereffening werd gelast, al dan niet in voortzetting van de werkzaamheid van de onderneming voorzorg (arrest van 25 juli 1991, d'Urso e.a., C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326, punten 27-30).

41. Het Hof heeft geoordeeld dat het eerste van bovengenoemde gevolgen vergelijkbaar was met een faillissement, aangezien het strekte tot de vereffening van het vermogen van de schuldenaar met het oog op uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers, zodat de in dat kader tot stand gekomen overgang moest worden uitgesloten van de toepassing van richtlijn 77/187 (arrest van 25 juli 1991, d'Urso e.a., C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326, punt 31). Anderzijds was het Hof van oordeel dat, wanneer het tweede gevolg werd nagestreefd, de procedure van buitengewoon beheer primair tot doel had om de onderneming in een zodanig evenwicht te brengen dat haar werkzaamheid voor de toekomst verzekerd was. De daarmee nagestreefde sociaaleconomische doelstelling kan namelijk noch verklaren noch rechtvaardigen dat, indien de betrokken onderneming geheel of gedeeltelijk wordt overgedragen, haar werknemers de rechten worden ontnomen die deze richtlijn hun onder de daarin gestelde voorwaarden toe-

kent (arrest van 25 juli 1991, d'Urso e.a., C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326, punt 32).

42. In de tweede plaats moet worden vastgesteld dat de eerste vraag feitelijke en procedurele elementen omvat die volgens de verwijzende rechter ofwel niet zijn vermeld in de verwijzingsbeslissing die heeft geleid tot het arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. (C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489), ofwel niet aan de orde waren in de zaak die tot dat arrest heeft geleid, en die er dus aan in de weg staan dat het antwoord dat het Hof in dat arrest heeft gegeven op gelijke wijze wordt toegepast in het hoofdgeding.

43. Het Hof heeft met name geoordeeld, in punt 47 van dat arrest, dat artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 vereist dat de faillissementsprocedure of de soortgelijke procedure wordt ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Daarnaast heeft het in herinnering gebracht dat, overeenkomstig de rechtspraak van het Hof, een procedure die de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt, vanzelfsprekend niet voldoet aan die voorwaarde.

44. Wat de verschillen tussen die twee soorten procedures betreft, heeft het Hof hieraan toegevoegd 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. Een procedure die de liquidatie van het vermogen beoogt, zorgt daarentegen voor een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers. Ook al is het niet uitgesloten dat er een zekere overlapping kan zijn tussen die twee in een gegeven procedure nagestreefde doelen, het hoofddoel van een procedure die de voortzetting van de activiteit van de onderneming beoogt, blijft in elk geval het behoud van de betrokken onderneming (arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a., C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, punt 48).

45. Gelet op de kenmerken van de pre-packprocedure zoals uiteengezet door de verwijzende rechter in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. (C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489), in het bijzonder het feit dat die procedure tot doel had te voorkomen dat de activiteiten van de betrokken onderneming plotseling zouden worden stopgezet op de datum van faillietverklaring, teneinde zowel de economische waarde van de onder-

neming als de werkgelegenheid te behouden, heeft het Hof in punt 50 van dat arrest geoordeeld, onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, dat die procedure uiteindelijk niet de liquidatie van de betrokken onderneming beoogde, zodat de sociaaleconomische doelstelling daarvan noch kan verklaren noch kan rechtvaardigen dat bij een volledige of gedeeltelijke overgang van de betrokken onderneming, haar werknemers de rechten worden ontnomen die richtlijn 2001/23 hun toekent.

46. Anders dan in die zaak het geval was, geeft de verwijzende rechter in de onderhavige procedure aan dat ten tijde van de inleiding van de betrokken pre-packprocedure de insolventie van de vervreemder onafwendbaar was, dat zowel de faillissementsprocedure als de pre-packprocedure die daaraan voorafging de liquidatie van het vermogen van de vervreemder beoogden, en dat het faillissement inmiddels ook is uitgesproken. Deze rechter merkt op dat het primaire doel van beide procedures die tot die liquidatie hebben geleid, was om de hoogst mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers te behalen.

47. Ook staat vast dat in casu de overgang van de betrokken onderneming plaatsvond in het kader van een faillissementsprocedure waarmee de liquidatie werd beoogd van het gehele vermogen van Heiploeg-oud, dat wil zeggen van de onderneming van de vervreemder.

48. In dit verband moet worden vastgesteld dat, aangezien artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 onderscheid maakt tussen enerzijds de “vervreemder” en anderzijds een “onderneming”, “vestiging” of “onderdeel van een onderneming of vestiging” die of dat tot die vervreemder behoort, onderscheid moet worden gemaakt tussen, enerzijds, de gehele economische activiteit van de vervreemder, en, anderzijds, de individuele activiteiten van de verschillende entiteiten die onderdeel uitmaken van zijn te liquideren vermogen.

49. Uit de bewoordingen van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 blijkt dat die bepaling, en dus de afwijking die deze vaststelt, niet alleen van toepassing is op ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen waarvan de activiteit voor of na de overgang definitief is beëindigd.

50. Het feit dat artikel 5, lid 1, bepaalt dat de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrek-



king, niet overgaan op de verkrijger wanneer wordt voldaan aan de in die bepaling gestelde voorwaarden, impliceert immers dat een onderneming of een onderdeel van een onderneming die nog in bedrijf is, moet kunnen worden overgedragen met toepassing van de in die bepaling vastgestelde afwijking. Aldus vermijdt richtlijn 2001/23 het risico dat de betrokken onderneming of vestiging of het betrokken onderdeel van een onderneming of vestiging in waarde vermindert voordat de verkrijger, in het kader van een faillissementsprocedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, een deel van de activa en/of de levensvatbaar geachte activiteiten van de vervreemder overneemt. Met deze afwijking wordt aldus beoogd het ernstige risico uit te sluiten van een met de doelstellingen van het Verdrag strijdige algemene daling van de waarde van de overgegangene onderneming of algemene verslechtering van de levens- en arbeidsomstandigheden van de werknemers (zie in die zin arrest van 25 juli 1991, d'Urso e.a., C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326, punt 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

51. Aan deze uitlegging van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 wordt niet afgedaan door het feit dat de overgang van een onderneming, vestiging of onderdeel van een onderneming of vestiging in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder is voorbereid vóór de inleiding van die procedure, aangezien deze bepaling geen betrekking heeft op de periode voorafgaand aan de inleiding van de betrokken faillissements- of insolventieprocedures. Deze vaststelling vindt steun in artikel 5, lid 2, van richtlijn 2001/23, waaruit duidelijk blijkt dat de in dat artikel vastgestelde uitzonderingen betrekking hebben op gevallen waarin de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn van toepassing zijn op een overgang “tijdens” insolventieprocedures die zijn ingeleid ten aanzien van een vervreemder.

52. Wanneer het primaire doel van een pre-packprocedure, gevolgd door een faillissementsprocedure, erin bestaat om na de vaststelling van de insolventie van de vervreemder en na diens liquidatie de hoogst mogelijke uitbetaling aan zijn gezamenlijke schuldeisers te verkrijgen, voldoen deze procedures samen dus in beginsel aan de tweede in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 gestelde voorwaarde.

53. In dit verband dient in elke afzonderlijke situatie te worden nagegaan of de betrokken pre-packprocedure en faillissementsprocedure gericht zijn op de liquidatie van de onderneming nadat is vast komen te staan dat de vervreemder insolvent is, en niet enkel op een reorganisatie van die onderneming. Bovendien moet niet alleen worden vastgesteld dat deze procedures als primair doel hebben om een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers te verwezenlijken, maar ook dat de tenuitvoerlegging van de liquidatie door middel van een overgang van (een deel van) de draaiende onderneming (*going concern*), zoals voorbereid in de pre-packprocedure en verwezenlijkt na de faillissementsprocedure, het mogelijk maakt dit primaire doel te bereiken. Het uitvoeren van een pre-packprocedure in verband met de liquidatie van een vennootschap heeft aldus tot doel om de curator en de rechter-commissaris die de rechter na de uitspraak van het faillissement van de vennootschap aanstelt, in staat te stellen de kans te vergroten dat de schuldeisers worden uitbetaald.

54. Uit het dossier waarover het Hof beschikt, blijkt evenwel dat de betrokken pre-packprocedure uitsluitend is geregeld in de rechtspraak en door de verschillende nationale rechterlijke instanties niet uniform wordt toegepast, hetgeen leidt tot rechtsonzekerheid, zoals de advocaat-generaal in punt 83 van zijn conclusie heeft opgemerkt. In dergelijke omstandigheden kan de in de rechtspraak van de verwijzende rechter vastgestelde pre-packprocedure niet worden geacht een kader te bieden voor de toepassing van de uitzondering in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 en voldoet deze niet aan het vereiste van rechtszekerheid.

55. Hieruit volgt dat, niettegenstaande de overwegingen in de punten 47 tot en met 53 van het onderhavige arrest, op de eerste vraag moet worden geantwoord dat artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat aan de daarin voor het niet van toepassing zijn van de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn op de overgang van een onderneming gestelde voorwaarde dat de vervreemder verwikkeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure “met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder”, is voldaan wanneer de overgang van (een deel van) een onderneming is voorbereid, voorafgaand aan het inleiden van een faillissementsprocedure die de liquidatie van het ver-

mogen van de vervreemder beoogt en gedurende welke deze overgang plaatsvindt, in het kader van een pre-packprocedure die ertoe strekt in de faillissementsprocedure een liquidatie van de draaiende onderneming te vergemakkelijken waarbij een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers wordt bereikt en de werkgelegenheid zo veel mogelijk wordt behouden, mits een dergelijke pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.

#### *Tweede vraag*

56. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat aan de daarin voor het niet van toepassing zijn van de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn op de overgang van een onderneming, vestiging of onderdeel van een onderneming of vestiging gestelde voorwaarde dat de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure waarin de vervreemder is verwickeld “onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie”, is voldaan wanneer de overgang van (een deel van) een onderneming voorafgaand aan de faillietverklaring in het kader van een pre-packprocedure is voorbereid door een “beoogd curator”, die onder toezicht staat van een “beoogd rechter-commissaris”, en de overeenkomst inzake deze overgang is gesloten en uitgevoerd na de faillietverklaring met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder.

57. Voor het antwoord op deze vraag dient in herinnering te worden gebracht dat, zoals het Hof heeft vastgesteld in het arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. (C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, punt 53), en zoals de verwijzende rechter heeft bevestigd, de pre-packprocedure die voorafgaat aan de faillietverklaring met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder voortkomt uit de rechtspraak en geen grondslag heeft in de Nederlandse wet- of regelgeving.

58. Wat meer in het bijzonder de pre-packprocedure betreft die aan de orde was in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. (C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489), heeft het Hof op basis van het voorgelegde dossier in punt 54 van dat arrest geoordeeld dat deze procedure niet onder toezicht van de bevoegde rechtbank stond, maar werd uitgevoerd door de leiding van de onder-

neming, die de onderhandelingen voerde en de besluiten nam waarmee de verkoop van de failliete onderneming werd voorbereid. In punt 55 van dat arrest heeft het Hof geoordeeld dat de “beoogd curator” en de “beoogd rechter-commissaris” formeel over geen enkele bevoegdheid beschikten en niet onder toezicht van een overheidsinstantie stonden. Voorts was het van oordeel dat aangezien de rechter-commissaris onmiddellijk na inleiding van de faillissementsprocedure toestemming verleende voor de in de pre-packprocedure voorbereide overgang, hij vóór de inleiding van de faillissementsprocedure moest zijn geïnformeerd en met de overgang moest hebben ingestemd. Het Hof heeft daaruit afgeleid, in punt 57 van datzelfde arrest, dat gelet op deze kenmerken de in die zaak aan de orde zijnde pre-packprocedure elk eventueel toezicht door een bevoegde overheidsinstantie op de faillissementsprocedure grotendeels kon uithollen en dus niet voldeed aan de in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 gestelde voorwaarde van toezicht door een dergelijke instantie.

59. In casu moet worden vastgesteld dat de verwijzende rechter, die eraan herinnert dat de “beoogd curator” en de “beoogd rechter-commissaris”, hoewel benoemd door een rechter, bij de uitoefening van hun functies in een pre-packprocedure over geen enkele wettelijke bevoegdheid beschikken, in de verwijzingsbeslissing verschillende elementen uiteenzet die de beoordeling van het Hof in punt 57 van het arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. (C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489), in twijfel kunnen trekken, waardoor deze beoordeling niet kon worden toegepast in het hoofdgeding.

60. Meer in het bijzonder moet worden opgemerkt dat volgens deze rechter de status en de functie van de “beoogd curator”, zoals omschreven door de rechter die hem benoemt of door de instructies van de daartoe aangewezen “beoogd rechter-commissaris”, niet wezenlijk verschillen van de status en de functie van de curator in de faillissementsprocedure. De “beoogd curator” kan, net als de curator in een faillissement, aansprakelijk worden gesteld voor fouten bij de uitoefening van zijn functie, en zijn persoonlijke aansprakelijkheid wordt beoordeeld aan de hand van dezelfde criteria als die welke gelden voor de curator in een faillissement. De “beoogd rechter-commissaris” houdt tijdens de aan de faillietverklaring voorafgaande pre-packprocedure toe-

zicht op de “beoogd curator” om te waarborgen dat deze laatste zijn bevoegdheden niet overschrijdt en dat hij handelt in het belang van alle schuldeisers, net zoals de rechter-commissaris in de faillissementsprocedure toezicht houdt op de curator. De rechtbank die de “beoogd curator” en de “beoogd rechter-commissaris” heeft benoemd, controleert in geval van een latere insolventieprocedure of deze personen alle instructies die zij hebben ontvangen hebben opgevolgd. Indien dit niet het geval is, benoemt hij bij de faillietverklaring andere personen tot curator en rechter-commissaris.

61. De verwijzende rechter preciseert dat in het hoofdgeding de overeenkomst op basis waarvan de onderneming is overgegaan weliswaar is voorbereid tijdens de pre-packprocedure maar nog niet was gesloten op het moment dat Heiploeg-oud failliet werd verklaard. Zodra de faillissementsprocedure werd ingeleid, beschikten de curatoren en de rechter-commissaris die met de afwikkeling van de faillissementsprocedure waren belast en daartoe door de rechtbank waren benoemd evenwel over wettelijke bevoegdheden in dat verband, en waren zij onderworpen aan dezelfde vereisten van objectiviteit en onafhankelijkheid als die welke gelden voor curatoren en rechter-commissarissen die zijn aangesteld in een faillissement waar geen pre-packprocedure aan vooraf is gegaan. Zij dienden dus te beoordelen of de vóór de faillietverklaring voorbereide overgang van de levensvatbare onderdelen van de onderneming van Heiploeg-oud in het belang van de gezamenlijke schuldeisers was. Bijgevolg heeft het uitvoeren van een pre-packprocedure als die in het hoofdgeding geen invloed op het toezicht dat later gedurende de faillissementsprocedure zal worden uitgeoefend door een bevoegde overheidsinstantie, namelijk, zoals dit toezicht is vastgelegd in de Fw, door de curator en de rechter-commissaris in het faillissement.

62. Aangezien de “beoogd curator” en de “beoogd rechter-commissaris” door de bevoegde rechter worden benoemd voor de pre-packprocedure en deze rechter niet alleen hun taken omschrijft, maar ook bij de latere inleiding van de faillissementsprocedure toezicht uitoefent op de uitvoering van die taken, door te besluiten al dan niet diezelfde personen in de faillissementsprocedure tot curator en rechter-commissaris te benoemen, is er dus reeds sprake van toezicht op de “beoogd

curator” en de “beoogd rechter-commissaris” door een bevoegde overheidsinstantie.

63. Deze beoordeling wordt bevestigd door, ten eerste, het feit dat de in de pre-packprocedure voorbereide overgang pas na de inleiding van de faillissementsprocedure plaatsvindt, waarbij de curator en de rechter-commissaris kunnen weigeren die overgang uit te voeren indien zij van mening zijn dat deze in strijd is met het belang van de schuldeisers van de vervreemder waarvan het vermogen moet worden geliquideerd. Ten tweede moet de “beoogd curator”, zoals blijkt uit het dossier waarover het Hof beschikt, niet alleen verantwoording afleggen over zijn beheer van de voorbereidende fase in het faillissementsverslag, maar kan hij ook aansprakelijk worden gesteld onder dezelfde voorwaarden als de curator van het faillissement. Bovendien staat vast dat de “beoogd curator” in de pre-packprocedure optreedt onder toezicht van de “beoogd rechter-commissaris” en dus van de bevoegde rechtbank, die, indien hij van oordeel is dat de “beoogd curator” zich niet heeft gehouden aan de hem door de rechter toevertrouwde taak, deze curator door een andere persoon kan vervangen of zich kan verzetten tegen de beëindiging van de pre-packprocedure.

64. Voorts zij erop gewezen dat de “beoogd curator” en de “beoogd rechter-commissaris”, teneinde de taken te vervullen die hun in het kader van de pre-packprocedure en in het kader van de faillissementsprocedure zijn toevertrouwd, vanaf de voorbereidende fase van het faillissement – dat wil zeggen de pre-packprocedure – in overleg moeten treden, de verschillende mogelijkheden van overgang moeten beoordelen en de overgangsovereenkomst moeten onderzoeken die zij eventueel zullen moeten bekrachtigen en uitvoeren zodra de faillissementsprocedure wordt ingeleid. Bijgevolg kan de tijd die is verstreken tussen de inleiding van de faillissementsprocedure en de ondertekening van de in het kader van de pre-packprocedure opgestelde overeenkomst als zodanig niet worden gebruikt als criterium om te beoordelen of de bevoegde overheidsinstantie al dan niet het in dit verband voorgeschreven toezicht heeft kunnen uitoefenen.

65. Bijgevolg moet worden geoordeeld dat het feit dat de overgang van (een deel van) een onderneming voorafgaand aan de faillietverklaring in het kader van een pre-packprocedure is voorbereid door een “beoogd curator”, die onder toezicht staat van een “beoogd rechter-commissaris”, niet

uitsluit dat aan de derde voorwaarde van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 is voldaan.

66. Gelet op de voorgaande overwegingen moet op de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat aan de daarin voor het niet van toepassing zijn van de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn op de overgang van een onderneming, vestiging of onderdeel van een onderneming of vestiging gestelde voorwaarde dat de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure waarin de vervreemder is verwickeld “onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie”, is voldaan wanneer de overgang van (een deel van) een onderneming voorafgaand aan de faillietverklaring in het kader van een pre-packprocedure is voorbereid door een “beoogd curator”, die onder toezicht staat van een “beoogd rechter-commissaris”, en de overeenkomst inzake deze overgang is gesloten en uitgevoerd na de faillietverklaring met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, mits een dergelijke pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.

#### *Kosten*

67. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

#### *Het Hof (Derde kamer) verklaart voor recht*

1) Artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen moet aldus worden uitgelegd dat aan de daarin voor het niet van toepassing zijn van de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn op de overgang van een onderneming gestelde voorwaarde 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”, is voldaan wanneer de overgang van (een deel van) een onderneming is voorbereid, voorafgaand aan het inleiden van een faillissementsprocedure die de liquidatie van het ver-

mogen van de vervreemder beoogt en gedurende welke deze overgang plaatsvindt, in het kader van een pre-packprocedure die ertoe strekt in de faillissementsprocedure een liquidatie van de draaiende onderneming te vergemakkelijken waarbij een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers wordt bereikt en de werkgelegenheid zo veel mogelijk wordt behouden, mits een dergelijke pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.

2) Artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 moet aldus worden uitgelegd dat aan de daarin voor het niet van toepassing zijn van de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn op de overgang van een onderneming, vestiging of onderdeel van een onderneming of vestiging gestelde voorwaarde dat de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure waarin de vervreemder is verwickeld “onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie”, is voldaan wanneer de overgang van (een deel van) een onderneming voorafgaand aan de faillietverklaring in het kader van een pre-packprocedure is voorbereid door een “beoogd curator”, die onder toezicht staat van een “beoogd rechter-commissaris”, en de overeenkomst inzake deze overgang is gesloten en uitgevoerd na de faillietverklaring met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, mits een dergelijke pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.

#### **NOOT**

Het Hof van Justitie lijkt ‘om’ te zijn en afstand te hebben gedaan van zijn arrest uit 2017 in *FNV/ Smallsteps* («JAR» 2017/189). Waar de pre-packpraktijk na *Smallsteps* geheel en al was opgedroogd, doordat betrokken rechtbanken het niet meer aandurfd en beoogde curatoren en rechter-commissarissen aan te wijzen, gloort er nu weer licht aan de horizon voor de stille voorbereiding van een faillissementsdoorstart.

De eerste kanttekening die ik bij de ontstane situatie maak betreft de meest in het oog springende consequentie van het arrest: zonder wettelijke basis voldoet de Nederlandse pre-packprocedure nog altijd niet aan de voorwaarden van de uitzondering van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG (de richtlijn). Niet alleen betekent dit in deze specifieke zaak dat FNV als winnaar kan worden bestempeld (al vermoed ik dat de champagne niet is

opengetrokken), maar vooral dat alle ogen zich nu zullen richten op de wetgever. Ik kom hier aan het slot van deze noot op terug.

De tweede kanttekening: de Hoge Raad heeft nogal zwaar ingezet op het traditionele doel van het faillissement als collectief verhaalsinstrument. Hij heeft de taak van de curator volledig toegespitst op het behartigen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, die gelegen zijn in een zo hoog mogelijke opbrengst. Ik ben zo vrij dat te bestempelen als een weinig verhandelende poging van de Hoge Raad om het Hof van Justitie uit alle macht op andere gedachten te brengen (en ben daarin niet de eerste: zie bijvoorbeeld ook Lintel en Van Zanten in *Tvl* 2020/35). De benadering van de Hoge Raad is echter moeilijk te rijmen met de eerdere lijn in zijn rechtspraak, die sinds *Sigmacon-II* (NJ 1996, 472) in toenemende mate juist ook aan andere, maatschappelijke en soms zelfs individuele belangen gewicht toekent bij hetgeen de curator bij zijn taakuitoefening dient te betrekken. De benadering van de Hoge Raad oogt daarnaast ook weinig modern, nu zowel in Europa als in Nederland een onmiskenbare tendens valt waar te nemen waarbij ondernemingen een tweede kans moet worden gegund, hetzij door middel van een doorstart, hetzij door een akkoord. Dit volgt bijvoorbeeld uit de Insolventieverordening uit 2015, maar ook uit de Herstructureringsrichtlijn (Richtlijn 2019/1013/EU). In Nederland heeft deze trend zijn beslag gekregen in de vorm van de in 2020 ingevoerde WHOA, die in hoofdzaak gericht is op herstructurering van de schulden van genoeg failliete ondernemingen door middel van een (dwang-)akkoord.

Doordat de Hoge Raad zo onvoorwaardelijk inzet op het leggen van het zwaartepunt bij liquidatie (en opbrengstmaximalisatie) als doel van de pre-pack- en de faillissementsprocedure, heeft dat tot gevolg dat ook het Hof van Justitie dat tot uitgangspunt neemt bij de beantwoording. In r.o. 52 en 53 komt dat tot uitdrukking, waar het hof het – geparafraseerd – als volgt uitlegt: er dient vastgesteld te worden (1) dat een vervreemder insolvent is, en (2) dat het primaire doel van *deze* procedures (gedoeld wordt op onderscheidenlijk de pre-pack- en de faillissementsprocedure in kwestie) er inderdaad op gericht is om na de liquidatie de hoogst mogelijke opbrengst voor de schuldeisers te behalen. Dit dient aldus per geval beoordeeld te worden ('in elke afzonderlijke situatie

te worden nagegaan', zie r.o. 53). Als daarbij wordt bedacht dat het initiatief voor het opstarten van een pre-packprocedure uitsluitend bij de onderneming zelf is neergelegd, is het de vraag of dit geen ernstige gevolgen voor de pre-packpraktijk gaat hebben. Het motief voor een ondernemer voor het opstarten van een pre-pack zal immers veelal niet gelegen zijn in het genereren van een hoge opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers. Onparlementair gezegd zal dat de ondernemer in de regel worst wezen. Een andere complicatie is in dit verband dat een rechtbank dus al ten tijde van het aanwijzen van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris moet hebben vastgesteld dat de onderneming daadwerkelijk insolvent is. Dat is nogal wat, ook omdat de vraag opkomt hoe dan nog in stilte naar een oplossing kan worden gezocht terwijl inherent aan zo'n insolvente status zal zijn dat schuldeisers hun geduld hebben verloren. Ligt het dan niet meer voor de hand om naar een WHOA-akkoord te zoeken (inclusief afkoelingsperiode) of anders surseance aan te vragen, het andere voorportaal voor faillissement?

Ook noem ik in dit verband een andere legislatieve ontwikkeling, namelijk de novelle bij de Wet Continuïteit Ondernemingen I (WCO-I), het wetsvoorstel dat nog altijd aanhangig is bij de Eerste Kamer (*Kamerstukken* 34218). Deze novelle, die in de zomer van 2021 in internetconsultatie is geweest, is een gevolg van de ziekenhuisfaillissementen van het Slotervaartziekenhuis en de IJsselmeerziekenhuizen in 2018 en de aanbevelingen van onder meer de Onderzoeksradaad voor Veiligheid (OVV). Een van de aanbevelingen van de OVV was dat een ziekenhuis alleen failliet zou moeten kunnen gaan na een 'periode van stil bewind'. Deze aanbeveling is opgevolgd in de novelle, maar enkel voor 'schuldenaren die activiteiten verrichten waarmee maatschappelijk belangen zijn gediend'. Het idee erachter lijkt te zijn geweest: als de WCO-I er dan in zijn oorspronkelijke vorm voorlopig niet komt, dan voeren we hem in elk geval wel alvast in voor ziekenhuizen en andere organisaties met een maatschappelijk karakter. De novelle legt – de goede bedoelingen ten spijt – echter vooral de verwarring bij de wetgever bloot. Dit terwijl een minder krampachtige benadering ook mogelijk lijkt door de toepasselijkheid van de regels omtrent overgang te omarmen, zoals het wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillisse-

ment (WVOF) doet. Dan breekt de lucht plotseling open: een pre-pack mag dan ook aangevraagd worden als het primaire doel gelegen is in voortzetting van de onderneming en wat is daar mis mee? De taak van de curator kan dan ook verruimd en gemoderniseerd worden, wat ook tegemoet komt aan de ziekenhuisproblematiek en de daarmee samenhangende aanbevelingen van de OVV.

Hoe nu verder? Het eerste en – vrees ik – meest voor de hand liggende scenario is dat het wetsvoorstel WCO-I op korte termijn wordt aangenomen. Aan de door het Hof van Justitie gestelde ‘eis’ is dan voldaan, zodat de pre-pack, binnen de door de Hoge Raad en Hof van Justitie gestelde kaders, weer gepraktiseerd kan worden. Of dat werkelijk tot rechtszekerheid leidt is zeer de vraag, nu van geval tot geval zal moeten worden getoetst of faillissement onafwendbaar is en of het doel werkelijk liquidatie is. Een tweede scenario is dat naast WCO-I tegelijkertijd de WVOF in behandeling wordt genomen. Dat is in lijn met de huidige parlementaire status: gewacht werd op de uitkomsten van deze zaak, waarna beide wetsvoorstellen gezamenlijk zouden worden behandeld. Tegelijkertijd levert dat ook vertraging op: de WVOF staat pas aan het begin van het wetgevingsproces en moet nog naar de Raad van State. Een pragmatische oplossing zou zijn dan de novelle wel alvast aan te nemen, zodat voor organisaties met een maatschappelijke activiteit, zoals een ziekenhuis, in elk geval wel een wettelijke basis is gecreëerd voor de stille voorbereiding van het faillissement. Hoe dan ook is het woord voor wat betreft het voortbestaan van de pre-pack nu niet meer aan de rechter, maar aan de wetgever.

mr. dr. J. van der Pijl  
advocaat en partner bij DingemansVanderKind

# Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch

Editie 2022



**Hoofdredactie:**

prof. mr. A.R. Houweling  
mr. P.G. Vestering  
prof. mr. W.A. Zondag

*Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch* biedt actueel, diepgaand en praktisch commentaar. Gezaghebbende auteurs hebben commentaren geschreven op ruim 300 wetsartikelen die relevant zijn voor uw dagelijkse arbeidsrechtpraktijk. Door een indeling in thema's sluit *Sdu Commentaar Arbeidsrecht Thematisch* naadloos aan bij de praktijk: de wetsartikelen waarmee u het meest te maken heeft, krijgen de ruimste aandacht. In de 17<sup>e</sup> druk liggen de wijzigingen ten opzichte van de zestiende druk vooral op het vlak van de actualisering en verdieping. Veel in het jaar 2021 verschenen rechtspraak en literatuur is verwerkt. Alle commentaren zijn volledig bijgewerkt naar de stand van alle nieuwe wet- en regelgeving (Wet arbeidsmarkt in balans (WAB), Wet compensatie transitievergoeding (WCT) en Europese wetgeving). Uiteraard is op de relevante onderdelen ook aandacht besteed aan de impact van Covid-19 op het arbeidsrecht.

Nu verkrijgbaar in de webshop: [sdu.nl/comarthem](https://sdu.nl/comarthem)  
Of via de (online) boekhandel.

**Sdu**

# Mediation in arbeidszaken



**Auteurs:**

Eva Knipschild  
Bénine van Huisstede  
Monique van de Griendt  
Eva Schutte

In het nieuwe boek *Mediation in arbeidszaken* bespreken de auteurs de diverse aspecten van arbeidsmediation. Mediation blijkt in arbeidszaken een succesvolle methode om conflicten in de relatie werkgever-werknemer, tussen werknemers onderling of binnen de medezeggenschap op te lossen of te voorkomen. Mediation is zowel passend indien partijen de arbeidsrelatie in stand willen houden als voor de situatie dat het de voorkeur heeft om op zorgvuldige wijze tot een voor beide partijen acceptabele beëindigingsovereenkomst te komen. Het is een bij uitstek geschikt middel om een gezamenlijk gedragen oplossing te bereiken.

Bestel 'm alvast via [sdu.nl/mia](https://sdu.nl/mia)  
Of via de (online) boekhandel.

**Sdu**



### Advertentieacquisitie

Cross Media Nederland

Tim Lansbergen

010-7607324

tim@crossmedianederland.com

### Abonnementen en -administratie

«JAR» verschijnt 17 maal per jaar op papier en online via opmaat.sdu.nl. «JAR» is ook beschikbaar via contentintegratie. Toegang tot «JAR» via de Sdu Tijdschriften App (Stapp, te downloaden in de App Store en via Google Play) maakt ook onderdeel uit van het abonnement. Stapp is geschikt voor zowel iOS (Apple) als Android (Google).

Voor actuele prijzen, abonnementsvormen en onze leveringsvoorwaarden verwijzen wij u naar sdu.nl of kunt u contact opnemen met onze klantenservice. Abonnementen kunt u afsluiten via sdu.nl of via Sdu Klantenservice. Postbus 20025, 2500 EA Den Haag; tel: (070) 378 98 80; e-mail: sdu@sdu.nl.

Vanwege de aard van de uitgave gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintenissenrecht. Uw persoonlijke gegevens worden door ons zorgvuldig behandeld en beveiligd. Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst en om u op uw vakgebied van informatie te voorzien over gelijksoortige producten en diensten van Sdu B.V.. Voor het toesturen van informatie over (nieuwe) producten en diensten gebruiken wij uw e-mailadres alleen als u daarvoor toestemming heeft gegeven. Uw toestemming kunt u altijd intrekken door gebruik te maken van de afmeldlink in het toegezonden e-mailbericht. Als u in het geheel geen informatie wenst te ontvangen over producten en/of diensten, dan kunt u dit laten weten aan Sdu Klantenservice: informatie@sdu.nl. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar en hebben een opzegtermijn van twee maanden. Onze uitgaven zijn ook verkrijgbaar in de boekhandel. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op [www.sdu.nl](http://www.sdu.nl).

©Sdu B.V. 2022

Alle rechten voorbehouden.

Behoudens de door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van art. 16b en 17 Auteurswet wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Pro, Postbus 3060, 2130 KB te Hoofddorp ([www.stichting-pro.nl](http://www.stichting-pro.nl)). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van art. 16 Auteurswet dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgevers geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden.

Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van uitspraken of artikelen aan «JAR» impliceert toestemming voor openbaarmaking en verveelvoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van (delen van) «JAR» in enige vorm.

## Jurisprudentie Arbeidsrecht

### Redactie

mw. mr. dr. M.S.A. Vegter

mw. mr. R.D. Rietveld

prof. mr. E. Verhulp

### Eredacteur

prof. mr. P.F. van der Heijden

### Vaste annotatoren

prof. mr. B. Barentsen

mr. E.L.I. Bruyninckx

mr. dr. A.F. Bungener

mr. E. Cremers-Hartman

mr. N.T. Dempsey

mr. J. Dop

mr. M. van Eck

mr. dr. E.J.A. Franssen

mr. C.G.M. Fruytier

mr. H.J. Funke

prof. mr. drs. M. Heemskerck

mr. drs. A.M. Helstone

mr. E.M. Hoogeveen

mr. dr. P. Hufman

mr. C.M. Jakimowicz

mr. I. Janssen

mr. B.C.L. Kanen

mr. C.S. Kehrer-Bot

mr. E. Knipschild

mr. M.W. Koole

mr. dr. E. Koot-van der Putte

mr. I.J. de Laat

mr. C. Nekeman

mr. M.L.G. Otto

mr. dr. J. van der Pijl

mr. S. Said

mr. M.A.N. van Schadewijk

mr. dr. A. Stege

mr. S.J. Sterk

mr. C.F.J. van Tuyl van Serooskerken

mr. K. Wiersma

mr. C.C. Zillinger Molenaar

mr. J.P.H. Zwemmer

### Productmanager

drs. G.J.G. Schinkel, [g.schinkel@sdu.nl](mailto:g.schinkel@sdu.nl)

ISSN: 0928-1886

opmaat.sdu.nl

### Citeertitel

«JAR» 2022/x (volnummer uitspraak)

### Redactiesecretariaat voor inzenden van uitspraken

Met «JAR» wordt beoogd zo veel mogelijk interessante uitspraken op het gebied van het arbeidsrecht te publiceren. Indien u beschikt over uitspraken die naar uw oordeel (mogelijk) geschikt zijn voor publicatie in «JAR», verzoekt de redactie u deze te sturen naar:

Sdu bv, t.a.v. bureauredactie JAR, Postbus 20025, 2500 EA Den Haag, e-mail: [arbeidsrecht@sdu.nl](mailto:arbeidsrecht@sdu.nl). U hoeft geen processtukken mee te sturen. Aankondiging publicatie is niet mogelijk.