

den doorgehaald en dat een bondige 'VSO' zou volstaan. Met een e-mail van 30 september 2022 heeft de advocaat van [geïntimeerde] een aangepaste VSO gestuurd (productie 59). Ook uit de e-mail van 6 oktober 2022 van de advocaat van [appellante] volgt niet dat de VSO een cruciaal onderdeel was. Hij heeft in die e-mail aan de advocaat van [geïntimeerde] geschreven dat [appellante] de procedure wilde voortzetten en dat zij *daarom* niet bereid was de VSO te ondertekenen. Hij heeft niet geschreven dat [appellante] de procedure wilde voortzetten *omdat* zij niet kon instemmen met de (formulering van de) VSO.

Volgens [appellante] heeft zij om haar moverende redenen ervoor gekozen om de procedure voort te zetten. Het hof is van oordeel dat dit haar niet vrij stond, omdat [geïntimeerde] het gerechtvaardigd vertrouwen mocht hebben dat zij met [appellante] overeenstemming had bereikt op essentiële punten, behoudens voor zover nog zal blijken dat [appellante] zich terecht op een wilsgebrek heeft beroepen (zie hierna). Dat in de VSO een finale kwijting was vermeld kan (mag) geen reden zijn, omdat (de advocaat van) [appellante] zelf in een e-mail van 29 september 2022 heeft geschreven dat dit in de VSO moest worden vermeld (productie 58).

3.4.5. Zoals hiervoor al is vermeld, heeft [appellante] ook een beroep gedaan op een wilsgebrek. Zij heeft aangevoerd dat haar geestvermogens waren gestoord in de zin van artikel 3:34 BW.

Uit de memorie van antwoord van [geïntimeerde] blijkt dat [geïntimeerde] wel heeft kunnen anticiperen op het hiervoor besproken verweer van [appellante] dat er geen volledige wilsovereenstemming is bereikt, maar niet op dit verweer. [geïntimeerde] heeft ook nog niet kunnen reageren op het standpunt van [appellante] dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat [geïntimeerde] zich beroept op de hiervoor besproken overeenkomst. Het hof zal de zaak verwijzen naar de rol om [geïntimeerde] die gelegenheid te geven. [geïntimeerde] mag uitsluitend op deze standpunten reageren. Het wordt [geïntimeerde] (in dit stadium) niet toegestaan om te reageren op andere onderwerpen van het hoger beroep. Daarbij merkt het hof op dat [geïntimeerde] niet hoeft te reageren op het standpunt van [appellante] dat duidelijk is dat zij door de overeenkomst wordt benadeeld. Het hof is van oordeel dat dit standpunt onjuist is, aangezien tussen partijen in geschil is of [appellante] recht

heeft op loon over de periode 1 januari 2021 tot en met 30 september 2021. De kantonrechter heeft die vordering van [appellante] afgewezen. Daarop heeft het hoger beroep betrekking. Partijen weten dus niet of de overeenkomst nadelig was voor [appellante]. Met de overeenkomst werd juist een einde gemaakt aan de onzekerheid hierover.

3.4.6. Het hof zal de zaak verwijzen naar de rol voor een akte uitlating aan de zijde van [geïntimeerde]. Het hof zal iedere verdere beslissing aanhouden.

#### 4. De uitspraak

Het hof:

verwijst de zaak naar de rol van 10 oktober 2023 voor akte uitlating *uitsluitend* aan de zijde van [geïntimeerde] en *uitsluitend* met het doel zoals omschreven in 3.4.5;

houdt iedere verdere beslissing aan.

## 290

### Pre-pack is geen procedure geregeld bij wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling

Hoge Raad

6 oktober 2023, nr. 18/04401,

ECLI:NL:HR:2023:1372

(mr. Polak, mr. Du Perron, mr. Sieburgh, mr. Wattendorff, mr. Salomons)

(Concl. A-G Drijber)

Noot mr. dr. J. van der Pijl

### Pre-pack. Overgang van onderneming.

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

*Nadat Heiploeg (oud) in 2013 een boete van ruim 27 miljoen euro van de Europese Commissie kreeg, heeft deze onderneming een scenario voorbereid waarin zij faillissement zou aanvragen en vervolgens onder de identiteit van Heiploeg (nieuw) zou doorstarten. Na afstemming met de rechter-commissaris is op 27 januari 2014 het faillissement van Heiploeg (oud) uitgesproken en kondigde de curator op 28 januari 2014 de doorstart van Heiploeg (nieuw) aan. De vraag is of deze doorstart onder de regeling overgang van*

onderneming valt en alle werknemers dientengevolge met behoud van hun rechten en plichten mee overgaan naar Heiploeg (nieuw). De Hoge Raad stelde hierover prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie («JAR» 2020/163). Het HvJ oordeelde 'dat de richtlijn overgang van een onderneming, niet van toepassing is wanneer de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure waarin de vervreemder is verwickeld onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie, en 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'. De Hoge Raad wijst thans eindarrest.

De Hoge Raad oordeelt naar aanleiding van de antwoorden van het HvJ dat, los van de vraag of in de Heiploeg-zaak sprake is van een op liquidatie van het vermogen van de vervreemder gerichte procedure, de positie van de beoogd curator en van de beoogd rechter-commissaris niet in de wet is geregeld. Dit maakt dat de pre-packprocedure zoals deze is uitgevoerd niet aan de door het HvJ gestelde vereisten voldoet om onder de uitzondering op overgang van onderneming in faillissementssituaties te voldoen. De doorstart na faillissement valt daarmee niet onder de uitzondering op de richtlijn overgang van onderneming. Nu het hof Arnhem-Leeuwarden had geoordeeld dat in onderhavige kwestie wel sprake was van een uitzondering op de bescherming van werknemers bij overgang van onderneming, wordt dit arrest vernietigd en wordt de zaak ter nieuwe beoordeling terugverwezen naar het hof 's-Hertogenbosch.

NB. Nadat het Hof van Justitie in de SmallSteps-uitspraak (HvJ EU 22 juni 2017, «JAR» 2017/189, m.nt. Loesberg) de pre-pack als mogelijkheid om zonder overgang van onderneming toch going concern verder te gaan na faillissement leek te hebben afgeschoten, blies hetzelfde Hof van Justitie de pre-pack nieuw leven in met de Heiploeg-uitspraak (HvJ EU 28 april 2022, «JAR» 2022/127, m.nt. Van der Pijl). In de Heiploeg-uitspraak oordeelde het HvJ dat een pre-pack wel is

toegestaan wanneer het oogmerk van het faillissement is gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder én mits een dergelijke pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen. In deze uitspraak van de Hoge Raad in de Heiploeg-zaak wordt geoordeeld dat thans een dergelijke wettelijke of bestuursrechtelijke basis in Nederland ontbreekt. De pre-pack staat dus voorlopig nog buitenspel.

Federatie Nederlandse Vakbeweging te Amsterdam,  
eiseres tot cassatie,  
hierna: FNV,  
advocaat: F.M. Dekker,  
tegen  
1. Heiploeg Seafood International B.V. te Zoutkamp,  
2. Heitrans International B.V. te Zoutkamp,  
verweersters in cassatie,  
hierna gezamenlijk: Heiploeg-nieuw,  
advocaat: B.I. Kraaiapoel.

### Conclusie Advocaat-Generaal (mr. Drijber)

#### 1. Inleiding en recapitulatie

1.1. Centraal in deze zaak staat de vraag of de faillissementsuitsondering van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG<sup>1</sup> (hierna: *de Richtlijn*) van toepassing is op de, in een pre-pack voorbereide, doorstart van Heiploeg-oud. Ik roep in herinnering dat de faillissementsuitsondering alleen van toepassing is als cumulatief aan de volgende drie voorwaarden is voldaan:

- (i) de vervreemder moet verwickeld zijn in een faillissementsprocedure of soortgelijke procedure,
- (ii) deze procedure moet zijn ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, en
- (iii) deze procedure moet onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staan.

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

1.2. In zijn eindarrest oordeelde het hof Arnhem-Leeuwarden (hierna: *het hof*) dat de doorstart van Heiploeg-oud aan elk van deze voorwaarden voldeed.<sup>2</sup> FNV bestrijdt in cassatie de juistheid van dat oordeel waar het de voorwaarden (ii) en (iii) betreft, die ik hierna als de *tweede voorwaarde* en de *derde voorwaarde* aanduid.

1.3. In mijn eerste conclusie in deze zaak<sup>3</sup> heb ik geconcludeerd tot vernietiging van het eindarrest van het hof en tot verwijzing. Naar mijn oordeel had het hof miskend dat de doorstart van Heiploeg-oud, nu die voorafgaand aan de faillissementsaanvraag in een pre-packprocedure was voorbereid, in het licht van het arrest van het HvJEU in de zaak *Smallsteps*<sup>4</sup> niet aan de tweede en derde voorwaarde voldeed. Het kwam mij voor dat de doorstart van Heiploeg-oud dermate veel feitelijke overeenkomsten vertoonde met de doorstart in *Smallsteps* dat het oordeel van het HvJEU in die zaak ook hier moest opgaan.

1.4. De Hoge Raad heeft gemeend dat de pre-pack een herkansing diende te krijgen. Bij arrest van 29 mei 2020<sup>5</sup> (hierna: *het verwijzingsarrest*) heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen gesteld aan het HvJEU over de tweede en de derde voorwaarde. De strekking van die vragen is, kort gezegd, of de doorstart van Heiploeg-oud, gelet op de kenmerken van de pre-packprocedure en de faillissementsprocedure zoals door de Hoge Raad in het verwijzingsarrest uiteengezet, niet toch kan voldoen aan die beide voorwaarden.

1.5. Het HvJEU heeft op 28 april 2022 arrest gewezen (hierna: *het arrest*)<sup>6</sup> en daarin een ander vertrekpunt gekozen dan in het *Smallsteps*-arrest. Het HvJEU hanteert daarbij de door de Hoge Raad aangereikte informatie als uitgangspunten. Dit heeft er toe geleid dat het HvJEU heeft kunnen

oordelen dat wanneer een faillissementsprocedure is voorbereid in een pre-packprocedure aan de tweede en de derde voorwaarde wel degelijk kan zijn voldaan, mits de pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.

1.6. Het HvJEU week daarmee af van de conclusie van A-G Pitruzzella<sup>7</sup> en van het standpunt dat de Europese Commissie in de prejudiciële procedure heeft ingenomen.<sup>8</sup> Zowel de Commissie als de A-G stelden zich namelijk op het standpunt dat, net als in *Smallsteps*, in het geval van Heiploeg-oud de doorstart vóór het faillissement tot in detail was voorbereid en binnen 24 uur na de faillietverklaring werd ‘geclosed’<sup>9</sup> (na laatste onderhandelingen, dat wel) en dat gelet op het *Smallsteps*-arrest ook in deze zaak niet aan de tweede en derde voorwaarden was voldaan. In mijn eerste conclusie was ik tot een zelfde uitkomst gekomen, met de kanttekening dat die uitkomst mogelijk onbevredigend was maar dat de wetgever daar een oplossing voor diende te vinden.

1.7. Als gezegd heeft het HvJEU, op aangeven van de Hoge Raad, in het arrest anders geoordeeld dan in *Smallsteps*. Partijen zijn vervolgens in de gelegenheid gesteld zich nader schriftelijk uit te laten over de betekenis van het arrest voor deze cassatieprocedure. Beide partijen hebben die mogelijkheid benut. FNV heeft daarna nog nader schriftelijk gerepliceerd.

1.8. Hierna geef ik eerst de prejudiciële beslissing weer (*onder 2*). Vervolgens bespreek ik de voornaamste discussiepunten waar deze beslissing aanleiding toe geeft en de stand van zaken op wetgevend vlak (*onder 3*).<sup>10</sup> Na de nadere uitlatingen van partijen te hebben samengevat (*onder 4*), geef ik een nadere bespreking van het middel (*onder 5*).

2 Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6539, JOR 2018/265, m.nt. E. Loesberg.

3 ECLI:NL:PHR:2019:1237.

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

5 HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954.

6 HvJEU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321 (*FNV / Heiploeg*). In mijn conclusie van 2 september 2022, ECLI:NL:PHR:2022:788, vóór HR 14 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1446 (*FNV / Vleems Bakery*) (81 RO), wijdde ik al enkele woorden aan het arrest (*onder 2*), maar heb daarin op de onderhavige conclusie niet vooruit willen lopen.

7 Conclusie A-G Pitruzzella 9 december 2021, C-237/20, ECLI:EU:C:2021:997.

8 Vgl. mijn (eerste) conclusie in de zaak *FNV / Vleems Bakery* van 26 november 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1114, *onder 3.22*.

9 Vgl. het *Smallsteps*-arrest, punt 59, waar het HvJEU spreekt van een “*daarvóór voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde pre-pack*.”

10 Voor een algemeen overzicht van het juridisch kader verwijs ik korthedshalve naar mijn eerste conclusie, par. 3-6, en het verwijzingsarrest, rov. 3.3-3.6.6 en rov. 3.11.1.

1.9. Net als in mijn eerste conclusie concludeer ik tot vernietiging en verwijzing. Ook al lijkt de pre-pack opnieuw tot leven te zijn gewekt, het ontbreken van een wettelijke verankering heeft tot gevolg dat thans aan de tweede en derde voorwaarde van de faillissementsuitzondering niet is voldaan, zodat het oordeel van het (Arnhemse) hof niet in stand kan blijven.

## 2. Samenvatting van het arrest

2.1. Ik begin met de *eerste prejudiciële vraag*, die ziet op de tweede voorwaarde – het liquidatieoogmerk.

2.1.1. Het HvJEU begint met in herinnering te roepen dat art. 5 lid 1 van de Richtlijn de codificatie is van rechtspraak en noemt in dat verband enkele arresten<sup>11</sup> over de uitleg van de voorloper van de Richtlijn<sup>12</sup> (punt 38-41).

2.1.2. Daarop volgen enkele overwegingen over de verhouding tot *Smallsteps* (punt 42-47). Het HvJEU begint met de redenen te noemen waarom het antwoord op de eerste prejudiciële vraag niet uit het *Smallsteps*-arrest volgt (hier en hierna mijn onderstrepingen (gecursiveerd; red.)):

“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. (C126/16, 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.”

2.1.3. Het HvJEU refereert zich hier dus aan het oordeel van de Hoge Raad over de vraag in hoeverre het toepasselijke Nederlandse recht volledig en juist was weergegeven in de verwijzingsuit-

spraak in de zaak *Smallsteps*<sup>13</sup> en in hoeverre de casus van Heiploeg-oud verschilt van die zaak.<sup>14</sup> Het HvJEU sluit zich aan bij de uitgangspunten die de Hoge Raad heeft geformuleerd.

2.1.4. Vervolgens herhaalt het HvJEU enkele overwegingen uit *Smallsteps* over het liquidatieoogmerk en het voortzettingsoogmerk van een faillissementsprocedure:

“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 vreemder. 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 die 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 onderneming als de werkgelegenheid te behouden, heeft het Hof in*

11 Het HvJEU verwijst naar de arresten HvJEG 7 februari 1985, C-135/83, ECLI:EU:C:1985:55 (*Abels*), HvJEG 25 juli 1991, C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326 (*d'Urso*) en HvJEG 7 december 1995, C-472/93, ECLI:EU:C:1995:421 (*Spano*). Zie ook de bespreking van deze, en andere, arresten in mijn eerste conclusie, onder 4.6-4.19.

12 Richtlijn 77/187/EEG, zoals gewijzigd bij Richtlijn 98/50/EG.

13 Zie rechtbank Midden-Nederland (Ktr.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954.

14 Rov. 3.11.3 van het verwijzingsarrest.

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.”

2.1.5. Over de verschillen tussen *Smallsteps* en onderhavige zaak overweegt het HvJEU daarna het volgende:

“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*.”

2.1.6. In de literatuur is er, naar ik meen terecht, op gewezen dat de feitenconstellaties tussen de doorstart van Heiploeg-oud en de doorstart uit *Smallsteps* eigenlijk maar weinig van elkaar verschillen.<sup>15</sup> Gelet op de woorden “*geeft de verwijzende rechter in de onderhavige procedure aan*”, en “*deze rechter merkt op*” benoemt het HvJEU hier kennelijk verschillen tussen de informatie die de verwijzende rechters in deze beide zaken hebben voorgelegd.

2.1.7. Dat neemt niet weg dat er bij de in punt 46 genoemde verschillen kanttekeningen zijn te plaatsen. Het eerste verschil dat wordt genoemd in de eerste prejudiciële vraag onder (i) (faillissement onafwendbaar), kan moeilijk onderscheidende betekenis toekomen,<sup>16</sup> 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).<sup>17</sup> Het derde verschil (faillissement is uitgesproken) vormt evenmin een feitelijk verschil met de *Smallsteps*-casus. De vraag of aan de voorwaarden van de faillissementsuitsluiting is voldaan doet zich bovendien alleen voor als het faillissement is uitgesproken want dan pas is voldaan aan de eerste voorwaarde (de inleiding van een faillissementsprocedure). Het tweede en vierde verschil genoemd in punt 46 (doel van de pre-pack en van de faillissementsprocedure) vallen mijns inziens samen. Het HvJEU gaat in punt 49 e.v. daar nader op in.

2.1.8. Er zijn in de prejudiciële procedure nog twee andere feitelijke verschillen genoemd. De Hoge Raad heeft erop gewezen dat de koper in *Smallsteps* een aan de verkoper gelieerde partij was,<sup>18</sup> wat de koper in deze zaak niet is. In het arrest zie ik daar niets van terug, mogelijk omdat het HvJEU dit feitelijk verschil niet nodig had om te kunnen oordelen dat in een pre-packsituatie

15 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. Simpel gezegd is in beide gevallen sprake van (i) een onderneming die in financieel zwaar weer verkeert waarbij faillissement dreigt, (ii) een koper die de onderneming wil overnemen, (iii) waarbij de overname wordt uit onderhandeld in een pre-pack, onder toezicht oog van een beoogd curator en beoogd rechter-commissaris, (iv) waarop een faillietverklaring volgt, (v) de koopovereenkomst haar beslag krijgt binnen (circa) 24 uur na de faillietverklaring, en (vi) waarbij een deel van de werknemers niet mee overgaat en dus moet afvloeien.

16 Mogelijk heeft de Hoge Raad op deze omstandigheid gewezen om duidelijk te maken dat surseance niet volstond. Wat daar ook van zij, de keuze voor een pre-pack impliceert een keuze voor een faillissementsaanvraag omdat bij surseance de faillissementsuitsluiting niet van toepassing is.

17 Vgl. R. van Galen, ‘Overgang van een onderneming in faillissement: de stand van zaken na Heiploeg’, *Ondernemingsrecht* 2022/55, par. 5.

18 Zie het verwijzingsarrest, rov. 3.11.3 (“*In de derde plaats ...*”). 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’, *TvI* 2020/35.

aan het oogmerk van liquidatie kan zijn voldaan (waar in *Smallsteps* nog was geoordeeld dat dit laatste onvoldoende was om aan de procedure het karakter van een voortzettingprocedure te ontnemen). Mogelijk is ook dat het HvJEU het verschil niet noemt omdat het geen relevante omstandigheid is, wat ondersteuning vindt in het feit dat het in *Smallsteps* niet als relevante omstandigheid terugkomt. Een tweede feitelijk verschil is dat het in *Smallsteps* ging om de overname van een deel van de onderneming en in deze zaak om het gehele concern (punt 47). Voor de uitleg van art. 5 lid 1 van de Richtlijn maakt dat kennelijk geen verschil, zo begrijp ik punt 49.

2.1.9. De daaropvolgende overwegingen vormen de kern van de bespreking van de eerste prejudiciële vraag (betrekking hebbend op de tweede voorwaarde):

“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 arbeidsbetrekking, 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.”

2.1.10. Het HvJEU bevestigt hier in algemene zin dat de faillissementsuitzondering ook van toepassing kan zijn op een overgang van een onderneming *going concern*, zelfs als die overgang vóór het faillissement is voorbereid, mits het liquidatiedoel aanwezig is.

2.1.11. Hierop volgt een synthese van de voorafgaande analyse:

“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 moge-*

lijk 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.”

2.1.12. Zolang het primaire doel van een pre-pack gevolgd door een faillissementsprocedure is om een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers te verkrijgen (lees: liquidatie), voldoen die procedures samen aan de tweede voorwaarde. Het HvJEU sluit dus niet uit dat reorganisatie en voortzetting van de onderneming ook doel van de doorstart kunnen zijn, mits dit maar niet het primaire doel is (vgl. “(...) niet enkel op een reorganisatie”). Tussen het liquidatiedoel en het voortzettingsdoel kan dus overlap of samenloop bestaan.

2.1.13. Het HvJEU sluit evenwel af met een belangrijke ‘ja, maar’. Aangezien de pre-pack uitsluitend in de rechtspraak is ontwikkeld en bovendien niet uniform wordt toegepast, kan die procedure niet geacht worden een kader te bieden voor toepassing van de faillissementsuitzondering en voldoet zij niet aan het vereiste van rechtszekerheid (punt 54). Daartoe is vereist dat de pre-pack wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.

2.1.14. Het HvJEU beantwoordt de eerste prejudiciële vraag als volgt:

“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 vermogen van de vervreemder beoogt en gedurende welke deze overgang plaatsvindt, in het kader van een pre-packprocedure die ertoe strekt in de fail-

lissementsprocedure 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.”

2.2. Ik kom daarmee toe aan de tweede prejudiciële vraag, die ziet op de derde voorwaarde – het overheidstoezicht. Hier zal ik korter over zijn.

2.2.1. Het HvJEU begint zijn overwegingen met de constatering dat de pre-pack geen grondslag heeft in Nederlandse wet- of regelgeving (punt 57).

2.2.2. Het HvJEU herinnert vervolgens aan zijn oordeel in het *Smallsteps*-arrest dat de pre-pack in die zaak niet aan de derde voorwaarde voldeed omdat zij werd uitgevoerd door de leiding van de onderneming, en de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris tijdens de pre-pack niet over formele bevoegdheden beschikten en niet onder toezicht van een overheidsinstantie stonden. Ook herhaalt het HvJEU de overweging uit *Smallsteps* dat de betrokkenheid van de beoogd rechter-commissaris tijdens de pre-pack maakte dat die onmiddellijk ná faillietverklaring kon instemmen met de overgang, wat het overheidstoezicht op de faillissementsprocedure kon uithollen (punt 58). Het HvJEU preciseert verder dat het oordeel in *Smallsteps* zag op de pre-pack die aan de orde was in die zaak, en het oordeel was gebaseerd “op basis van het voorgelegde dossier”.

2.2.3. Net als bij de beantwoording van de eerste prejudiciële vraag legt het HvJEU sterk de nadruk op hetgeen de Hoge Raad hem heeft aangereikt (“volgens deze rechter” (punt 60), “de verwijzende rechter preciseert” (punt 61)). Op deze plaats gaat het dan om de taken en verantwoordelijkheden van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris. Zij worden door de bevoegde rechter benoemd, die ook hun taken omschrijft en later besluit hen al dan niet tot curator en rechter-commissaris te benoemen (punt 62-63).

2.2.4. Voorts wijst het HvJEU erop dat de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris, teneinde hun taken goed te vervullen, al in de pre-packfase betrokken moeten zijn bij de voorbereiding van de overgang. Daarom kan de tijd tussen de inleiding van de faillissementsprocedure en de ondertekening van de in de pre-pack opgestelde overnameovereenkomst als zodanig niet als criterium dienen om te beoordelen of er al dan niet over-

heidstoezicht uitgeoefend kon worden (punt 64). Met andere woorden: dat de doorstart binnen 24 uur na de faillietverklaring wordt beklonken vormt geen indicatie dat overheidstoezicht niet voldoende is uitgeoefend.

2.2.5. Het HvJEU concludeert dat het feit dat de overgang van onderneming in een pre-pack wordt voorbereid door een beoogd curator onder toezicht van een beoogd rechter-commissaris, niet uitsluit dat aan de derde voorwaarde is voldaan (punt 65).

2.2.6. Evenwel geldt hier hetzelfde voorbehoud dat de pre-pack geregeld moet worden in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, zo blijkt uit het slot van de beantwoording van de tweede prejudiciële vraag:

“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.*”

### 3. Observaties naar aanleiding van het arrest

#### A. Institutionele aspecten

3.1. Waar de pre-pack na *Smallsteps* dood was gewaand, lijkt zij nu toch vooral te sluimeren, maar slechts een wettelijke regeling kan haar laten ontwaken. Dit geeft de pre-pack enig perspectief. Het verbaast misschien niet dat het arrest onder insolventiespecialisten een warmere ontvangst heeft gekregen dan destijds het *Smallsteps*-arrest.<sup>19</sup> Arbeidsrechtsspecialisten daarentegen vre-

zen verzwakking van de ontslagbescherming van werknemers, die bovendien kunnen worden blootgesteld aan *cherry picking* door de overnemer.<sup>20</sup> Vrijwel alle schrijvers noemen het arrest verrassend<sup>21</sup> na het *Smallsteps*-arrest en de conclusie van A-G Pitruzzella.

3.2. Ik vind het arrest om te beginnen in institutioneel opzicht positief te waarderen. De zaak biedt een mooi voorbeeld van de rechterlijke dialoog die eigen is aan de prejudiciële procedure van art. 267 VWEU. Uit het verwijzingsarrest komt naar voren dat de Hoge Raad moeite had met de uitkomst van de *Smallsteps*-zaak, althans vond dat die zaak op een te nauwe basis was beslist.<sup>22</sup> De Hoge Raad heeft toen gedaan wat hij in die omstandigheden diende te doen, namelijk de problematiek opnieuw prejudicieel voorleggen en in het verwijzingsarrest toelichten waarom het *Smallsteps*-arrest naar zijn oordeel bijstelling behoefde. Kortom, de Hoge Raad toonde zich kritisch maar loyaal tegenover het HvJEU.<sup>23</sup> De Hoge

de pre-pack?’, *Bb* 2022/60, C.L. Waterman in haar noot in *JIN* 2022/99, en B.W. Vos in zijn noot in *JIN* 2022/108.

20 Dergelijke geluiden klinken bij, onder meer, bij W.H.A.C.M. Bouwens, ‘De comeback van de pre-pack’, *TRA* 2022/48 en bij J. van der Pijl, ‘Het Heilploeg-arrest’, *TAC* 2022/4. Zie ook J. van der Pijl, ‘Wettelijke verankering pre-packprocedure nodig voor uitzondering op ovo-regels’, *JAR* 2022/127, die opmerkt dat FNV als winnaar kan worden bestempeld maar dat daar de champagne vermoedelijk niet is opengetrokken.

21 Ook de voorspellingen waren veelal dat het HvJEU niet bereid zou zijn af te wijken van *Smallsteps*. Zo bijv. K. Ooms, *Een kansrijke doorstart voor de pre-pack*, Celsius – 2022, p. 50: “Ik acht het niet voorstelbaar dat het Hof van Justitie EU afwijkt van de eerder ingezette lijn en ervoor kiest de pre-pack onder nader aan te geven voorwaarden alsnog aan te merken als een procedure die primair is gericht op liquidatie van het vermogen.” Dit werk dateert van kort na de conclusie van A-G Pitruzzella.

22 Vgl. de bespreking van het verwijzingsarrest door Lintel en Van Zanten (*TvI* 2020/35), par. 4. Die opvatting had aanhangers in de literatuur; zie mijn eerste conclusie, onder 5.18-5.23 met verwijzingen.

23 Vgl. J. Krommendijk, ‘De civiele kamer en de prejudiciële procedure: kritisch doch loyaal aan het Hof van Justitie’, *TCR* 2019/1, par. 3.3-3.5. De nationale rechter kan om uiteenlopende redenen problemen ondervinden met het toepassen van arresten uit Luxemburg,

19 Voorzichtig positief zijn, onder meer, M.A. Hieben-daal & B. Rikkert, ‘Heilploeg-arrest: nieuw leven voor



Raad nam daarbij zijn verantwoordelijkheid door de prejudiciële vragen zorgvuldig toe te lichten en uitvoerige informatie te verschaffen over de nationale context.<sup>24</sup>

3.3. Minstens zo positief vind ik dat het HvJEU zich ontvankelijk heeft getoond voor de signalen van de Hoge Raad, zeker nu die waren te verstaan als kritiek op een eerder arrest over dezelfde problematiek. De door de Hoge Raad verstrekte informatie heeft opgeleverd dat de figuur van de pre-pack zoals beschreven in het verwijzingsarrest kán voldoen aan de tweede en derde voorwaarde van de faillissementsuitzondering.

3.4. Gelet echter op het vereiste dat de pre-pack een nationale wettelijke grondslag moet hebben zal het arrest niet op korte termijn tot een herleving van de pre-packpraktijk leiden.<sup>25</sup> De wetgever is aan zet. In mijn eerste conclusie heb ik ook reeds betoogd dat alleen de wetgever de pre-pack kan redden, maar dat was na *Smallsteps*.<sup>26</sup> Na het *Heiploeg*-arrest geldt in zoverre hetzelfde. Op de wetgevende initiatieven ga ik hierna in onder C.

---

bijvoorbeeld als een arrest is gebaseerd op een volgens hem aanvechtbare weergave van de feiten of abstrahert van relevante concrete omstandigheden waardoor het oordeel van het Hof een algemenere reikwijdte krijgt dan volgens hem gerechtvaardigd is. Vgl. o.a. M.A. Loth, *De Hoge Raad in dialoog: Over rechtsvorming in een gelaagde rechtsorde*, Tilburg University 2014, p. 23 en F.E. Vermeulen, 'Fricties tussen het Hof van Justitie en de Nederlandse civiele rechtspleging', in: C.A.H.M. ten Dam (e.a.), *De invloed van Europa op ons procesrecht*, Boom: Den Haag 2020, die opmerkt: "zonder wrijving geen glans" (p. 61).

24 Ik wil in dat verband nog wel kwijt dat het niet mijn indruk is dat de verwijzende rechter in *Smallsteps* het HvJEU onjuist of onvolledig over de pre-pack zou hebben voorgelicht. Wel is de Hoge Raad uitgebreider en legt hij de accenten duidelijker op de liquidatie-aspecten van de pre-pack en het faillissement. Zie rechtbank Midden-Nederland (Ktr.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954, rov. 2.4 en rov. 3.9.

25 Op rechtspraak.nl ben ik nog geen zaken tegengekomen waarin verwezen wordt naar het arrest.

26 In die zin ook o.a. Ooms, a.w. in voetnoot 21, p.56: "De toekomst ligt daarmee in de handen van de wetgever".

## B. Het liquidatiedoel

### 1. Kern van het arrest

3.5. Het *Smallsteps*-arrest kon zo worden begrepen dat de liquidatie van het vermogen van de vervreemder ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en de voortzetting van de onderneming elkaar uitsluitende doelstellingen zijn. De term 'liquidatie' kon bovendien de associatie oproepen van het einde van de onderneming en contrasteerde aldus met de hypothese van voortzetting. Als een doorstart vóór de faillissementsaanvraag is voorbereid, dan zou dat kunnen wijzen op het doel de onderneming voort te zetten en werd het liquidatiedoel van het faillissement als het ware verdrongen.

3.6. Het arrest maakt duidelijk dat de twee onderscheiden doelstellingen elkaar veeleer aanvullen, waarbij wel gezocht moet worden welke doelstelling voorop staat (*primair* is). In de onderhavige casus staat de klassieke doelstelling van het faillissement voorop, namelijk dat de gezamenlijke schuldeisers een zo groot mogelijk deel van hun vordering kunnen verkrijgen. De verkoop *going concern* van de onderneming (feitelijk: van de activa van de schuldenaar) is daartoe een middel. Gevolg is dat de gehele onderneming een doorstart kan maken, zij het met een kleiner personeelsbestand.

3.7. De centrale gedachte die uit het verwijzingsarrest spreekt is mijns inziens de volgende: als een curator in faillissement een doorstart kan realiseren die aan de faillissementsuitzondering voldoet, waarom zou dan niet aan de faillissementsuitzondering kunnen worden voldaan als de doorstart in een pre-pack is voorbereid (vgl. rov. 3.5.3)? De Hoge Raad zet naast elkaar de situatie waarin de faillissementsuitzondering wat hem betreft in ieder geval van toepassing is (de 'klassieke doorstart' in faillissement) en een situatie waarin er redelijke twijfel kan bestaan over de toepassing van de faillissementsuitzondering (een doorstart voorafgegaan door een pre-pack). Uit het verwijzingsarrest komt naar voren dat de Hoge Raad niet wezenlijk anders denkt over de toepasselijkheid van de faillissementsuitzondering in dat laatste geval. Dezelfde benadering bespeur ik ook bij het HvJEU, in het bijzonder in punt 49-53 van het arrest.

3.8. Dit lijkt mij de kern van de redenering van het HvJEU. Toch kunnen vragen rijzen. Ik bespreek er

enkele, die ook in de literatuur aan de orde zijn gesteld.

## 2. De betrokken belangen

3.9. Een eerste vraag is of, kort geformuleerd, de factor kapitaal nu altijd prevaleert boven de factor arbeid.<sup>27</sup> Zo ja, zou dat dan geen afbreuk doen aan de doelstelling van de Richtlijn, werknemers bij overgang van onderneming ontslagbescherming geven?

3.10. Zoals ook uit het arrest naar voren komt, kan met een verkoop *going concern* de insolvente onderneming (grotendeels) intact blijven. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kunnen meer arbeidsplaatsen behouden blijven dan wanneer de onderneming in delen wordt opgeknipt, die apart worden verkocht of worden afgewikkeld. Dit alles ervan uitgaande dat geen misbruik wordt gemaakt van de faillissementsprocedure om de ontslagbescherming bij overgang van een onderneming te omzeilen.

3.11. In dit kader wijs ik verder op een kwestie die in de literatuur nogal wat aandacht heeft gekregen, namelijk of de Hoge Raad in het verwijzingsarrest niet té zwaar heeft ingezet op het traditionele doel van het faillissement als collectief verhaalsinstrument en op de taak van de curator als behartiger van de belangen van schuldeisers. Onder meer Van der Pijl,<sup>28</sup> Lintel en Van Zanten,<sup>29</sup> en Schreurs<sup>30</sup> wijzen op rechtspraak van de Hoge Raad waaruit blijkt dat de curator ook rekening moet houden met maatschappelijke belangen, waaronder het belang van werkgelegenheid.<sup>31</sup> On-

duidelijk zou zijn hoe die andere belangen zich verhouden tot de lijn die de Hoge Raad uitzet in het verwijzingsarrest. Ik deel die zorg niet.

3.12. Ik wijs er allereerst op dat de Hoge Raad op diverse plaatsen in het verwijzingsarrest uitdrukkelijk melding maakt van de verplichting van de curator rekening te houden met maatschappelijke belangen, waaronder het belang van werkgelegenheid.<sup>32</sup> Het gaat daarbij om *de taken van de curator*, en de belangen die de curator bij diens taakuitoefening heeft te behartigen. Die taakuitoefening maakt niet dat een in een pre-pack voorbereide faillissementsprocedure niet het karakter zou kunnen hebben van een procedure die in algemene zin beoogt een zo hoog mogelijke uitbetaling aan schuldeisers te bewerkstelligen.

3.13. Verstijlen<sup>33</sup> en Wessels<sup>34</sup> wijzen er bovendien terecht op dat belangen van maatschappelijke aard niet prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Waar de curator rekening houdt met belangen van maatschappelijke aard gaat dat over het afwegen van die belangen tegen het belang van *individuele schuldeisers* (zoals bijvoorbeeld het belang van een separatist of een schuldeiser met een eigendomsvoorbehoud). Het afwegen van een belang van maatschappelijke aard tegen het belang van de gezamenlijke schuldeisers staat haaks op het stelsel van de wet. Wat mij betreft volgt uit het verwijzingsarrest niet iets anders.

3.14. Een *'pre-packaged'* doorstart kan, gelet op de betrokkenheid van de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris en de tijd die wordt genomen om een doorstart goed voor te bereiden, tot het grootste waardebehoud voor de grootste groep stakeholders leiden: schuldeisers, kapitaalverstrekkers én werknemers.

## 3. De van-geval-tot-geval-benadering

3.15. Een volgende vraag is of het feit dat pre-pack en faillissement als procedures in algemene zin liquidatie beogen, meebrengt dat voor ieder concreet geval mag worden aangenomen dat liquida-

27 Vgl. W.H.A.C.M. Bouwens. 'De comeback van de pre-pack', *TRA* 2022/48, onder 5: "De betrokken werknemers blijven in belangrijke mate overgeleverd aan de welwillendheid van de hoogst biedende overnamekandidaat".

28 Noot van J. van der Pijl, *JAR* 2022/127, p. 1312. Zie ook diens uitgebreidere annotatie in *AC* 2022/4.

29 Bespreking van Lintel en Van Zanten van het verwijzingsarrest, *TvI* 2020/35, par. 5.

30 M.R. Schreurs, 'De interactie tussen boedelbelang en patiëntenbelang: een reconstructie van de vier ziekenhuisfaillissementen en voorstellen ter verbetering', *TvI* 2020/25, par. 6.4.

31 In het bijzonder HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, *NJ* 1996/472, m.nt. W.M. Kleijn (*Sigmacon II*). Zie ook HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, rov. 3.6, *NJ* 1996/727, m.nt. W.M. Kleijn (*Maclou*), HR 19 december 2003,

ECLI:NL:HR:2003:AN7817, rov. 3.2, *NJ* 2004/283, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Mobell/Interplan*), en HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492, rov. 3.2.2.

32 Zie rov. 3.5.1, 3.6.2, 3.6.4, de eerste prejudiciële vraag onder (iv) en de tweede prejudiciële vraag onder (ii).

33 F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss.), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 155-160.

34 *Wessels Insolventierecht IV* 2020/4223.

tie van het vermogen van de schuldenaar het primaire doel is. Mijs inziens is dat niet zo en moet per geval worden bekeken welk doel voorop staat. In punt 53 overweegt het HvJEU namelijk dat de nationale rechter “in elke afzonderlijke situatie” dient na te gaan of de betrokken pre-packprocedure en faillissementsprocedure zijn gericht op liquidatie van de onderneming (lees: van het vermogen van de schuldenaar).

3.16. Uit diezelfde rechtsoverweging blijkt dat niet volstaat dat deze procedures in algemene zin als primair doel hebben om een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers te verwezenlijken. De overgang van een draaiende onderneming moet in het individuele geval mogelijk maken om dit doel te bereiken. Het moet, anders gezegd, daarvoor een geschikt middel zijn. Maar zoals Verstijlen in zijn NJ-noot bij het arrest opmerkt, “moet het wel raar lopen wil een rechter oordelen dat de overgang van een onderneming going concern niet geschikt is om een zo hoog mogelijke opbrengst van de boedel te realiseren; doet het zich toch voor, dan zullen curator en rechter-commissaris er wel niet aan meewerken.”<sup>35</sup>

3.17. Of liquidatie van het vermogen van de schuldenaar het primaire doel is van een in een pre-pack voorbereide doorstart wordt dus bepaald door een combinatie van de kenmerken van de pre-pack en van de faillissementsprocedure (zoals door de wetgever vormgegeven), en de invulling die aan die procedures is gegeven in het specifieke geval.<sup>36</sup>

#### 4. Manier om het primaire doel vast te stellen

3.18. Een volgende vraag is hoe moet worden vastgesteld wat het primaire doel is en met name of bepalend is of de schuldenaar/vervreemder de

procedures opstart met het subjectieve oogmerk van liquidatie.<sup>37</sup>

3.19. Het HvJEU spreekt in het arrest over de vraag of de procedures liquidatie van het vermogen beogen, daar het oog op hebben, daarop zijn gericht, en of het primaire doel van de procedures die tot liquidatie leiden is om de hoogst mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers te behalen. Het zal er, in de van-geval-tot-geval-benadering die het HvJEU voorstaat, om gaan of gelet op alle omstandigheden van het geval de specifieke pre-pack gevolgd door faillietverklaring primair liquidatie tot doel heeft, onafhankelijk van de subjectieve bedoelingen van de daarbij betrokken partijen.<sup>38</sup>

3.20. Wat die omstandigheden zijn is moeilijk in algemene zin te zeggen.<sup>39</sup> Enkele (negatief geformuleerde) elementen kunnen mijs inziens wél uit het arrest worden afgeleid. Om te beginnen is het feit dat de doorstart is voorbereid – zelfs ‘tot in de kleinste details’ (zie *Smallsteps*, punt 49) – op zichzelf niet (meer) voldoende om te concluderen dat de pre-pack en het faillissement niet primair liquidatie beogen (maar voortzetting van de onderneming). De strekking van het arrest is dat ook dan nog steeds liquidatie beoogd kan zijn. Ook kan uit het arrest worden afgeleid dat de om-

<sup>35</sup> Zie NJ 2022/272, par. 6.

<sup>36</sup> Ik verwijs nogmaals naar de noot van Verstijlen in NJ 2022/272, par. 8: “Ten opzichte van [Smallsteps] verschuift de terminologie naar het doel waarop de procedure is gericht, hetgeen een meer objectieve invulling suggereert dan in [Smallsteps]. Het is de schuldenaar die de procedure inleidt en de transactie vormgeeft, het zijn de wetgever en – bij de prepack – de rechter die de procedure vormgeven, de laatste door de taakopdracht die hij de beoogd curator volgens de toenmalige praktijk placht te geven. Het lijkt me een zinvoller invulling dan dat naar het oogmerk van de schuldenaar wordt gekeken.”

<sup>37</sup> Vgl. J. van der Pijl, ‘Het Heiploeg-arrest’, TAC 2022/4, par. 3.

<sup>38</sup> Om welke partijen zou dat bovendien gaan en aan wiens bedoeling moet het meeste gewicht worden toegekend? De doorstartende ondernemer zal juist veelal verder willen met de onderneming en zich weinig interesseren in liquidatie, terwijl de beoogd curator overwegend zal beoordelen of de doorstart een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers genereert.

<sup>39</sup> Dat het HvJEU geen verdere criteria geeft wordt door meerdere auteurs als problematisch gezien. C.L. Waterman acht het criterium in de praktijk om die reden onwerkbaar (JIN 2022/99). De Wind, Gerritsen en Baukema menen dat het arrest niet de gewenste rechtszekerheid oplevert waarop misschien wel was gehoopt en dat de wetgever handvatten moet meegeven op basis waarvan vooraf met een bepaalde mate van zekerheid kan worden bepaald wat het primaire doel van de betreffende pre-pack en het daaropvolgende faillissement is. Op die manier kan tevens misbruik van de pre-packmethode worden voorkomen (E. de Wind, J. Baukema & C.J. Gerritsen, ‘Heiploeg: pre-pack revisited?’, TAP 2022/188).

standigheid dat het sluiten van de koopovereenkomst kort na de faillietverklaring plaatsvindt evenmin erop duidt dat de procedures niet echt of niet primair liquidatie beogen (zie ook punt 64). Anderzijds kunnen indicatoren die duiden op misbruik van faillissement<sup>40</sup> erop duiden dat niet werkelijk liquidatie is beoogd.

3.21. In het verlengde van het voorgaande ligt de vraag hoe in een concreet geval *zekerheid* kan worden verkregen over wat het primaire doel van de doorstart is.

3.22. Van Galen<sup>41</sup> stelt voor dat de rechter in de openingsbeslissing van het faillissement vaststelt of de aanvraag is gedaan met het oogmerk/hoofdoel de liquidatie van de schuldenaar te bewerkstelligen, dan wel de onderneming voort te zetten. Avci<sup>42</sup> stelt voor dat de wetgever aan art. 14 lid 1 Fw – waarin is bepaald wat het vonnis van faillietverklaring moet inhouden – als element toevoegt met welk doel het faillissement is aangevraagd. Volgens Verstijlen<sup>43</sup> kan dit alles maar beperkt zekerheid bieden omdat de rechter in een procedure tussen de werknemer en de doorstarter niet gebonden is aan de vaststelling door de faillissementsrechter, gedaan op basis van summier onderzoek ter terechtzitting, op eigen aangifte van de vervreemder en zonder partijdebat. Hoogendoorn<sup>44</sup> vraagt zich af of faillissementsrechters in staat zijn een dergelijke kwalificatie te geven gelet op hun informatiepositie. Ik merk het volgende op.

3.23. Het HvJEU preciseert dat moet worden vastgesteld of liquidatie het primaire doel van zowel de pre-pack als het faillissement is. Een dergelijke vaststelling door de rechter bij aanvang van de pre-pack lijkt betrekkelijk zinloos. Het is immers pas in het faillissement dat de doorstart wordt gerealiseerd, waarbij een voorwaarde is dat de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris menen dat de *pre-packaged* doorstart leidt tot

een hogere opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers. Wordt aan die voorwaarde niet voldaan en vindt om die reden geen doorstart plaats, dan is de vraag met welk doel precies de pre-pack was gestart zonder belang. Daarom zal het vooral bij de openingsbeslissing erop aankomen of primair liquidatie wordt beoogd. Als dat het geval is, dan is moeilijk voorstelbaar dat de daaraan voorafgaande pre-pack *niet* primair liquidatie beoogde. Voorts ligt het voor de hand dat wanneer in de pre-pack een doorstart is voorbereid waarop de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris hebben afgetekend, in de regel het vereiste liquidatieoogmerk aanwezig is op het moment dat het faillissement wordt aangevraagd.<sup>45</sup> Tegenover de door Hoogendoorn genoemde informatieachterstand van de faillissementsrechter over de schuldenpositie van de schuldenaar staat dat de beoogd curator en rechter-commissaris juist over veel informatie met betrekking tot de faillierende onderneming kunnen beschikken.

### C. Stand van zaken op wetgevend vlak

3.24. In mijn eerste conclusie wees ik reeds op ontwikkelingen op wetgevend vlak.<sup>46</sup> Ik geef daarvan hieronder een update.<sup>47</sup>

3.25. In 2019 is een internetconsulatie gestart van het Wetsvoorstel overgang van onderneming in faillissement (WVOVF).<sup>48</sup> De WVOVF bevindt zich nog steeds in de voorbereidingsfase.<sup>49</sup>

45 Vgl. Schaink die er, terecht, op wijst dat het liquidatieoogmerk geen 'windowdressing' mag zijn. Ook schrijft hij dat wat hem betreft een *voortzettingsoogmerk* zal moeten blijken uit 'in het oog springende daden' (P.R.W. Schaink, 'Heiploeg en Smallsteps', *TvO* 2022/3).

46 Eerste conclusie, onder 6.

47 Zie ook mijn (eerste) conclusie in de zaak *FNV / Vleems*, ECLI:NL:PHR:2021:1114, onder 3.25-3.30 vóór HR 14 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1446 (81 RO).

48 Zie uitgebreid M.R. van Zanten, 'Wetsvoorstel rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement: over het dichten van de kloof van arbeidsrechtelijke bescherming in en buiten faillissement', *TvI* 2020/6, p. 34-38. Zie over het voorontwerp WVOVF ook: A. Avci, 'Doorstarters: opgelet!', *ArbeidsRecht* 2023/6.

49 <https://wetgevingskalender.overheid.nl/regeling/WGK009361>.

40 Zie over deze indicatoren uitgebreid J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie* (Monografieën Sociaal Recht nr. 75), Deventer: Kluwer 2019, p. 240-243.

41 Zie R.J. van Galen, 'Overgang van een onderneming in faillissement: de stand van zaken na Heiploeg', *Ondernemingsrecht* 2022/55, par. 7.

42 A. Avci, 'Doorstarters: opgelet!', *AR* 2023/6, par. 7.

43 *NJ* 2022/272, par. 7.

44 M. Hoogendoorn, 'De doorstart na het arrest: kan herstructurend Nederland verder met de pre-pack?', *FIP* 2022/193.

3.26. Ten aanzien van Wetsvoorstel continuïteit ondernemingen I (WCO I) herinner ik eraan dat de behandeling in de Eerste Kamer is aangehouden in verband met de wens om eerst een algemene wettelijke regeling inzake de rechten van werknemers bij een overgang van onderneming in faillissement te treffen. De directe aanleiding daarvoor was de zaak *Smallsteps*. Het kabinet heeft voorts op 25 mei 2021 een novelle op de WCO I in consultatie heeft gegeven naar aanleiding van het faillissement van enkele ziekenhuizen. De novelle strekt ertoe de WCO I te activeren en het toepassingsgebied van die wet tijdelijk te beperken tot ondernemingen die activiteiten verrichten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend, zoals ziekenhuizen en onderwijsinstellingen. Het WCO I-traject zal voor het overige meelopen met de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel WOVOF. Die behandeling is aangehouden in afwachting van de uitkomst van de zaak *Heiploeg*. Voor zover ik kan nagaan is de parlementaire behandeling het wetsvoorstel WOVOF niet hervat.

3.27. Zoals het er nu voorstaat lijken de twee wetsvoorstellen zich overigens moeilijk met elkaar te verdragen: met de WOVOF wordt de faillissementsuitzondering in feite geschrapt, terwijl met de WCO I getracht wordt de *pre-packaged* overgang onder de faillissementsuitzondering te brengen. Het zal er op aankomen wat de wetgever wil bereiken. In sommige commentaren op het arrest wordt besproken hoe een wettelijke regeling van de *pre-pack* er het best uit kan zien.<sup>50</sup>

3.28. Ook op Europees vlak zijn er ontwikkelingen te melden, en dat is nieuw. Ik noem het richtlijnvoorstel van 7 december 2022 ter harmonisatie van insolventieregels van lidstaten.<sup>51</sup> Titel IV van

dat richtlijnvoorstel bevat een geharmoniseerd kader voor de *pre-pack*.<sup>52</sup> Het richtlijnvoorstel onderscheidt een voorbereidingsfase en een vereffeningsfase. In de voorbereidingsfase, waarin een geschikte koper voor de onderneming wordt gezocht, blijft de schuldenaar beheer- en beschikkingsbevoegd over zijn vermogen. Daaraan kan een afkoelingsperiode worden gekoppeld. In de vereffeningsfase wordt de verkoop van de onderneming overeengekomen en uitgevoerd. De vereffeningsfase wordt uitdrukkelijk aangemerkt als een insolventieprocedure in de zin van de Insolventieverordening<sup>53</sup> en als een “*faillissementsprocedure of soortgelijke procedure*” in de zin van art. 5 lid 1 van de Richtlijn. Ook bevat het richtlijnvoorstel regels over het verkoopproces.

3.29. Het kabinet heeft in het zogeheten BNC-fiche vermeld positief te staan tegenover het voorstel van de Commissie om een regeling te treffen voor de *pre-pack*.<sup>54</sup> Het kabinet zegt te zullen inzetten op een meer ‘*principle based*’ uitwerking van de voorgestelde *pre-pack* (de uitwerking is in de conceptringlijn inderdaad tamelijk gedetailleerd). Hoe de richtlijn er uiteindelijk uit zal komen zien en wat de gevolgen ervan zullen zijn voor de Nederlandse wetgevende initiatieven valt te bezien. Niet valt uit te sluiten dat met de WOVOF en de WCO I wordt gewacht tot de genoemde richtlijn erdoor is, maar noodzakelijk is dat niet.

3.30. De aandacht voor de *pre-pack* van de Nederlandse en nu ook de Europese wetgever kan voor uw Raad wel een (extra) reden vormen om de beslissing in deze zaak louter te baseren op het arrest van het HvJEU en te beperken tot de onderhavige casus.

50 Zie o.m. de noten van J. van der Pijl, *JAR* 2022/127, C.L. Waterman, *JIN* 2022/99, B.W. Vos, *JIN* 2022/108, L.G. Verburg, *JOR* 2022/219 én *TvI* 2022/23, en F.M.J. Verstijlen, *NJ* 2022/272, alsook de artikelen P.R.W. Schaink, ‘Heiploeg en Smallsteps’, *TvO* 2022/3, R.J. van Galen, ‘Overgang van een onderneming in faillissement: de stand van zaken na Heiploeg’, *Ondernemingsrecht* 2022/55, en W.H.A.C.M. Bouwens, ‘De comeback van de *pre-pack*’, *TRA* 2022/48.

51 COM (2022) 702 final. 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 onderwer-

pen voorgesteld. Zie B.A. Schuijling, ‘Het Commissievoorstel voor een nieuwe insolventierichtlijn’, *FIP* 2023/1.

52 Een *pre-pack*procedure wordt in art. 2, letter p), van het richtlijnvoorstel als volgt gedefinieerd: “*een versnelde vereffeningsprocedure die het mogelijk maakt de onderneming van de schuldenaar geheel of gedeeltelijk als going concern aan de hoogste bidder te verkopen met het oog op de afwikkeling van de boedel van de schuldenaar als gevolg van de geconstateerde insolventie van de schuldenaar.*”

53 Verordening (EU) 2015/484.

54 *Kamerstukken II*, 2022/2023, 22 112, nr. 3598 (Brief minister van Buitenlandse zaken 3 februari 2023, fiche: Richtlijn materieel insolventierecht).

#### 4. Nadere schriftelijke uitlating van partijen

4.1. FNV betoogt dat na het arrest maar één uitkomst mogelijk is: de faillissementsuitzondering is niet van toepassing. Het HvJEU laat weliswaar, anders dan in het *Smallsteps*-arrest, ruimte voor toepasselijkheid van de faillissementsuitzondering bij een *pre-packaged* doorstart maar formuleert daarvoor als eis dat de *pre-pack* wettelijk moet zijn geregeld (punt 54-55 en 66). Dat is in Nederland (nog) niet het geval, en zonder wettelijke regeling is niet aan de tweede en derde voorwaarde voldaan.<sup>55</sup>

4.2. FNV presenteert nog een tweetal redenen waarom het oordeel van het (Arnhemse) hof in het licht van het arrest tekortschiet.

4.3. In de eerste plaats heeft het HvJEU in het arrest bevestigd dat de *pre-pack* en de faillissementsprocedure *samen* in beginsel aan de tweede voorwaarde voldoen wanneer het primaire doel van *beide procedures* liquidatie van het vermogen van de vervreemder is. FNV roept in dat verband onderdeel 2.6 van haar cassatiemiddel in herinnering. Daarin klaagt zij dat het hof ten onrechte alleen acht heeft geslagen op het oogmerk waarmee de faillissementsprocedure was ingeleid, en niet op het doel van de *pre-pack*procedure.<sup>56</sup>

4.4. Volgens FNV volgt voorts uit het arrest ook dat de nationale rechter kritisch moet nagaan of de *pre-pack* en faillissementsprocedure wel echt op liquidatie zijn gericht, én of de verkoop van de onderneming *going concern* middels een *pre-pack* de beste manier is om dat doel te bereiken. In casu is, volgens FNV, niet vol te houden dat dit het geval was: het doel van de *pre-pack* is van meet af aan een reorganisatie geweest. Dat onderstreept de onjuistheid van het feit dat het hof niet heeft onderzocht of het doel van de *pre-pack* niet *tevens* voortzetting van de onderneming van Heiploeg-oud was, en of de verkoop *going concern* de beste manier was om het beweerdelijke liquidatiedoel te bereiken.<sup>57</sup>

4.5. *Heiploeg-nieuw* brengt in haar nadere schriftelijke toelichting drie argumenten<sup>58</sup> naar voren waarom het arrest tot het falen van de cassatie-

klachten van FNV moet leiden. Die argumenten zijn pogingen om te ontkomen aan het vereiste van de wettelijke grondslag.

4.6. Het eerste argument<sup>59</sup> is dat al aan genoemd vereiste is voldaan. Uit het arrest blijkt dat het HvJEU met name wegens de rechtszekerheid eist dat voor toepassing door lagere rechters een duidelijk kader beschikbaar is. Dit kan echter ook een jurisprudentieel kader zijn. Met het arrest blijkt nu dat de Nederlandse rechtspraak in lijn is met de Europese jurisprudentie. Ook de voorgestelde WCO-I komt materieel overeen met wat de Hoge Raad in het verwijzingsarrest heeft geoordeeld. Een richtlijnconforme uitleg leidt er dus toe dat de in cassatie bestreden oordelen van het hof geen blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting. Die oordelen zijn richtlijnconform en passen bij het doel dat de wetgever voor ogen heeft met de voorgestelde WCO-I.

4.7. Met haar tweede argument<sup>60</sup> houdt Heiploeg-nieuw voor dat het HvJEU in het arrest heeft bevestigd dat de 'standaard' doorstart na faillissement die niet vooraf is gegaan door een *pre-pack*, onder de faillissementsuitzondering valt. Heiploeg-nieuw presenteert vervolgens een aantal argumenten waarom hier geen sprake was van een overname die in een *pre-pack* is voorbereid. Daarom bestaat geen relevant verschil met een reguliere doorstart in faillissement en is de faillissementsuitzondering van toepassing, aldus Heiploeg-nieuw.

4.8. In de derde plaats<sup>61</sup> betoogt Heiploeg-nieuw dat in het voorliggende geval geen sprake is van rechtsonzekerheid. Er is dus geen goede reden waarom de uitleg die het HvJEU aan de faillissementsuitzondering geeft, ook nog in de vorm van specifieke wetgeving dient te worden vastgelegd. Daarnaast meent Heiploeg-nieuw dat voor de praktijk van het aanwijzen van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris reeds een wettelijke basis bestaat in de Faillissementswet. Ten tijde van de overname was een nadere wettelijke regeling omwille van de rechtszekerheid ook niet vereist, omdat geen onduidelijkheid bestond

55 Nadere schriftelijke toelichting FNV, onder 5.

56 Nadere schriftelijke toelichting FNV, onder 6-7.

57 Nadere schriftelijke toelichting FNV, onder 8.

58 De nadere schriftelijke toelichting van Heiploeg-nieuw bevat onder par. 4 nog een vierde argument maar dat lijkt los te staan van het arrest.

59 Nadere schriftelijke toelichting Heiploeg-nieuw, onder 1.1-1.6.

60 Nadere schriftelijke toelichting Heiploeg-nieuw, onder 2.1-2.8.

61 Nadere schriftelijke toelichting Heiploeg-nieuw, onder 3.1-3.6.

over de toepassing van de pre-pack. Ook blijkt niet waarom enige rechtsonzekerheid zou kunnen leiden tot een verslechtering van de positie van werknemers bij een overname na een pre-pack. Tot slot wijst Heiploeg-nieuw erop dat het HvJEU niet vereist dat de pre-pack in wettelijke bepalingen 'is' (c.q. ten tijde van de overname in de onderhavige zaak in wettelijke bepalingen 'was') geregeld, maar dat deze in wettelijke bepalingen 'wordt' geregeld, wat alsnog zou kunnen gebeuren. Ook daarom kan het vereiste de wettelijke verandering haar niet kan worden tegengeworpen.

### 5. Nadere bespreking van het cassatiemiddel

#### Beoordeling van de argumenten Heiploeg-nieuw

5.1. Nu het HvJEU in het arrest heeft geoordeeld dat alleen aan de tweede en derde voorwaarde is voldaan indien de pre-pack in een wettelijke of bestuursrechtelijke regeling wordt vastgelegd, kan de conclusie thans niet anders luiden dat bij gebreke aan een dergelijke regeling de pre-pack geen kader biedt voor toepassing van de faillissementsuitsondering. Dit niettegenstaande het feit dat de pre-pack zoals door de Hoge Raad omschreven in het verwijzingsarrest daar inhoudelijk wel mee verenigbaar kan zijn. Dit brengt mee dat FNV hier toch aan het langste eind trekt. De pogingen van Heiploeg-nieuw om een draai te geven aan het vereiste van een wettelijke grondslag kunnen niet slagen.<sup>62</sup> Ik licht dat toe.

5.2. Het argument dat een jurisprudentieel kader volstaat kan niet worden gevolgd. Dat de pre-pack thans een uit de rechtspraak voortvloeiende figuur is staat niet ter discussie. Het HvJEU spreekt over "een dergelijke pre-packprocedure", waarbij het specifiek doelt op de pre-pack zoals deze is

omschreven door de Hoge Raad in het verwijzingsarrest. De Hoge Raad bevestigt daarin (rov. 3.6.1) dat de pre-pack een niet in de Faillissementswet of andere wettelijke regeling voorziene procedure is. Dit neemt ook het HvJEU tot uitgangspunt (punt 18). De pre-pack, en de bevoegdheden van de beoogd curator en rechter-commissaris, vloeien eveneens uit de rechtspraak voort (punt 19-20). Verderop preciseert het HvJEU dat dat "de pre-packprocedure (...) voortkomt uit de rechtspraak en geen grondslag heeft in de Nederlandse wet- of regelgeving" (punt 57). De interpretatie dat een jurisprudentieel kader voldoet aan het vereiste van een "wettelijke of bestuursrechtelijke regeling"<sup>63</sup> staat dus haaks op de overwegingen in het arrest.

5.3. Dat de WCO-I materieel overeen zou komen met wat in het verwijzingsarrest staat omschreven doet al evenmin af aan de noodzaak dat de pre-pack wettelijk moet zijn geregeld. De WCO-I is nog niet tot wet verheven.

5.4. Het beroep van Heiploeg-nieuw op richtlijnconforme uitleg kan ik niet zo goed volgen. Het oordeel van het HvJEU luidt immers dat de faillissementsuitsondering van art. 5 lid 1 van de Richtlijn van toepassing kán zijn op de in het verwijzingsarrest omschreven pre-pack *mits* die pre-pack wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen. Het komt mij voor dat een richtlijnconforme uitleg van art. 7:666, aanhef en onder a, BW niet in kan houden dat die bepaling ook van toepassing is op een overgang die in een pre-pack is voorbereid, zo lang die pre-pack *niet* wettelijk is geregeld. Dat zou immers een uitleg behelzen die blijkens het arrest indruist tegen de vereisten van de Richtlijn.

5.5. Bovendien valt uit het arrest wel degelijk te ontwaren waarom het HvJEU een *wettelijke of bestuursrechtelijke regeling* vereist. Het HvJEU verwijst in punt 54 naar punt 83 van de conclusie van A-G Pitruzzella. De A-G wijst daar, en in de daaraan voorafgaande punten, op de elementen van art. 5 van de Richtlijn die een flexibele benadering garanderen, in het bijzonder de mogelijkheden die art. 5 lid 2 van de Richtlijn bieden aan

62 Vgl. W.H.A.C.M. Bouwens, 'De comeback van de pre-pack', TRA 2022/48, par. 3: "Toch zal de Hoge Raad de Heiploeg-zaak in het voordeel van de betrokken werknemers moeten beslechten. Het HvJEU constateert in het arrest namelijk ook dat de pre-packprocedure in Nederland tot ontwikkeling is gekomen in de rechtspraak en door de verschillende rechterlijke instanties niet uniform wordt toegepast. Dit gaat ten koste van de rechtszekerheid. Voor de toepassing van de in art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG neergelegde uitzondering is daarom tevens vereist dat de procedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen." Vgl. ook de noot van J. van der Pijl, JAR 2022/127, aangehaald in voetnoot 20.

63 In lijn met de Nederlandse taalversie van het arrest staat in de Franse versie, de werktaal van het HvJEU, "dispositions législatives ou réglementaires", in de Duitse versie "Rechts- oder Verwaltungsvorschriften" en in de Engelse versie "statutory or regulatory provisions".

de lidstaten om uitzonderingen te maken op de verplichte bescherming van werknemers. Een uitzondering als bedoeld in art. 5 lid 2 van de Richtlijn moet evenwel noodzakelijkerwijs gebaseerd zijn op een wetgevingshandeling. Dat een praktijk in de rechtspraak ('rechtersrecht') niet volstaat licht de A-G toe in punt 83:

“Deze overweging dringt zich om te beginnen op vanwege het beleidsterrein waar het hier om gaat, namelijk de fundamentele sociale rechten van werknemers. De afweging daarvan moet, ook in het licht van andere, mogelijk tegenstrijdige belangen, de taak zijn van democratisch gelegitimeerde organen. *Bovendien beantwoordt die conclusie aan een objectieve noodzaak van rechtszekerheid, die vereist dat voorschriften duidelijk en nauwkeurig zijn om de toegang tot regelgeving en de voorzienbaarheid van rechtssituaties en rechtsverhoudingen binnen de werkingssfeer van het Unierecht te garanderen.* Tot slot is een wetgevingsinstrument noodzakelijk gezien de aard zelf van de discretionaire bevoegdheid die aan de lidstaten is toegewezen: het gaat om een bevoegdheid om een uitzondering te maken – die kan worden uitgeoefend om de bescherming van werknemers te verkorten – ten opzichte van een algemene regeling die in een wetgevingshandeling van de Unie is vervat.”

Met de verwijzing naar deze passage in de conclusie doelt het HvJEU mijns inziens op dezelfde afweging. De toepassing van de faillissementsuitzondering op een *pre-packaged* doorstart behelst een uitzondering op een (uit het Unierecht voortvloeiend) recht van werknemers om mee te gaan bij de overgang van onderneming, en vergt om dezelfde redenen een grondslag in de wet en niet slechts in een rechterlijke praktijk.

5.6. Verschillende auteurs<sup>64</sup> hebben er op gewezen dat het HvJEU specifiek voorschrijft dat een pre-pack in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen “*wordt geregeld*”. Zij benadrukken dat het HvJEU niet schrijft “*is geregeld*”. Daaruit kan volgen hen worden afgeleid dat de faillissementsuitzondering op de doorstart van Heiploeg-oud nog wél van toepassing is.

5.7. Met “*wordt geregeld*” is bedoeld dat de geldende wet- of regelgeving een regeling van de pre-pack moet bevatten; het voornemen dit alsnog te

regelen volstaat daartoe niet. Dat zou ook leiden tot een onhanteerbaar criterium omdat onduidelijk en dus onzeker zou zijn wanneer die regeling dan moet zijn doorgevoerd om pre-packaged transacties die al hebben plaatsgevonden, daar alsnog onder te laten vallen. De Franse, Duitse en Engelse taalversies van het arrest bieden ook geen steun voor de door Heiploeg-nieuw verdedigde opvatting. Daarin wordt gesproken van “*soit encadrée*”, “*geregelt ist*”, respectievelijk “*is governed*”. 5.8. Het argument is bovendien moeilijk te begrijpen, gelet op het feit dat ‘wordt geregeld’ wordt voorafgegaan door het woord “*mits*” (in de Franse taalversie: “*sous réserve que*”). Mits maakt wat er aan voorafgaat onderhevig aan wat daarna komt. De grammaticaal voor de hand liggende betekenis van de overweging dat de pre-pack verenigbaar is met de faillissementsuitzondering *mits* dit wettelijk wordt geregeld, is dat zonder een wettelijke regeling de pre-pack niet verenigbaar is met de faillissementsuitzondering. In het licht van ‘mits’ lijkt de discussie over ‘wordt geregeld’ versus ‘is geregeld’ zinledig.

5.9. Tot slot kan het argument dat het in deze zaak zou gaan om een klassieke doorstart en niet om een pre-packprocedure Heiploeg-nieuw niet baten. Zij heeft in cassatie immers niet (ook niet voorwaardelijk) geklaagd dat het hof zou hebben miskend dat de doorstart van Heiploeg-oud niet in een pre-pack heeft plaatsgevonden. Integendeel: Heiploeg-nieuw onderstreept in drie gerechtelijke instanties dat sprake is van een pre-pack en spitst haar betoog er op toe dat de pre-pack van Heiploeg-oud aan de voorwaarden van de faillissementsuitzondering voldoet.<sup>65</sup> De stelling dat hier eigenlijk geen sprake is van een pre-pack maar van een gewone voorbereide doorstart is daarom te laat aangevoerd en zou bovendien een nieuwe feitelijke beoordeling vergen waarvoor in cassatie geen ruimte is.

5.10. De overige aanvullende argumenten behoeven geen bespreking.

65 Zie schriftelijke toelichting Heiploeg-nieuw, onder 1.2 (“*In het bijzonder gaat het in deze procedure om de vraag of de faillissementsuitzondering van artikel 7:666 sub a BW die kort gezegd inhoudt dat de regels betreffende overgang van onderneming niet van toepassing zijn in faillissement, van toepassing is in geval van een dergelijke voor faillissement, onder toezicht van een beoogd curator en beoogd rechter-commissaris, voorbereide doorstart, een zogeheten pre-pack.*”).

64 Zie L.G. Verburg, *TvI* 2022/23, par. 28-30, en P.R.W. Schaink, ‘Heiploeg en Smallsteps’, *TvO* 2022/3, par. 5.



(Her)beoordeling van de door FNV in het middel aangevoerde klachten

5.11. Het oordeel van het hof getuigt, zoals FNV in haar nadere schriftelijke toelichting opmerkt, van een onjuiste rechtsopvatting omdat de pre-pack niet is geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen en daarom aan de tweede en derde voorwaarde van art. 5 lid 1 van de Richtlijn niet is voldaan. Het hof heeft dat miskend. Voor de verschillende onderdelen van het middel betekent dat het volgende.

#### Onderdeel 1

5.12. Wat betreft onderdeel 1 blijf ik bij het in mijn eerste conclusie (onder 7.4-7.7) ingenomen standpunt, met dien verstande dat het standpunt van FNV dat – kort gezegd – een pre-pack per definitie geen liquidatie beoogt, ook afketst op het oordeel van het HvJEU in punt 49-53 van het arrest en het antwoord op de eerste prejudiciële vraag.

#### Onderdeel 2

5.13. FNV heeft in haar procesinleiding (begrijpelijkerwijs) niet geklaagd dat het hof de vereiste wettelijke basis voor de pre-pack heeft miskend. Een daartoe strekkende klacht kan mijns inziens ook moeilijk in onderdeel 2 worden ingelezen. Het middel richt zich bij onderdeel 2 in de kern tegen de wijze waarop het hof de voorwaarden uit *Smallsteps* heeft toegepast. Evenwel kan uw Raad onder aanvulling van rechtsgronden de hierna te bespreken klachten van onderdeel 2 laten slagen.<sup>66</sup>

5.14. Die aanvulling valt in de eerste plaats binnen het door het cassatiemiddel van FNV ontsloten gebied. Ten overstaan van het hof heeft FNV betoogd dat de Richtlijn van toepassing is en dat het beroep van Heiploeg-nieuw op de faillissements-uitzondering van art. 5 lid 1 van de Richtlijn niet opgaat. Aan het vereiste liquidatieoogmerk is volgens FNV niet voldaan. Daarbij heeft FNV haar betoog met name toegespitst op elementen die er volgens haar op wijzen dat voortzetting van de onderneming was beoogd. Duidelijk is dat FNV meent dat de tweede voorwaarde niet is vervuld, en dat zij met haar klachten het oordeel van

het hof bestrijdt dat die voorwaarde wel is vervuld. Door te oordelen dat de tweede voorwaarde niet is vervuld op een andere grond dan FNV heeft voorgehouden – namelijk het ontbreken van een wettelijke regeling van de pre-pack – treedt uw Raad daarom niet buiten het door het middel ontsloten gebied. Partijen hebben bovendien de gelegenheid gehad (en benut) zich over deze grond uit te laten.<sup>67</sup> Voorts betreft het hier een zuiver rechtsoordeel waar de Hoge Raad over kan oordelen zonder nader feitelijk onderzoek.<sup>68</sup> Dat de pre-pack geen wettelijke basis heeft is bovendien al door de Hoge Raad in het verwijzingsarrest vastgesteld.

5.15. In dat licht slaagt subonderdeel 2.1. Het oordeel van het hof in rov. 2.9-2.11 dat de faillissementsprocedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud *zodat is voldaan aan de tweede voorwaarde*, is rechtens onjuist nu de pre-pack niet is neergelegd in een wettelijke of bestuursrechtelijke regeling. Bij die stand van zaken bestaat geen belang meer bij de klachten van subonderdelen 2.2-2.5.

5.16. Wat betreft de overige klachten van onderdeel 2 blijf ik bij mijn eerste conclusie. Specifiek ten aanzien van onderdeel 2.6 – FNV wijst daar uitdrukkelijk naar in haar nadere toelichting – blijf ik ook bij mijn eerder ingenomen standpunt. Dat onderdeel faalt bij gebrek aan feitelijke grondslag.

#### Onderdeel 3

5.17. In essentie houdt onderdeel 3 van het middel voor dat het oordeel van het hof dat aan de derde voorwaarde is voldaan onjuist is omdat

<sup>66</sup> Zie voor het juridisch kader met betrekking tot het aanvullen van rechtsgronden in cassatie mijn conclusie van 6 januari 2023, ECLI:NL:PHR:2023:30, onder 4.78-4.85 met verwijzingen aldaar.

<sup>67</sup> Partijen zijn in hun nadere schriftelijke toelichting niet ingegaan op de eventuele cassatietechnische gevolgen van het oordeel van het HvJEU.

<sup>68</sup> In zoverre onderscheidt deze zaak zich van andere procedures na prejudiciële verwijzing waar door het HvJEU geformuleerde uitgangspunten nader *feitelijk* onderzoek vergden in de procedure na verwijzing. Zie bijv. HR 22 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ3083, rov. 3.4, NJ 2007/161, m.nt. M.R. Mok (*Ten Kate Mus-selkanaal / Staat*) en HR 26 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0539, rov. 3.4.4, NJ 2013/433, m.nt. M.R. Mok (*Residex / Rotterdam*). Overigens is de Hoge Raad daar 'flexibel' in het lezen van klachten in het middel die ertoe strekken dat het hof nadere relevante feiten heeft miskend, om niet tegen het verbod op ambtshalve cassatie aan te lopen.

(i) de in art. 5 lid 1 van de Richtlijn bedoelde procedure onder overheidstoezicht moet staan (onderdeel 3.1), en (ii) die procedure niet onder overheidstoezicht staat omdat de fase van de pre-pack “geen wettelijke grondslag” heeft en de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris in die fase niet over formele bevoegdheden beschikken (onderdeel 3.2).<sup>69</sup>

5.18. Deze klachten dienen in het licht van het arrest van het HvJEU eveneens te slagen. Wat betreft de reden van het slagen van onderdeel 3.1 verwijs ik naar mijn eerste conclusie, onder 7.35. Onderdeel 3.2 dient op andere gronden dan eerder uiteengezet te slagen. In mijn eerste conclusie legde ik de nadruk op het feit dat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris weliswaar door de rechtbank waren benoemd maar formeel niet over enige bevoegdheid beschikten, en dat de procedure derhalve niet onder toezicht van een overheidsinstantie stond. Deze beoordeling (die was gebaseerd op het *SmallSteps*-arrest) is achterhaald door de beantwoording van de tweede prejudiciële vraag, in het bijzonder punt 62 van het arrest. Het HvJEU oordeelt daar dat:

“(…) 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”.

5.19. Evenwel kwalificeert het HvJEU dit oordeel in punt 57 en 66 met de vaststelling dat alleen aan de derde voorwaarde is voldaan indien de pre-pack wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen. Daarvan is als gezegd geen sprake omdat de pre-pack geen wettelijke grondslag heeft. Het oordeel van het hof dat aan de derde voorwaarde is voldaan getuigt in dat licht van een onjuiste rechtsopvatting, zodat onderdeel

3.2, dat klaagt over het ontbreken van een wettelijke grondslag, dient te slagen.

#### Onderdeel 4

5.20. Bij de klachten van onderdeel 4.1 mist FNV, in het licht van het slagen van de hierboven gespecificeerde onderdelen, belang. Onderdeel 4.2 is een veegklacht die slaagt. Voor het overige blijf ik bij hetgeen ik heb opgemerkt in mijn eerste conclusie onder 7.40-7.43, zij het dat mijn opmerkingen bij onderdeel 4.1 thans ten overvloede zijn.

#### 6. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging en verwijzing.

### Hoge Raad

#### 1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding tot dusver verwijst de Hoge Raad naar:

a. zijn arresten in deze zaak van 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 en 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954;

b. het arrest in de zaak C-237/20 van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321.

(...; *red.*)

#### 2. Uitgangspunten en feiten

Voor de feiten waarvan in cassatie kan worden uitgegaan, de vordering van FNV, de beslissingen van de rechtbank en het hof, en de voor de beoordeling in cassatie relevante overwegingen van het hof, verwijst de Hoge Raad naar de rov. 2.1.2-2.3.3 van zijn eerste tussenarrest<sup>1</sup>.

#### 3. Verdere beoordeling van het middel

3.1.1. De Hoge Raad heeft in zijn tweede tussenarrest<sup>2</sup> de volgende prejudiciële vragen voorgelegd aan het HvJEU:

“1. Moet art. 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG 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

<sup>69</sup> Zie procesinleiding FNV, onder 3.2. Zie ook p. 2, derde paragraaf: “(...) Van toezicht door een overheidsinstantie is evenmin sprake, nu de fase van de pre-pack die voorafgaat aan de faillietverklaring geen grondslag heeft in de Nederlandse wet. (...)”.

<sup>1</sup> HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753.

<sup>2</sup> HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954.

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

(ii) 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

(iii) 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 (iv) 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,

(v) het doel van de pre-pack is om in de daarop volgende 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

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

2. Moet art. 5 lid 1 van de 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

(i) 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,

(ii) 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,

(iii) de taken van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris niet verschillen van die van de curator en de rechter-commissaris in faillissement,

(iv) 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,

(v) 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

(vi) 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?"

3.1.2. Het HvJEU<sup>3</sup> heeft deze vragen als volgt beantwoord:

"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

3 HvJEU 28 april 2022, zaak C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321.

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 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.”

3.2.1. De onderdelen 2.1 en 3 van het middel behelzen klachten die erop neerkomen dat het Hof (in rov. 2.8-2.12) ten onrechte heeft geoordeeld dat is voldaan aan de voorwaarden van art. 5 lid 1 van de Richtlijn dat de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en dat deze procedure onder toezicht van een overheidsinstantie staat.

3.2.2. Gelet op het hiervoor in 3.1.2 geciteerde antwoord van het HvJEU geldt dat aan de voorwaarden van art. 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG (hierna: de Richtlijn)<sup>4</sup> dat de faillissementsproce-

dure of soortgelijke procedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en dat deze procedure onder toezicht van een overheidsinstantie staat, slechts kan zijn voldaan als die procedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.

3.2.3. In deze zaak staat vast dat, in afwijking van de gang van zaken in een gewone faillissementsprocedure, reeds voorafgaand aan de faillietverklaring van Heiploeg-oud de mogelijkheden van een pre-pack zijn onderzocht en dat de rechtbank daartoe twee beoogd curatoren en een beoogd rechter-commissaris heeft aangewezen (zie 2.1 onder (viii) en (x) van het tweede tussenarrest). De positie van de beoogd curatoren en de beoogd rechter-commissaris is niet in de wet geregeld en zij hebben dan ook geen wettelijke bevoegdheden (zie 3.6.2 van het tweede tussenarrest). Aan de eis dat de gevolgde pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen is dus niet voldaan. De hierop gerichte klachten slagen.

3.3. Bij deze stand van zaken behoeft onderdeel 4 geen behandeling.

3.4. In 3.7 van het eerste tussenarrest is reeds geoordeeld dat onderdeel 2.7 faalt. Ook de overige klachten van het middel falen. De Hoge Raad hoeft niet te motiveren waarom hij tot dit oordeel is gekomen. Bij de beoordeling van deze klachten is het namelijk niet nodig om antwoord te geven op vragen die van belang zijn voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 lid 1 RO).

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

- vernietigt het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 17 juli 2018;
- verwijst het geding naar het gerechtshof 's-Hertogenbosch ter verdere behandeling en beslissing;
- veroordeelt Heiploeg-nieuw in de kosten van het geding in cassatie, daaronder begrepen de kosten verband houdende met de behandeling van de zaak bij het Hof van Justitie van de Europese Unie, tot op deze uitspraak aan de zijde van FNV begroot op € 794,- aan verschotten en € 4.800,- voor salaris.

4 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, PbEU 2001, L 82/16.

## NOOT

In 2020 wierp de Hoge Raad in zijn verwijzingsarrest de in stilte voorbereide faillissementsdoorstart, oftewel de pre-pack, nog de reddingsboei toe («JAR» 2020/125). Uit zijn nu gewezen eindarrest blijkt dit de doorstarter in kwestie zelf, Heiploeg, niet te hebben geholpen. Het Hof van Justitie antwoordde in 2022 op de twee door de Hoge Raad gestelde prejudiciële vragen – met de daarin zo nauwkeurig geschetste context van de Nederlandse faillissements- en pre-packprocedure – dat de faillissementsuitsondering van art. 5 Richtlijn 200/23/EG, inderdaad tóch op voorbereide doorstarts van toepassing kan zijn («JAR» 2022/127). Hiermee nuanceerde, zacht gezegd, het Hof zijn *Smallsteps*-arrest uit 2017 («JAR» 2017/189). Het Hof verbond hier echter wel de essentiële voorwaarde aan, dat ‘een dergelijke pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen’. En een wettelijke regeling is er (nog) niet.

Door Heiploeg zijn pogingen gedaan de Hoge Raad ervan te overtuigen dat aan deze voorwaarde ook in deze zaak was voldaan. Ik noem haar argument dat met richtlijnconforme uitleg van ons huidige art. 7:666 aanhef en sub a BW al sprake van een wettelijke regeling is, alsook haar argument dat het woordje ‘wordt’ in het aangehaalde zinsdeel met zich zou brengen dat ook aankomende wetgeving (waarover straks meer) al voldoende soelaas biedt voor voorafgaand aan de inwerkingtreding van wetgeving gearrangeerde doorstarts. Aan wankelende redeneringen als deze waagt de Hoge Raad zich gelukkig niet. De positie van beoogd curatoren en de beoogd rechter-commissaris is simpelweg niet in de wet geregeld, dus aan de door het Hof gestelde eis is niet voldaan.

Het woord is dus aan de wetgever. Deze conclusie kon in 2022 eigenlijk direct al worden getrokken, maar heeft nog niet tot zichtbare bewegingen in Den Haag geleid. Op basis van de eerder ontplooidde wetgevingsinitiatieven onderscheid ik nu vier scenario’s. Ik noem allereerst de Wet Continuïteit Ondernemingen I (WCO-I), het wetsvoorstel dat nog altijd ‘on hold’ staat bij de Eerste Kamer (*Kamerstukken* 34218), en dat nu zonder omhaal zou kunnen worden aangenomen. Daarmee zou alsnog ruim baan gegeven worden aan de stilgevallen pre-pack-praktijk, maar tegelijker-

tijd op geen enkele manier tegemoet worden gekomen aan de zorgen die dat oplevert over de positie van de betrokken werknemers. Het is de vraag, juist ook met een mogelijk flinke toename van het aantal faillissementen in de nabije toekomst, of voor deze route voldoende politiek draagvlak te vinden is. In een tweede scenario wordt de werkingssfeer van deze WCO-I beperkt tot ‘schuldenaren die activiteiten verrichten waarmee maatschappelijk belangen zijn gediend’. Ook dit kan betrekkelijk eenvoudig door de Eerste Kamer worden geëffectueerd. Er ligt immers al een zogenoemde novelle op de WCO-I klaar, die het licht zag naar aanleiding van twee ziekenhuisfaillissementen in 2018 en die internetconsultatiefase inmiddels doorliep. Een derde mogelijkheid is het samen met de WCO-I aannemen van de WOVOF (Wet overgang van onderneming in faillissement, een wetsontwerp uit 2019). Dit is een rigoureuze andere benadering, waarbij juist wordt aanvaard dat ook bij faillissementsdoorstarts, of deze nu zijn voorbereid of niet, de regels omtrent overgang van onderneming van toepassing zijn. Daaraan wordt dan – erg kort samengevat – een tijdelijk lichter ontslagregime voor de doorstarter gekoppeld. De doorstarter kan zonder voorafgaande toetsing door UWV, in samenspraak met de rechter-commissaris, bepalen met wie hij verder wil, waarbij hij wel objectieve selectiecriteria in acht moet nemen. Tegen dit scenario bestaan grote bezwaren vanuit de insolventierechtpraktijk, nu dit de doorstartmogelijkheden ernstig zou beperken en aldus ook een negatief effect op de opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement zou hebben. Het laatste scenario is: niets doen. Dan blijft alles zoals het is. In de enkele gevallen dat een voorbereiding in stilte absoluut noodzakelijk wordt geacht (denk aan in zwaar weer verkerende ziekenhuizen) kan die stille voorbereiding op zich gewoon plaatsvinden, ook zonder wettelijke basis. Bij gebreke van een wettelijke regeling zal het daaraan verbonden gevolg echter zijn dat bij een doorstart alle werknemers met behoud van arbeidsvoorwaarden mee overgaan. Potentieel problematisch aan deze passieve insteek is verder dat eind 2022 een richtlijnvoorstel door de Europese Commissie is gepresenteerd dat het de lidstaten onder meer verplicht op termijn regeling voor pre-packs te introduceren. In de eerste drie scenario’s is dus alsnog voldaan aan de eis van een wettelijke regeling voor de

pre-pack. Met enkel het aannemen van de WCO-I is het probleem voor de doorstartpraktijk echter nog niet opgelost. Ook als er een wettelijke regeling is, zal de rechter, aldus het Hof, alsnog 'in elke afzonderlijk situatie' moeten nagaan of de betrokken procedure gericht was op liquidatie van de onderneming, de zogenoemde van-geval-tot-geval-benadering. A-G Drijber wijdt hier in zijn conclusie enige betrekkelijk luchthartige bespiegelingen aan (randnummers 3.15-3.17), als zou dit bij een door de curator uitonderhandelde en door de rechter-commissaris goedgekeurde doorstart-overeenkomst in de regel het geval zijn, maar zekerheid biedt dit de verkrijgende onderneming geenszins. Daar komt bij dat juist als een pre-pack voornamelijk is ingegeven door maatschappelijke belangen (denk opnieuw aan ziekenhuizen in financiële problemen) die procedure waarschijnlijk minder snel wordt aangemerkt als procedure die primair gericht is op liquidatie van de onderneming, nu in die gevallen de pre-packprocedure eerder het oogmerk zal hebben continuïteit van de patiëntenzorg veilig te stellen en maatschappelijke onrust te voorkomen. Juist voor die categorie pre-packs geldt de faillissementsuitzondering uit de richtlijn dan niet.

Alsof de materie al niet ingewikkeld genoeg is stip ik nog een andere vraag aan: is de klassieke faillissementsdoorstart nu 'veilig', vanuit het perspectief van de doorstarter? Na het arrest van het Hof in Heiploeg had de Hoge Raad in het najaar van 2022 de gelegenheid zich uit te laten over die situatie in de zaak *FNV/Vleems*. Helaas deed hij de zaak met toepassing van art. 81 RO af (ECLI:NL:HR:2022:1446). A-G Drijber, ook in deze zaak actief, maakte er ook weinig woorden aan vuil, omdat in deze zaak door kantonrechter en Hof reeds feitelijk was vastgesteld dat de doorstart van Vleems niet voor de faillietverklaring was voorbereid. Daarmee is de door mij gestelde vraag nog niet bevestigend beantwoord. Ook hier resteert de nodige onzekerheid. Die is er niet alleen bij de door de ondernemer zelf 'georkestreerde' doorstart, maar ook in de veel voorkomende situatie dat een ondernemer bij dreigend financieel onheil om te beginnen surseance van betaling aanvraagt. Dit biedt de mogelijkheid samen met de bewindvoerder een doorstart te onderzoeken en – als dat lukt – deze zodanig voor te bereiden dat deze onmiddellijk na omzetting van de surseance in faillissement te realiseren.

Deze procedurele gang van zaken kent natuurlijk wel een wettelijke basis, zoals het Hof in Heiploeg voorschreef, maar ook in die gevallen zal de van-geval-tot-geval-toets moeten worden toegepast: was de procedure ook hier primair gericht op liquidatie of toch met name op de voortzetting van de onderneming? Bedenk daarbij dat de oorsprong van de hier aan de orde zijnde materie het zogenoemde *Abels*-arrest uit 1985 is (NJ 1985/900), en dat het Hof daarin uitdrukkelijk oordeelde dat de Nederlandse surseance-procedure, anders dan de faillissementsprocedure, intrinsiek gericht is voortzetting van de onderneming.

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

## 291

### Geen individueel recht op informatie en raadpleging bij collectief ontslag

Hof van Justitie EU  
5 oktober 2023, nr. C-496/22,  
ECLI:EU:C:2023:741  
(mr. Arastey Sahún, mr. Biltgen, mr. Passer)

### Consultatieprocedure. Aanwijzen van werknemersvertegenwoordigers.

[Richtlijn 98/59/EG art. 1 lid 1 sub b, 2 lid 3, 6]

*De werkgever ondervindt vanaf maart 2020 grote negatieve financiële gevolgen door het coronavirus. Zij besluit haar onderneming te herstructureren en 128 arbeidsplaatsen te schrappen. Halverwege mei 2020 stelt de werkgever het plaatselijk arbeidsbureau en de plaatselijke arbeidsinspectie in kennis van het voornemen om tot een collectief ontslag over te gaan. De kennisgeving wordt niet aan de werknemersvertegenwoordigers gestuurd omdat het mandaat van de aangewezen vertegenwoordigers was verstreken. De werknemer stelt bij de Roemeense rechter beroep in tegen het ontslagbesluit. Hij wordt in eerste aanleg in het ongelijk gesteld en stelt daarop beroep in. De verwijzende rechter overweegt dat volgens een letterlijke uitleg van Richtlijn 98/59/EG de verplichting tot voorlichting en raadpleging alleen geldt voor werknemersvertegenwoordigers. Op grond*