

Wovof II als pleister naast de zere plek. Het fundamentele onderscheid tussen pre-packs met zittende aandeelhouders en met externe partijen

TvI 2024/20

De pre-pack blijft onnodig tot hoofdbreken leiden in de afstemming van het insolventierecht tot het arbeidsrecht. De zere plek is de pre-pack met de oude aandeelhouder. Als de oude aandeelhouder als verkrijger optreedt, kan van toepassing van de faillissementsuitsluiting bij overgang van onderneming geen sprake zijn en horen werknemers van rechtswege mee over te gaan. Als een externe partij de verkrijger is, dan geldt de faillissementsuitsluiting bij overgang van onderneming en gaan werknemers niet van rechtswege mee over. De Wovof II, die de verhouding tussen het arbeidsrecht en het insolventierecht zou moeten regelen, plakt de pleister naast de zere plek. Vergelijken met het huidige recht, faciliteert de Wovof II pre-packs met zittende aandeelhouders en bemoeilijkt deze pre-packs met externe partijen. Bovendien is de in de Wovof II gekozen systematiek van het door de doorstartende verkrijger op grond van bedrijfseconomische redenen kunnen maken van een selectie uit de werknemers van de failliete werkgever niet richtlijnconform.

1. Introductie

De opkomst van de pre-pack in Nederland was stormachtig.² Maar bijna even snel als de pre-pack was opgekomen aan het begin van het vorige decennium, leek deze eind 2017 na het wijzen van het Smallsteps-arrest door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Hof)³ ineens weer te zijn verdwenen. De belangrijkste reden hiervoor was dat bij een pre-pack toch niet zo eenvoudig afscheid van werknemers genomen kon worden als wel werd gedacht vanwege de werknemersbescherming bij overgang van onderneming. Hoewel de verhouding tussen pre-pack en werknemers tot hoofdbreken blijft leiden, heeft de Europese Unie in een conceptrichtlijn de pre-pack in 2022 als een onderwerp geïdentificeerd waarop harmonisatie mogelijk en wenselijk zou zijn.⁴ De pre-pack is dan ook bezig aan een comeback. Ook de Nederlandse wetgever wil voort met de pre-pack. Op 27 mei 2024 presenteerde de wetgever een aangepaste consultatieversie van het in 2019 ter consultatie

aangeboden wetsontwerp Wet Overgang van Onderneming in Faillissement ('Wovof I') die probeert tot een werkbare en eerlijke verhouding te komen van het arbeidsrecht tot het insolventierecht ('Wovof II').

De Wovof II dient de arbeidsrechtelijke gevolgen te regelen van de pre-pack, gelijk andere overdrachten uit faillissement. Het vormt daarmee een arbeidsrechtelijke aanvulling op het reeds sinds 2013 aanhangige wetsvoorstel met een regeling van de pre-pack (WCO I). Op het eerste gezicht omarmt de Wovof II het leerstuk van overgang van onderneming. Bij een pre-pack en andere vormen van overdracht van een draaiende onderneming uit faillissement, gaan onder de Wovof II alle werknemers mee over naar de verkrijger en moet de verkrijger aan alle werknemers wier arbeidsovereenkomsten al werden opgezegd door de curator een aanbod doen tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst. Een dergelijk aanbod is echter niet vereist als de verkrijger op grond van bedrijfseconomische redenen niet aan alle werknemers een arbeidsovereenkomst kan aanbieden. De door de curator opgezegde werknemers aan wie geen arbeidsovereenkomst bij de verkrijger wordt aangeboden, zullen dan doorgaans terugvallen op de loongarantieregeling van het UWV en komen niet in aanmerking voor een transitievergoeding. De nieuwe regeling geldt alleen voor grotere werkgevers, met daarbij de mogelijkheid voor kleine werkgevers om ook voor het Wovof II-regime te kiezen.⁵ Als uitgangspunt blijft het huidige regime gelden voor kleine ondernemingen met minder dan twintig werknemers.⁶

De Wovof II vormt de arbeidsrechtelijke pleister op de pre-pack. Helaas is de pleister op de verkeerde plek geplakt. De echte zere plek is de pre-pack met zittende aandeelhouders. Dit is de problematiek die gereguleerd dient te worden. De Wovof II geeft hiervoor echter geen oplossing.

Deze bijdrage schetst een geheel andere weg dan de Wovof II uit het lastige en soms moerassige debat omtrent de verhouding tussen het arbeidsrecht en het faillissementsrecht rond de pre-pack. De bijdrage is als volgt opgebouwd. Eerst wordt het Europeesrechtelijke leerstuk overgang van onderneming uiteengezet. Daarbij wordt besproken hoe de regels van overgang van onderneming zich in het algemeen verhouden tot het faillissementsrecht, waaronder de

1 Prof. dr. R.J. de Weijs is hoogleraar insolventierecht aan de UvA en advocaat te Amsterdam. Mr. dr. J.P.H. Zwemmer is docent arbeidsrecht en onderzoeker aan de UvA en advocaat te Amsterdam.

2 Zie hierover o.a. de oproep op persoonlijke titel in 2014 van toenmalig voorzitter van Recofa, M.H.F. van Vught, 'De Nederlandse pre-pack: timeout, please!', *FIP* 2014/47.

3 HvJ EU, 22 juni 2017, *JAR* 2017/189 (*FNV/SmallSteps*).

4 Voorstel voor een Richtlijn tot harmonisatie van bepaalde aspecten van het insolventierecht, 2022/0408 (COD).

5 Wel worden op onderdelen extra eisen gesteld ook aan kleine werkgevers, met name aan het inzichtelijk maken welke werknemers wel en niet worden overgenomen en de aanbiedingsplicht van een arbeidsovereenkomst indien binnen 26 weken alsnog een vacature ontstaat.

6 Op grond van een nieuw art. 7:666 lid 2 BW wordt bij algemene maatregel van bestuur vastgesteld wanneer hiervan sprake is. In eerste instantie zal de uitzondering gelden voor ondernemingen waar minder dan twintig personen werkzaam zijn. Zie MvT WOVOF II, p. 6 en 25.

keuzemogelijkheid om het leerstuk overgang van onderneming buiten toepassing te laten in geval van faillissement, waar Nederland gebruik van heeft gemaakt (§ 2). Dan wordt ingegaan op de figuur van pre-pack (§ 3). Vervolgens wordt de jurisprudentie van het Hof besproken inzake de arresten Smallsteps,⁷ Heiploeg⁸ en Plessers.⁹ Daarbij wordt ook aandacht besteed aan de meanderende en onvruchtbare zoektocht tot op heden om de pre-pack en het arbeidsrecht op een werkbare wijze tot elkaar te denken. Vervolgens wordt, in navolging van eerder verkennend onderzoek van Van der Pijl,¹⁰ in § 4 een algemeen kader geschetst voor wat de wenselijke verhouding is tussen het leerstuk van overgang van onderneming enerzijds en het faillissementsrecht anderzijds specifiek toegepast op de pre-pack. Dit kader is goed inpasbaar in de geldende Europeesrechtelijke regels en met minder onzekerheid omgeven dan de Wovof II. De wenselijke verhouding is eenvoudig samen te vatten:

- i) Indien de pre-pack wordt verricht met een externe partij, niet zijnde direct of indirect de oude aandeelhouder, dan geldt de faillissementsuitzondering bij overgang van onderneming. De werknemers kunnen dan eenvoudig en zonder meer door de curator ontslagen worden en komen *niet* in dienst van de verkrijgende partij.
- ii) Indien de pre-pack direct of indirect wordt verricht met de oude aandeelhouder, dan geldt de faillissementsuitzondering bij overgang van onderneming niet. De werknemers zullen dan na een pre-pack in dienst komen van de verkrijgende partij.
- iii) Werknemers die zijn overgegaan naar de verkrijger, kunnen door de verkrijger ontslagen worden als sprake is van ETO-redenen. De aanspraken die de werknemers krijgen uit hoofde van ETO-ontslag, kunnen zij verhalen op de verkrijger.

De onderneming wordt binnen dit kader beschouwd als een duurzame organisatie van kapitaal en arbeid. Achterliggende gedachte hierbij is dat als de kapitaalverschaffer de facto blijft zitten bij het doorlopen van een faillissementsprocedure middels pre-pack, dat ook geldt voor de werknemers. Als door het faillissement en de verkoop vanuit faillissement werkelijk de eenheid met de oude aandeelhouder als oorspronkelijke kapitaalverschaffer wordt verbroken, dan kunnen ook de banden met de werknemers verbroken worden. Dan staat voldoende vast dat het werkelijke doel van de faillissementsprocedure als gerealiseerd een opbrengstmaximalisatie voor schuldeisers is geweest (§ 5.1). Naast deze voorgestelde verhouding van de regels omtrent overgang van onderneming en pre-pack, wordt ook de wenselijkheid uiteengezet van de benadering met een principiële onderscheid tussen pre-packs met zitten

aandeelhouders en externe partijen (§ 5.2). Aan de hand van dit kader wordt vervolgens ook nog kort teruggeblikt op de Europese jurisprudentie inzake Smallsteps (pre-pack met oude aandeelhouder) en Heiploeg (pre-pack met externe partij) (§ 5.3). Bij dit alles dient dus bedacht te worden dat de Wovof II ervan uitgaat dat de huidige regels, wat die dan ook mogen zijn, als uitgangspunt blijven gelden voor kleine ondernemingen met minder dan twintig werknemers.

Vervolgens worden de voorstellen van de EU uit 2022 besproken voor harmonisatie van de pre-pack (§ 6). Tot slot worden de nu te nemen stappen besproken ten aanzien van het Wetsvoorstel Pre-pack (WCO I) en de Wovof II (§ 7).

Omdat wij, in het spoor van de verkenning van Van der Pijl in zijn dissertatie uit 2019, een andere interpretatie geven van de bestaande wet- en regelgeving dan tot nu toe veelal gemeengoed is geweest en wij ook menen dat eerdere jurisprudentie vanuit dit alternatieve kader veel beter begrepen kan worden, citeren we vrij uitgebreid zodat zowel de meer arbeidsrechtelijk als de meer insolventierechtelijk georiënteerde lezer de analyses eenvoudig kan volgen.

2. Europeesrechtelijke overgang van onderneming en verhouding tot faillissementsrecht

Het doel van de Europese Richtlijn betreffende het behoud van rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan¹¹ (hierna: de Richtlijn) is om aan werknemers bescherming te bieden tegen ontslag en tegen een verandering of achteruitgang in hun positie die het gevolg is van de structuur- of bestuurdersverandering in de onderneming waarin zij werkzaam zijn. Om dat doel te bereiken, bepaalt de Richtlijn dat de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomsten met de vervreemder van de onderneming van rechtswege overgaan op de verkrijger van de onderneming. De centrale bepaling is te vinden in art. 3 Richtlijn. Hierin wordt kernachtig het volgende bepaald:

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

In Nederland is deze bepaling geïmplementeerd in art. 7:663 BW. Overgang van onderneming betekent niet alleen dat de werknemers van rechtswege in dienst komen van de verkrijger, maar ook dat deze nieuwe exploitant van de onderneming juridisch in de plaats treedt van vervreemder.

7 HvJ EU 22 juni 2017, JAR 2017/189 (FNV/Smallsteps).

8 HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321, NJ 2022/272 m.nt. Verstijlen en JAR 2022/127 m.nt. Van der Pijl (Heiploeg).

9 HvJ EU 16 mei 2019, JAR 2019/170 (Plessers/Prefaco en België).

10 Zie J. van der Pijl, *Arbidsrecht en insolventie. Over de positie van de werknemer van een insolvente werkgever* (Monografieën Sociaal Recht nr. 75) (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 329.

11 Richtlijn 2001/23/EG van de Raad, inzake behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen. De Richtlijn van 2001 verving de eerdere Richtlijn uit 1977. Pas in Richtlijn 2001/23/EG is expliciet de faillissementsuitzondering opgenomen. Zie uitgebreid P.R.W. Schaik, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Serie R&P Insolventierecht, Wolters Kluwer 2024 (3^e druk), p. 165 e.v.

Daardoor is sprake van een alomvattende overgang van uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen. De verkrijger treedt op het moment van overgang in alle schriftelijke en mondelinge overeengekomen, uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende verplichtingen, ongeacht of deze rechten voor of na de overgang zijn ontstaan of opeisbaar zijn geworden.¹²

Artikel 4 van de Richtlijn bepaalt daarbij dat overgang van onderneming geen reden voor ontslag vormt, tenzij sprake is van 'ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen' (ETO-redenen) die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen. Daarmee wordt bedoeld dat deze ontslagen noodzakelijk zijn voor het kunnen voortbestaan van de onderneming, zoals volgt uit de toelichting op dit artikel in het voorstel voor de Richtlijn.¹³

De eerste versie van de Richtlijn is in 1981 geïmplementeerd. Daarna is de Richtlijn nog tweemaal gewijzigd. Al snel na de implementatie van de Richtlijn in 1981, was de vraag opgekomen of de hierin opgenomen werknemersbescherming bij overgang van onderneming ook diende te gelden in geval van overdracht van onderneming vanuit een faillissement van de werkgever.¹⁴ Deze vraag werd aan het Hof voorgelegd in de zaak Abels.¹⁵

Het Hof beziet in het Abels-arrest eerst het uitzonderingskarakter van het insolventierecht als bijzonder rechtsgebied. Vervolgens analyseert het Hof hoe de Richtlijn de belangen van de werknemers beschermt. De Bedrijfsvereniging en de Deense regering hadden aangevoerd, dat de Richtlijn ook in faillissement van toepassing dient te zijn, omdat juist werknemers wier werkgever failliet is verklaard, het meest bescherming behoeven en omdat, wanneer deze bescherming verzekerd is, zowel de werknemers als de curator eerder geneigd zouden zijn de exploitatie van de onderneming voort te zetten totdat zij wordt overgenomen. De Nederlandse regering en de Europese Commissie hadden daarentegen aangevoerd dat indien de Richtlijn van toepassing zou zijn op de overgang uit faillissement, dit een potentiële verkrijger ervan zou kunnen weerhouden de onderneming op voor de boedel aanvaardbare voorwaarden over te nemen, hetgeen ertoe zou kunnen leiden dat de activa van de onderneming afzonderlijk worden verkocht. Daardoor zouden alle

arbeidsplaatsen in de onderneming verloren gaan, zodat afbreuk zou worden gedaan aan het doel van de Richtlijn.¹⁶

Het Hof concludeerde dat niet eenduidig te bepalen is of een gedwongen overgang van alle werknemers ook in faillissement de positie van werknemers beschermt of verzwakt en kwam vervolgens tot een Salomonsoordeel.¹⁷ De lidstaten mogen zelf bepalen of de Richtlijn wel of niet van toepassing is in geval van faillissement. Het Hof oordeelt (r.o. 24) als volgt:

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

De Richtlijn bepaalt sinds 2001 in navolging van het Abels-arrest dat het leerstuk overgang van onderneming buiten toepassing blijft in geval van faillissement, tenzij een lidstaat anders bepaalt. Nederland heeft in art. 7:666 BW expliciet opgenomen dat de bepalingen inzake overgang van onderneming *niet* van toepassing zijn in geval van faillissement. De Richtlijn biedt de lidstaten hier ook nog een tussenmogelijkheid. De werknemers gaan dan wel mee over, maar niet alle verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst daterend van voor de overdracht.¹⁸ Nederland heeft het hele leerstuk overgang van onderneming in faillissement uitgesloten in art. 7:666 BW en de mogelijkheid tot ontslag op grond van 'ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen (ETO-redenen)' die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen tot nu toe nog niet geïmplementeerd.¹⁹ De Wovof II zou daarin verandering brengen.

3. De pre-pack

De pre-pack heeft tot nogal wat hoofdbrekens geleid ten aanzien van het leerstuk van overgang van onderneming. De vraag is of het leerstuk overgang van onderneming mogelijk toch van toepassing is als het faillissement dermate vergaand is voorbereid dat er nooit een intentie is geweest de onderneming als organisatorisch verband te verbreken. Specifiek voor Nederland speelt daarnaast nog de vraag hoe tegen de pre-pack moet worden aangekeken nu deze nog immer geen wettelijke basis heeft.

12 Zie HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 900 (Abels).

13 Zie p. 7 en 8 van de Toelichting (te raadplegen via: eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:51974PC0351). Hierin wordt meegedeeld dat van ETO-redenen voor ontslag vooral sprake zal zijn 'in die gevallen waarin met de overdracht sanering werd beoogd van ondernemingen die in moeilijkheden verkeren'. Dat is een ander, zwaarder criterium dan ontslag op bedrijfseconomische gronden in artikel 7:669 lid 3 sub a BW omdat daaronder ook kan vallen de wens tot een efficiëntere bedrijfsvoering of winstmaximalisatie. Dat de lat voor ETO-redenen hoger ligt, kan ook worden afgeleid uit het feit dat deze in het eerste voorstel voor de Richtlijn aanwezig werden geacht in geval van 'dwingende vereisten van intern belang'. In de uiteindelijke tekst van de Richtlijn zijn deze woorden gewijzigd in 'economische, technische of organisatorisch redenen' omdat de woorden 'dwingende vereisten van intern belang' te veel ruimte voor interpretatie zouden laten.

14 Zie over de ontwikkeling Schaink, a.w., p. 167.

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

16 HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 900 (Abels), r.o. 21.

17 Zie voor deze duiding en over deze ontwikkeling Schaink, a.w., p. 168.

18 Zie art. 5 lid 2 sub a Richtlijn.

19 Hoewel deze ontslaggrond in het huidige Nederlandse ontslagrecht onder bedrijfseconomische omstandigheden kan worden gebracht (art. 7:669 lid 3 sub a BW), gaat het bij ETO-redenen om een ander, beperkter criterium, zoals volgt uit de hiervoor door ons aangehaalde toelichting op het voorstel voor de Richtlijn.

Alvorens in te gaan op de moeilijke relatie tussen de pre-pack en het arbeidsrecht, dient eerst duidelijk te zijn wat een pre-pack is. De pre-pack is een voorbereide doorstart uit faillissement. Anders dan reorganisatieprocedures zoals surseance en de WHOA, gaat de rechtspersoon bij een pre-pack werkelijk failliet en houdt de rechtspersoon ook op te bestaan bij het einde van de faillissementsprocedure. De fase waarin de activa worden verkocht, wordt bij een pre-pack procedure zoveel mogelijk voorbereid al voor het faillissement. De reden daarvoor is dat de ervaring leert dat een faillissementsprocedure veelal niet de beste omstandigheid is voor opbrengstmaximalisatie. Kopers weten dat de curator zo snel mogelijk moet verkopen. Daarbij desintegreert de onderneming. Goede werknemers zijn snel vertrokken en toeleveranciers trekken zich terug.

De Nederlandse wetgever heeft in 2013 een voorontwerp voor een wetsvoorstel over de pre-pack ter consultatie aangeboden. Door de verwickelingen in de latere jurisprudentie heeft dit nog niet tot wetgeving geleid. De essentie van de pre-pack is dat de verkoop van de onderneming voorafgaand aan het faillissement in stilte wordt voorbereid waarbij reeds in dat stadium een beoogd curator door de rechtbank kan worden benoemd. Zodra de koop rond is, met daarmee naar gehoopt de hoogst mogelijke opbrengst voor schuldeisers, wordt het faillissement uitgesproken en formaliseert de curator de verkoop aan de verkrijger. De curator krijgt dan de koopsom betaald en verdeelt deze volgens de wettelijke rangorde onder de schuldeisers. Bij schuldeisers die weinig of niets krijgen, kan dit rauw op het dak vallen. Deze krijgen te horen dat er een faillissement is en dat alles al verkocht is en dat zij weinig of niets krijgen. De positie van schuldeisers wordt in het wetsvoorstel voor de pre-pack met name ondervangen door informatieverplichtingen ex post.²⁰ Verder kan de rechtbank onder het wetsvoorstel additionele voorwaarden stellen. Zo zou de rechtbank kunnen bepalen dat na de besloten fase waarin eenieder naar voren is gekomen, er nog een korte periode een publieke biedingsmogelijkheid dient te volgen. Dit zou volgens de MvT met name voor de hand liggen bij een verkoop aan een aan de failliet gerelateerde partij.²¹

De pre-pack zet het juridische onderscheid tussen de rechtspersoon enerzijds en de door de rechtspersoon gedreven onderneming maximaal op scherp. Het is uiteraard de rechtspersoon als zelfstandig drager van rechten en plichten die failliet. De onderneming is het organisatorische verband van activa en samenstel van contracten, welke onderneming door de rechtspersoon wordt gedreven. Bij een pre-pack wordt de ondernemingsrechtelijke jas van de oude rechtspersoon afgeschud en wordt de onderneming overgedragen aan een nieuwe rechtspersoon zonder last van de oude schulden en verplichtingen. Deze zijn als uitgangspunt niet verbonden aan de onderneming, maar aan de rechtspersoon. Bij arbeidsrechtelijke verplichtingen is

dat minder eenduidig. Daar zijn de arbeidsrechtelijke aanspraken via het leerstuk overgang van onderneming namelijk wel gekoppeld aan de onderneming. Echter, op basis van art. 7:666 BW is als uitgangspunt geen sprake van overgang van onderneming in de situatie waarin de werkgever, dus de rechtspersoon van waaruit de onderneming wordt geëxploiteerd, failliet is en de onderneming in de boedel valt.

4. Jurisprudentie over verhouding pre-pack en overgang van onderneming

De vraag is of door de pre-pack met een goed voorbereide verkoop van de activa als draaiende onderneming arbeidsrechtelijke bescherming niet te makkelijk omzeild wordt. Een drietal zaken is inmiddels aan het Hof voorgelegd; Smallsteps,²² Plessers²³ en Heiploeg.²⁴ In het Smallsteps-arrest werd de Nederlandse insolventiewereld ruw wakker geschud toen het Hof overwoog dat de Nederlandse pre-pack die in dat arrest werd beoordeeld niet onder de faillissementsuitzondering in art. 5 van de Richtlijn viel en dat de werknemers dientengevolge wel mee over waren gegaan. In het Plessers-arrest oordeelt het Hof onder verwijzing naar FNV/Smallsteps dat de Belgische wet 'betreffende de continuïteit van de ondernemingen' niet voldoet aan de voorwaarden van de faillissementsuitzondering van art. 5 van de Richtlijn. In de Heiploeg-zaak stelde de Hoge Raad andermaal prejudiciële vragen aan het Hof over een Nederlandse pre-pack, die echter minder voorgekookt was dan in de Smallsteps-zaak. Hoewel het een herhaling van zetten zou kunnen zijn geweest, biedt het Hof in het Heiploeg-arrest meer ruimte aan de pre-pack en de mogelijkheid daarbinnen op grond van de faillissementsuitzondering werknemers te ontslaan.

4.1 Small Steps (ook wel Estro)

In 2014 ging kinderopvangketen Estro failliet. Op de dag van de faillietverklaring werd de nieuwe eigenaar bekendgemaakt: Smallsteps. Deze kandidaat had uiteindelijk dezelfde aandeelhouder als Estro. Smallsteps maakte een doorstart met behoud van 2600 werknemers van de 3600 werknemers van Estro. FNV verweet Estro dat zij alleen 'met zichzelf' had onderhandeld, andere geïnteresseerde overnamekandidaten geen kans hadden gehad en dat sprake was van overgang van onderneming omdat de onderneming gewoon was voortgezet. Jongepier was benoemd als beoogd curator in deze pre-pack en later ook als curator. Hij beschrijft de positie van de aandeelhouder van Estro als volgt.

"In de periode van de stille bewindvoering was Bayside de belangrijkste financier van Estro groep. Ten opzichte van Estro neemt Bayside, tezamen met HIG tot wiens concern Bayside behoort (hierna gezamenlijk: HIG), aldus een cruciale positie in. Al met al was HIG (i) de belangrijkste financier van Estro groep, (ii) de belangrijkste

20 Zie wetsvoorstel WCO I, art. 366 Fw.

21 Zie wetsvoorstel WCO I, MvT, p. 14 en 15.

22 HvJ EU 22 juni 2017, JAR 2017/189 (FNV/Smallsteps).

23 HvJ EU 16 mei 2019, JAR 2019/170 (Plessers/Prefaco en België).

24 HvJ EU 28 april 2022, JAR 2022/127 (FNV/Heiploeg).

aandeelhouder van Estro groep, en (iii) de door Estro groep beoogde koper van de onderneming van Estro groep (middels een nieuw op te richten indirecte dochtervennootschap van HIG).²⁵

De aandeelhouder wilde aanvankelijk maar net iets meer dan de liquidatiewaarde van ongeveer € 4 miljoen betalen. Jongepier eiste daarop dat er ook met anderen gesproken zou worden. Uiteindelijk heeft een andere gelieerde partij aanzienlijk meer geboden. Daarop heeft de grootaandeelhouder een net iets hoger bedrag geboden, en de activa na verdere onderhandelingen ook werkelijk verkregen voor een samengestelde koopprijs van om en nabij € 10 miljoen.²⁶ De uiteindelijke koper was dus ook de aanvankelijk beoogde koper, te weten de belangrijkste aandeelhouder.

Door vier werknemers en FNV werd een procedure gestart voor de Rechtbank Midden-Nederland met als primaire insteek dat *alle* werknemers mee waren overgegaan. De Rechtbank²⁷ legde daarbij aan het Hof als prejudiciële vraag voor of de uitzondering van art. 5 van de Richtlijn wel of niet van toepassing was in geval van overdracht van de gefailleerde onderneming waar het faillissement is voorafgegaan door een door de rechter gecontroleerde pre-pack die expliciet gericht is op het voortbestaan van (delen) van de onderneming. Ten aanzien van de feiten overweegt het Hof onder meer (r.o. 20).

“Bij de uitvoering van het Project Butterfly (de pre-pack, toevoeging auteurs) heeft de Estro Groep uitsluitend contact gehad met H.I.G. Capital als potentiële koper, de zustervennootschap van haar belangrijkste aandeelhouder Bayside Capital. Er is geen enkele andere potentiële optie onderzocht.”

Alvorens de prejudiciële vraag te beantwoorden, schetst het Hof het volgende kader ten aanzien van de voorwaarden van art. 5 van de Richtlijn, wil de faillissementsuitsondering bij overgang van onderneming gelden waardoor werknemers niet mee overgaan. Naar het oordeel van het Hof gelden voor toepasselijkheid hiervan drie cumulatieve voorwaarden, namelijk dat:

- i) de vervreemder verweekeld moet zijn in een faillissementsprocedure of in een 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.

Een pre-pack resulteert, als gezegd, in een formele faillissementsprocedure. Aan het eerste vereiste is dus voldaan. De pre-pack in het Smallsteps-arrest strandt echter op het

tweede vereiste, door Van Galen²⁸ geduid als ‘de liquidatievraag’. In het Smallsteps-arrest overweegt het Hof dat een procedure die de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt vanzelfsprekend niet aan de voorwaarden voldoet. Het Hof oordeelt uiteindelijk o.a. als volgt:

“49. In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat een pre-pack zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, tot in de kleinste details de overdracht van de onderneming beoogt voor te bereiden om na de faillietverklaring een snelle doorstart mogelijk te maken van de levensvatbare onderdelen van de onderneming, teneinde op die manier de onderbreking te vermijden die het gevolg zou zijn van de plotselinge stopzetting van de activiteiten van die onderneming op de datum van de faillietverklaring, zodat de waarde van de onderneming en de werkgelegenheid behouden blijven.

50. Onder deze omstandigheden en onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, moet worden vastgesteld dat een dergelijke transactie uiteindelijk niet de liquidatie van de onderneming beoogt, zodat het economische en sociale doel daarvan noch kan verklaren noch kan rechtvaardigen dat bij een volledige of gedeeltelijke overgang van de betrokken onderneming, haar werknemers worden beroofd van de rechten die richtlijn 2001/23 hun toekent (...).”

Het Hof verbindt hieraan de conclusie dat ervan moet worden uitgegaan dat een dergelijke transactie als hoofddoel het behoud van de failliete onderneming heeft, zodat deze pre-pack niet onder de faillissementsuitsondering van artikel 5 van de Richtlijn kan vallen. De werknemers gaan dus over op de verkrijger. Het Hof voegt daar nog aan toe dat art. 5 Richtlijn voorschrijft dat de bedoelde procedure onder toezicht van een overheidsinstantie moet staan en dat dit in Nederland mede gezien het ontbreken van een wettelijke grondslag niet het geval is.

4.2 Heiploeg

Het Smallsteps-arrest leek helder. Het Hof beschouwde de pre-pack niet als een gewone faillissementsprocedure. Voor zover een pre-pack ook een oplossing zou moeten bieden voor een overtollig werknemersbestand, leek daarmee de deur voor de pre-pack te zijn gesloten. In de Heiploeg-zaak werd in 2020²⁹ andermaal de vraag over de verhouding van de pre-pack tot het leerstuk overgang van onderneming voorgelegd aan het Hof. De Hoge Raad doet dat in andere bewoordingen dan de Rechtbank Midden-Nederland en ook in relatie tot een ander type casus dan bij Smallsteps.

25 Zie eerste openbaar verslag Estro, d.d. 5 juli 2014, nr. 3.2.

26 Deze koopprijs zou mogelijk nog verhoogd kunnen worden bij een eventuele latere doorverkoop. Zie eerste openbaar verslag Estro, d.d. 5 juli 2014, onder nr. 8.1.

27 Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954.

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

29 Zie HR 29 mei 2020, NJ 2020/235.

De onderliggende casus was als volgt. Heiploeg is een gar-nalenverwerkingsbedrijf. In 2011 en 2012 had Heiploeg aanzienlijke financiële verliezen geleden. Daarenboven had de Europese Commissie in november 2013 aan Heiploeg een geldboete van € 27 miljoen opgelegd voor hun deelname aan een kartel. Ten aanzien van de feiten overweegt het Hof onder meer als volgt (r.o. 26):

“Gezien de ernstige financiële moeilijkheden van Heiploeg-oud was geen enkele bank bereid deze boete te financieren. Om die reden werden vanaf het moment van oplegging van de boete de mogelijkheden van een pre-pack onderzocht. Daartoe werden *verscheidene van het Heiploeg-concern onafhankelijke vennootschappen uitgenodigd* [cursivering toegevoegd auteurs] om een bod uit te brengen op de activa van Heiploeg-oud.”

Als onderdeel van de pre-pack werd aan ongeveer twee derde van de werknemers de mogelijkheid geboden bij de nieuwe eigenaar op dezelfde werkplek dezelfde werkzaamheden te verrichten die zij voorheen verrichtten, maar tegen minder gunstige arbeidsvoorwaarden. Ook in deze pre-pack werd de vraag naar toepasselijkheid van het leerstuk van overgang van onderneming aan de rechter voorgelegd. De Hoge Raad heeft in de aan het Hof voorgelegde prejudiciële vragen benadrukt dat de Heiploeg-zaak anders was dan de zaak van Smallsteps.

Het Hof oordeelt uiteindelijk in het Heiploeg-arrest (r.o. 53):

“In dit verband dient in elke afzonderlijke situatie te worden nagegaan of de betrokken pre-packprocedure en faillissementsprocedure gericht zijn op de liquidatie van de onderneming nadat is vast komen te staan dat de vervreemder insolvent is, en niet enkel op een reorganisatie van die onderneming. Bovendien moet niet alleen worden vastgesteld dat deze procedures als primair doel hebben om een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers te verwezenlijken, maar ook dat de tenuitvoerlegging van de liquidatie door middel van een overgang van (een deel van) de draaiende onderneming (going concern), zoals voorbereid in de pre-packprocedure en verwezenlijkt na de faillissementsprocedure, het mogelijk maakt dit primaire doel te bereiken.”

Het is uiteindelijk het gebrek aan wettelijke grondslag dat de Heiploeg pre-pack alsnog de das om doet en niet de mate van voorbereiding en ook niet het ‘op liquidatie gericht zijn van het faillissement’-criterium.³⁰ In het Heiploeg-arrest lijkt het Hof terug te komen op zijn overweging dat de mate van voorbereiding van belang zou zijn. Het Hof overweegt als volgt (r.o. 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.”

Eerder leek nog de conclusie te kunnen worden getrokken dat er een bonus zou staan op onvoorbereid zijn.³¹ Dat lijkt na Heiploeg niet meer relevant. Duidelijk is echter dat, hoewel de verkoop plaatsvindt binnen een wettelijk gereguleerde en beproefde faillissementsprocedure, het Hof een wettelijke basis eist ook ten aanzien van de pre-pack fase.³²

De essentie van het oordeel van het Hof is onzes inziens dat ook een in stilte voorbereide pre-pack die als doel heeft waardemaximalisatie voor schuldeisers en waarbij werkgelegenheid zoveel mogelijk wordt behouden *wel* onder de faillissementsuitsondering in artikel 5 van de Richtlijn kan vallen en het personeel daarmee dus niet mee overgaat, mits de pre-pack een wettelijke regeling kent.³³ Het Hof lijkt hiermee terug te komen op zijn overwegingen in het Smallsteps-arrest. Wat er nu precies zo anders was in Heiploeg in vergelijking met Smallsteps heeft tot veel analyses geleid. Zowel van Galen als Verstijlen menen dat dit per geval zal moeten worden vastgesteld.³⁴ Van Galen meent daarbij dat dit tot te veel rechtsonzekerheid leidt.³⁵

4.3 *Plessers: formeel ontslag of volstaat selectie bij ETO-redenen?*

Tussen het Smallsteps-arrest en het Heiploeg-arrest in, heeft het Hof nog het Plessers-arrest gewezen. Dat betrof met name de vraag naar de keuzevrijheid van de overnemende partij bij ontslag wegens ETO-redenen als voorzien in artikel 4 Richtlijn.

Het Hof oordeelde in Plessers over een geval waarbij een Belgische onderneming werd overgedragen in de vorm van overdracht onder gerechtelijk gezag onder de Belgische Wet Continuïteit Ondernemingen. Tussen partijen stond vast dat deze Belgische procedure tot gerechtelijke organisatie niet kan worden beschouwd als een faillissementsprocedure. Duidelijk was hiermee dat het leerstuk van overgang van onderneming van toepassing is. Vervolgens werd gekeken naar artikel 4 lid 1 van de Richtlijn dat bepaalt dat ontslag wegens ETO-redenen wel mogelijk is. Het problematische punt in Plessers was dat de overnemende partij een selectie maakte van welke werknemers wel en niet mee zouden

31 Zie Verstijlen in deze zin in *Tvl* 2017/20.

32 Zie voor het Nederlandse vervolg HR 6 oktober 2023, *JAR* 2023/290 m.nt. J. van der Pijl.

33 Het oordeel van het Hof is in een enkele zin van 176 woorden gegeven (HvJ EU 28 april 2022, *NJ* 2022/272 en *JAR* 2022/127, r.o. 55).

34 Zie Verstijlen in zijn noot bij *NJ* 2022/272.

35 Zie R.J. van Galen, ‘Overgang van een onderneming in faillissement: de stand van zaken na Heiploeg’, *Ondernemingsrecht* 2022/55.

30 HvJ EU 28 april 2022, *NJ* 2022/272 en *JAR* 2022/127, r.o. 54.

overgaan.³⁶ Van een formeel ontslag door de verkrijger was dan ook geen sprake. Het Hof overweegt als volgt:

“Richtlijn 2001/23/EG (...), met name de artikelen 3 tot en met 5, moet aldus worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling als de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling, die in geval van overdracht van een onderneming in het kader van een procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, welke procedure wordt gevoerd met het oog op het behoud van het geheel of een gedeelte van de vervreemder of van zijn activiteiten, bepaalt dat de verkrijger het recht heeft om te kiezen welke werknemers hij wil overnemen.”

Dit is de kern van de overweging. Het Hof biedt nog een nadere motivering, waarin wordt overwogen dat de Belgische bepalingen in strijd zijn met de regels omtrent overgang van onderneming, onder meer omdat de verkrijger ook niet uiteen hoeft te zetten dat er ontslagen zijn in verband met ETO-redenen. Na het Plessers-arrest is de vraag of werkelijk een verbod geldt op selectie in plaats van formeel ontslag, of dat de nadere overwegingen van het Hof zo gelezen moeten worden dat een selectie zou zijn toegestaan mits voldoende duidelijkheid wordt gegeven over hoe geselecteerd is en de lat bij deze selectiemethode net zo hoog ligt als bij de in art. 4 lid 1 Richtlijn genoemde ETO-redenen.

4.4 *Problematische jurisprudentie ten aanzien van 'gericht op liquidatie'*

Inmiddels is duidelijk dat een wettelijke grondslag nodig is voor de pre-pack. Verder is duidelijk dat de voorfase voor het faillissement en de mate van voorbereiding niet bepalend zijn. Dan rest nog slechts de vraag of de pre-pack voldoet aan het derde door het Hof gestelde vereiste, namelijk dat deze procedure is gericht op liquidatie. De vraag is dan wat het Hof bedoelt met liquidatie en *wat* dan moet worden geliquideerd?

4.4.1 *Doel van insolventierecht: niet liquidatie van de activa maar behoud van going concern waarde*

Voorop moet worden gesteld dat de verkoop van een draaiende onderneming vanuit faillissement *niet* gezien kan worden als een onwenselijke situatie of een uitkomst die *an sich* al tot extra *checks and balances* moet leiden.

De theoretische rechtvaardiging van het faillissementsrecht wordt veelal juist gevonden door de mogelijkheid van waardebehoud of opbrengstmaximalisatie door middel van een insolventierechtelijke procedure. Deze theoretische rechtvaardiging vinden we bovenal terug in de *Creditors' Bargain Theory*, als ontwikkeld door Jackson. De *Creditors' Bargain Theory* rechtvaardigt het bestaan van insolventierecht met onder meer de overweging dat een gecoördineerde liquidatie van activa in de regel meer zal opleveren voor de schuldeisers dan wanneer ieder van de schuldeisers

door beslag te leggen zelf verhaal probeert te halen. Jackson gaat er daarbij van uit dat de onderneming bij voorkeur *going concern* zal worden verkocht om zo een maximale opbrengst te realiseren. Hij schrijft:

“This is derived from the commonplace notion: that a collection of assets is sometimes more valuable than the same assets would be if spread to the winds. It is often referred to as the surplus of a going-concern value over a liquidation value.”³⁷

4.4.2 *Jurisprudentie Hof over wat moet worden verstaan onder 'op liquidatie gericht'*

Aanhoudend punt van onduidelijkheid is het onderscheid tussen 'wel en niet op liquidatie van het vermogen gerichte procedures'. Het gaat hierbij om de manier waarop de hieronder door ons vetgedrukte woorden in art. 5 Richtlijn moeten worden geïnterpreteerd. Art. 5 Richtlijn bepaalt:

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

In het Smallsteps-arrest overweegt het Hof dat dit in artikel 5 genoemde oogmerk van liquidatie ook geldt voor faillissementsprocedures:

“47. In de tweede plaats vereist artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 dat de faillissementsprocedure of de soortgelijke procedure wordt ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Zoals uit de rechtspraak van het Hof volgt, voldoet een procedure die de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt, vanzelfsprekend niet aan die voorwaarde (...).

48. Wat de verschillen tussen die twee soorten procedures betreft, moet worden opgemerkt dat, zoals de advocaat-generaal in de punten 57 en 58 van zijn conclusie heeft gepreciseerd, een procedure de voortzetting van de activiteit beoogt wanneer zij bedoeld is om het operationele karakter van de onderneming of van de levensvatbare onderdelen daarvan veilig te stellen. Een procedure die de liquidatie van het vermogen beoogt, zorgt daarentegen voor een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers. Ook al is het niet uitgesloten dat er een zekere overlapping kan zijn tussen die twee doelen die een bepaalde procedure nastreeft, het hoofddoel van een procedure die de voortzetting

³⁶ Zie artikel 61, par. 4, (Belgische) WCO.

³⁷ T.H. Jackson, *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Cambridge MA: Harvard University Press (1986), p. 14.

van de activiteit van de onderneming beoogt, blijft in elk geval het behoud van de betrokken onderneming.”

Het Hof en de A-G worstelen met de vraag. Hierbij spelen dan eigenlijk twee vragen. De eerste ziet op wat moet worden verstaan onder liquidatie van het vermogen van de vervreemder en of daaronder ook valt een *going concern* verkoop van (een deel van) de onderneming door de curator. Ten tweede, of de *uitkomst* van het faillissement belangrijker is of de *intentie* bij aanvang van de faillissementsprocedure. Deze vraag naar relevantie van intentie bespreken we in § 5, waarin we zullen betogen dat de uitkomst van een pre-pack aanzienlijk belangrijker is dan de gearticuleerde intenties bij aanvang.

Bij de analyse van de eerste vraag of wel echt sprake is van ‘liquidatie van het vermogen van de vervreemder’ dreigt het gevaar dat artikel 5 Richtlijn geheel zinledig wordt gemaakt. Als dat zou betekenen dat de onderneming wordt opgeknipt en in losse delen verkocht, zou de overgang van onderneming zich immers sowieso niet vaak voordoen omdat minder snel sprake zal zijn van identiteitsbehoud. Art. 5 Richtlijn is uiteraard alleen van toepassing indien überhaupt sprake van overgang van een onderneming vanuit faillissement. Het is mogelijk dat dit inzicht pas bij Heiploeg tot het Hof is doorgedrongen. Het Hof motiveert zijn oordeel in Heiploeg als volgt (r.o. 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* [cursivering auteurs] 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.”

‘Impliceert’, zoals het Hof overweegt, is hier nogal zwak uitgedrukt. De faillissementsuitzondering bij overgang van onderneming in artikel 5 is uiteraard enkel en alleen relevant wanneer sprake is van een overgang van onderneming als bedoeld in artikel 1 van de Richtlijn. Als dat niet aan de orde is omdat alle activa stuksgewijs verkocht worden waardoor het organisatorische verband verbroken wordt en daarmee geen sprake is van identiteitsbehoud, speelt de hele kwestie van overgang van werknemers niet. Bij insolventierecht gaat het dan juist ook niet om liquidatie van vermogen in de zin van het opbreken van een samenstel van goederen. Het gaat om liquidatie van de vervreemder, dus de rechtspersoon van waaruit de onderneming wordt geëxploiteerd. Vanuit het oogpunt van waardemaximalisatie zal daarbij een draaiende onderneming in de regel aanzienlijk meer opleveren voor de schuldeisers dan een onderneming die in stukjes verkocht wordt.

5. Wenselijke verhouding overgang van onderneming tot faillissementsrecht in de context van pre-pack

5.1 Onderscheid pre-pack met en zonder zittende aandeelhouder en inpasbaarheid van het onderscheid

De vraag is nog immer wat geliquideerd moet worden en waarom. Duidelijk is dat de rechtspersoon geliquideerd wordt indien de vennootschap een faillissementsprocedure doorloopt. Zeer kwetsief is of het doel moet zijn ‘het vermogen’ als collectie van activa op te breken. Naar onze mening ligt veel meer voor de hand, en sluit ook veel meer aan bij het doel van de Richtlijn, dat liquidatie hier betekent dat de onderneming als eenheid van kapitaal en arbeid werkelijk verbroken wordt. In deze benadering verschaffen de aandeelhouders het eigen vermogen en de werknemers hun arbeid, waarbij de combinatie hiervan de onderneming mogelijk maakt.

De wenselijke verhouding (zoals nader toegelicht in § 5.2) is dat bij de toepassing van de Richtlijn een onderscheid wordt gemaakt tussen de verkoop vanuit een pre-pack aan zittende aandeelhouders of niet. Dit leidt tot het volgende onderscheid:

- i) Indien de pre-pack wordt verricht met een externe partij, niet zijnde direct of indirect de zittende oude aandeelhouder, dan geldt de faillissementsuitzondering bij overgang van onderneming. De werknemers kunnen dan eenvoudig en zonder meer door de curator ontslagen worden en komen *niet* in dienst van de verkrijgende partij.
- ii) Indien de pre-pack direct of indirect wordt verricht met de zittende oude aandeelhouder, geldt de faillissementsuitzondering bij overgang van onderneming niet. De werknemers zullen dan na een pre-pack in dienst komen van de verkrijgende partij.

In zijn dissertatie doet Van der Pijl reeds een voorstel langs deze lijnen. Hij schrijft:

“Een andere oplossingsrichting die ik niet ongenoemd wil laten en het verkennen waard kan zijn, is gelegen in het maken van een onderscheid maakt tussen de (al dan niet ‘gepre-packte’) doorstart waarbij de doorstarter gelieerd is aan de oorspronkelijke ondernemer (...), en de doorstart waarbij een andere marktdeelnemer opteert voor overname van (een deel van) de failliete concurrent en haar personeel. Natuurlijk zal dit tot enige definitie- en handhavingsproblemen leiden en ook tot misbruikgevallen, maar het onderscheid legt wel de vinger op de zere plek: als een ondernemer uit is op een goedkope en snelle reorganisatie, zonder inachtneming van de normaliter geldende ontslagregels, vangt hij bot. Dan gelden de algemene spelregels, inclusief overgang van onderneming (...). Anders is dat bij overname door een andere marktdeelnemer, hetgeen dan zodanig zou moeten worden ingekleed dat laatstbedoelde doorstart

plaatsvindt binnen de kaders van de liquidatiedoelstelling van het faillissement.³⁸

Deze benadering past ook goed binnen de bewoordingen van artikel 3 jo. 5 Richtlijn. De lezing is dan dat in de bewoordingen 'liquidatie van het vermogen van de vervreemder' gelezen moet worden: het opbreken van de onderneming als eenheid van arbeid en kapitaal en daarmee een daadwerkelijk verbreken van de banden tussen de activiteiten en de oude aandeelhouder. Hiermee wordt ook aangesloten bij de bewoordingen van het Hof in het Heiploeg-arrest, waar het Hof spreekt van liquidatie van de onderneming in plaats van liquidatie van het vermogen.³⁹ Deze benadering sluit ook beter aan bij het systeem van de Richtlijn. Een lezing die zou vergen dat de onderneming wordt opgeknipt en in losse delen verkocht, zou immers meebrengen dat overgang van onderneming zich niet althans veel minder snel voordoet omdat veelal geen sprake zal zijn van identiteitsbehoud. Artikel 3 Richtlijn is dan niet van toepassing en daarmee is ook niet meer relevant de vraag of de faillissementsuitsluiting van toepassing is.

Verder sluit dit onderscheid tussen een verkoop aan zittende aandeelhouders versus verkoop aan externe partijen ook aan bij artikel 1 lid 1 onder a Richtlijn waarin is bepaald dat deze van toepassing is "op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen op een **andere ondernemer** [vet toegevoegd, auteurs] ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie".

Uitgangspunt is dat bij overgang van onderneming de werknemers met behoud van arbeidsvoorwaarden mee overgaan naar de nieuwe exploitant van de onderneming. Nu in de Richtlijn een materieel ondernemingsbegrip wordt gehanteerd, past daarbij dat eveneens een materieel ondernemersbegrip wordt gehanteerd. Uit eerdere jurisprudentie van het Hof leiden wij af dat het Hof een dergelijk materieel ondernemersbegrip hanteert omdat daarin niet alleen gesproken wordt over de onderneming, maar ook over 'het hoofd van de onderneming'. Zo overwoog het Hof in het arrest d'Urso⁴⁰ als volgt:

"Zoals het Hof overwoog in zijn arrest van 5 mei 1988 (...), beoogt de richtlijn te verzekeren, dat de werknemers bij een verandering in de persoon van het hoofd van de onderneming hun rechten behouden, door het mogelijk te maken dat zij op dezelfde voorwaarden als zij met de vervreemder waren overeengekomen, in dienst van de nieuwe werkgever blijven. De regels die van toepassing zijn in het geval van overgang van een onderneming of vestiging op een ander ondernemingshoofd, beogen aldus de tot de overgedragen economische eenheid

behorende bestaande arbeidsverhoudingen in het belang van de werknemers veilig te stellen."⁴¹

Wij leiden hieruit af dat wanneer, op wat voor manier dan ook, sprake is van een overgang naar de facto dezelfde ondernemer, zodat het hoofd van de onderneming niet wijzigt, een zo ruim mogelijke toepassing van de door de Richtlijn geboden bescherming voor de hand ligt en dan gelijk ook een zo beperkt mogelijke interpretatie van de faillissementsuitsluiting op die bescherming.

5.2 Wenselijkheid onderscheid tussen pre-pack met externe partij en met aandeelhouder of aan aandeelhouder gelieerde partij

In deze paragraaf bespreken wij drie overwegingen op grond waarvan onderscheid moet worden gemaakt tussen een pre-pack met zittende aandeelhouders enerzijds en pre-packs met externe partijen anderzijds.

5.2.1 Doorstart met gerelateerde partijen biedt meer mogelijkheden tot opportunistisch gebruik

Het doel en daarmee de toets van een pre-pack is uiteindelijk een zo hoog mogelijke opbrengst voor de schuldeisers. Bij verkoop aan gerelateerde partijen ligt hier echter misbruik en opportunistisch gebruik op de loer.

De pre-pack praktijk toont dat de verkoop aan een gerelateerde partij geen uitzondering is, maar juist veelvoorkomend. In Engeland bleek dat uit een pool van 499 pre-packs bijna twee derde van de gevallen een verkoop aan 'gerelateerde partijen' betrof.⁴² Ook in de Nederlandse praktijk bleek dat het vaak de zittende aandeelhouders of andere gelieerde partijen⁴³ zijn die als koper in de pre-pack optreden.⁴⁴

Het risico bestaat dat binnen een pre-pack met zittende aandeelhouders met de schuldeisers wordt afgerekend op basis van liquidatiewaarde en dat de aandeelhouder probeert de *going concern*-waarde naar zich toe te trekken.⁴⁵ Dit patroon was duidelijk waarneembaar in Smallsteps, als hierboven besproken. De aandeelhouder wilde aanvankelijk slechts iets meer betalen voor de activa dan de liquidatiewaarde. Pas na veel strijd met de beoogd curator en het gedwongen aanbieden aan een andere groepsmaatschappij, werd het bod verhoogd tot iets meer dan € 10 miljoen.⁴⁶

38 Zie J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en insolventie. Over de positie van de werknemer van een insolvente werkgever* (Monografieën Sociaal Recht nr. 75) (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 329.

39 HvJ EU 28 april 2022, *NJ 2022/272* en *JAR 2022/127* (Heiploeg), r.o. 53.

40 HvJ EG, 25 juli 1991, *NJ 1994*, 168 (*d'Urso*).

41 HvJ EG 25 juli 1991, *NJ 1994*, 168 (*d'Urso*), r.o. 9.

42 T. Graham, *Graham Review into Pre-pack Administration* juni 2014, p. 37.

43 S.F.W. van den Bosch, 'De pre-pack in de Nederlandse praktijk: een empirisch onderzoek vanuit economisch perspectief', *TvOB 2018/4*. "Uit het empirisch onderzoek blijkt de kans dat de doorstart plaatsvindt door een gelieerde partij bij de onderzochte klassieke doorstartondernemingen gemiddeld 38% te zijn. Bij de pre-packondernemingen is dit 44%."

44 Zie hierover J.R. Hurenkamp, 'Failliet of fast forward? Een analyse van de pre-pack in de praktijk', *Tvl 2015/20*. In Nederland in de periode 2012-2014 betrof het in 15 van 39 pre-pack een verkoop aan een gelieerde partij.

45 Zie ook G. Gispen, 'De 'pre-pack' is ondeugdelijk en niet goed voor de gezamenlijke schuldeisers', in *40XL* (liber amicorum M.J.M. Franken), Van Iersel Luchtman Advocaten 2013, p. 84.

46 Zie eerste openbaar verslag Estro, d.d. 5 juli 2014.

De aandeelhouder heeft bij een bod op de onderneming op vele gebieden een voorsprong en vele mogelijkheden deze voorsprong op oneigenlijke wijze te vergroten. Ten eerste heeft de aandeelhouder een grote informatievoorsprong, die door externe partijen niet eenvoudig is in te lopen.⁴⁷ De Wovof II heeft zichzelf zelfs als doel gesteld deze voorsprong van gelieerde partijen 'zoveel mogelijk tegen te gaan'.⁴⁸

Verder kan de aandeelhouder op vele manieren ervoor zorgen dat deze waarschijnlijk het winnende bod kan doen. Dit kan ten eerste doordat de onderneming slecht of niet los verkoopbaar kan zijn. Extreme voorbeelden zijn die waarin key-assets buiten het vermogen van de vennootschap zijn gehaald, zoals vastgoed en/of IE-rechten. In het Mexx-faillissement bleek dat de aandeelhouder een pandrecht op IE-rechten had.⁴⁹ De laatste jaren valt ook een toename van deze praktijk te zien. Zie bijvoorbeeld de strijd tussen curatoren van D-reizen en de oprichter tevens voormalig bestuurder van D-reizen. Hierbij waren de IE-rechten ondergebracht in een groepsvennootschap en vervolgens nog eens verpand aan de oude aandeelhouder.⁵⁰ Ook in het tweede faillissement van het van oorsprong Nederlandse merk Scotch & Soda, konden curatoren niet over het merk Scotch & Soda beschikken.⁵¹ Verder is het naar Nederlands recht mogelijk dat de aandeelhouder zekerheidsrechten bedingt voor leningen. In een insolventieprocedure kan de aandeelhouder dan middels *credit bid* de onderneming verkrijgen, door daar op papier hoge bedragen voor neer te leggen, zonder echter werkelijk te betalen. In het faillissement van McGregor, had de aandeelhouder bijvoorbeeld een vordering van ruim € 31 miljoen.⁵² Zonder werkelijk nieuw geld in te leggen, kon de aandeelhouder in het faillissement van McGregor dit bedrag inzetten om op de activa van McGregor te bieden. Hiermee waren de aandeelhouders van McGregor vrijwel verzekerd de activa van McGregor ook uit faillissement weer te kunnen verkrijgen. Uiteindelijk werd van de totale koopprijs van ruim € 26 miljoen slechts een bedrag van € 1,9 miljoen werkelijk betaald en de rest werd verrekend met de openstaande schuld aan dezelfde aandeelhouders (*credit bid*).⁵³

Misbruik van de pre-pack is eigenlijk niet goed mogelijk bij verkoop aan een derde. Het is niet goed mogelijk waarde

achter te houden door de liquidatiewaarde artificieel laag te houden indien een externe partij de onderneming koopt.

Het gaat onzes inziens daarbij ook *niet* om intenties of de motieven bij de start van de pre-pack of bij de opening van het faillissement.⁵⁴ Het gaat om wat er de facto gebeurt. Is sprake van behoud van onderneming of wordt de band tussen de kapitaalverschaffer en het organisatorisch verband verbroken en is er dus sprake van liquidatie van de onderneming als eenheid van kapitaal en arbeid? Als uiteindelijk een externe partij de exploitatie van een (deel van) de onderneming van de failliet voortzet, dan gaan werknemers niet mee over. Ook niet als de aandeelhouder heeft meegeboden en bij aanvraag de intentie of hoop bestond de onderneming door een aan de oude aandeelhouder gerelateerde rechtspersoon te laten voortzetten. Ook omgekeerd zou dit moeten gelden. Wanneer de intentie bij de opening van het faillissement niet zou zijn geweest dat de aandeelhouder de overnemende partij zou zijn, maar het meer of minder toevallig is dat juist de aandeelhouder de voortzettende partij is, dan is er geen sprake van een pre-pack met een externe partij.⁵⁵ Dan past het dat de werknemersbescherming op grond van de Richtlijn onverkort van toepassing is, ook omdat het hoofd van de onderneming materieel niet wijzigt. Met een onderscheid naargelang de persoon van de verkrijger tussen oud aandeelhouders enerzijds en externe verkrijgers anderzijds zou sprake zijn van een voor de faillissementspraktijk helder en werkbaar criterium,⁵⁶ dat bovendien beter aansluit bij het doel van de Richtlijn.

5.2.2 *Schuldeisers zijn geen geschikte belangenbehartigers van werknemers*

Ten onrechte worden de schuldeisers als een soort van capabele belangenbehartigers van de werknemers gepositioneerd. Dit gaat terug op de overwegingen in het Abels-arrest, waarin door het Hof overwogen werd dat het uiteindelijk in het belang van de werknemers zou kunnen zijn om in faillissementssituaties wel degelijk een uitzondering te maken op de regels van overgang van onderneming. Als de procedure maar werkelijk gericht is op de belangen van de schuldeisers, dan zouden de belangen van de werknemers ook voldoende beschermd zijn. Wat er ook van deze complexe meerpartijenverhouding moge zijn, geconstateerd dient te worden dat de pre-pack al te veel een rijdende trein kan vormen, die de schuldeisers niet in hun eigen belang weten te stoppen. Zie hierover Van Vught, weliswaar op persoonlijke titel, maar toen wel voorzitter van Recofa:

“Dat de concurrente crediteuren, zoals de MvT stelt, na faillissement ex art. 69 Fw de rechter-commissaris kunnen vragen de curator te bevelen de pre-pack niet uit voeren, is theoretisch gezien juist, maar de facto zinledig. De pre-pack heeft immers tot doel zo snel mogelijk

47 Zie M.H.F. van Vught, De Nederlandse pre-pack: timeout, please!, *FIP* 2014.

48 Zie MvT WOVOF II, p. 5: “Als een bedrijfsovername meer tijd gaat vergen en meer kosten gaat meebrengen, kan dat vooral voor overnamekandidaten die niet al op enigerlei wijze gelieerd zijn aan de onderneming, reden zijn om geen overnamebod te doen. Een belangrijk uitgangspunt bij het ontwerpen van de nieuwe regeling was om dit mogelijke effect zoveel mogelijk tegen te gaan.”

49 Zie eerste openbaar verslag Mexx Europe B.V. en andere Mexx entiteiten, d.d. 22 februari 2015, onder nr. 5.4.

50 Zie Rb. Noord-Holland 28 mei 2021, *JOR* 2021/226 (Tekstra q.q. en Willems q.q./Selten), m.nt. Looijen.

51 Zie <https://www.bnr.nl/nieuws/economie/10550458/koopjesjagers-hoeven-niet-te-rekenen-op-goedkope-deals-na-faillissement-sotch-soda>.

52 Zie hierover A.L. Jonkers, ‘McGregor, de houdgreep van de aandeelhouders en de rechtvaardiging van beperkte aansprakelijkheid’, *Tvl* 2017/15.

53 Zie gecombineerd Openbaar Faillissementsverslag inzake McGregor Group, d.d. 1 september 2016, beschikbaar via <https://cms.law.nl/NLD/Publication/Bankruptcy/McGregor-Group>.

54 Zie ten aanzien van het problematische karakter om veel belang aan intenties te hechten ook Verstijlen (annotatie *NJ* 2022/272 (Heiploeg), onder 7).

55 Van Galen meent ook dat de vragen verder gaan de pre-pack. Zie Van Galen (*Ondernemingsrecht* 2022/55, onder 5).

56 Zie voor een mogelijke nadere invulling en afbakening, § 7 hieronder.

na faillissement de doorstart te bewerkstelligen en zal op de dag van faillietverklaring worden geëffectueerd. Het faillissement is dan nog niet eens gepubliceerd, kennisgeving aan de bekende crediteuren nog niet verzonden. Het verzoek ex art. 69 komt daardoor als mosterd na de maaltijd. Het is maar de vraag of potentiële voordeel voor de concurrente crediteuren voor hen opweegt tegen het feitelijke verlies van hun positie in het na de pre-pack volgend faillissement.”⁵⁷

Bij verkoop aan een externe partij, past het wel aan te nemen dat de onderneming als eenheid van arbeid en kapitaal in die vorm onvoldoende bestaansmogelijkheden heeft. Bij verkoop aan een externe partij is voldoende aannemelijk dat via marktwerking opbrengstmaximalisatie voor schuldeisers wordt nagestreefd. In de context van verkoop aan een externe partij hoeft ook veel minder gevreesd te worden voor opportunistisch gedrag van de oude aandeelhouder, waartegen schuldeisers, curatoren en rechter-commissarissen onvoldoende tegendruk kunnen uitoefenen. Bij verkoop aan de oude aandeelhouder, daarentegen, dient wel degelijk gevreesd te worden voor opportunistisch gedrag. De mogelijkheid van opportunistische pre-packs ondermijnt uiteraard de positie van schuldeisers. Schuldeisers zijn daarbij veelal slecht gepositioneerd om voor hun eigen belangen op te komen als de aandeelhouder alles in het werk stelt om de onderneming vanuit een pre-pack te verkrijgen, vooral wanneer de aandeelhouder in aanloop naar de pre-pack al stappen neemt waardoor het waarschijnlijker wordt dat de oude aandeelhouder als verkrijger uit de pre-pack naar voren zal komen. Waar art. 69 Fw en toezicht door de rechter-commissaris onvoldoende bescherming bieden tegen een opportunistische pre-pack, biedt art. 10 Fw met de mogelijkheid van verzet tegen de faillietverklaring, ook geen adequate bescherming aan werknemers.

5.2.3 Belangenafweging dient anders uit te vallen bij doorstart met gerelateerde partij

De faillissementsuitzondering was nog niet opgenomen in de eerste versie van de Richtlijn, maar is het resultaat van het Abels-arrest. De belangenafweging voor en tegen onverkorte toepassing van overgang van onderneming bij faillissement was onbeslist en leidde ertoe dat het Hof de toepasselijkheid van het leerstuk overgang van onderneming in faillissement tot een vrije kwestie voor de lidstaten bestempelde. Deze belangenafweging valt echter anders uit bij een pre-pack met een oude aandeelhouder waarbij het hoofd van de onderneming niet wijzigt.

Het Hof overwoog in het Abels-arrest eerst dat het insolventierecht een bijzonder rechtsgebied is. Impliciet zegt het Hof daarmee dat het belang van de schuldeisers om bij faillissement een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren, veel gewicht in de schaal legt. Minstens zo belangrijk zijn de effecten op de bescherming van werknemers. Naar het

oordeel van het Hof zouden de belangen van de werknemers juist geschaad kunnen worden als ondernemingen niet meer vanuit faillissement voortgezet zouden kunnen worden als gevolg van toepasselijkheid van de Richtlijn en zou dit tot onnodig verlies van arbeidsplaatsen leiden. Tegen die achtergrond kwam het Hof tot zijn Salomonsoordeel, waarbij de lidstaten vrijheid werd geboden werknemers niet mee over te laten gaan bij een overgang van de onderneming vanuit faillissement. De MvT van de consultatieversie van de Wovof II grijpt hier ook weer op terug.⁵⁸

Als hiervoor door ons is betoogd, dient deze afweging anders uit te vallen indien de zittende aandeelhouder als koper vanuit een pre-pack naar voren komt. En dat geldt dan ook voor andere manieren van verkrijging vanuit faillissement, zoals bij *credit bid* zonder pre-pack. De risico's dat het faillissementsrecht dan actief ingezet wordt tegen werknemers in plaats van dat het een noodzakelijke oplossing vormt voor een bedrijfseconomisch probleem is zo veel groter, dat vanuit het perspectief van bescherming van werknemers duidelijk is dat werknemers aanzienlijk meer risico lopen van handig en opportunistisch gebruik van insolventieprocedures dan dat zij mogelijk benadeeld worden doordat een doorstart met de zittende aandeelhouder bemoeilijkt wordt. Als de zittende aandeelhouder goede mogelijkheden heeft om als koper uit de pre-pack tevoorschijn te komen, dan bestaat het grote risico dat een faillissement een *optie* voor de ondernemer wordt, in plaats van een fataal einde waar in ieder geval de aandeelhouder van wil wegblijven. In plaats van te investeren in de onderneming om deze weg te houden van faillissement, zal de aandeelhouder investeren in juridisch advies om de onderneming middels een pre-pack met verminderde schuldenlast en mogelijk een sterk gereduceerd personeelsbestand weer te verkrijgen. Zie in die zin ook Van Anandel:

“Een faillissement is niet iets wat een partij alleen maar overkomt. Vaak is het ook een bewuste keuze: gaan we nog betalen voor een sanering van het werknemers- en crediteurenbestand of kunnen we de vennootschap beter laten failleren en dan doorstarten met een nieuw opgerichte vennootschap?”⁵⁹

Kennelijk zien ook de opstellers van de Wovof II de doorstart met de oude aandeelhouder als extra problematisch,⁶⁰ zonder dit punt echter uit te werken en centraal te stellen in de regeling zelf. Het centraal stellen van het onderscheid tussen doorstart met een oude aandeelhouder en een externe partij betekent nog steeds niet dat het de oude aandeelhouder de facto onmogelijk wordt gemaakt als koper uit een pre-pack op te treden. Ontslag op ETO-gronden is dan

57 Zie M.H.F. van Vught, 'De Nederlandse pre-pack: timeout, please!', *FIP* 2014/47.

58 Zie MvT p. 2, consultatieversie WVOF II.

59 Zie W.J. van Anandel, 'Stop de pre-pack', *Tvl* 2014/37.

60 Op meerdere plaatsen in de MvT bij de consultatieversie wordt de sterke positie van de oude aandeelhouder als problematisch gepresenteerd. Zie MvT p. 3, 5 (zie voetnoot [48] hierboven t.a.v. effect van informatievoorsprong van gelieerde partijen) en p. 7 consultatieversie WVOF II.

nog steeds mogelijk. Daarin zou dan voldoende bescherming voor de *werknemers* gevonden kunnen worden (zie verder § 7).

5.3 *Smallsteps en Heiploeg bezien vanuit onderscheid tussen zittende aandeelhouder en externe koper*

Er kan nu teruggekeken worden op de twee arresten van het Hof inzake Smallsteps en Heiploeg. Verstijlen stelt dat in Heiploeg en Smallsteps in wezen dezelfde vragen worden voorgelegd aan het Hof, maar dat de antwoorden geheel anders zijn.⁶¹ Verstijlen meent dat het verschil in beantwoording door het Hof vooral zou zijn terug te voeren op de wijze van vraagstelling. Hij schrijft dat in de overwegingen voorafgaand aan de prejudiciële vragen van Rb. Midden-Nederland inzake Smallsteps, de pre-pack de rol krijgt toebedeeld van de stiefmoeder in het verhaal van Sneeuwwitje, terwijl de pre-pack in de uiteenzetting van de Hoge Raad in Heijploeg eerder aan Sneeuwwitje zelf doet denken.⁶²

Wij zouden menen dat beide pre-packs ook de kwalificatie verdienen die ze volgens Verstijlen door de vragende rechter hebben gekregen. Wij menen eveneens dat de Hoge Raad in de pre-pack van Smallsteps, waarbij van meet af aan op agressieve wijze werd voorgesorteerd op een doorstart met de zittende aandeelhouder en deze uiteindelijk ook de onderneming verkreeg, niet overwogen zou hebben dat die pre-pack gericht was op het belang van de schuldeisers. Ook past het een andere verklaring te geven voor de uiteenlopende oordelen van Hof, namelijk dat niet zozeer de vraagstelling anders was, maar de feiten. In Smallsteps was sprake van een pre-pack met de oude aandeelhouder hetgeen ook is opgenomen in de feitenvaststelling door het Hof.⁶³ En bij Heiploeg was sprake van een pre-pack met een externe partij, hetgeen ook is opgenomen in de feitenvaststelling door het Hof.⁶⁴

6. Europese harmonisatievoorstellen 2023

De EU heeft een conceptrichtlijn gepresenteerd met onderwerpen van insolventierecht die voor harmonisatie in aanmerking komen.⁶⁵ Een van die onderwerpen is de pre-pack. Het Europese voorstel onderkent dat er bij de pre-pack extra problemen spelen wanneer die plaatsvindt met gerelateerde partijen. De conceptrichtlijn besteedt expliciet en vrij ruim aandacht aan de doorstart met gerelateerde partijen.⁶⁶ Hieruit kan worden afgeleid dat het onderscheid

tussen een pre-pack met een externe partij en met een gerelateerde partij een rechtens relevant onderscheid is, dat ook door de opstellers van de conceptrichtlijn van belang wordt geacht. Dit betreft echter de verhouding aandeelhouders tot de schuldeisers.

Het gevaar van het – al dan niet separaat van de positie van schuldeisers – ondergraven van de positie van de werknemers lijkt de conceptrichtlijn vooralsnog niet te onderkennen. In artikel 20 van de conceptrichtlijn is het volgende opgenomen over de verhouding van de beoogde Europese pre-pack tot de Richtlijn Overgang van onderneming:

2. Voor de toepassing van artikel 5, lid 1, van Richtlijn 2001/23/EG van de Raad 40 wordt de vereffeningsfase beschouwd als een faillissements- of insolventieprocedure met het oog op de vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.

Hiermee willen de opstellers van de conceptrichtlijn dus voor eens en altijd de discussie omtrent de verhouding van de pre-pack tot het leerstuk overgang van onderneming op eenduidige wijze beslechten. Bij een pre-pack zou de faillissementsuitzondering in artikel 5 van de Richtlijn dan altijd gelden, omdat per definitie sprake zou zijn van een op liquidatie gerichte insolventieprocedure.⁶⁷

Opmerkelijk is dat de hele discussie zo zou worden beslecht. Daarbij valt op dat de preambule van de conceptrichtlijn geen enkele rechtvaardiging biedt ten aanzien van deze koerswijziging.⁶⁸ Uiteraard kan de Europese wetgever het Europese recht herschrijven. De hele Richtlijn Overgang van onderneming zou kunnen worden ingetrokken en ook kan met een enkele bepaling worden geregeld dat werknemers niet mee overgaan bij een overdracht vanuit faillissement met een pre-pack. De jurisprudentie van het Hof wijst echter een andere kant op en bovendien zou met de nieuwe benadering voorbijgegaan worden aan de hiervoor door ons beschreven 'zere plek' van de pre-pack met direct of indirect de oude aandeelhouder als verkrijger.

7. Nederlandse wetgevingstraject: WCO1, Wovof I, novelle en Wovof II

Het wetsvoorstel Continuering Ondernemingen I (WCO I) met een regeling voor de pre-pack werd in 2016 aangenomen door de Tweede Kamer.⁶⁹ Op 18 juni 2019 besloot de regering de behandeling op te schorten vanwege onduidelijkheid na het Smallsteps-arrest over de faillissementsuitzondering bij overgang van onderneming. De behandeling zou worden voortgezet in combinatie met het wetsontwerp

61 HvJ EU 28 april 2022, NJ 2022/272 en JAR 2022/127 (Heiploeg), m.nt. Verstijlen.

62 HvJ EU 28 april 2022, NJ 2022/272 en JAR 2022/127 (Heiploeg), m.nt. Verstijlen. Verburg schrijft in zijn noot onder het Heiploeg-arrest (JOR 2022/219) dat het Hof sterk leunt op de door de Hoge Raad aangereikte informatie over de contouren van de maatgevende procedures en hij de indruk heeft dat de nadruk op informatie die als nieuw of anders werd ervaren, het voor het Hof mogelijk maakte af te wijken van het Smallsteps-arrest zonder inconsistent te lijken.

63 Zie citaat ten aanzien van feiten in § 4.1 hierboven.

64 Zie citaat ten aanzien van feiten in § 4.2 hierboven.

65 Voorstel voor een Richtlijn tot harmonisatie van bepaalde aspecten van het insolventierecht, 2022/0408 (COD).

66 Zie artikel 32 concept Richtlijn tot harmonisatie en de toelichting hierop.

67 Zie hierover M.R. van Zanten, 'Proposal for European rules on pre-pack proceedings should be supported', *Tvl* 2023/14.

68 De toelichting gaat niet verder dan uitschrijven dat de gemaakte keuze in overeenstemming zou zijn met het bestaande artikel 5 Richtlijn Overgang van Onderneming en het Heiploeg-arrest.

69 *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, nr. A.

Wet overgang van onderneming in faillissement (Wovof I), dat op 29 mei 2019 ter consultatie werd aangeboden.⁷⁰ In 2021 werd een novelle op dit wetsvoorstel ter consultatie gebracht, die de pre-pack tijdelijk zou beperken tot ondernemingen met maatschappelijke belangen, zoals ziekenhuizen en scholen. Zowel de Wovof als de Novelle zijn reacties op het Smallsteps-arrest. Vanuit dat perspectief, en niet het latere Heiploeg-arrest, dienen de Wovof I en de Novelle dan ook begrepen te worden. Nadat de Wovof I geruime tijd stil had gelegen, is op 27 mei 2024 een consultatieversie gepubliceerd van de Wovof II. In essentie volgt de Wovof II daarbij de keuzes die reeds besloten lagen in de Wovof I.

De kern van de Wovof II wordt gevormd door (i) de beperking van de algemene faillissementsuitzondering in artikel 7:666 BW bij overgang van onderneming tot kleine werkgevers met minder dan twintig werknemers die in staat van faillissement zijn verklaard met het oog op de liquidatie van hun vermogen en (ii) het nieuwe artikel 7:666b BW dat bij grote ondernemingen ogenschijnlijk het leerstuk van overgang van onderneming omarmt.

Lid 1 jo. 10 van artikel 7:666b BW bepaalt dat de verkrijger uit faillissement aan *alle* in de overgegane onderneming van de failliet werkzame werknemers van wie de arbeidsovereenkomsten overeenkomstig artikel 40 Fw door de curator zijn opgezegd een arbeidsovereenkomst aanbiedt.⁷¹ De verkrijger is echter niet verplicht aan alle werknemers een arbeidsovereenkomst aan te bieden wanneer te voorzien is dat er binnen 26 weken na de overgang noodzakelijkerwijs arbeidsplaatsen vervallen als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 sub a BW (art. 7:666b lid 2 BW). Volgens de opstellers van de Wovof II, komen deze bedrijfseconomische omstandigheden op hetzelfde neer als de in artikel 4 lid 1 van de Richtlijn genoemde ETO-redenen op grond waarvan ontslag bij overgang van onderneming mogelijk is.⁷² In deze situatie dient de verkrijger een objectieve selectiemethode te hanteren (inspiegelen of een alternatieve selectiemethode) op basis waarvan bepaald wordt aan welke werknemer een aanbod wordt gedaan. De werknemer die geen aanbod krijgt, maar meent daarop wel recht te hebben kan hiertegen in beroep bij de kantonrechter.

In de Wovof II is er bewust voor gekozen het onderscheid tussen pre-packs met oude aandeelhouders en externe partijen *niet* leidend te laten zijn. De reden hiervan is de vrees van de opstellers van het consultatiewetsvoorstel dat dan in de wet zal moeten worden neergelegd welke partijen

gelden als 'gelieerde partijen' voor wie de nieuwe regeling geldt. Daarvoor zou dan een 'ingewikkelde' definitie nodig zijn, die tot veel discussies zal kunnen leiden bij de toepassing ervan en waarmee ontduiking nooit geheel zou kunnen worden uitgesloten. Wij delen deze visie niet. Het criterium kan eenvoudig zijn 'een pre-pack waarbij de oude aandeelhouder direct of indirect als koper optreedt'. Mocht men al een van tevoren nauwkeurig omlijnd criterium willen hanteren, dan past het om als criterium te hanteren dat niet dezelfde aandeelhouder voor en na de pre-pack direct of indirect meer dan een bepaald percentage heeft, bijvoorbeeld 10% of 25%.⁷³

Bij de Wovof I en II kunnen kritische vragen worden gesteld, ook nog los van de vraag of de Wovof zou moeten zien op alle pre-packs of alleen op pre-packs met gerelateerde partijen als door ons voorgestaan. Zo is de vraag of de in de Wovof gekozen systematiek van het door de doorstartende verkrijger kunnen maken van een selectie uit de werknemers van de failliete vervreemder is toegestaan. Hiermee hangt samen de vraag jegens wie de niet-geselecteerde werknemers die worden ontslagen aanspraken geldend kunnen maken; jegens de failliete vervreemder of de solvente verkrijger?

Onzes inziens is het Wovof-systeem van het door de verkrijger aanbieden van arbeidsovereenkomsten aan uitsluitend die werknemers van de failliete werkgever die daarvoor op grond van bedrijfseconomische redenen in aanmerking komen niet richtlijnconform. In het systeem van de Wovof II wordt ervan uitgegaan dat de curator de arbeidsovereenkomsten van de werknemers kan opzeggen ex artikel 40 Fw en de verkrijger verplicht wordt aan die werknemers van de failliete werkgever die daarvoor op grond van inspiegelen of een alternatieve selectiemethode in aanmerking komen een arbeidsovereenkomst aan te bieden. De Richtlijn bepaalt echter dat bij implementatie van iets anders dan de faillissementsuitzondering in artikel 5 lid 1 van de Richtlijn, alle werknemers van rechtswege mee overgaan. Een aanbod daartoe door de verkrijger is dus niet nodig en de overgang van de arbeidsovereenkomst kan ook niet afhankelijk zijn van een dergelijk aanbod. De werknemers gaan dus van rechtswege over naar de verkrijger en alleen wanneer sprake is van ETO-redenen op grond waarvan ontslagen noodzakelijk zijn voor het kunnen voortbestaan van de onderneming, kunnen werknemers worden ontslagen omdat dan het opzegverbod bij overgang van onderneming niet geldt. Dat betekent dat de opzeggingsbevoegdheid van de curator ex artikel 40 Fw hier afstuit op het opzegverbod wegens overgang van onderneming ex artikel 7:670 lid 8 BW.⁷⁴ Dat opzegverbod geldt weliswaar niet als sprake is van

70 www.internetconsultatie.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement.

71 De arbeidsovereenkomsten met de failliete werkgever die nog niet werden opgezegd door de curator gaan dus van rechtswege over. De MvT bij de consultatieversie Wovof II zegt (p. 31) dat die in sommige situaties alsnog moeten worden opgezegd voorafgaand aan de overgang.

72 Zie MvT consultatieversie Wovof I, p. 10. Daaraan wordt op p. 11 wel toegevoegd dat het begrip bedrijfseconomische omstandigheden richtlijnconform moet worden uitgelegd, zodat bij de invulling hiervan acht geslagen zal moeten worden op de jurisprudentie van het EU-Hof ten aanzien van ETO-redenen.

73 De grens van 10% sluit aan bij het Duitse recht in art. 39 lid 5 InsO omtrent herkwalificatie van aandeelhoudersleningen als eigen vermogen. De grens van 25% sluit aan bij het Oostenrijkse recht in art. 1 EKEG omtrent herkwalificatie van aandeelhoudersleningen.

74 Want de faillissementsuitzondering geldt hier immers niet op grond van het in de Wovof II gewijzigde art. 7:666 BW en selectie (resultierend in een ontslag op grond van ETO-redenen) heeft dan nog niet plaatsgevonden.

ETO-redenen, maar of die er zijn is dan nog niet duidelijk.⁷⁵ Hierbij is ook het Plessers-arrest relevant waarin het Hof overweegt dat de Richtlijn zich verzet tegen een regeling die in geval van overdracht van een onderneming, in het kader van een procedure die wordt gevoerd met het oog op het behoud van het geheel of een gedeelte van de onderneming, mogelijk maakt dat de verkrijger bepaalt welke werknemers hij in dienst wil nemen. Selectie door de verkrijger van de werknemers die door hem in dienst worden genomen in plaats van ontslag door de verkrijger van de niet door hem geselecteerde werknemers zou dan überhaupt niet zijn toegestaan. Na het Plessers-arrest kan de vraag worden gesteld of principieel niet is toegestaan dat de verkrijger selecteert of dat selecteren wel mag mits er voldoende waarborgen zijn. Houweling en Sintniklaas, Bouwens en Verburg menen (ten aanzien van Wovof I, maar in essentie hetzelfde als de Wovof II) dat selectie is toegestaan, mits er voldoende waarborgen zijn en dat de Wovof hieraan voldoet.⁷⁶ Onzes inziens zou deze manier van implementatie niet in overeenstemming zijn met de Richtlijn. Zie ook kritisch over de methode van selectie Van der Pijl⁷⁷ en De Leo.⁷⁸ De Richtlijn bepaalt eenvoudigweg dat alle werknemers van rechtswege mee overgaan als sprake is van overgang van onderneming in de zin van artikel 1 van de Richtlijn en geen sprake is van toepassing van de faillissementsuitzondering in artikel 5 lid 1 van de Richtlijn.⁷⁹ Een aanbod daartoe is niet nodig en de overgang van de arbeidsovereenkomst van de werknemer is ook niet afhankelijk van een dergelijk aanbod. De systematiek van de Wovof II waarbij niet door de verkrijger geselecteerde werknemers geen aanbod krijgen en daarmee niet mee overgaan, is daarmee niet verenigbaar.

De tweede vraag is wie zou moeten ontslaan. De Wovof II verhindert dat de niet door de verkrijger geselecteerde werknemers in dienst komen van de verkrijger. De arbeidsovereenkomsten van deze werknemers eindigen dan als gevolg van de opzegging door de curator. Het is onder de Wovof II aan de niet-geselecteerde werknemer om dit aan te vechten en indiensttreding bij de verkrijger af te dwingen

75 Dit wordt overigens ook geconstateerd op p. 11 van de MvT bij de consultatieversie Wovof II.

76 Zie A.R. Houweling en A. Sintniklaas, 'Internetconsultatie Wet overgang van onderneming in faillissement en de 'klap van de hamer' uit Luxemburg', *AR Updates 2019-0551* (onder 5), W.H.A.C.M. Bouwens, 'Het voorontwerp Wof en het ontslagverbod van art. 4 Richtlijn 2001/23/EG', in: Ph.W. Schreurs, L.J.J. Kerstens en B. Rikkert (red), *De Curator en het Faillissementsproces(recht)*, *Insolad Jaarboek 2020*, Deventer: Kluwer 2020, p. 325-337 en L.G. Verburg, 'Kanttekeningen bij het voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement', in: Ph.W. Schreurs, L.J.J. Kerstens en B. Rikkert (red), *De Curator en het Faillissementsproces(recht)*, *Insolad Jaarboek 2020*, Deventer: Kluwer 2020, p. 339-358. Verburg wijst er daarbij op (p. 345) dat bij een doorstart door een gelieerde partij in beginsel meer risico bestaat dat sprake is van een door de richtlijn verboden opzegging wegens de overgang van onderneming dan bij een doorstart door een niet-gelieerde partij.

77 Zie annotatie J. van der Pijl, HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424, *JAR 2019/170* (Plessers/Prefaco en België).

78 Zie F. de Leo, *Nederlandse voorstellen 'Wet overgang van onderneming in faillissement' – Wat met werknemersbescherming na Smallsteps en Plessers?* Corporate Finance Lab, 2019/06/03.

79 Ook wanneer wordt gekozen voor implementatie van de tussenmogelijkheid van artikel 5 lid 2 Richtlijn, voorziet de Richtlijn niet in de mogelijkheid tot selectie van werknemers door de verkrijger.

bij de kantonrechter (art. 7:666b lid 6 BW). Samenhangend met de vraag wie ontslaat, is de vraag op wie de ontslagen werknemer aanspraken krijgt. Houweling en Sintniklaas, Bouwens en Verburg (ten aanzien van de Wovof I) en eveneens de MvT van de Wovof II adresseren niet dat de gevolgen van een ontslag voor de werknemer mijlenver uit elkaar kunnen liggen indien de overdracht vanuit faillissement plaatsvindt. Buiten insolventie van de vervreemder maakt het minder uit wie ontslaat. Zowel de overdragende partij als de overnemende partij zijn solvent. Bij insolventie maakt het wel veel uit. Indien men de werknemer laat ontslaan door de curator, dan geeft men de werknemer geen enkele additionele bescherming buiten het recht te horen waarom hij niet is geselecteerd. Bij ontslag door de vervreemder, zal er veelal geen geld zijn om de met het ontslag samenhangende vorderingen van de werknemer te voldoen. Deels zullen deze kosten op de maatschappij afgewenteld worden voor zover deze onder de loongarantieregeling vallen,⁸⁰ en voor zover deze daarbuiten vallen komen deze voor rekening van de werknemer. Bij ontslag door een insolvente werkgever, heeft de werknemer daarbij geen recht op een transitievergoeding (artikel 7:673c BW).

De kern van ons betoog in deze bijdrage is dat onderscheid gemaakt moet worden tussen een pre-pack met een aan de gefailleerde rechtspersoon gerelateerde partij (de oude aandeelhouder) en een pre-pack met een externe partij. Bij een pre-pack met een externe partij, dient naar onze mening de faillissementsuitzondering bij overgang van onderneming onverkort te gelden. Onzes inziens bestaat ook onvoldoende reden om deze problematiek binnen te halen bij pre-packs met externe partijen, zoals de Wovof II doet. Anderzijds dienen onzes inziens bij een pre-pack met een oude aandeelhouder werknemers van rechtswege mee over te gaan en kan van toepassing van de faillissementsuitzondering geen sprake zijn. Een nuancering is vervolgens nog mogelijk, namelijk dat de gerelateerde partij als verkrijger van de onderneming nog steeds arbeidsovereenkomsten van overgekomen werknemers kan beëindigen op grond van ETO-redenen. Dit leidt tot de derde regel van de door ons voorgestane oplossing.

iii) Werknemers die zijn overgegaan naar de verkrijger, kunnen door de verkrijger ontslagen worden als sprake is van ETO-redenen. De aanspraken die de werknemers

80 Bouwens en ook Verburg hebben in dit verband zelfs gepleit voor uitbreiding van de loongarantieregeling in die zin dat de werknemers wier arbeidsovereenkomst door de curator is opgezegd en die niet worden overgenomen door de overnemende partij, ook voor de loonaanspraken over het resterende deel van de opzegtermijn (die voor rekening van de overnemende partij zouden komen) een beroep moeten kunnen doen op het UWV omdat onwenselijk is dat de overnemende partij tevens opdraait voor de loonkosten van niet door hem geselecteerde werknemers. Zie W.H.A.C.M. Bouwens, 'Het voorontwerp Wof en het ontslagverbod van art. 4 Richtlijn 2001/23/EG', in: Ph.W. Schreurs, L.J.J. Kerstens en B. Rikkert (red), *De Curator en het Faillissementsproces(recht)*, *Insolad Jaarboek 2020*, Deventer: Kluwer 2020, p. 336-337 en L.G. Verburg, 'Kanttekeningen bij het voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement', in: Ph.W. Schreurs, L.J.J. Kerstens en B. Rikkert (red), *De Curator en het Faillissementsproces(recht)*, *Insolad Jaarboek 2020*, Deventer: Kluwer 2020, p. 349 en 351.

krijgen uit hoofde van ETO-ontslag, kunnen zij verhalen op de verkrijger.

Wij zien de mogelijkheden om in faillissement het personeelsbestand te reduceren dus anders dan wordt voorgesteld in de Wovof II. Deels zien wij meer mogelijkheden en deels minder:

- Wij zien veel meer mogelijkheden voor zover het gaat om een pre-pack met een externe partij die niet ook de oude aandeelhouder is. Daar kan de faillissementsuitsluiting uit de Richtlijn onverkort van toepassing blijven reeds omdat die daarvoor is gegeven. Werknemers gaan dan in het geheel niet mee over. De lasten van een overtoollig werknemersbestand drukken dan niet op de koop prijs.
- Bij een pre-pack met een partij die ook voor de pre-pack al direct of indirect aandeelhouder was, zouden minder mogelijkheden moeten bestaan dan de WVOF II biedt. Hier moet de faillissementsuitsluiting niet gelden. De werknemers gaan bij de pre-pack van rechtswege over naar de verkrijgende partij. Ontslag wegens ETO-redenen is dan nog wel steeds mogelijk. De werknemer dient dan werkelijk ontslagen te worden door de overnemende partij en verkrijgt dan een aanspraak op de verkrijger.

Deze benadering zal in een aantal gevallen leiden tot een lagere opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers. Dat zal echter alleen het geval zijn als de oude aandeelhouder als koper uit de pre-pack naar voren komt. Dat zal in de regel geen toeval zijn en onzes inziens rechtvaardigt dat nu juist ook dat door deze oud-aandeelhouder niet ook nog gebruik kan worden gemaakt van de faillissementsuitsluiting bij overgang van onderneming. Dat maakt bovendien dat de door ons voorgestane benadering niet per se benadelend is voor schuldeisers in het algemeen. Het wordt namelijk de oude aandeelhouder relatief moeilijker gemaakt om de onderneming door faillissement te halen en daarbij schuldeisers af te schrijven. Daarmee worden ook schuldeisers meer algemeen beschermd tegen opportunistisch gebruik van pre-packs. In de gevallen waarin niet de oude aandeelhouder als koper verkrijger uit de pre-pack optreedt, wordt een pre-pack daarbij juist makkelijker en minder kostbaar en zullen schuldeisers dus juist een voordeel hebben vergeleken met de benadering van de Wovof II.

8. Conclusie

De Wovof II probeert tot een werkbare verhouding tussen het arbeidsrecht en het faillissementsrecht te komen. De essentie van de Wovof II is dat alleen werknemers die een aanbod krijgen mee overgaan. Indien sprake is van bedrijfseconomische redenen voor ontslag, hoeft de verkrijger aan hen geen aanbod te doen en eindigen hun arbeidsovereenkomsten als gevolg van de opzegging door de curator. Zij ontvangen dan alleen loon gedurende hun opzegtermijn (bij faillissement maximaal zes weken) en maken geen

aanspraak op de transitievergoeding. Er is in de Wovof II de facto gekozen voor een systeem van selectie op grond van bedrijfseconomische redenen in plaats van dat de werknemers werkelijk mee overgaan en enkel door de verkrijger kunnen worden ontslagen indien sprake is van ETO-redenen.

De Wovof gooit de pre-pack met de oude aandeelhouder en met externe partijen op een grote hoop. Daarmee maakt de Wovof het ten aanzien van het geldende recht voor de oude aandeelhouders als bij Estro makkelijker om als koper uit de pre-pack procedure te komen. Voor externe partijen als bij Heiploeg wordt het onnodig moeilijker gemaakt. In plaats van de voorsprong die de zittende aandeelhouder al heeft op externe partijen 'zoveel mogelijk tegen te gaan', heeft de Wovof daarmee juist het tegenovergestelde effect. Wovof faciliteert een pre-pack met de zittende aandeelhouder. Daarbij worden de kosten van de niet-geselecteerde werknemers deels gedragen door het UWV en daarmee de maatschappij en deels door de werknemer. Niet alleen is onwenselijk de keuze in de Wovof II geen onderscheid te maken tussen een pre-pack met een externe partij en met de zittende oude aandeelhouder, de wijze waarop dit in de Wovof II is gereguleerd is onzes inziens ook niet richtlijnconform.