

Smallsteps versus Heiploeg: wat is de stand van zaken?

Mr. V. M. van Erpers Roijaards *

Na het Europese Hof in het Smallsteps-arrest heeft de Hoge Raad zich in de Heiploeg-zaak onlangs uitgesproken over de arbeidsrechtelijke gevolgen van een doorstart die is voorbereid middels een pre-pack. Opvallend is dat deze uitspraken uiteenlopen. Daarom legt de auteur in deze bijdrage het Heiploeg-arrest langs de meetlat van het Smallsteps-arrest en beziet zij wat de implicaties van het Heiploeg-arrest zijn.

1 Inleiding

Het Smallsteps-arrest¹ van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) heeft de pen van menig arbeids- en insolventierechtjurist in beweging gebracht. Bij Smallsteps was sprake van een pre-pack: Estro Groep B.V. (hierna: Estro) was de grootste kinderopvangorganisatie in Nederland en verkocht een deel van haar onderneming vanuit faillissement aan Smallsteps, waarbij de transactie vóór het intreden van het faillissement van Estro was voorbereid ('stille voorbereidingsfase'). Smallsteps bood aan circa twee derde van het aantal werknemers van Estro een dienstverband aan, zij het tegen minder gunstige arbeidsvoorwaarden.²

Naar aanleiding van prejudiciële vragen van de rechtbank Midden-Nederland in de Smallsteps-zaak komt het Hof van Justitie tot het oordeel dat de werknemersbeschermende bepalingen van artikel 3 en 4 van Richtlijn 2001/23/EG³ (hierna: richtlijn overgang van onderneming) in het onderhavige geval – in beginsel – van toepassing zijn en dat geen beroep kan worden gedaan op de zogeheten 'faillissementsuitzondering' van artikel 5 lid 1 van de richtlijn overgang van onderneming. Dit houdt in dat alle werknemers van Estro van rechtswege in dienst treden bij de doorstarter, Smallsteps, en wel mét behoud van hun arbeidsrechtelijke rechten en verplichtingen.⁴

Recent heeft ook de Hoge Raad⁵ zich uitgesproken over de arbeidsrechtelijke gevolgen van een door een pre-pack voorbereide doorstart vanuit faillissement.⁶ Het betrof een met Smallsteps vergelijkbare zaak. Heiploeg, één van de grootste garnalenverwerkers van Europa, verkeerde in financiële moeilijkheden. Na faillietverklaring is Heiploeg middels een pre-pack doorgestart (hierna: Heiploeg-oud) via een daartoe opgerichte vennootschap (hierna: Heiploeg-nieuw), waarbij 210 van de circa 300 werknemers van Heiploeg-oud in dienst zijn getreden bij Heiploeg-nieuw, maar tegen minder gunstige arbeidsvoorwaarden.⁷

Waar het Hof van Justitie kritisch tegenover de pre-packpraktijk staat, oordeelt de Hoge Raad daarentegen juist mild over de doorstart via een pre-pack. De Hoge Raad komt tot het voorlopige oordeel dat de arbeidsrechtelijke bescherming van artikel 3 en 4 van de richtlijn overgang van onderneming *niet* van toepassing is, nu – anders dan bij Smallsteps – aan de drie voorwaarden van de faillissementsuitzondering van artikel 5 lid 1 van de richtlijn overgang van onderneming wordt voldaan: (1) Heiploeg-oud was verwickeld in een faillissementsprocedure, (2) die was ingeleid met het oog op liquidatie van het vermogen van de vervreemder (Heiploeg-oud) en (3) welke procedure onder toezicht stond van een bevoegde overheidsinstantie. Later in deze bijdrage kom ik terug op deze voorwaarden. Dit betekent dat de werknemers niet van rechtswege in dienst treden bij de doorstarter (Heiploeg-nieuw), maar dat de doorstarter kan kiezen wie hij wel en – bovenal – niet in dienst neemt.⁸

In deze bijdrage zie ik hoe het recent gewezen Heiploeg-arrest zich verhoudt tot het Smallsteps-arrest en wat de implicaties zijn van de uitspraak van de Hoge Raad inzake Heiploeg. Voor de pre-packpraktijk is het van groot belang om te weten óf en wanneer de beschermingsregels van artikel 3 en 4 van de richtlijn overgang van onderneming van toepassing zijn bij een door een pre-pack voorbereide overgang van onderneming vanuit faillissement. De doorstarter zal in de regel niet

* Mr. V.M. van Erpers Roijaards is recent afgestudeerd aan Universiteit Utrecht en sinds 1 september 2020 werkzaam als advocaat bij Houthoff te Amsterdam.

1. HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV c.s./Smallsteps).
2. HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV c.s./Smallsteps), punt 16, 17, 19, 21, 22 en 24-27.
3. 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, PbEG 2001, L-82/16, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:32001L0023&from=NL>.
4. HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV c.s./Smallsteps), punt 27, 58 en 59.

5. HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg) en het daarop aanvullende arrest HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (Heiploeg).
6. Vgl. art. 3 en 4 van de richtlijn overgang van onderneming.
7. HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 2.2, (ii) en (vi)-(xv).
8. HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 3.3.1, 3.4.9, 3.9.2 en 3.10.2.

bereid zijn alle werknemers tegen dezelfde arbeidsvoorwaarden over te nemen.⁹ Onzekerheid hierover komt de pre-pack praktijk niet ten goede, terwijl een pre-pack onder omstandigheden een waardevolle bijdrage kan leveren aan de voortzetting van (een deel van) de onderneming met behoud van (een deel van) de werkgelegenheid.¹⁰ Daarnaast is het de vraag wat de Heiploeg-uitspraak betekent voor de ophanden zijnde wetgeving, zoals het wetsvoorstel inzake Wet overgang van onderneming in faillissement. Met dit wetsvoorstel beoogt de Nederlandse wetgever de huidige wettelijke regeling met betrekking tot de rechten van werknemers bij een overgang van onderneming vanuit faillissement te herzien.¹¹

Allereerst bespreek ik het wettelijk kader van de overgang van onderneming (paragraaf 2.1), vervolgens de pre-pack praktijk (paragraaf 2.2) en de regels omtrent een overgang van onderneming in relatie tot de pre-pack praktijk (paragraaf 2.3). In paragraaf 3 staan het Smallsteps- en Heiploeg-arrest centraal. Bij de bespreking hiervan beperk ik mij tot de tweede en derde voorwaarde van artikel 5 lid 1 van de richtlijn overgang van onderneming. Dat aan de eerste voorwaarde wordt voldaan, staat immers niet ter discussie.¹² In paragraaf 3.1.1 en 3.1.2 behandel ik beide arresten in relatie tot de tweede voorwaarde, gevolgd door een analyse hoe het Heiploeg-arrest zich op dit punt verhoudt tot het Smallsteps-arrest (paragraaf 3.1.3). Hetzelfde is gedaan voor de derde voorwaarde in paragraaf 3.2.¹³ De nadruk ligt op het Heiploeg-arrest. Afsluitend geef ik in paragraaf 4 antwoord op de vraag wat de implicaties zijn van het Heiploeg-arrest.

2 De regels omtrent overgang van onderneming

2.1 Het wettelijk kader

Richtlijn 2001/23/EG inzake overgang van onderneming beoogt de rechten van werknemers bij een overgang van (een onderdeel van) een onderneming of vestiging te beschermen.¹⁴ Uit artikel 3 volgt dat werknemers hun baan en de bijbehorende arbeidsvoorwaarden behouden bij een overgang van onderneming. Zo bepaalt lid 1 van dit artikel dat voor de

vervreemder geldende rechten en verplichtingen jegens werknemers die voortvloeien uit ten tijde van de overgang bestaande arbeidsovereenkomsten of -betrekkingen overgaan op de verkrijger.¹⁵ Uit artikel 4 lid 1 volgt dat een overgang van onderneming *op zichzelf* geen reden tot ontslag vormt, behoudens ontslag wegens economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen (de zogenoemde 'ETO-redenen'). De verkrijger mag werknemers dus niet ontslaan vanwege de enkele omstandigheid dat er sprake is van een overgang van onderneming.¹⁶

Artikel 5 lid 1 van de richtlijn overgang van onderneming bevat een uitzondering op artikel 3 en 4.¹⁷ Uit het Smallsteps-arrest volgt dat deze uitzondering uitsluitend van toepassing is, wanneer wordt voldaan aan de volgende drie *cumulatieve* voorwaarden: (1) de vervreemder is verwickeld in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure, (2) de procedure is ingeleid met het oog op liquidatie van het vermogen van de vervreemder en (3) de procedure staat onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn).¹⁸ Nu werknemers op grond van artikel 5 lid 1 hun arbeidsrechtelijke bescherming verliezen en deze bepaling daarmee afwijkt van het hoofddoel van de richtlijn overgang van onderneming, moet artikel 5 lid 1 'noodzakelijkerwijs strikt worden uitgelegd'.¹⁹

9. Al dan niet omdat het voor de doorstarter financieel gezien niet mogelijk is om alle werknemers tegen gelijke arbeidsvoorwaarden over te nemen.

10. Kamerstukken II 2015/16, 34218, nr. 6, p. 1 en 2; J. van der Pijl, Doorstart van de doorstart, TAP 2018/267, p. 20 en 26; M.R. van Zanten, Arrest Hof van Justitie 22 juni 2017 inzake Estro, CMS 23 juni 2017, p. 14 en 15; A.C.S. van Groningen, De pre-pack onder arbeidsrechtelijk vuur, Arbeidsrecht 2016/39, p. 19.

11. MvT Wet overgang van onderneming in faillissement, p. 1, 4, 5 en 9.

12. Bij een pre-pack vindt de overeenstemming voor een doorstart veelal vóór faillissement plaats, maar deze wordt pas ná het uitspreken van het faillissement uitgevoerd. Volgens het Hof van Justitie is daarmee voldaan aan de eerste voorwaarde voor de toepassing van de faillissementsuitsluiting van art. 5 lid 1 van de richtlijn overgang van onderneming, vgl. HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV c.s./Smallsteps), punt 45 en 46. De Hoge Raad overweegt dat het niet ter discussie staat dat Heiploeg was verwickeld in een faillissementsprocedure, zie HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 3.3.1.

13. Zie par. 3.2.1, 3.2.2 en 3.2.3.

14. Overweging 3 van de richtlijn overgang van onderneming.

15. Zie voor de begrippen 'vervreemder', 'verkrijger' en 'werknemer' art. 2 lid 1 sub a, b en d van de richtlijn overgang van onderneming.

16. Een bevestiging hiervan is te vinden in HvJ EG 15 juni 1988, C-101/87, ECLI:EU:C:1988:308, Jur. 1988, p. 03057 (Bork), punt 18 en HvJ EG 16 oktober 2008, C-313/07, ECLI:EU:C:2008:574, Jur. 2008, p. I-07907 (Kitruna), punt 45 en 46. In dezelfde zin HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV c.s./Smallsteps), punt 39 ('louter'); N.W.A. Tollenaar, De implicaties van Estro voor de pre-pack en WCO I, TvI 2018/6, par. 6.

17. De uitzondering in art. 5 lid 1 van de richtlijn overgang van onderneming is een codificatie van de rechtspraak van het Hof van Justitie. Uit deze rechtspraak volgt dat om te bepalen of de richtlijn overgang van onderneming van toepassing is op de doorstart, zowel het doel dat met de betrokken procedure wordt beoogd als de modaliteiten van de betrokken procedure beslissend zijn; in het bijzonder geldt in hoeverre de werkzaamheid van de onderneming wordt voortgezet dan wel wordt gestaakt. Bij dit alles rekening houdend met de doelstelling van de richtlijn overgang van onderneming. Zie HvJ EG 7 februari 1985, C-135/83, ECLI:EU:C:1985:55, Jur. 1985, p. 00469 (Abels), punt 23, 28 en 29; HvJ EG 25 juli 1991, C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326, Jur. 1991, p. I-04105 (D'Urso), punt 26-32; HvJ EG 7 december 1995, C-472/93, ECLI:EU:C:1995:421, Jur. 1995, p. I-04321 (Spano), punt 24-30; HvJ EG 12 maart 1998, C-319/94, ECLI:EU:C:1998:99, Jur. 1998, p. I-01061 (Dethier Équipement), punt 21-31; HvJ EG 12 november 1998, C-399/96, ECLI:EU:C:1998:532, Jur. 1998, p. I-06965 (Europièces), punt 26-36.

18. HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV c.s./Smallsteps), punt 40 en 43, bevestigd in HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424 (Plessers/Prefaco), punt 39 en 40 en HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 3.4.3. Zie hierover J. van der Pijl, Doorstarten na Smallsteps: risky business, Ondernemingsrecht 2019/122, p. 679 en 680.

19. HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV c.s./Smallsteps), punt 41, herhaald in HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 3.4.3.

De richtlijn overgang van onderneming biedt lidstaten in artikel 5 lid 1 de mogelijkheid om de beschermingsregels van artikel 3 en 4 ook toe te passen in een faillissementsprocedure, ongeacht of de procedure is gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Op grond van artikel 5 lid 2 sub a en b kunnen de gevolgen van een onverkorte toepassing van de richtlijn overgang van onderneming in een faillissementsprocedure worden *verzacht* door te bepalen dat de schulden die al bestonden vóór de overgang niet mee overgaan naar de verkrijger, en dat in overleg met de vakbonden de arbeidsvoorwaarden kunnen worden aangepast (lees: verslechterd). Nederland heeft hier vooralsnog geen gebruik van gemaakt, maar met het wetsvoorstel inzake Wet overgang van onderneming in faillissement wil de Nederlandse wetgever de beschermingsregels ook – verzachtend – van toepassing verklaren op een faillissementsprocedure.²⁰

De bepalingen uit de (voorgangers van de) richtlijn overgang van onderneming zijn gecodificeerd in de artikelen 7:662-666 (afdeling 8 van titel 10 van Boek 7 BW) en 7:670 lid 8 BW.²¹ (De voorloper van) artikel 5 lid 1 is geïmplementeerd in artikel 7:666, aanhef en onder a, BW, waarin staat dat de regels omtrent een overgang van onderneming niet van toepassing zijn ingeval de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Opvallend is dat artikel 7:666, aanhef en onder a, BW – in tegenstelling tot artikel 5 lid 1 – geen nadere voorwaarden stelt aan de faillissementsprocedure. Nu artikel 7:666, aanhef en onder a, BW een implementatie vormt van (een voorloper van) de richtlijn overgang van onderneming, dient het artikel richtlijnconform te worden uitgelegd. Dit betekent dat de – beperkende – voorwaarden van artikel 5 lid 1 in de tekst van artikel 7:666, aanhef en onder a, BW kunnen worden gelezen.²²

2.2 De pre-packpraktijk

De pre-pack ontbeert een wettelijke basis in het Nederlandse recht. Het wetsvoorstel inzake Wet continuïteit ondernemingsrecht.

gen I (hierna: WCO I) beoogt de pre-pack een wettelijke grondslag te bieden.²³

Op verzoek van de onderneming die failliet dreigt te gaan, kan de rechtbank een beoogd rechter-commissaris (hierna: RC) en beoogd curator aanwijzen. Bij de aanvraag van het faillissement worden zij doorgaans benoemd tot RC en curator. Bij een pre-pack heeft de beoogd curator de mogelijkheid om voor het intreden van het faillissement, onder toezicht oog van de beoogd RC, mee te kijken bij de gang van zaken en de voorbereiding van de verkoop van (een deel van) de noodlijdende onderneming.

Door de voorbereiding kan een doorstart relatief snel na het intreden van het faillissement worden gerealiseerd, waardoor de activiteiten van de gefailleerde onderneming onmiddellijk of in ieder geval kort na faillissement kunnen worden voortgezet en de continuïteit van de bedrijfsvoering zoveel mogelijk wordt gewaarborgd. Dit zorgt doorgaans voor een hogere opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers dan bij verkoop vanuit een niet meer operationele onderneming. Een pre-pack kan daarnaast bijdragen aan het behoud van werkgelegenheid, doordat de verkrijger (een deel van) de in de onderneming van de vervreemder werkzame personen in dienst neemt. Verkoop van de afzonderlijke activa van de onderneming leidt daarentegen tot een verlies van alle arbeidsplaatsen.²⁴ In zoverre kan de pre-packprocedure dus zijn gericht op liquidatie en op continuïteit.²⁵

2.3 Regels omtrent een overgang van onderneming in relatie tot de pre-packprocedure

Zoals in paragraaf 2.1 is vastgesteld, treden de werknemers bij een overgang van onderneming in beginsel van rechtswege in dienst bij de verkrijger met behoud van hun arbeidsrechtelijke rechten en verplichtingen en vormt de overgang van onderneming geen reden tot ontslag. Dit uitgangspunt lijdt slechts uitzondering in het geval artikel 5 lid 1 van de richtlijn overgang van onderneming van toepassing is.

20. Daartoe wordt art. 7:666, aanhef en onder a, BW gewijzigd. Concl. A-G Drijber, ECLI:NL:PHR:2019:1237, bij HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), onder 4.3; MvT Wet overgang van onderneming in faillissement, p. 1, 4, 5, 9, 20, 21, 28 en 29. Zie uitgebreid over het wetsvoorstel M.R. van Zanten, Wetsvoorstel rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement: over het dichten van de kloof van de arbeidsrechtelijke bescherming in en buiten faillissement, TvI 2020/6.
21. Kamerstukken II 1993/94, 23438, nr. 3, p. 42; Richtlijn 2001/23/EG is de opvolger van Richtlijn 98/50/EG en de oorspronkelijke Richtlijn 77/178/EEG.
22. De kantonrechter heeft in Bogra al een eerste aanzet gegeven tot richtlijnconforme uitleg van art. 7:666, aanhef en onder a, BW, Rb. Noord-Holland (ktr.) 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423, JAR 2017/281 m.nt. J. van der Pijl (Bogra), r.o. 5.6 en 5.7. Zie hierover S.S.M. Peters & H.C.F.J.A. de Waele, Het Europees failliet van de Nederlandse pre-pack, TRA 2018/12, par. 3.1 en 3.4.

23. Naar aanleiding van het Smallsteps-arrest is de behandeling van WCO I in de Eerste Kamer aangehouden. WCO I zal in samenhang met het wetsvoorstel inzake Wet overgang van onderneming in faillissement worden behandeld, zie 'Korte aantekeningen vergadering commissie Justitie en Veiligheid van 18 juni 2019' (34.218/L).
24. HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 3.6.5; J.R. Hurenkamp, Failliet of fast forward? Een analyse van de pre-pack in de praktijk, TvI 2015/20, p. 130 en 137; M.R. van Zanten, De pre-pack, (aan)winst voor de insolventiepraktijk, FIP 2015/269, p. 17 en 18; Kamerstukken II 2015/16, 34218, nr. 6, p. 1 en 2; Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3, p. 6-9.
25. In deze zin ook F.M.J. Verstijlen, De dubbele natuur van de doorstart, TvI 2017/20, p. 131-134. Volgens Kortmann en Kortmann is de pre-pack primair gericht op liquidatie, zo ook de Hoge Raad inzake Heiploeg, zie S.C.J.J. Kortmann & L.P. Kortmann, Doorstarten post-Estro. Smallsteps vooruit of een giant leap achteruit?, in: C.J.H. Jansen, M.M.C. van de Moosdijk & R.W.E. van Leuken (red.), Nijmeegs Europees privaatrecht (Liber amicorum prof. Sieburgh), Deventer: Wolters Kluwer 2018, par. 3.4 en HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 3.6.6.

Het uitgangspunt is dat de Nederlandse *faillissementsprocedure* is gericht op liquidatie van het vermogen van de schuldenaar en dat deze procedure onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie. Een overgang van onderneming vanuit faillissement valt daarmee onder de reikwijdte van artikel 5 lid 1 van de richtlijn overgang van onderneming.²⁶ De *hamvraag* is of artikel 5 lid 1 ook van toepassing is wanneer een overgang van onderneming vanuit faillissement is voorbereid middels een pre-pack.²⁷

Uit het Smallsteps-arrest wordt duidelijk dat bij iedere doorstart – zowel een reguliere als een ‘gepre-packte’ – moet worden nagegaan of wordt voldaan aan de drie cumulatieve voorwaarden uit artikel 5 lid 1, zoals beschreven in paragraaf 2.1. De moeilijkheid zit in de tweede voorwaarde – het doel van de faillissementsprocedure – en de derde voorwaarde – toezicht van een bevoegde overheidsinstantie. Dat aan de eerste voorwaarde – de vervreemder is verwickeld in een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure – wordt voldaan bij een pre-pack, staat immers niet ter discussie.

3 Smallsteps versus Heiploeg

3.1 Tweede voorwaarde: het doel van de faillissementsprocedure

3.1.1 Smallsteps

Voor de toepasselijkheid van artikel 5 lid 1 van de richtlijn overgang van onderneming moet de procedure zijn ingeleid met het oog op ‘liquidatie van het vermogen van de vervreemder’. De vraag is wanneer daarvan sprake is. De advocaat-generaal (hierna: A-G) verwoordt het onderscheid tussen de doelen van de procedure – liquidatie of voortzetting – verhelderend:

‘In procedures die de voortzetting van de onderneming beogen, vormt haar behoud echter het centrale element, het ultieme doel als zodanig of van de toepassing daarvan in concreto. In procedures die de vereffening beogen, dient dat behoud daarentegen louter ter uitbetaling van de schuldeisers.’²⁸

Het Hof van Justitie overweegt dat deze twee doelen elkaar kunnen overlappen. Het gaat erom wat het *hoofddoel* van de

procedure is geweest. In het geval dat de procedure de voortzetting van de activiteiten van de onderneming beoogt, is het hoofddoel volgens het Hof van Justitie het behoud van de betrokken onderneming. Dat de procedure tevens gericht kan zijn op een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers, doet daar niet aan af, aldus het Hof van Justitie.²⁹

Het Hof van Justitie oordeelt in Smallsteps dat het hoofddoel van de pre-pack ‘de voortzetting van de activiteiten van de onderneming’ is, waardoor dus niet wordt voldaan aan de tweede voorwaarde van artikel 5 lid 1 van de richtlijn overgang van onderneming.³⁰ In de zaak Smallsteps was het maatschappelijk belang van de organisatie een belangrijke omstandigheid voor de aanwijzing van een beoogd RC en beoogd curator. De continuïteit van de, immers, grootste kinderopvang van Nederland was van grote betekenis ter voorkoming van onder meer maatschappelijke onrust.³¹ Daarnaast acht het Hof van Justitie van betekenis dat het plan voor de doorstart tot in de kleinste details was uitgewerkt, waardoor de doorstart onmiddellijk na faillietverklaring kon plaatsvinden en de continuïteit van de onderneming was verzekerd.³² Voorts was bij het oordeel van het Hof van Justitie van belang dat de onderneming is voortgezet door een gelieerde vennootschap en onder leiding van een deel van de voormalige directie. De markt is door Smallsteps niet (serieus) verkend voor (andere) potentiële kopers; het bestuur van Smallsteps wilde immers vooral zelf de vennootschap voortzetten. Hierdoor is geen sprake geweest van enige marktwerking, waardoor redelijkerwijs niet de hoogste prijs kon worden gerealiseerd. In dat geval overheerst het element ‘voortzetting’ dusdanig dat naar mijn mening niet meer kan worden gesproken van een procedure die is gericht op ‘liquidatie van het vermogen van de vervreemder’.³³

26. Zie HvJ EG 7 februari 1985, C-135/83, ECLI:EU:C:1985:55, Jur. 1985, p. 00469 (Abels), punt 23 en 24. Al is het wel de vraag of deze opvatting niet te beperkt is, zie Lintel & Van Zanten, TvI 2020/35, p. 254 en 255, in hun noot onder HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (Heiploeg); Van der Pijl, JAR 2020/1057, p. 1267, in zijn noot onder HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 (Heiploeg). Zie ook concl. A-G Mengozzi 29 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:241, bij HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV c.s./Smallsteps), onder 4.

27. NJB 2020/1057, p. 1249, noot onder HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 (Heiploeg).

28. Concl. A-G Mengozzi 29 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:241, bij HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV c.s./Smallsteps), onder 58. Zie ook Van der Pijl 2018, p. 21 en 22.

29. HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV c.s./Smallsteps), punt 48 en 51. Het Hof van Justitie verwijst in punt 48 van zijn arrest naar overwegingen 57 en 58 van concl. A-G Mengozzi 29 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:241, bij HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV c.s./Smallsteps).

30. HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV c.s./Smallsteps), punt 47-52.

31. Er waren ongeveer 3600 mensen werkzaam bij het kinderopvangbedrijf en ongeveer 30.000 kinderen gingen naar een kinderopvang van Estro, HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV c.s./Smallsteps), punt 16 en 19 en Van Zanten 2017, p. 2; J.R. Hurenkamp, De pre-pack in de praktijk, Weert: Celsus juridische uitgeverij 2014, p. 20, 228, 229, 234 en 235.

32. HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV c.s./Smallsteps), punt 19, 22, 24, 25 en 49.

33. Zie HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV c.s./Smallsteps), punt 20 en 22 en Hurenkamp 2014, p. 228 en 230. Over de betekenis van de gelieerdheid van partijen bij een pre-pack, zie Ph.W. Schreurs, De gelieerde doorstart na het Heiploeg-arrest, TvI 2020/28. Lintel en Van Zanten zijn van mening dat het feit dat partijen gelieerd zijn, geen rol heeft gespeeld bij het oordeel van het Hof van Justitie, zie Lintel & Van Zanten, TvI 2020/35, p. 251, in hun noot onder HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (Heiploeg).

Het Smallsteps-arrest heeft voor de nodige rechtsonzekerheid gezorgd.³⁴ Verscheidene auteurs menen dat de uitspraak van het Hof van Justitie betrekking heeft op de pre-packpraktijk in het algemeen. Zij stellen zich dan ook op het standpunt dat het Smallsteps-arrest het einde van de Nederlandse pre-packpraktijk impliceert.³⁵ In navolging van Pool, Van der Neut en A-G Drijber in zijn conclusie bij het Heiploeg-arrest meen ik dat deze stelling niet standhoudt, omdat de beslissing is geënt op de aan het Hof van Justitie voorgelegde prejudiciële vragen en de situatie zoals die zich bij Smallsteps voordeed.³⁶ Steeds zal aan de hand van de omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld wat het hoofddoel is van de desbetreffende procedure. Hierbij is het Smallsteps-arrest mijns inziens wel relevant. De Nederlandse rechter dient bij de beoordeling van het hoofddoel de omstandigheden in aanmerking te nemen die het Hof van Justitie in Smallsteps van belang acht bij de totstandkoming van zijn oordeel dat de procedure is gericht op de voortzetting van de activiteiten van de onderneming. Wanneer er sprake is van een pre-pack met soortgelijke omstandigheden als in de Smallsteps-zaak, lijkt het mij in beginsel moeilijk verdedigbaar dat de pre-pack het liquidatiedoel nastreeft.³⁷ In dit verband is het niet geheel onbelangrijk dat het oordeel van het Hof van Justitie is gegeven onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter.³⁸

Na Smallsteps is het naar mijn mening dus nog geen uitgemakte zaak of werknemers worden beschermd bij een over-

gang van onderneming vanuit faillissement die is voorafgegaan door een pre-pack.³⁹

3.1.2 Heiploeg

De Hoge Raad beoordeelt in Heiploeg aan de hand van de omstandigheden van het geval wat in casu het hoofddoel is van de pre-pack. In navolging van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden⁴⁰ luidt het voorlopige oordeel van de Hoge Raad dat de pre-pack, zoals die zich in het onderhavige geval voordeed, moet worden aangemerkt als een procedure die is gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder (Heiploeg-oud).⁴¹ Ons hoogste rechtscollege acht van bijzonder belang dat het faillissement van Heiploeg-oud onafwendbaar was en dat de doorstarter niet was gelieerd aan Heiploeg-oud – waar dat bij Smallsteps dus wel het geval was. Voorts hecht de Hoge Raad waarde aan de aanwijzingsbrief van de rechtbank, waarin expliciet staat dat het doel van de pre-pack is het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De aanwijzing van de beoogd RC en beoogde curatoren was volgens de Hoge Raad van wezenlijk belang om het beoogde doel – de hoogst mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers – te realiseren.⁴²

Het gaat echter om een *voorlopig* oordeel van de Hoge Raad. Volgens ons hoogste rechtscollege kan er over zijn oordeel redelijkerwijs twijfel bestaan, mede gelet op de beoordeling van het Hof van Justitie in het Smallsteps-arrest. Hij heeft daarom prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie. De prejudiciële vragen hebben betrekking op de tweede en derde voorwaarde van artikel 5 lid 1 van de richtlijn overgang van onderneming.⁴³ De Hoge Raad wenst in wezen te vernemen of een pre-pack al of niet – *per definitie* – onder de uitzondering van artikel 5 lid 1 valt.⁴⁴

34. Zie in deze zin ook Lintel & Van Zanten, TvI 2020/35, p. 248, in hun noot onder HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (Heiploeg).
35. In deze zin J.R. Hurenkamp, *Ondergang van onderneming door pre-pack?*, TvI 2017/21, p. 135 en 137-139; J.R. Hurenkamp & K. Rutten, *Nederlandse Staat betaalt mogelijk de rekening voor flitsfaillissementen*, *Het Financieel Dagblad* 9 juli 2017; S. van Rossum, J. Volkers & J. Baukema, *Uitspraak Hof brengt pre-pack zware slag toe*, *Van Doorne* 23 juni 2017, www.vandoorne.com/Kennisbank/nieuws/uitspraak-hof-brengt-pre-pack-zware-slag-toe/ (laatst geraadpleegd op 2 oktober 2020); M.A. Vieira, *Hof van Justitie EU: werknemers behouden hun bescherming in geval van een pre-pack*, Bb 2017/60, p. 203.
36. J.M.W. Pool, *De eerste toepassingen van Smallsteps in Nederland*, TvI 2018/39, par. 4.1 en 5; N.M.Q. van der Neut, *De doorstartpraktijk na Smallsteps: door het 'oog' van de naald?*, *Arbeidsrecht* 2018/40, p. 17; Concl. A-G Drijber, ECLI:NL:PHR:2019:1237, bij HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), onder 5.14 en 5.16. Zie ook I. Spinath, *De beperkte reikwijdte van het Smallsteps-arrest*, MvO 2017, afl. 10-11, p. 253 en 254. Dit blijkt tevens uit de bewoordingen van het Hof van Justitie inzake Smallsteps: 'een pre-pack zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is' (punt 49), 'onder deze omstandigheden en onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter' (punt 50) en 'zoals uit het dossier bij het Hof blijkt' (punt 54), HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV c.s./Smallsteps).
37. Ook in deze zin concl. A-G Drijber, ECLI:NL:PHR:2019:1237, bij HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), onder 5.14, 5.16 en 7.6; Van der Neut 2018, p. 17; MvT Wet overgang van onderneming in faillissement, p. 3.
38. HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV c.s./Smallsteps), punt 50; Peters & De Waele 2018, p. 4; HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 3.11.3 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (Heiploeg), r.o. 3.11.3.

39. Peters & De Waele 2018, p. 11; MvT Wet overgang van onderneming in faillissement, p. 3.
40. Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6539, JAR 2018/218 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg).
41. Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6539, JAR 2018/218 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 2.11; A-G Drijber concludeerde tot vernietiging van de uitspraak van het hof Arnhem-Leeuwarden, concl. A-G Drijber, ECLI:NL:PHR:2019:1237, bij HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), onder 7.8 en 7.44; HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 3.9.2.
42. HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 3.7, 3.9.1 en 3.11.3; RI 2020/43 met wenk Bos, onder HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 (Heiploeg).
43. HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 3.9.2, 3.10.2, 3.11.3 en 3.11.4.
44. Voor de prejudiciële vragen verwijs ik naar HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 5 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (Heiploeg), r.o. 5. In deze zin ook Van der Pijl, JAR 2020/1057, p. 1267, in zijn noot onder HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 (Heiploeg).

3.1.3 Analyse

- Vraagstelling prejudiciële vragen

De Hoge Raad plaatst de pre-pack in het kader van de liquiditeitsprocedure.⁴⁵ Naar aanleiding van een reactie van partijen op de door de Hoge Raad gestelde prejudiciële vragen heeft hij de vragen aangevuld. Met betrekking tot de tweede voorwaarde van artikel 5 lid 1 van de richtlijn overgang van onderneming heeft ons hoogste rechtscollege toegevoegd dat een pre-pack, naast een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers, ook leidt tot het behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid.⁴⁶ De overwegingen van het arrest blijven echter ongewijzigd, waarin hij de nadruk legt op de pre-pack als liquiditeitsprocedure. De Hoge Raad overweegt dat de pre-pack, als een wijze van liquidatie, primair is gericht op de hoogst mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers en daarnaast ('ondergeschikt') bijdraagt aan het behoud van (een deel van) de werkgelegenheid. Het is dus maar afwachten of we antwoord zullen krijgen op de vraag of de voortzetting van de activiteiten van de onderneming het daadwerkelijke hoofddoel van de pre-pack – in algemene zin – is.⁴⁷

- Faillissement onafwendbaar

Naar mijn mening heeft de Hoge Raad bij zijn oordeel dat de procedure is gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder ten onrechte bijzondere relevantie toegekend aan de omstandigheid dat het faillissement onafwendbaar is.⁴⁸ Uit het Smallsteps-arrest blijkt niet dat het Hof van Justitie waarde hecht aan de omstandigheid dat het faillissement van

Smallsteps al dan niet onafwendbaar was. Aangezien Estro zonder additionele financiering niet meer aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en niet erin was geslaagd financiers te vinden, kan daaruit worden afgeleid dat ook in dit geval het faillissement onafwendbaar was.⁴⁹ Ook in het arrest Plessers/Prefaco⁵⁰ – waar het Hof van Justitie het Smallsteps-arrest bevestigt⁵¹ – laat het Hof van Justitie het antwoord op de vraag of het faillissement al of niet onafwendbaar is buiten beschouwing bij zijn overwegingen.⁵²

Dat het faillissement onafwendbaar is, zegt op zichzelf beschouwd niet per definitie iets over het hoofddoel van de pre-packprocedure. Ook dan is het mogelijk dat de procedure is gericht op het behoud van de levensvatbare economische onderdelen van de onderneming (zoals zich bijvoorbeeld voordoet bij Smallsteps). Dit zal *in concreto* moeten worden beoordeeld. Een andere lezing zorgt er mijns inziens voor dat de tweede voorwaarde van artikel 5 lid 1 van de richtlijn overgang van onderneming te veel wordt opgerekt.⁵³ Het is aan het Hof van Justitie om hierover duidelijkheid te scheppen.

- Relevante omstandigheden bij de beoordeling van het oogmerk van de pre-pack

De Hoge Raad oordeelt dat de procedure bij Heiploeg – uitsluitend – is gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Er zijn echter meerdere omstandigheden die erop wijzen dat de procedure – al dan niet tevens – de voortzetting van de activiteiten van de onderneming beoogt. Het is dan ook opmerkelijk dat de Hoge Raad deze omstandigheden niet bij zijn beoordeling heeft betrokken, zeker gezien het Hof van Justitie in Smallsteps betekenis heeft toegekend aan deze omstandigheden bij zijn oordeel dat het hoofddoel van de procedure de voortzetting van de activiteiten van de onderneming is.⁵⁴

De continuïteit van de onderneming was – net als bij Smallsteps – van belang, onder meer gelet op de branche van dagverse producten waarin Heiploeg-oud verkeerde. Mijns inziens speelt daarbij ook een rol dat Heiploeg-oud één van de grootste garnalenverwerkers in Europa was. Bovendien is er reeds in de ochtend van faillissement een persbericht uitgegaan waarin stond dat 'tot een eindresultaat is onderhandeld' over de doorstart van Heiploeg-oud (al werd de overeenkomst pas de volgende ochtend in alle vroegte getekend). Voorts is op de dag van faillissement aan verschillende werknemers van Heiploeg-oud een arbeidsovereenkomst aangeboden met Heiploeg-

45. HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 5.1, (ii) en (v). Schaink stelt dat de Hoge Raad de argumenten op grond waarvan hij tot het oordeel komt dat de pre-pack is gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder, in feite in een vragende vorm aan het Hof van Justitie heeft voorgelegd. Zie Schaink, JOR 2020/162, p. 2022, in zijn noot onder HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 (Heiploeg). Hierbij dient te worden opgemerkt dat in de prejudiciële vragen van de rechtbank Midden-Nederland in de Smallsteps-procedure – door het Hof van Justitie geherformuleerd – de premisse ligt besloten dat de procedure is gericht op de voortzetting van de activiteiten van de onderneming, zie Rb. Midden-Nederland (ktr.) 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954, JAR 2016/64 m.nt. J. van der Pijl (FNV c.s./Smallsteps), r.o. 5.11 en HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV c.s./Smallsteps), punt 37.

46. HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 5.1, (v) en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (Heiploeg), r.o. 5.1, (v).

47. HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 3.5.2 en 3.6.6. Zie verder Lintel & Van Zanten, TvI 2020/35, p. 253-255, in hun noot onder HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (Heiploeg). Zie ook het feitenrelaas van de Heiploeg-zaak in par. 3.1.2.

48. De Hoge Raad betreft bij zijn prejudiciële vraag ten aanzien van de tweede voorwaarde van art. 5 lid 1 van de richtlijn overgang van onderneming of de onafwendbaarheid van het faillissement betekent dat de procedure is gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder, zie HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 5.1, (i); Schaink, JOR 2020/162, p. 2022, in zijn noot onder HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 (Heiploeg). In deze zin ook concl. A-G Drijber, ECLI:NL:PHR:2019:1237, bij HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), onder 7.28; Pool 2018, par. 4.1.

49. HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV c.s./Smallsteps), punt 17, 18 en 24; Hurenkamp 2014, p. 234.

50. HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424 (Plessers/Prefaco).

51. HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424 (Plessers/Prefaco), punt 40-49.

52. In deze zin concl. A-G Drijber, ECLI:NL:PHR:2019:1237, bij HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), onder 7.28.

53. In deze zin ook Van der Neut 2018, p. 20.

54. Schaink, JOR 2020/162, p. 2022 en 2023, in zijn noot onder HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 (Heiploeg).

nieuw.⁵⁵ Waar de Hoge Raad de continuïteit van de onderneming plaatst in het kader van het behalen van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de schuldeisers, kan uit het Smallsteps-arrest worden afgeleid dat het voorkomen van een onderbreking van de werkzaamheid van de onderneming juist wijst op het doel de activiteiten van de onderneming voort te zetten.⁵⁶ Door anders te oordelen heeft de Hoge Raad naar mijn mening blijk gegeven van een onjuiste uitleg en toepassing van het Smallsteps-arrest.

In het verlengde hiervan ga ik in op de aanwijzingsbrief van de rechtbank. De Hoge Raad sluit voor het bepalen van het hoofddoel van de procedure aan bij het doel dat de rechtbank in de aanwijzingsbrief vermeldt (zie paragraaf 3.1.2). Ik sluit mij aan bij Van der Pijl en Diebels, die beargumenteren dat het 'streven naar een maximale opbrengst' op deze manier wel erg gemakkelijk op één lijn wordt gesteld met het doel 'liquidatie van het vermogen van de vervreemder'. Wanneer de redenering van de Hoge Raad wordt gevolgd, kan bij een pre-pack die (duidelijk) is gericht op de voortzetting van de activiteiten van de onderneming zelfs nog worden aangenomen dat deze liquidatie ten doel had wanneer de rechtbank een dergelijke instructie heeft gegeven.⁵⁷ Dit zou misbruik in de hand kunnen werken. Daarbij acht ik het tamelijk arbitrair om aan te sluiten bij deze omstandigheid voor het bepalen van het hoofddoel van de procedure, nu dit losstaat van de feitelijke gang van zaken en juist deze bepalend is voor de beoordeling van het hoofddoel van de procedure.⁵⁸

De Hoge Raad benadrukt in het begin van zijn arrest dat artikel 5 lid 1 van de richtlijn overgang van onderneming strikt moet worden uitgelegd.⁵⁹ Desondanks komt hij mijns inziens nogal eenvoudig tot het oordeel dat artikel 5 lid 1 van toepassing is op het onderhavige geval, waardoor de werknemersbeschermende bepalingen omtrent een overgang van onderneming niet van toepassing zijn. Dit is naar mijn mening niet in overeenstemming met de gedachte achter de richtlijn overgang van onderneming (werknemersbescherming). Daarnaast

acht ik deze gang van zaken onwenselijk, omdat het hierdoor gemakkelijk is om werknemers te ontdoen van hun arbeidsrechtelijke bescherming op grond van de richtlijn overgang van onderneming.

Met het wetsvoorstel inzake Wet overgang van onderneming in faillissement beoogt de wetgever een einde te maken aan de door het Smallsteps-arrest ontstane rechtsonzekerheid – die na Heiploeg voortduurt – over of en wanneer werknemers bij een pre-pack arbeidsrechtelijk worden beschermd.⁶⁰ Het wetsvoorstel bepaalt immers dat de beschermingsregels van artikel 3 en 4 zowel in als buiten faillissement – verzachtend – van toepassing zijn.⁶¹ Bij mij komt dan ook direct de vraag op wat de insteek is geweest van de Hoge Raad met de Heiploeg-uitspraak. Zowel Verstijlen als Lintel en Van Zanten denken dat ons hoogste rechtscollege met deze uitspraak geprobeerd heeft de pre-packpraktijk overeind te houden.⁶² Een interessante vervolgvraag is wat de gevolgen zullen zijn voor het wetsvoorstel na de uitspraak van de Hoge Raad in de Heiploeg-zaak, nu de antwoorden van het Hof van Justitie op de prejudiciële vragen van de Hoge Raad de bestaande rechtsonzekerheid ook kunnen wegnemen. Mijns inziens doet de wetgever er verstandig aan om de uitspraak van het Hof van Justitie af te wachten, zeker omdat het wetsvoorstel een behoorlijke wijziging inhoudt van de huidige wettelijke regeling.⁶³

3.2 Derde voorwaarde: toezicht van een bevoegde overheidsinstantie

3.2.1 Smallsteps

Zoals toegelicht in paragraaf 2.1, houdt de derde voorwaarde van de faillissementsuitsluiting van artikel 5 lid 1 van de richtlijn overgang van onderneming in dat de procedure onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn). In de Nederlandse faillissementsprocedure is hierin voorzien met de benoeming van een RC en een curator.⁶⁴

Het Hof van Justitie overweegt dat er bij een pre-packprocedure geen wettelijke grondslag bestaat voor de fase voorafgaand aan het faillissement. De pre-pack wordt strikt genomen niet uitgevoerd onder toezicht van de rechtbank, maar onder leiding van de onderneming. Het Hof van Justitie vervolgt dat de beoogd RC en beoogd curator formeel geen enke-

55. Concl. A-G Drijber, ECLI:NL:PHR:2019:1237, bij HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), onder 1.10-1.12 en 7.12-7.17; HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 2.2, (ii), (xii) en (xiii); HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV c.s./Smallsteps), punt 49.

56. HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 3.9.1. In deze zin ook concl. A-G Drijber, ECLI:NL:PHR:2019:1237, bij HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), onder 7.19 en 7.20 met verwijzing naar HvJ EG 12 maart 1998, C-319/94, ECLI:EU:C:1998:99, Jur. 1998, p. I-01061 (Dethier Équipement), punt 31; Diebels, JIN 2018/176, par. 9, in zijn noot onder Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6539 (Heiploeg); Hurenkamp 2014, p. 228 en 234.

57. Van der Pijl, JAR 2018/218, onder c, in zijn noot onder Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6539 (Heiploeg); Diebels, JIN 2018/176, par. 9, in zijn noot onder Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6539 (Heiploeg).

58. Zie par. 3.1.1.

59. HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 3.4.3.

60. HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 5.1, (vi).

61. Zie hierover par. 2.1.

62. F.M.J. Verstijlen, geciteerd in: T. van der Heiden, 'Flitsfaillissement' van garnalenpeller toch in orde, NRC Handelsblad 23 juli 2018, over de uitspraak van het hof Arnhem-Leeuwarden inzake Heiploeg; Lintel & Van Zanten, TvI 2020/35, p. 253, in hun noot onder HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (Heiploeg).

63. Daarbij is het laatste woord nog niet gezegd over het wetsvoorstel inzake Wet overgang van onderneming in faillissement, zie Van Zanten 2020.

64. HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 3.10.2.

le bevoegdheid hebben. Zodoende staan zij niet onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie. Bovendien bestaat het risico dat het toezicht van een bevoegde overheidsinstantie op de latere faillissementsprocedure grotendeels wordt uitgehold, aldus het Hof van Justitie. De RC dient namelijk kort na faillietverklaring toestemming te geven voor de doorstart, zodat deze onmiddellijk na het faillissement kan worden uitgevoerd. Daartoe zal de RC reeds vóór het intreden van het faillissement op de hoogte moeten worden gesteld van deze doorstart en in feite hebben aangegeven dat hij hiertegen geen bezwaren heeft. Op grond van het vorengaande is het Hof van Justitie van oordeel dat ook niet wordt voldaan aan de derde voorwaarde van artikel 5 lid 1.⁶⁵ Uit het Smallsteps-arrest volgt dus dat over de gehele lengte van de pre-packprocedure een bevoegde overheidsinstantie toezicht moet houden om aan de derde voorwaarde te voldoen.

3.2.2 Heiploeg

Net zoals bij Smallsteps werd ook bij Heiploeg de doorstart vrijwel onmiddellijk na het faillissement bewerkstelligd. Wat dat betreft bestaat er geen verschil met de Smallsteps-zaak.⁶⁶ Toch komt de Hoge Raad tot het voorlopige oordeel dat het toezicht van een bevoegde overheidsinstantie op de faillissementsprocedure *niet* wordt uitgehold door de gang van zaken bij de pre-pack voorafgaand aan de faillietverklaring van Heiploeg-oud. Het stelsel van de Faillissementswet is er volgens de Hoge Raad juist op gericht dit te voorkomen.⁶⁷

Evenals met betrekking tot de tweede voorwaarde van artikel 5 lid 1 van de richtlijn overgang van onderneming kan volgens de Hoge Raad ook in dit geval redelijkerwijs twijfel bestaan over zijn (voorlopige) oordeel, mede gelet op het Smallsteps-arrest. Zoals aangegeven in paragraaf 3.1.2, stelt de Hoge Raad daarom prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.⁶⁸

3.2.3 Analyse

De Hoge Raad lijkt geen acht te slaan op de overwegingen van het Hof van Justitie in het Smallsteps-arrest omtrent het toezicht van een bevoegde overheidsinstantie. Het is dan ook de vraag of het (voorlopige) oordeel van de Hoge Raad zal standhouden.⁶⁹

De overwegingen van de Hoge Raad kan ik onderschrijven. Door de RC en de curator voor de faillietverklaring al in de procedure te betrekken in de hoedanigheid van beoogd RC en beoogd curator kunnen zij toezicht houden en invloed uitoefenen op het overnameproces. Dit zou het risico op oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht – een doorstart vanuit faillissement wordt gebruikt om te reorganiseren en zich zo op een goedkope manier van personeel te ontdoen of hun arbeidsvoorwaarden te verslechteren – verkleinen. Daarnaast verkleint dit het risico dat de RC en de curator worden geconfronteerd met een door de schuldenaar zelf voorbereide doorstart uit faillissement, waarbij zij ‘tekenen bij het kruisje’.⁷⁰

Voor de beoogd RC geldt dat hij in de stille voorbereidingsfase toezicht moet houden op de beoogd curator, zoals de RC toezicht houdt op de curator in een faillissementsprocedure. De beoogd curator moet ook voordat hij is aangesteld tot curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en de maatschappelijke belangen dienen, waaronder die van werkgelegenheid, als ware het faillissement reeds uitgesproken. In zoverre verschilt hun taak en positie dus niet met die van de RC en de curator in faillissement.⁷¹ Daarnaast geldt voor de beoogd curator dezelfde maatstaf voor aansprakelijkheid als voor de curator in faillissement.⁷² Daarbij moet hij rekening houden met de ‘Praktijkregels beoogd curator’ in de uitoefening van zijn taak.⁷³ Voorts dienen de beoogd RC en de beoogd curator hun werkzaamheden uit te voeren, rekening houdend met hun wettelijke taak na het uitspreken van faillissement.⁷⁴ Bovendien moeten de beoogd RC en de beoogd curator zich (nadat het faillissement is uitgesproken) verantwoorden door middel van openbare verslaglegging. Wanneer hieruit blijkt dat zij niet hebben gehandeld naar de aanwijzingen van de rechtbank, kan de rechtbank – bij wijze van sanctie – daaruit de gevolgtrekking maken die zij geraden acht, bijvoorbeeld het benoemen van andere personen als RC en curator in faillissement.⁷⁵

65. HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV c.s./Smallsteps), punt 53-57; Concl. A-G Mengozzi 29 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:241, bij HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV c.s./Smallsteps), onder 71 en 81-83.

66. Van der Pijl, JAR 2020/1057, p. 1267, in zijn noot onder HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 (Heiploeg); Concl. A-G Drijber, ECLI:NL:PHR:2019:1237, bij HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), onder 7.38.

67. HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 3.6.6, 3.10.1 en 3.10.2.

68. HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 3.10.2 en 5.2.

69. In deze zin ook Van der Pijl 2019, p. 684. Zie hierover ook Lintel & Van Zanten, TvI 2020/35, p. 253-255, in hun noot onder HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (Heiploeg).

70. Concl. A-G Drijber, ECLI:NL:PHR:2019:1237, bij HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), onder 3.3; Tollenaar 2018, par. 5; Kortmann & Kortmann 2018, par. 3.4, (i) en (iii); Kamerstukken II 2015/16, 34218, nr. 6, p. 4; Hurenkamp 2015, p. 125; Hurenkamp 2014, p. 105 en 106.

71. Art. 68 Fw en HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492, r.o. 3.2.2; art. 64 Fw en S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber (red.), Geschiedenis van de Faillissementswet 2-II (heruitgave Van der Feltz, II), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 2; HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 3.5.1 en 3.6.2.

72. HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492, r.o. 3.2.3 en 3.2.4; HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 (Heiploeg), r.o. 3.6.2.

73. Vereniging Insolventierechtadvocaten Insolad, Praktijkregels beoogd curator, www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/, par. 1.3 (laatst geraadpleegd op 2 oktober 2020); HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492, r.o. 3.2.2.

74. HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 3.6.2.

75. HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492, r.o. 3.2.2; HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JAR 2020/1057 m.nt. J. van der Pijl (Heiploeg), r.o. 3.10.1.

Op grond van het vorengaande betwijfel ik of er sprake is van een situatie waarin het overheidstoezicht op de faillissementsprocedure wordt uitgehold door de gang van zaken bij een pre-pack voorafgaand aan de faillissementsprocedure. De invloed van de RC en de curator wordt door deze gang van zaken juist eerder versterkt.⁷⁶ In zoverre lijkt de huidige praktijk te beantwoorden aan het doel van de richtlijn overgang van onderneming. Het strikt uitleggen van artikel 5 lid 1 doet hieraan naar mijn mening niets af. Het is afwachten of het Hof van Justitie in het onderhavige geval tot een andere beoordeling komt dan in het Smallsteps-arrest. De Hoge Raad lijkt daar met de vraagstelling van de prejudiciële vraag in ieder geval wel van uit te gaan.⁷⁷

Hoe dan ook, de onzekerheid met betrekking tot de voorwaarde van overheidstoezicht kan met de inwerkingtreding van WCO I relatief eenvoudig worden weggenomen. WCO I zorgt immers voor een codificatie van de pre-packpraktijk, waarmee het optreden van de beoogd RC en de beoogd curator een wettelijke grondslag krijgt.⁷⁸

4 Afsluiting

In deze bijdrage is onderzocht hoe het recent gewezen Heiploeg-arrest zich verhoudt tot het Smallsteps-arrest en wat de implicaties zijn van het – voorlopige – oordeel van de Hoge Raad inzake Heiploeg. Daartoe is het Heiploeg-arrest langs de meetlat van Smallsteps gelegd.

Zoals blijkt uit de bespreking van de arresten, is de rechts-onzekerheid die met het Smallsteps-arrest is ontstaan niet weggenomen door Heiploeg; integendeel zelfs. De onduidelijkheid over de vraag of en wanneer wordt voldaan aan de drie – cumulatieve – voorwaarden van artikel 5 lid 1 van de richtlijn overgang van onderneming bij een door een pre-pack voorbereide overgang van onderneming vanuit faillissement blijft bestaan. Derhalve blijft het tot het definitieve oordeel van het Hof van Justitie de vraag of alle werknemers met behoud van hun arbeidsvoorwaarden van rechtswege in dienst treden bij de verkrijger (ingevolge artikel 3 en 4 van de richtlijn overgang van onderneming).

Uit paragraaf 3.1.1 volgt dat voor de beantwoording van de vraag of de werknemersbescherming van de richtlijn overgang van onderneming van toepassing is, steeds aan de hand van de omstandigheden van het geval dient te worden vastgesteld of aan de voorwaarden van artikel 5 lid 1 wordt voldaan. In de praktijk zal het uiteindelijk aankomen op een toetsing van de tweede voorwaarde ('het doel van de faillissementsprocedure'). Aan de derde voorwaarde ('toezicht van een bevoegde overheidsinstantie') kan immers – gemakkelijk – worden voldaan

met de inwerkingtreding van WCO I (paragraaf 3.2.3). Net als het Hof van Justitie in Smallsteps heeft de Hoge Raad de pre-pack in Heiploeg getoetst aan de voorwaarden van artikel 5 lid 1.

Hoewel artikel 5 lid 1 van de richtlijn overgang van onderneming 'noodzakelijkerwijs strikt' moet worden uitgelegd, komt de Hoge Raad mijns inziens tamelijk eenvoudig tot het oordeel dat de omstandigheden in Heiploeg hebben geleid tot het voldoen aan de tweede voorwaarde van artikel 5 lid 1, dat de faillissementsprocedure is gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder (Heiploeg-oud). Ik ben van mening dat deze gang van zaken onwenselijk is, aangezien deze het voor werkgevers gemakkelijk maakt om te ontsnappen aan de toepassing van de werknemersbeschermende bepalingen van artikel 3 en 4. Ons hoogste rechtscollege lijkt met deze uitspraak te hebben geprobeerd de pre-packpraktijk overeind te houden.⁷⁹ Gezien de beoordeling van het Hof van Justitie in het Smallsteps-arrest zet ik vraagtekens bij de juistheid van de beoordeling van de Hoge Raad inzake Heiploeg. Tot het Hof van Justitie de prejudiciële vragen heeft beantwoord, lijkt het goed voorzichtig om te gaan met de toepassing van de pre-packmethode.

Zoals in paragraaf 2.1 beschreven, beoogt de wetgever de door het Smallsteps-arrest ontstane rechtsonzekerheid te ondervangen met het wetsvoorstel inzake Wet overgang van onderneming in faillissement. De wetgever maakt gebruik van de mogelijkheid de beschermingsregels van artikel 3 en 4 van de richtlijn overgang van onderneming ook – verzachtend – toe te passen in een faillissementsprocedure, ongeacht of de procedure is gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Hiermee is de discussie of en wanneer een pre-pack kan worden aangemerkt als een liquiditeitsprocedure dan wel voortzettingsprocedure niet meer relevant. Het is afwachten wat de Heiploeg-uitspraak betekent voor het voorliggende wetsvoorstel, zeker nu het Hof van Justitie met zijn antwoorden op de prejudiciële vragen van de Hoge Raad ook een einde kan maken aan de bestaande rechtsonzekerheid.⁸⁰ Mijns inziens doet de wetgever er verstandig aan de behandeling van het wetsvoorstel in ieder geval aan te houden tot de uitspraak van het Hof van Justitie, ook gezien het feit dat het wetsvoorstel een behoorlijke wijziging inhoudt van de huidige wettelijke regeling.⁸¹

76. In deze zin ook Tollenaar 2018, par. 5; Verstijlen 2017, p. 133; Kortmann & Kortmann 2018, par. 3.4, (iii) en 3.5. Anders: Van der Pijl 2018, p. 25 en 26; Van der Pijl 2019, p. 684.

77. Zie in deze zin ook Schaïnk, JOR 2020/162, p. 2022, in zijn noot onder HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 (Heiploeg).

78. In deze zin ook Tollenaar 2018, par. 5 en 7. Vieira doet enkele suggesties om het overheidstoezicht te versterken, zie Vieira 2017, p. 203.

79. Zie par. 2.1 en 3.1.3.

80. Hetzelfde geldt voor WCO I.

81. Zie par. 3.1.3.