

ECLI:NL:HR:2020:753

Instantie	Hoge Raad
Datum uitspraak	17-04-2020
Datum publicatie	17-04-2020
Zaaknummer	18/04401
Formele relaties	In cassatie op : ECLI:NL:GHARL:2018:6539 Conclusie: ECLI:NL:PHR:2019:1237
Rechtsgebieden	Arbeidsrecht
Bijzondere kenmerken	Cassatie
Inhoudsindicatie	Arbeidsrecht, faillissementsrecht. Pre-pack. Uitleg richtlijn 2001/23/EG. Positie werknemer bij overgang van onderneming. Art. 7:663 BW. Uitzondering van art. 7:666 BW. Door HvJEU 22 juni 2017, zaak C-126/16, ECLI:EU:C:2017/489 (Smallsteps) geformuleerde voorwaarden voor toepassing van uitzondering. Hoge Raad stelt prejudiciële vragen aan HvJEU.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

HOGE RAAD DER NEDERLANDEN

CIVIELE KAMER

Nummer 18/04401

Datum 17 april 2020

ARREST

In de zaak van

FEDERATIE NEDERLANDSE VAKBEWEGING,
gevestigd te Amsterdam,

EISERES tot cassatie,

hierna: FNV,

advocaat: F.M. Dekker,

tegen

1. HEIPLOEG SEAFOOD INTERNATIONAL B.V.,
gevestigd te Zoutkamp,

2. HEITRANS INTERNATIONAL B.V.,

gevestigd te Zoutkamp,

VERWEERSTERS in cassatie,

hierna gezamenlijk: Heiploeg-nieuw,

advocaat: B.I. Kraaipoel.

1. Procesverloop

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

- a. het vonnis in de zaak 4173357\CV EXPL 15-2564 van de kantonrechter te Almelo van 28 juli 2015;
- b. de arresten in de zaak 200.180.454 van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 2 mei 2017 en 17 juli 2018.

FNV heeft tegen de arresten van het hof beroep in cassatie ingesteld.

Heiploeg-nieuw heeft een verweerschrift tot verwerping ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal B.J. Drijber strekt tot vernietiging van het eindarrest en tot verwijzing.

De advocaten van partijen hebben schriftelijk op die conclusie gereageerd.

2 Uitgangspunten en feiten

2.1.1 De overwegingen 2-3.4.9 van dit tussenarrest zijn nodig voor de procedure voor de nationale rechter. Van die overwegingen zijn voor de procedure voor het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJEU) van belang 2.2, 2.3.1, 3.1, 3.3.1 en 3.4.1. De Hoge Raad is om die reden voornemens om in het eindarrest alleen de laatstgenoemde overwegingen en de overwegingen 3.5.1-5 van dit tussenarrest op te nemen.

2.1.2 Deze zaak gaat erover of een overgang van onderneming die plaatsvindt na de faillietverklaring van de vervreemder en die voorafgaand aan die faillietverklaring tijdens een 'pre-pack', zoals bedoeld hierna in 3.6.1-3.6.5, is voorbereid, valt onder de uitzonderingsbepaling van art. 7:666, aanhef en onder a, BW, die strekt ter implementatie van art. 5 lid 1 van de Richtlijn 2001/23/EG (hierna ook: de Richtlijn).¹ Indien die bepaling van toepassing is, gaan de rechten en verplichtingen die voor de werkgever voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een werknemer die werkzaam is in de overgenomen onderneming, niet van rechtswege over op de verkrijger.

2.2 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Het Heiploeg-concern (hierna: Heiploeg-oud) bestond uit – onder meer – de volgende bedrijven:

1. Heiploeg Holding B.V.
2. Noord Zuid Beheer B.V.
3. Heiploeg B.V.
4. Goldfish B.V.
5. Heiploeg Seafood B.V.
6. Heitrans B.V.
7. Heiploeg Beheer B.V.
8. Heiboer B.V.

(ii) De vennootschappen Heiploeg Holding B.V. en Noord Zuid Beheer B.V. hadden de functie van houdstermaatschappij. Heiploeg B.V. was de werkmaatschappij en had als bedrijfsomschrijving:

“Het exploiteren van een groothandel in vis, gepelde en ongepelde garnalen, puf en nest en visconserven; garnalenpellerij en garnalen- en garnalendoppenderij. Maal- en menginrichting en vismeel- en gritfabriek. Fabricage van grondstoffen voor Indische gerechten, import en/of

export van garnalen en vis. Al hetgeen tot bovengenoemde behoort, zowel de handel in haar onbewerkte, verwerkte en bewerkte producten.”

- (iii) Ten tijde van het faillissement vonden in Goldfish B.V. geen activiteiten meer plaats. Heiploeg Seafood B.V. fungeerde als personeelsvennootschap. Heitrans B.V. was de transportvennootschap binnen het concern. Heiploeg Beheer B.V. hield zich bezig met het beleggen in onroerende zaken, vorderingen, effecten en andere waarde-objecten. Heiboer B.V. hield zich bezig met de exploitatie van een of meer agrarische bedrijven.
- (iv) Heiboer B.V. en Heiploeg Beheer B.V. zijn wel gefailleerd, maar niet betrokken in de hierna te vermelden doorstart.
- (v) De hiervoor onder (i) genoemde vennootschappen waren gevestigd aan de Panserweg 4 te Zoutkamp. Daar vonden de feitelijke werkzaamheden van Heiploeg-oud plaats.
- (vi) Heiploeg-oud heeft in 2011 een verlies geleden van meer dan € 75 miljoen en moest banken benaderen voor herfinanciering. Over 2012 werd een verlies geleden van € 12,5 miljoen.
- (vii) Op 27 november 2013 heeft de Europese Unie aan een viertal vennootschappen van Heiploeg-oud een boete opgelegd van in totaal € 27.082.000,--. De door Heiploeg-oud benaderde banken waren niet bereid deze boete te financieren. De boete diende uiterlijk 28 februari 2014 te zijn voldaan.
- (viii) Vanaf het moment van de oplegging van de boete werden de mogelijkheden van een pre-pack onderzocht (zie voor de 'pre-pack' hierna in 3.6.1-3.6.6). Verscheidene partijen zijn uitgenodigd om een bieding te doen op de activa van Heiploeg. Drie partijen brachten een bieding uit. De bieding van Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. werd door Heiploeg-oud als beste beoordeeld en met haar werd verder onderhandeld.
- (ix) Bij brief van 15 januari 2014 hebben de vennootschappen van Heiploeg-oud de rechtbank Noord-Nederland verzocht een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris aan te wijzen die, zodra de faillissementsaanvraag van de verschillende Heiploeg vennootschappen wordt ingediend, tot curator en rechter-commissaris zouden worden benoemd.
- (x) Bij brief van 16 januari 2014 heeft de rechtbank twee beoogd curatoren (stille bewindvoerders) aangewezen en zich uitgelaten over de beoogd rechter-commissaris. In deze brief staat voorts het volgende:

“Doel van de regeling

Doel van deze regeling is het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De aanwijzing van de stille bewindvoerders biedt een mogelijkheid om in relatieve rust een verkoop of reorganisatie vanuit een insolventie voor te bereiden. Door de aanwijzing van de stille bewindvoerders en beoogd rechter-commissaris, kunnen betrokkenen voorafgaande aan de daadwerkelijke insolventie kennisnemen van hun standpunten tijdens insolventie. In het onderhavige geval heeft u aan het verzoek ten grondslag gelegd dat Heiploeg in onderhandeling is met een derde en met het bankenconsortium. De onderhandeling zou gebaat zijn bij de betrokkenheid van een stille bewindvoerder terwijl de productie voortgezet wordt.

Uitgangspunten

De stille bewindvoerders en beoogd rechter-commissaris hebben geen enkele wettelijke bevoegdheid of taak. Zij zijn feitelijk aanwezig om mee te kijken, zich te informeren en te laten informeren. De stille bewindvoerders en beoogd rechter-commissaris kunnen hun mening geven en waar nodig adviseren waarbij de beoogd rechter-commissaris toezicht houdt op het functioneren van de stille bewindvoerders en in beginsel alleen met hen contact heeft over de gang van zaken. De stille bewindvoerders en de beoogd rechter-commissaris laten zich daarbij leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, als ware de insolventie reeds uitgesproken. In het geval van een latere insolventieprocedure zal in de openbare verslagen verantwoording worden afgelegd over de periode van stille bewindvoering.

Heiploeg is gehouden volledige medewerking te verlenen aan de stille bewindvoerders. Heiploeg is onder meer gehouden om aan de stille bewindvoerders gevraagd en ongevraagd alle inlichtingen te verschaffen en inzicht te geven in haar administratie. De verantwoordelijkheid voor de juistheid en volledigheid van de verstrekte informatie, ligt bij betrokkenen.

(...)

Indien de rechtbank van oordeel is dat niet wordt voldaan aan de verplichtingen in deze brief of wordt gehandeld in strijd met het bij de aanwijzing van een stille bewindvoerder beoogde doel, dan kan de rechtbank daaruit de gevolgtrekking maken die zij geraden acht, waaronder het benoemen van een andere curator of bewindvoerder in het geval van een insolventie.”

(xi) Op 21 januari 2014 zijn in het handelsregister ingeschreven: Heiploeg Holding International B.V., Noord Zuid Beheer International B.V., Heiploeg International B.V., Goldfish International B.V., Heiploeg Seafood International B.V. en Heitrans International B.V.

Heiploeg Seafood International B.V. en Heitrans International B.V. zijn verweersters in cassatie en worden gezamenlijk aangeduid als Heiploeg-nieuw.

Bij de inschrijving van Heiploeg Holding International B.V. stond als bestuurder Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. vermeld en als aandeelhouder P.P.C.C. B.V. Bij de inschrijving van de overige vennootschappen stond steeds als bestuurder Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. vermeld, en als aandeelhouder Heiploeg Holding International B.V.

(xii) Op 27 januari 2014 hebben de vennootschappen Heiploeg Holding B.V., Heiploeg Beheer B.V., Heiploeg B.V., Goldfish B.V., Heiboer B.V., Heitrans B.V., Heiploeg Seafood B.V. en Noord Zuid Beheer B.V. de rechtbank Noord-Nederland verzocht hen in staat van faillissement te verklaren. Het faillissement van deze vennootschappen is op 28 januari 2014 door de rechtbank uitgesproken, met aanstelling van de twee stille bewindvoerders tot curatoren en benoeming van de beoogd rechter-commissaris tot rechter-commissaris.

(xiii) Op 28 januari 2014 om 12.30 uur hebben de curatoren een persbericht doen uitgaan waarin onder meer staat vermeld:

“Met de strategische partner Parlevliet & Van der Plas uit Katwijk is vervolgens tot een eindresultaat onderhandeld, dat voor de gezamenlijke schuldeisers naar het oordeel van de (beoogde) curatoren het best haalbare resultaat was gelet op de omstandigheden van het geval.”

(xiv) Heiploeg International B.V. is de nieuwe werkmaatschappij. Haar activiteiten worden in het handelsregister omschreven als:

“Het importeren, exporteren, verkopen, distribueren, het handelen in, de marketing van en het adviseren met betrekking tot alle in zoet- en zout water voorkomende vissen en organismen, en daaraan verwante producten, daaronder begrepen, maar niet beperkt tot schelp-, schaal- en weekdieren, als ook andere producten die van belang kunnen zijn voor de vennootschap.”

De werkzaamheden worden verricht aan de Panserweg 4 te Zoutkamp. Heiploeg Seafood International B.V. fungeert als personeelsvennootschap. Heitrans International B.V. verricht het transport voor de nieuwe vennootschappen en heeft personeel in dienst.

(xv) Van de circa 300 Nederlandse werknemers van Heiploeg-oud zijn 210 in dienst getreden van Heiploeg-nieuw. Zij verrichten veelal op hun oude werkplekken de werkzaamheden die zij ook voorafgaand aan het faillissement verrichtten, maar tegen minder gunstige arbeidsvoorwaarden. Heiploeg-nieuw heeft de bedrijfspanden van Heiploeg-oud in eigendom verworven en in gebruik genomen. Heiploeg-nieuw heeft nagenoeg dezelfde klantenkring als Heiploeg-oud voor de faillissementen had.

(xvi) Op 4 februari 2014 is het openbaar verslag van de curatoren, over de periode van stille bewindvoering, gepubliceerd. Daarin is onder meer het volgende opgenomen:

“Als gevolg van de opgelegde boete komen de reorganisatieplannen van de groep in een

stroomversnelling. Bestuurders, commissarissen en banken komen tot de conclusie dat een toekomstige verantwoorde exploitatie alleen mogelijk is na sanering al dan niet met een nieuwe aandeelhouder. Een door hen daartoe opgemaakt businessplan is gevalideerd door een gerenommeerd accountantskantoor. (...).

(...) Beoogd curatoren hebben op donderdag 16 januari jl. de eerste gesprekken gevoerd met de directie van de Heiploeg Group en haar advocaat. Het beoogde doorstartplan is daarin ter sprake gebracht en er zijn werkafspraken gemaakt. (...)."

Bij de datum 22 januari 2014 staat vermeld:

"De eerste door mr Bouman opgestelde koopovereenkomst tussen banken en [Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V.] komt beschikbaar. Diverse partijen verstrekken input voor verdere invulling. (...)."

Bij de datum 24 januari 2014 staat vermeld:

"Beoogd curatoren hebben in de ochtend een voortgangsoverleg op de rechtbank gehad met de beoogd rechter-commissaris onder meer omtrent de concept activaovereenkomst. Verder is deze dag tussen directie, beoogd curatoren en koper onder meer de concept activaovereenkomst onderwerp van debat, zoals de arbeidsvoorwaarden en het minimaal te noemen aantal werknemers dat in de doorstart betrokken wordt, de bepalingen omtrent eigendomsvoorbeholden, bepalingen omtrent retentierechten ingeroepen in het buitenland en in Nederland etc."

Bij 25 en 26 januari 2014 staat vermeld:

"Verdere voortgang concept koopovereenkomst."

Bij 27 januari 2014 staat vermeld:

"Er is dan weliswaar op de meeste punten een akkoord over de activa overeenkomst bereikt tussen de directie, banken en koper, echter er zijn nog wel diverse open einden (waar de hele volgende dag, 28 januari overlopende in 29 januari diep in de nacht nog over (door) onderhandeld is door curatoren, banken en koper)."

(xvii) Op 24 februari 2014 is het eerste faillissementsverslag van de curatoren gepubliceerd. Daarin is onder meer het volgende opgenomen:

"De stille bewindvoering heeft geduurd van 16 tot en met 27 januari 2014, waarna op 28 januari de faillissementen zijn uitgesproken.

(...)

De curatoren hebben in de loop van de dag over de (inhoud van de) activa overeenkomst met de banken en [Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V.] onderhandeld tot 29 januari 's ochtends vroeg om 3 uur de handtekeningen gezet konden worden. Daarmee was de doorstart onder de naam Heiploeg International B.V. een feit."

Procesverloop

2.3.1 FNV vordert in deze procedure, samengevat en voor zover in cassatie van belang, een verklaring voor recht (i) dat op de doorstart van de Heiploeg-oud vennootschappen in de Heiploeg-nieuw vennootschappen, de Richtlijn van toepassing is, en (ii) dat de werknemers van de Heiploeg-oud vennootschappen op grond van een richtlijnconforme interpretatie van art. 7:662 e.v. BW bij (een van de) Heiploeg-nieuw (vennootschappen) in dienst zijn getreden met behoud van hun arbeidsvoorwaarden. Daarnaast vordert FNV, kort gezegd, veroordeling van Heiploeg-nieuw tot hetgeen waartoe

zij is gehouden indien art. 7:662 BW op het onderhavige geval van toepassing is.

2.3.2 De rechtbank heeft de vorderingen van FNV afgewezen.² Daartoe heeft de rechtbank, samengevat, overwogen dat art. 7:666 BW van toepassing is op de in het geding zijnde overgang van onderneming, ook wanneer deze bepaling richtlijnconform wordt uitgelegd aan de hand van art. 5 lid 1 van de Richtlijn, zodat (onder meer) art. 7:663 BW niet van toepassing is.

2.3.3 Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd. Daartoe heeft het, voor zover in cassatie van belang, als volgt overwogen.³

De uitzondering van art. 5 lid 1 van de Richtlijn is slechts van toepassing als is voldaan aan de drie in dat artikel genoemde voorwaarden. Die voorwaarden zijn dat (i) de vervreemder moet zijn verwickeld in een faillissementsprocedure of een gelijksoortige procedure, (ii) de procedure moet zijn ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de onderneming en (iii) de procedure onder toezicht moet staan van een bevoegde overheidsinstantie. (rov. 2.4)

In dit geding staat niet ter discussie dat Heiploeg-oud verwickeld was in een faillissementsprocedure of een gelijksoortige procedure. (rov. 2.7)

Uit het arrest van het HvJEU van 22 juni 2017 in de zaak Smallsteps (hierna: het Smallsteps-arrest),⁴ kan niet worden afgeleid dat een voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide en na dat moment uitgevoerde doorstart, al dan niet in de vorm van een pre-pack, in geen geval onder de in art. 5 van de Richtlijn bedoelde uitzondering kan vallen. Er moet steeds worden nagegaan of is voldaan aan de drie in art. 5 lid 1 van de Richtlijn genoemde voorwaarden, waarbij rekening moet worden gehouden met alle omstandigheden van het geval. (rov. 2.8)

Niet is weersproken dat het faillissement van Heiploeg-oud vanaf 27 november 2013 onafwendbaar was. (rov. 2.9)

In de daaropvolgende periode is gekeken naar de mogelijkheid van een doorstart. Drie partijen hebben een bod uitgebracht en van die drie bleek Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. de hoogste bieder. Met deze vennootschap is verder onderhandeld door de inmiddels door de rechtbank in haar brief van 16 januari 2014 genoemde beoogd curatoren. In deze brief heeft de rechtbank uitdrukkelijk vastgelegd dat doel van de regeling was het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Ook de banken, aan wie de activa waren overgedragen, waren uit op een zo hoog mogelijke opbrengst. De curatoren in het faillissement van Heiploeg-oud hebben te kennen gegeven dat zij zich in de periode voorafgaand aan het faillissement uitsluitend hebben gericht op de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud en dat zij in dat kader hebben beoordeeld of een verkoop van de activa '*going concern*' in het belang van de schuldeisers was. Pas na de faillietverklaring is overeenstemming met Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. bereikt over de verkoop van de activa. (rov. 2.10)

Uit de hiervoor omschreven omstandigheden moet worden opgemaakt dat de faillissementsprocedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud. Hieraan doet niet af dat reeds voor het faillissement contacten zijn opgenomen met geïnteresseerde partijen over een verkoop als *going concern* en dat daarover vervolgens met een van deze partijen onderhandelingen zijn gevoerd. Daarbij wordt mede in aanmerking genomen dat het noodzakelijk was dat werd voorkomen dat het productieproces met meer dan één dag zou worden onderbroken. Als deze onderbreking langer zou zijn, zou de medewerking van de banken niet langer zijn gewaarborgd, met als waarschijnlijk gevolg dat de verkoop als *going concern* niet zou doorgaan en de opbrengst van de activa – en daarmee ook het voor de schuldeisers beschikbare bedrag – aanzienlijk lager zou zijn. (rov. 2.11)

Ook is voldaan aan de voorwaarde van art. 5 lid 1 van de Richtlijn dat de overeenkomst is gesloten onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie. In de periode voorafgaand aan het faillissement beschikten de beoogd curatoren (en ook de beoogd rechter-

commissaris) formeel over geen enkele bevoegdheid. Dat veranderde op 28 januari 2014, toen het faillissement werd uitgesproken. Op dat moment was er nog geen overeenstemming over de verkoop van de activa. Er is verder onderhandeld en pas in de nacht van 28 op 29 januari 2014 is uiteindelijk overeenstemming bereikt. Op dat moment waren de curatoren als enigen bevoegd om namens Heiploeg-oud op te treden. Zij hadden bovendien voor het sluiten van de overeenkomst met Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. de toestemming nodig van de inmiddels ook benoemde rechter-commissaris. Deze toestemming is door de rechter-commissaris verleend. De overeenkomst is daarmee gesloten onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie. (rov. 2.12)

3 Beoordeling van het middel

De klachten in cassatie: onderdelen 1-3

3.1 De onderdelen 1-3 van het middel klagen vanuit diverse invalshoeken over het oordeel van het hof (in rov. 2.8-2.12) dat in het onderhavige geval is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van art. 7:666, aanhef en onder a, BW, uitgelegd in het licht van art. 5 lid 1 van de Richtlijn.

In de kern komen de klachten van de onderdelen 1 en 2 erop neer dat het hof (in rov. 2.8-2.11) ten onrechte heeft geoordeeld dat is voldaan aan de voorwaarde van art. 5 lid 1 van de Richtlijn dat het moet gaan om een procedure die wordt ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. De klachten van onderdeel 3 komen er in de kern op neer dat het hof (in rov. 2.12) ten onrechte heeft geoordeeld dat is voldaan aan de voorwaarde van art. 5 lid 1 van de Richtlijn dat de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie moet staan.

3.2 Deze klachten lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

De twee hoofdvragen en de verdere indeling van dit arrest

3.3.1 Tussen partijen is niet in geschil dat Heiploeg-oud verwickeld was in een faillissementsprocedure, zoals bedoeld in art. 5 lid 1 van de Richtlijn (zie rov. 2.7 van het hof-arrest, in cassatie onbestreden).

3.3.2 De Hoge Raad zal in het navolgende eerst de relevante nationaalrechtelijke en Unierechtelijke bepalingen en de jurisprudentie van het HvJEU over overgang van onderneming bij faillissement schetsen (zie hierna in 3.4.1-3.4.9). Vervolgens wordt ingegaan op de Nederlandse faillissementsprocedure (zie hierna in 3.5.1-3.5.3), de pre-pack in Nederland (zie hierna in 3.6.1-3.6.6) en de omstandigheden van dit geval (3.7, 3.9.1 en 3.10.1). Een en ander leidt ertoe dat de Hoge Raad prejudiciële vragen zal stellen aan het HvJEU (zie hierna in 3.8-3.10.2). De Hoge Raad zal voorts toelichten waarom hij van oordeel is dat het antwoord op de vragen die in deze zaak aan de orde zijn, niet kan worden afgeleid uit het Smallsteps-arrest (zie hierna in 3.11.1-3.11.3).

Overgang van onderneming bij faillissement

3.4.1 Art. 7:663 BW bepaalt dat door de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer, van rechtswege overgaan op de verkrijger. Art. 7:663 BW is ingevolge het bepaalde in art. 7:666, aanhef en onder a, BW niet van toepassing op de overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Art. 7:663 BW en art. 7:666, aanhef en onder a, BW vormen de implementatie van (de

voorgangers van) art. 3 lid 1 en art. 5 lid 1 van de Richtlijn en moeten om die reden richtlijnconform worden uitgelegd.⁵

3.4.2 Art. 3 lid 1 van de Richtlijn bepaalt onder meer dat de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, door deze overgang overgaan op de verkrijger. Krachtens art. 5 lid 1 van de Richtlijn is art. 3 van de Richtlijn 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).

Bij het opnemen van de uitzondering van art. 5 lid 1 in (een voorloper van) de Richtlijn is overwogen "dat het de lidstaten, teneinde het voortbestaan van insolvente ondernemingen te verzekeren, uitdrukkelijk moet worden toegestaan de artikelen 3 en 4 (...) niet toe te passen op een overgang in het kader van een liquidatieprocedure en dat op de algemene bepalingen van de richtlijn sommige uitzonderingen moeten worden toegestaan in geval van overgang in het kader van insolventieprocedures" en "dat dergelijke afwijkingen ook moeten worden toegestaan aan een lidstaat die speciale procedures kent ter bevordering van het voortbestaan van bedrijven waarvan is erkend dat zij in ernstige financiële moeilijkheden verkeren".⁶

3.4.3 De overgang van een onderneming valt onder de uitzondering van art. 5 lid 1 van de Richtlijn als aan drie cumulatieve voorwaarden is voldaan: (i) de vervreemder is verwickeld in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure, die (ii) is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en (iii) onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie.⁷ Omdat art. 5 lid 1 van de Richtlijn afwijkt van het hoofddoel van de Richtlijn – bescherming van werknemers, met name door het behoud van hun rechten veilig te stellen bij overgang van een onderneming –, moet deze bepaling strikt worden uitgelegd.⁸

3.4.4 In het onderhavige geval gaat het om de tweede en derde voorwaarde van art. 5 lid 1 van de Richtlijn.

3.4.5 De tweede voorwaarde die art. 5 lid 1 van de Richtlijn stelt, is dat de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure wordt ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Daaraan is voldaan als de procedure strekt tot liquidatie van het vermogen van de schuldenaar met het oog op uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers.⁹ Een dergelijke procedure zorgt voor een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers.¹⁰

3.4.6 Het HvJEU heeft overwogen dat een faillissementsprocedure of soortgelijke procedure die wordt ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, moet worden onderscheiden van een procedure die ertoe strekt de activiteit van de onderneming voort te zetten, zoals de Nederlandse procedure van „surséance van betaling”.¹¹ Een procedure als de pre-pack impliceert daadwerkelijk het faillissement en kan dus onder het begrip faillissementsprocedure in de zin van art. 5 lid 1 van de Richtlijn vallen.¹² Het HvJEU heeft overwogen dat een procedure die de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt, vanzelfsprekend niet voldoet aan de voorwaarde dat procedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder.¹³

3.4.7 Een procedure beoogt de voortzetting van de activiteit van de onderneming indien zij is bedoeld om het operationele karakter van de onderneming of van de levensvatbare onderdelen daarvan veilig te stellen.¹⁴ Daarvan is bijvoorbeeld sprake indien de procedure

ertoe strekt de onderneming in een zodanig evenwicht te brengen dat haar werkzaamheid voor de toekomst verzekerd is.¹⁵

In het geval een procedure de voortzetting van de activiteiten van de onderneming beoogt, kan het economische en sociale doel van die procedure niet verklaren en ook niet rechtvaardigen dat bij een volledige of gedeeltelijke overgang van de betrokken onderneming, de werknemers van deze onderneming worden beroofd van de rechten die de Richtlijn hun toekent.¹⁶

3.4.8 Bij de beantwoording van de vraag of een faillissementsprocedure of soortgelijke procedure wordt ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder dan wel met het oog op voortzetting van de activiteit van de onderneming, is beslissend welk doel met de betrokken procedure wordt beoogd¹⁷: de liquidatie van het vermogen van de schuldenaar met het oog op uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers of de voortzetting van de activiteiten van de onderneming. Niet is uitgesloten dat een zekere overlap bestaat tussen de doelen die een bepaalde procedure nastreeft.¹⁸

3.4.9 De derde voorwaarde die art. 5 lid 1 van de Richtlijn stelt, is dat de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure onder toezicht staat van een overheidsinstantie, die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn. Indien de gang van zaken voorafgaand aan de daadwerkelijke faillissementsprocedure zodanig is dat elk eventueel toezicht door een bevoegde overheidsinstantie op de faillissementsprocedure grotendeels kan worden uitgehold, is aan deze voorwaarde niet voldaan.¹⁹

De faillissementsprocedure in Nederland

3.5.1 Naar Nederlands recht wordt de schuldenaar ingevolge art. 1 lid 1 Faillissementswet (hierna: Fw), op eigen aangifte of op verzoek van (een van) zijn schuldeisers, door de rechter in staat van faillissement verklaard indien hij (i) in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen en (ii) meer dan één schuldeiser heeft.

Bij het vonnis waarin de rechter de schuldenaar in staat van faillissement verklaart, worden een curator aangesteld en een rechter-commissaris benoemd. De curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel (art. 68 lid 1 Fw) en moet zich laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en daarbij ook rekening houden met maatschappelijke belangen, waaronder het belang van werkgelegenheid.²⁰ De rechter-commissaris houdt hierop toezicht (art. 64 Fw) en gaat daarbij na of de curator binnen de grenzen van de wet blijft, handelt in het belang van de gezamenlijke schuldeisers en zijn taak behoorlijk vervult.²¹

Op grond van art. 10 Fw hebben derden recht van verzet tegen de faillietverklaring gedurende acht dagen na de dag van de uitspraak. Op de voet hiervan kunnen bijvoorbeeld werknemers, of een vakbond als FNV namens hen, opkomen tegen het uitspreken van het faillissement. De curator kan de arbeidsovereenkomsten opzeggen van werknemers die in dienst zijn van de gefailleerde, met inachtneming van een opzegtermijn van maximaal zes weken (art. 40 Fw).

3.5.2 De faillissementsprocedure in Nederland heeft ten doel het vermogen van de schuldenaar te verdelen onder diens gezamenlijke schuldeisers²² en beoogt daarbij de hoogst mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers te bewerkstelligen. Een van de wijzen waarop dat doel kan worden bereikt, is door verkoop als *going concern* van (een deel van) de onderneming die tot het vermogen van de schuldenaar behoort.

De hierna in 3.6.1-3.6.6 te beschrijven, zogenoemde pre-pack draagt eraan bij dat de curator die in het kader van de liquidatie van het vermogen van de schuldenaar moet beslissen over de verkoop als *going concern* van (een deel van) de onderneming die tot het vermogen van de schuldenaar behoort, beschikt over de informatie die nodig is om de beoordelen of die verkoop daadwerkelijk het beste middel is om de hoogst mogelijke

uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers te bewerkstelligen.

- 3.5.3 Uit het voorgaande volgt dat als uitgangspunt heeft te gelden (i) dat de Nederlandse faillissementsprocedure een procedure is die de liquidatie van het vermogen van de schuldenaar beoogt en (ii) dat deze procedure onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie. De vraag is of dit, zoals uit het Smallsteps-arrest wel is afgeleid, anders is in alle gevallen waarin het faillissement is voorafgegaan door een pre-pack.

De pre-pack in Nederland

- 3.6.1 Een pre-pack is een niet in de Faillissementswet of andere wettelijke regeling voorziene procedure die plaatsvindt voorafgaand aan de faillietverklaring van de schuldenaar, waarbij de verkoop wordt voorbereid van (een deel van) de onderneming die tot het na de faillietverklaring te liquideren vermogen van de schuldenaar behoort. Die voorbereidingen bestaan doorgaans onder meer erin dat met een of meer gegadigden wordt onderhandeld over een overeenkomst op grond waarvan (een deel van) de onderneming na faillietverklaring op deze zal overgaan.

Het onderscheidende kenmerk van een pre-pack ten opzichte van andere voorafgaand aan een faillietverklaring voorbereide verkooptransacties, is dat zij wordt geobserveerd door een door de rechtbank aangewezen 'beoogd curator' en een 'beoogd rechter-commissaris'.

- 3.6.2 De positie van de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris is niet in de wet geregeld en zij hebben dan ook geen wettelijke bevoegdheden.

In de rechtspraak van de Hoge Raad is het volgende overwogen over positie en de taken van de beoogd curator. Deze worden bepaald door de opdracht van de rechter die de beoogd curator aanwijst en door de aanwijzingen van die rechter of van de daartoe aangewezen beoogd rechter-commissaris. Dat betekent dat de beoogd curator zich – evenals de curator in de faillissementsprocedure (zie hiervoor in 3.5.1) – in de fase voorafgaand aan de faillietverklaring moet laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en daarbij ook rekening moet houden met maatschappelijke belangen, waaronder het belang van werkgelegenheid.²³ In zoverre verschilt de taak van de beoogd curator niet van die van de curator. De beoogd curator kan op gelijke wijze als de curator verantwoordelijk worden gehouden voor een tekortschieten in zijn taakvervulling. Hiermee strookt dat ook de persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curator wordt beoordeeld aan de hand van een maatstaf die aansluit bij de maatstaf die geldt voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de curator in faillissement. Onderzocht moet worden of de beoogd curator heeft gehandeld zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende beoogd curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.²⁴

Voorts geldt dat de beoogd rechter-commissaris – evenals de rechter-commissaris in de faillissementsprocedure (zie hiervoor in 3.5.1) – in de fase voorafgaand aan de faillietverklaring toezicht houdt op de beoogd curator en dus nagaat of de beoogd curator binnen de grenzen van de wet blijft, handelt in het belang van de gezamenlijke schuldeisers en zijn taak behoorlijk vervult.

De betrokkenheid van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris bij een pre-pack is van wezenlijk belang, omdat zij bij het uitspreken van het (opvolgende) faillissement in de regel tot curator en rechter-commissaris worden benoemd (zie hierna 3.6.5) en daarom bij het uitvoeren van hun werkzaamheden tijdens de pre-pack, rekening houden met hun wettelijke taak na het uitspreken van het faillissement.

- 3.6.3 Onderdeel van een pre-pack is dat op enig moment het faillissement van de rechtspersoon tot wiens vermogen de onderneming behoort, wordt aangevraagd en uitgesproken. Dat gebeurt in een reguliere faillissementsprocedure, zoals hiervoor in 3.5.1-3.5.3 kort beschreven. Een overeenkomst op grond waarvan de onderneming overgaat en die tijdens een pre-pack is voorbereid, wordt pas gesloten en uitgevoerd nadat het faillissement is

uitgesproken en de door de rechtbank benoemde curator en rechter-commissaris beschikken over hun wettelijke bevoegdheden.

3.6.4 Voor de curator en de rechter-commissaris gelden dezelfde eisen van objectiviteit en onafhankelijkheid die gelden voor een curator en rechter-commissaris in een faillissement waaraan geen pre-pack is voorafgegaan. Zij zijn, nadat het faillissement is uitgesproken, ongeacht de mate van hun betrokkenheid voorafgaand aan de faillietverklaring, op grond van hun wettelijke taak gehouden te beoordelen of de voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van (een deel van) de onderneming in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, en indien zij deze vraag ontkennend beantwoorden, te beslissen dat die overgang geen doorgang zal vinden. Bovendien zijn zij steeds bevoegd om op andere gronden te beslissen dat een voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van (een deel van) de onderneming niet zal plaatsvinden, bijvoorbeeld omdat andere maatschappelijke belangen, zoals het belang van werkgelegenheid, zich daartegen verzetten.

3.6.5 Bij het uitspreken van het faillissement worden in de regel de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris benoemd tot curator en rechter-commissaris, hoewel de rechtbank ook andere personen als zodanig kan benoemen.

Indien de curator en de rechter-commissaris voorafgaand aan de faillietverklaring de voorbereidingen voor de overgang van (een deel van) de onderneming hebben geobserveerd, zijn zij op het moment dat het faillissement wordt uitgesproken van de stand van zaken op de hoogte en kunnen zij dus snel handelen. Hiermee wordt bewerkstelligd dat (een deel van) de onderneming, nadat het faillissement is uitgesproken, niet of slechts kortstondig stil komt te liggen. Dit draagt eraan bij dat bij de overgang van (een deel van) de onderneming de hoogst mogelijke opbrengst voor de schuldeisers kan worden bewerkstelligd. In het algemeen brengt de verkoop van een draaiende onderneming (*going concern*) immers meer op dan de verkoop van een stilliggende onderneming. Tevens kan verkoop van (een deel van) de onderneming bijdragen aan het behoud van werkgelegenheid, doordat de overnemende partij bereid is een deel van de in de onderneming werkzame personen in dienst te nemen, terwijl verkoop van de afzonderlijke bestanddelen van de onderneming tot een verlies van alle arbeidsplaatsen zou leiden.

3.6.6 Uit dit een en ander volgt dat het primaire doel van een pre-pack is om bij de liquidatie van het vermogen van de schuldenaar de hoogst mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers te bereiken en dat de pre-pack daarnaast eraan bijdraagt dat (een deel van) de werkgelegenheid wordt behouden. Verder volgt uit een en ander dat het stelsel van de Faillissementswet erop is gericht te voorkomen dat het overheidstoezicht in de faillissementsprocedure wordt uitgehold door een aan die faillissementsprocedure voorafgaande pre-pack.

Was het faillissement in het onderhavige geval onafwendbaar?

3.7 In het onderhavige geval staat vast dat Heiploeg-oud in 2011 en 2012 aanzienlijke verliezen heeft geleden, dat de Europese Unie op 27 november 2013 aan vier vennootschappen van het concern een boete heeft opgelegd van ruim € 27 miljoen en dat de banken, aan wie alle activa waren overgedragen, niet bereid waren dit bedrag te financieren. Het hof heeft (in rov. 2.9) overwogen dat Heiploeg-nieuw onbetwist heeft gesteld dat deze omstandigheden maakten dat het faillissement van Heiploeg-oud onafwendbaar was. Het tegen dat oordeel gerichte onderdeel 2.7 van het cassatiemiddel, dat klaagt dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk is omdat FNV wel degelijk zou hebben weersproken dat het faillissement van Heiploeg-oud onafwendbaar was, faalt. Uit de in het onderdeel aangehaalde vindplaatsen blijkt dat FNV alleen bij gebrek aan wetenschap heeft betwist dat het faillissement van Heiploeg-oud onafwendbaar was. Het hof is kennelijk van oordeel geweest dat die betwisting in dit geval onvoldoende was. Dat oordeel is, in

het licht van de zojuist genoemde vaststaande omstandigheden, niet onbegrijpelijk.

Dit betekent dat in de onderhavige cassatieprocedure uitgangspunt is dat het faillissement van Heiploeg-oud onafwendbaar was.

Vragen over de uitleg van bepalingen van Unierecht

- 3.8 De Hoge Raad dient met inachtneming van het bovenstaande te beoordelen of de door de faillietverklaring gevolgde pre-pack in het onderhavige geval (i) kan worden aangemerkt als een procedure die is gericht op de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud en (ii) onder toezicht stond van een overheidsinstantie.

Ten aanzien van (i): is de door de faillietverklaring gevolgde pre-pack gericht op liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud?

- 3.9.1 Uit de hiervoor in 2.2 opgenomen uitgangspunten en feiten en hetgeen hiervoor in 3.7 is overwogen, blijkt het volgende. Vast staat dat het faillissement van Heiploeg-oud onafwendbaar was. Toen duidelijk was dat dit het geval was, heeft Heiploeg-oud de mogelijkheid onderzocht van een doorstart van de levensvatbare onderdelen van de onderneming. Drie partijen hebben een bod uitgebracht, waarna bleek dat het hoogste bod was uitgebracht door Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V., een rechtspersoon waarvan niet is gesteld of gebleken dat hij op enige wijze was gelieerd aan Heiploeg-oud. Heiploeg-oud is met Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. in onderhandeling getreden.

Op verzoek van Heiploeg-oud zijn daarna door de rechtbank twee beoogd curatoren en een beoogd rechter-commissaris aangewezen.

De brief van de rechtbank waarbij de beoogd curatoren en de beoogd rechter-commissaris zijn aangewezen (zie hiervoor in 2.2 onder (x)), houdt in dat met de pre-pack de belangen van de gezamenlijke schuldeisers nagestreefd moesten worden, als ware het faillissement reeds uitgesproken en dat het doel van de regeling is het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De beoogd curatoren hebben de onderhandelingen met Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. voortgezet. Uit de verklaringen en de faillissementsverslagen van de beoogd curatoren blijkt dat in de periode voorafgaand aan de faillietverklaring, in overeenstemming met de inhoud van de brief van de rechtbank, is onderzocht of dat doel viel te verwezenlijken door het vermogen van Heiploeg-oud aldus te liquideren dat het levensvatbare deel van haar onderneming als *going concern* zou overgaan op een derde. De beoogd curatoren hebben mede onderzocht hoeveel arbeidsplaatsen voor de in Heiploeg-oud werkzame personen bij deze wijze van liquidatie behouden konden blijven (zie hiervoor in 2.2 onder (xvi)).

Dat de pre-pack aldus was ingericht dat de beoogd curatoren en de beoogd rechter-commissaris daarbij in de periode voorafgaand aan de faillietverklaring betrokken zijn, was van wezenlijk belang voor de daadwerkelijke verwezenlijking van het nagestreefde doel de hoogst mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers van Heiploeg-oud te bewerkstelligen. In de eerste plaats diende te worden voorkomen dat het productieproces met meer dan één dag zou worden onderbroken, omdat als de onderbreking langer zou duren, de medewerking van de banken niet langer zou zijn gewaarborgd, in verband met de hiervoor in 2.2 onder (ii) beschreven aard van de ondernemingen, met als waarschijnlijk gevolg dat de verkoop als *going concern* niet zou doorgaan en de opbrengst van de afzonderlijke activa – en daarmee het voor de schuldeisers beschikbare bedrag – aanzienlijk lager zou zijn. In de tweede plaats was aldus verzekerd dat de beoogd curatoren en de beoogd rechter-commissaris, indien zij bij het uitspreken van het faillissement door de rechtbank zouden worden benoemd tot curator en rechter-commissaris, op grond van hun wettelijke taak zouden beoordelen of de voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van de levensvatbare onderdelen van de onderneming van Heiploeg-oud in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, en indien zij deze vraag ontkennend zouden beantwoorden, zouden beslissen dat die overgang geen doorgang zal vinden.

3.9.2 Het voorgaande betekent dat in het onderhavige geval de door faillietverklaring gevolgde pre-pack moet worden aangemerkt als een procedure die de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud beoogde en die naar het voorlopig oordeel van de Hoge Raad in zoverre onder het toepassingsbereik van de in art. 5 lid 1 van de Richtlijn bedoelde uitzondering valt. Daarover kan echter – mede gelet op het Smallsteps-arrest (zie hierna in 3.11.1) – redelijkerwijs twijfel bestaan. De Hoge Raad zal hierop gerichte vragen aan het HvJEU voorleggen. Die vragen zijn noodzakelijk voor de beoordeling van de door de onderdelen 1 en 2 van het cassatiemiddel aan de orde gestelde problematiek (zie hiervoor in 3.1).

Ten aanzien van (ii): stond de pre-pack onder overheidstoezicht?

3.10.1 Uit de hiervoor in 2.2 opgenomen uitgangspunten en feiten blijkt het volgende. De rechtbank heeft in haar brief waarbij zij de beoogd curatoren en beoogd rechter-commissaris in het faillissement van Heiploeg-oud heeft aangewezen, benadrukt dat dezen zich in de fase voorafgaand aan de faillietverklaring moeten laten leiden door het door de rechtbank geduide doel, te weten het dienen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, waarbij de beoogd rechter-commissaris toezicht houdt op het functioneren van de beoogd curatoren en in beginsel alleen met hen contact heeft, dit alles als ware het faillissement reeds uitgesproken. De rechtbank heeft aangekondigd dat zij in het geval van een latere insolventieprocedure zou controleren of de beoogd curatoren en beoogd rechter-commissaris de aanwijzing hebben opgevolgd, ten behoeve van welke controle in de openbare verslagen verantwoording moest worden afgelegd over de periode van stille bewindvoering. Tot slot heeft de rechtbank aangekondigd dat indien naar haar oordeel zou zijn gehandeld in strijd met het doel van de regeling, de rechtbank daaruit de gevolgen zou trekken die zij geraden zou achten, waaronder het benoemen van andere personen als curatoren op het moment dat het faillissement wordt uitgesproken. Uit het feit dat de rechtbank bij het uitspreken van het faillissement van Heiploeg-oud de beoogd curatoren en de beoogd rechter-commissaris heeft benoemd tot curatoren en rechter-commissaris, kan worden afgeleid dat zij zich tijdens de pre-pack hebben gehouden aan de aanwijzingen. Hoewel de overeenkomst op grond waarvan de onderneming is overgegaan, tijdens de pre-pack was voorbereid, was deze overeenkomst op het moment dat het faillissement van Heiploeg-oud werd uitgesproken, nog niet gesloten. Nadat het faillissement op 28 januari 2014 was uitgesproken, golden voor de curator en de rechter-commissaris dezelfde eisen van objectiviteit en onafhankelijkheid die gelden voor een curator en rechter-commissaris in een faillissement waaraan geen pre-pack is voorafgegaan. De curatoren en de rechter-commissaris in het faillissement van Heiploeg-oud waren dus op grond van hun wettelijke taak gehouden te beoordelen of de voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van de levensvatbare onderdelen van de onderneming van Heiploeg-oud in het belang was van de gezamenlijke schuldeisers, en indien zij deze vraag ontkennend zouden hebben beantwoord, te beslissen dat die overgang geen doorgang zou vinden. Daarnaast waren zij bevoegd om op andere gronden te beslissen dat de voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van de levensvatbare onderdelen van de onderneming geen doorgang zou vinden.

De overeenkomst is in de nacht van 28 op 29 januari 2014 gesloten.

3.10.2 Het voorgaande betekent dat het toezicht door een bevoegde overheidsinstantie waarin de Nederlandse faillissementsprocedure voorziet met de benoeming van een curator en rechter-commissaris, naar het voorlopig oordeel van de Hoge Raad in dit geval niet is uitgehold door de gang van zaken bij de pre-pack voorafgaand aan de faillietverklaring van Heiploeg-oud. Ook hierover kan echter – mede gelet op het Smallsteps-arrest (zie hierna in 3.11.2) – redelijkerwijs twijfel bestaan, zodat de Hoge Raad een hierop gerichte vraag aan het HvJEU zal voorleggen. Die vraag is noodzakelijk voor de beoordeling van de door onderdeel 3 van het cassatiemiddel aan de orde gestelde kwestie (zie hiervoor in 3.1).

Onderscheid met het Smallsteps-arrest

- 3.11.1 Het HvJEU heeft in het Smallsteps-arrest ten aanzien van de vraag of de in die zaak aan de orde zijnde pre-pack voldeed aan de voorwaarde dat de faillissementsprocedure moet zijn ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, overwogen dat onder de omstandigheden van dat geval en onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter aan deze voorwaarde niet was voldaan.²⁵
- 3.11.2 Met betrekking tot de vraag of de in die zaak aan de orde zijnde pre-pack voldeed aan de voorwaarde dat de faillissementsprocedure onder toezicht moet staan van een bevoegde overheidsinstantie, heeft het HvJEU in het Smallsteps-arrest overwogen dat aan deze voorwaarde in het geval van Smallsteps evenmin was voldaan.²⁶
- 3.11.3 In de eerste plaats wijst de Hoge Raad erop dat het hiervoor in 3.11.1 genoemde oordeel van het HvJEU in punt 50 is gegeven 'onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter'. De Hoge Raad leidt hieruit af dat het aan de nationale rechter is om te beoordelen of in een aan hem voorgelegd geval sprake is van een pre-pack die is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder.
In de tweede plaats is de Hoge Raad van oordeel dat hetgeen hiervoor in 3.5.1-3.5.3 en 3.6.1-3.6.6 is opgemerkt over het Nederlandse faillissementsrecht en het doel en de inrichting van de pre-pack in het algemeen, niet in de volle omvang aan het HvJEU is voorgelegd in de zaak die heeft geleid tot het Smallsteps-arrest, zodat het HvJEU een en ander niet in zijn oordeelsvorming heeft kunnen betrekken.
In de derde plaats is van belang dat in dit geval, anders dan in de zaak die heeft geleid tot het Smallsteps-arrest, de onderhandelingen over de overgang van Heiploeg-oud niet hebben plaatsgevonden met een aan Heiploeg-oud gelieerde onderneming.
- 3.11.4 Het voorgaande betekent naar het oordeel van de Hoge Raad dat er redelijkerwijs twijfel over kan bestaan of de beoordeling door het HvJEU in het Smallsteps-arrest die betrekking heeft op (i) het vereiste dat de procedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en (ii) het vereiste dat de procedure onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staat, ook geldt voor een geval als hiervoor in 3.9.1 en 3.10.1 beschreven.

Overige klachten in cassatie

3.12 Onderdeel 4 behoeft in dit stadium geen behandeling.

4. Omschrijving van de feiten en uitgangspunten waarop de door het HvJEU te geven uitleg moet worden toegepast

De Hoge Raad verwijst naar de hiervoor in 2.2, 3.5.1-3.5.3, 3.6.1-3.6.6, 3.7, 3.9.1 en 3.10.1 vermelde feiten en uitgangspunten, waarvan moet worden uitgegaan.

5 Vragen van uitleg

1. Moet art. 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG zo worden uitgelegd dat aan de voorwaarde dat 'de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure wordt ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder' is voldaan, indien

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

(ii) naar Nederlands recht het doel van de faillissementsprocedure is het bewerkstelligen van een zo

hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers door middel van liquidatie van het vermogen van de schuldenaar, en

(iii) in een zogenoemde pre-pack voorafgaand aan de faillietverklaring de overgang van (een deel van) de onderneming wordt voorbereid en na de faillietverklaring wordt uitgevoerd waarbij

(iv) de door de rechtbank aangewezen beoogd curator zich voorafgaand aan de faillietverklaring moet laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers alsmede door maatschappelijke belangen zoals het belang van behoud van werkgelegenheid en de eveneens door de rechtbank aangewezen beoogd rechter-commissaris hierop moet toezien,

(v) het doel van de pre-pack is om in de daarop volgende faillissementsprocedure een wijze van liquidatie mogelijk te maken waarbij (een deel van) de tot het vermogen van de vervreemder behorende onderneming *going concern* wordt verkocht zodat de hoogst mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers wordt behaald, en

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

2. Moet art. 5 lid 1 van de Richtlijn zo worden uitgelegd dat aan de voorwaarde dat 'de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie' is voldaan, indien de overgang van (een deel van) de onderneming in een pre-pack voorafgaand aan de faillietverklaring wordt voorbereid en na de faillietverklaring wordt uitgevoerd en

(i) voorafgaand aan de faillietverklaring wordt geobserveerd door een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris, die zijn aangewezen door de rechtbank,

(ii) de beoogd curator zich naar Nederlands recht voorafgaand aan de faillietverklaring moet laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en door andere maatschappelijke belangen, zoals dat van het behoud van werkgelegenheid, en de beoogd rechter-commissaris hierop moet toezien,

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

(iv) de overeenkomst op grond waarvan de onderneming overgaat en die tijdens een pre-pack is voorbereid, pas gesloten en uitgevoerd wordt nadat het faillissement is uitgesproken,

(v) de rechtbank bij het uitspreken van het faillissement ertoe kan overgaan een ander dan de beoogd curator of de beoogd rechter-commissaris te benoemen tot curator of rechter-commissaris, en

(vi) voor de curator en de rechter-commissaris dezelfde eisen van objectiviteit en onafhankelijkheid gelden die gelden voor een curator en rechter-commissaris in een faillissement waaraan geen pre-pack is voorafgegaan en zij, ongeacht de mate van hun betrokkenheid voorafgaand aan de faillietverklaring, op grond van hun wettelijke taak gehouden zijn te beoordelen of de voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van (een deel van) de onderneming in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, en indien zij deze vraag ontkennend beantwoorden, te beslissen dat die overgang geen doorgang zal vinden terwijl zij steeds bevoegd zijn om op andere gronden, bijvoorbeeld omdat andere maatschappelijke belangen, zoals het belang van werkgelegenheid, zich daartegen verzetten, te beslissen dat de voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van (een deel van) de onderneming niet zal plaatsvinden?

6 Uitlating partijen

De Hoge Raad stelt partijen in de gelegenheid zich omtrent de hiervoor onder 5 geformuleerde vragen uit te laten, en wel bij brief aan de voorzitter van de Kamer, binnen vier weken na heden.

7 Beslissing

De Hoge Raad houdt iedere verdere beslissing aan totdat de hiervoor onder 6 genoemde termijn is verstreken.

Dit arrest is gewezen door de vicepresident E.J. Numann als voorzitter en de raadsheren M.V. Polak, C.E. du Perron, C.H. Sieburgh en H.M. Wattendorff, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer C.E. du Perron op 17 april 2020.

¹ Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, PbEU 2001, L 82/16. De voorlopers van deze Richtlijn waren: (i) Richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 tot wijziging van Richtlijn 77/187/EEG 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 vestigingen, PbEU 1998, L 201/88 en (ii) Richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, PbEU 1977, L 61/26.

² Rechtbank Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.

³ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6539.

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

⁵ Kamerstukken II 1993/94, 23438, nr. 3, p. 42.

⁶ Richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 tot wijziging van Richtlijn 77/187/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgeving der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van vestigingen, PbEU 1998, L 201/88, overwegingen 7 en 8.

⁷ HvJEU 22 juni 2017, zaak C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*), punt 44; HvJEU 16 mei 2019, zaak C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424 (*Plessers/Prefaco*), punt 40.

⁸ HvJEU 22 juni 2017, zaak C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*), punt 41.

⁹ HvJEU 25 juli 1991, zaak C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326 (*D'Urso*), punt 31.

¹⁰ HvJEU 22 juni 2017, zaak C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*), punt 48.

¹¹ HvJEU 7 december 1995, zaak C-472/93, ECLI:EU:C:1995:421 (*Spano*), punt 25.

¹² HvJEU 22 juni 2017, zaak C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*), punt 46.

¹³ HvJEU 22 juni 2017, zaak C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*), punt 47.

¹⁴ HvJEU 22 juni 2017, zaak C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*), punt 48.

¹⁵ HvJEU 25 juli 1991, zaak C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326 (*D'Urso*), punt 32.

¹⁶ HvJEU 22 juni 2017, zaak C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*), punt 50; HvJEU 7 december 1995, zaak C-472/93, ECLI:EU:C:1995:421 (*Spano*), punt 30; HvJEU 25 juli 1991, zaak C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326 (*D'Urso*), punt 32.

¹⁷ HvJEU 12 november 1998, zaak C-399/96, ECLI:EU:C:1998:532 (*Europièces*), punt 28.

¹⁸ HvJEU 22 juni 2017, zaak C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*), punt 48.

¹⁹ HvJEU 22 juni 2017, zaak C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*), punt 53-57.

²⁰ HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492, rov. 3.2.2.

²¹ Van der Feltz II, p. 2.

²² HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1681, rov. 3.4.1; HR 25 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:774, rov. 3.4.2.

²³ HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492, rov. 3.2.2.

²⁴ HR 4 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1492, rov. 3.2.3.

²⁵ HvJEU 22 juni 2017, zaak C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*), punten 49-50.

²⁶ HvJEU 22 juni 2017, zaak C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*), punten 53-57.
