

RECHTSPRAAK

Hoge Raad stelt prejudiciële vragen HvJ EU over doorstart bij onafwendbaar faillissement (Heiploeg-zaak).*Feiten*

Heiploeg-oud heeft in 2011 en 2012 aanzienlijke verliezen heeft geleden. De Europese Unie heeft op 27 november 2013 aan vier vennootschappen van het concern een boete opgelegd van ruim € 27 miljoen en de banken waaraan alle activa waren overgedragen, waren niet bereid dit bedrag te financieren. Volgens Heiploeg-nieuw betekende dit dat een faillissement van het concern van Heiploeg-oud onafwendbaar was. In de daaropvolgende periode is gekeken naar de mogelijkheid van een doorstart. Drie partijen hebben een bod uitgebracht en van die drie bleek het bod van Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. het hoogst. Met deze vennootschap is verder onderhandeld door de beoogde curatoren. De curatoren in het faillissement van Heiploeg-oud hebben in een door Heiploeg-nieuw in het geding gebrachte verklaring aangegeven 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 uiteindelijk overeenstemming bereikt met Parlevliet en Van der Plas B.V. over de verkoop van de activa ('going concern'). Naar het oordeel van het hof moest uit de hiervoor omschreven omstandigheden worden opgemaakt dat de faillissementsprocedure was ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud. Dat reeds voorafgaand aan het faillissement contacten zijn opgenomen met geïnteresseerde partijen over een verkoop als going concern en daarover vervolgens met één partij onderhandelingen zijn gevoerd doet daaraan niet af. Op die gronden werd het beroep op overgang van onderneming vanwege de Smallsteps-criteria afgewezen. Tegen dit oordeel keert FNV zich in cassatie.

Oordeel

De Hoge Raad oordeelt als volgt.

Overgang van onderneming en faillissement

De overgang van een onderneming valt onder de uitzondering van artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG (faillissementsexceptie) als aan drie cumulatieve voorwaarden is voldaan: (1) de vervreemder is verwickeld in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure, die (2) is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en (3) onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie. Omdat artikel 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. In het onderhavige geval gaat het om de tweede en derde voorwaarde van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn.

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 (tweede voorwaarde), is beslissend welk doel met de betrokken procedure wordt beoogd: 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.

De derde voorwaarde die artikel 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.

Situatie van overgang van onderneming en faillissement in Nederland

De Hoge Raad overweegt over beide voorwaarden het volgende. Als uitgangspunt heeft te gelden (1) dat de Nederlandse faillissementsprocedure een procedure is die de liquidatie van het vermogen van de schuldenaar beoogt en (2) 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. 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'.

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. 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.

Prejudiciële vragen aan HvJ EU

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 artikel 5 lid 1 van de Richtlijn bedoelde uitzondering valt. Daarover kan echter – mede gelet op het Smallsteps-arrest – redelijkerwijs twijfel bestaan. De Hoge Raad zal hierop gerichte vragen aan het HvJ EU voorleggen. Het voorgaande betekent ook 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 – redelijkerwijs twijfel bestaan, zodat de Hoge Raad een hierop gerichte vraag aan het HvJ EU zal voorleggen.

Verschil met Smallsteps is, dat volgens de Hoge Raad in Smallsteps (a) de Nederlandse faillissementsprocedure en het doel en de inrichting van de pre-pack in het algemeen, niet in volle omvang aan het HvJ EU is voorgelegd, zodat het HvJEU een en ander niet in zijn oordeelsvorming heeft kunnen betrekken.

En (b) 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. Het voorgaande betekent naar het oordeel van de Hoge Raad dat er redelijkerwijs twijfel over kan bestaan of de beoordeling door het HvJ EU in het Smallsteps-arrest die betrekking heeft op (1) het vereiste dat de procedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en (2) het vereiste dat de procedure onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staat, ook geldt voor een geval als hier aan de orde. De Hoge Raad stelt daarom prejudiciële vragen.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 17-04-2020

ECLI: ECLI:NL:HR:2020:753

Zaaknummer: 18/04401

Rechters: E.J. Numann, M.V. Polak, C.E. du Perron, C.H. Sieburgh en H.M. Wattendorff

Advocaten: F.M. Dekker en B.I. Kraaijpoel

Wetsartikelen: 7:663 BW, 7:666 BW en Richtlijn 2001/23/EG