

RECHTSPRAAK

Prepack wel mogelijk. Voorbereide doorstart uit faillissement mogelijk, mits wettelijke geregeld. Beoogde curator en rechter-commissaris in prepackfase toegestaan, mits doorstart na faillietverklaring wordt getekend en uitgevoerd.*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 keerde FNV zich in cassatie. De Hoge Raad heeft in 2020 prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU gesteld.

Oordeel

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt.

Wel of geen prepack? Doel van faillissementsprocedure leidend

Gelet op de kenmerken van de prepackprocedure zoals uiteengezet door de verwijzende rechter in de zaak die heeft geleid tot het arrest van 22 juni 2017, *Federatie Nederlandse*

Vakvereniging e.a. (C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489), in het bijzonder het feit dat die procedure tot doel had te voorkomen dat de activiteiten van de betrokken onderneming plotseling zouden worden stopgezet op de datum van faillietverklaring, teneinde zowel de economische waarde van de onderneming als de werkgelegenheid te behouden, heeft het Hof in punt 50 van dat arrest geoordeeld, onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, dat die procedure uiteindelijk niet de liquidatie van de betrokken onderneming beoogde, zodat de sociaaleconomische doelstelling daarvan noch kan verklaren noch kan rechtvaardigen dat bij een volledige of gedeeltelijke overgang van de betrokken onderneming, haar werknemers de rechten worden ontnomen die Richtlijn 2001/23/EG hun toekent. Anders dan in die zaak het geval was, geeft de verwijzende rechter in de onderhavige procedure aan dat ten tijde van de inleiding van de betrokken prepackprocedure de insolventie van de vervreemder onafwendbaar was, dat zowel de faillissementsprocedure als de prepackprocedure die daaraan voorafging de liquidatie van het vermogen van de vervreemder beoogden, en dat het faillissement inmiddels ook is uitgesproken. Deze rechter merkt op dat het primaire doel van beide procedures die tot die liquidatie hebben geleid, was om de hoogst mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers te behalen.

Wanneer het primaire doel van een prepackprocedure, gevolgd door een faillissementsprocedure, erin bestaat om na de vaststelling van de insolventie van de vervreemder en na diens liquidatie de hoogst mogelijke uitbetaling aan zijn gezamenlijke schuldeisers te verkrijgen, voldoen deze procedures samen in beginsel aan de tweede in artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG gestelde voorwaarde. In dit verband dient in elke afzonderlijke situatie te worden nagegaan of de betrokken prepackprocedure en faillissementsprocedure gericht zijn op de liquidatie van de onderneming nadat is vast komen te staan dat de vervreemder insolvent is, en niet enkel op een reorganisatie van die onderneming. Bovendien moet niet alleen worden vastgesteld dat deze procedures als primair doel hebben om een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers te verwezenlijken, maar ook dat de tenuitvoerlegging van de liquidatie door middel van een overgang van (een deel van) de draaiende onderneming (*going concern*), zoals voorbereid in de pre-packprocedure en verwezenlijkt na de faillissementsprocedure, het mogelijk maakt dit primaire doel te bereiken. Het uitvoeren van een pre-packprocedure in verband met de liquidatie van een vennootschap heeft aldus tot doel om de curator en de rechter-commissaris die de rechter na de uitspraak van het faillissement van de vennootschap aanstelt, in staat te stellen de kans te vergroten dat de schuldeisers worden uitbetaald. Uit het dossier waarover het Hof beschikt, blijkt evenwel dat de betrokken prepackprocedure uitsluitend is geregeld in de rechtspraak en door de verschillende nationale rechterlijke instanties niet uniform wordt toegepast, hetgeen leidt tot rechtsonzekerheid, zoals de advocaat-generaal in punt 83 van zijn conclusie heeft opgemerkt. In dergelijke omstandigheden kan de in de rechtspraak van de verwijzende rechter vastgestelde pre-packprocedure niet worden geacht een kader te bieden voor de toepassing van de uitzondering in artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG en voldoet deze niet aan het vereiste van rechtszekerheid.

Conclusie

Hieruit volgt dat, niettegenstaande de overwegingen in de punten 47 tot en met 53 van het onderhavige arrest, op de eerste vraag moet worden geantwoord dat artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG aldus moet worden uitgelegd dat aan de daarin voor het niet van toepassing zijn van de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn op de overgang van een onderneming gestelde voorwaarde dat de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure ‘met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder’, is voldaan wanneer de overgang van (een deel van) een onderneming is voorbereid, voorafgaand aan het inleiden van een faillissementsprocedure die de liquidatie van het vermogen van de vervreemder beoogt en gedurende welke deze overgang plaatsvindt, in het kader van een prepackprocedure die ertoe strekt in de faillissementsprocedure een liquidatie van de draaiende onderneming te vergemakkelijken waarbij een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers wordt bereikt en de werkgelegenheid zo veel mogelijk wordt behouden, mits een dergelijke prepackprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.

Beoogde curatoren en rechters-commissarissen tijdens prepack, geen probleem mits overgang na faillissementsverklaring plaatsvindt

In casu moet worden vastgesteld dat de verwijzende rechter, die eraan herinnert dat de ‘beoogd curator’ en de ‘beoogd rechter-commissaris’, hoewel benoemd door een rechter, bij de uitoefening van hun functies in een prepackprocedure over geen enkele wettelijke bevoegdheid beschikken, in de verwijzingsbeslissing verschillende elementen uiteenzet die de beoordeling van het Hof in punt 57 van het arrest van 22 juni 2017, *Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a.* (C|126/16, ECLI:EU:C:2017:489), in twijfel kunnen trekken, waardoor deze beoordeling niet kon worden toegepast in het hoofdgeding. Meer in het bijzonder moet worden opgemerkt dat volgens deze rechter de status en de functie van de ‘beoogd curator’, zoals omschreven door de rechter die hem benoemt of door de instructies van de daartoe aangewezen ‘beoogd rechter-commissaris’, niet wezenlijk verschillen van de status en de functie van de curator in de faillissementsprocedure. De ‘beoogd curator’ kan, net als de curator in een faillissement, aansprakelijk worden gesteld voor fouten bij de uitoefening van zijn functie, en zijn persoonlijke aansprakelijkheid wordt beoordeeld aan de hand van dezelfde criteria als die welke gelden voor de curator in een faillissement. De ‘beoogd rechter-commissaris’ houdt tijdens de aan de faillietverklaring voorafgaande prepackprocedure toezicht op de ‘beoogd curator’ om te waarborgen dat deze laatste zijn bevoegdheden niet overschrijdt en dat hij handelt in het belang van alle schuldeisers, net zoals de rechter-commissaris in de faillissementsprocedure toezicht houdt op de curator. De rechtbank die de ‘beoogd curator’ en de ‘beoogd rechter-commissaris’ heeft benoemd, controleert in geval van een latere insolventieprocedure of deze personen alle instructies die zij hebben ontvangen hebben opgevolgd. Indien dit niet het geval is, benoemt hij bij de faillietverklaring andere personen tot curator en rechter|commissaris.

De verwijzende rechter preciseert dat in het hoofdgeding de overeenkomst op basis waarvan de onderneming is overgegaan weliswaar is voorbereid tijdens de prepackprocedure maar nog niet was gesloten op het moment dat Heiploeg-oud failliet werd verklaard. Zodra de

faillissementsprocedure werd ingeleid, beschikten de curatoren en de rechter-commissaris die met de afwikkeling van de faillissementsprocedure waren belast en daartoe door de rechtbank waren benoemd evenwel over wettelijke bevoegdheden in dat verband, en waren zij onderworpen aan dezelfde vereisten van objectiviteit en onafhankelijkheid als die welke gelden voor curatoren en rechters/commissarissen die zijn aangesteld in een faillissement waar geen prepackprocedure aan vooraf is gegaan. Zij dienden dus te beoordelen of de vóór de faillietverklaring voorbereide overgang van de levensvatbare onderdelen van de onderneming van Heiploeg-oud in het belang van de gezamenlijke schuldeisers was. Bijgevolg heeft het uitvoeren van een prepackprocedure als die in het hoofdgeding geen invloed op het toezicht dat later gedurende de faillissementsprocedure zal worden uitgeoefend door een bevoegde overheidsinstantie, namelijk, zoals dit toezicht is vastgelegd in de Fw, door de curator en de rechter/commissaris in het faillissement. Aangezien de 'beoogd curator' en de 'beoogd rechter-commissaris' door de bevoegde rechter worden benoemd voor de prepackprocedure en deze rechter niet alleen hun taken omschrijft, maar ook bij de latere inleiding van de faillissementsprocedure toezicht uitoefent op de uitvoering van die taken, door te besluiten al dan niet diezelfde personen in de faillissementsprocedure tot curator en rechter-commissaris te benoemen, is er dus reeds sprake van toezicht op de 'beoogd curator' en de 'beoogd rechter-commissaris' door een bevoegde overheidsinstantie. Deze beoordeling wordt bevestigd door, ten eerste, het feit dat de in de prepackprocedure voorbereide overgang pas na de inleiding van de faillissementsprocedure plaatsvindt, waarbij de curator en de rechter-commissaris kunnen weigeren die overgang uit te voeren indien zij van mening zijn dat deze in strijd is met het belang van de schuldeisers van de vervreemder waarvan het vermogen moet worden geliquideerd. Ten tweede moet de 'beoogd curator', zoals blijkt uit het dossier waarover het Hof beschikt, niet alleen verantwoording afleggen over zijn beheer van de voorbereidende fase in het faillissementsverslag, maar kan hij ook aansprakelijk worden gesteld onder dezelfde voorwaarden als de curator van het faillissement. Bovendien staat vast dat de 'beoogd curator' in de prepackprocedure optreedt onder toezicht van de 'beoogd rechter-commissaris' en dus van de bevoegde rechtbank, die, indien hij van oordeel is dat de 'beoogd curator' zich niet heeft gehouden aan de hem door de rechter toevertrouwde taak, deze curator door een andere persoon kan vervangen of zich kan verzetten tegen de beëindiging van de prepackprocedure.

Voorts zij erop gewezen dat de 'beoogd curator' en de 'beoogd rechter/commissaris', teneinde de taken te vervullen die hun in het kader van de prepackprocedure en in het kader van de faillissementsprocedure zijn toevertrouwd, vanaf de voorbereidende fase van het faillissement – dat wil zeggen de prepackprocedure – in overleg moeten treden, de verschillende mogelijkheden van overgang moeten beoordelen en de overgangsovereenkomst moeten onderzoeken die zij eventueel zullen moeten bekrachtigen en uitvoeren zodra de faillissementsprocedure wordt ingeleid. Bijgevolg kan de tijd die is verstreken tussen de inleiding van de faillissementsprocedure en de ondertekening van de in het kader van de prepackprocedure opgestelde overeenkomst als zodanig niet worden gebruikt als criterium om te beoordelen of de bevoegde overheidsinstantie al dan niet het in dit verband voorgeschreven toezicht heeft kunnen uitoefenen. Bijgevolg moet worden geoordeeld dat het feit dat de overgang van (een deel van) een onderneming voorafgaand aan de faillietverklaring in het

kader van een pre-packprocedure is voorbereid door een 'beoogd curator', die onder toezicht staat van een 'beoogd rechter|commissaris', niet uitsluit dat aan de derde voorwaarde van artikel 5 lid 1, Richtlijn 2001/23/EG is voldaan.

Conclusie

Gelet op de voorgaande overwegingen moet op de tweede vraag worden geantwoord dat artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG aldus moet worden uitgelegd dat aan de daarin voor het niet van toepassing zijn van de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn op de overgang van een onderneming, vestiging of onderdeel van een onderneming of vestiging gestelde voorwaarde dat de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure waarin de vervreemder is verwickeld 'onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie', is voldaan wanneer de overgang van (een deel van) een onderneming voorafgaand aan de faillietverklaring in het kader van een prepackprocedure is voorbereid door een 'beoogd curator', die onder toezicht staat van een 'beoogd rechter-commissaris', en de overeenkomst inzake deze overgang is gesloten en uitgevoerd na de faillietverklaring met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, mits een dergelijke prepackprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 28-04-2022

ECLI: ECLI:EU:C:2022:321

Zaaknummer: C-237/20

Rechters: A. Prechal, J. Passer, F. Biltgen, L.S. Rossi en N. Wahl

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