

RECHTSPRAAK

Heiploeg: voorbereide doorstart uit faillissement mist thans wettelijke grondslag en voldoet daarmee niet aan eisen van artikel 5 Richtlijn OvO.*Feiten*

Heiploeg-oud heeft in 2011 en 2012 aanzienlijke verliezen 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 Hof van Justitie EU

Het Hof van Justitie EU oordeelde als volgt.

'1) Artikel 5, lid 1, van 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 moet aldus 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 pre-packprocedure 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 pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.

2) Artikel 5, lid 1, van Richtlijn 2001/23 moet aldus 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 pre-packprocedure 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 pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.'

Oordeel Hoge Raad

De onderdelen 2.1 en 3 van het middel behelzen klachten die erop neerkomen dat het hof ten onrechte heeft geoordeeld dat is voldaan aan de voorwaarden van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn dat de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en dat deze procedure onder toezicht van een overheidsinstantie staat. Gelet op het hiervoor geciteerde antwoord van het HvJ EU geldt dat aan de voorwaarden van artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG (hierna: de Richtlijn) dat de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en dat deze procedure onder toezicht van een overheidsinstantie staat, slechts kan zijn voldaan als die procedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen. In deze zaak staat vast dat, in afwijking van de gang van zaken in een gewone faillissementsprocedure, reeds voorafgaand aan de faillietverklaring van Heiploeg-oud de mogelijkheden van een prepack zijn onderzocht en dat de rechtbank daartoe twee beoogd curatoren en een beoogd rechter-commissaris heeft aangewezen. De positie van de beoogd curatoren en de beoogd rechter-commissaris is niet in de wet geregeld en zij hebben dan ook geen wettelijke bevoegdheden. Aan de eis dat de gevolgde prepackprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen is dus niet voldaan. De hierop gerichte klachten slagen.

Instantie: Hoge Raad

Datum uitspraak: 06-10-2023

ECLI: ECLI:NL:HR:2023:1372

Zaaknummer: 18/04401

Rechters: M.V. Polak, C.E. Du Perron, C.H. Sieburgh, H.M. Wattendorff en F.R. Salomons

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

Wetsartikelen: 7:666 BW