

RECHTSPRAAK

Heiploeg: doorstart na faillissement toch overgang van onderneming.*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.

FNV is van dit oordeel in cassatie getreden. De Hoge Raad heeft prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie EU en daarna geoordeeld dat de procedure met 'beoogd curatoren' thans geen wettelijke basis kent in Nederland en derhalve niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 5 Richtlijn 2001/23/EG.

Oordeel

Het hof oordeelt als volgt.

Wel een pre-pack

Heiploeg-nieuw stelt zich onder meer op het standpunt dat er geen sprake was van een pre-pack, maar van een reguliere doorstart uit faillissement. Aan dit verweer heeft Heiploeg-nieuw ten grondslag gelegd dat de overeenkomst die heeft geleid tot de doorstart nog niet was

gesloten – en zelfs niet uitonderhandeld was – op het moment van faillietverklaring. Het hof oordeelt dat dit verweer te laat is gevoerd en in strijd met de tweeconclusieregel.

Ten overvloede overweegt het hof dat de Hoge Raad heeft overwogen in HR 29 mei 2020, ECLI:NL:2020:954, rov. 3.6.3, dat een overeenkomst op grond waarvan de onderneming overgaat en die tijdens een pre-pack is voorbereid, pas wordt gesloten en uitgevoerd nadat het faillissement is uitgesproken en de door de rechtbank benoemde curator en rechter-commissaris beschikken over hun wettelijke bevoegdheden. Mede gelet daarop maakt de omstandigheid dat in dit geval niet vóór of op de faillissementsdatum (28 januari 2014) overeenstemming is bereikt, niet dat er geen sprake is van een (geslaagde) pre-pack.

Werknemers gaan alsnog mee over krachtens overgang van onderneming

Het hof gaat ervan uit dat de artikelen 7:662 e.v. BW richtlijnconform moeten worden geïnterpreteerd. In dit geval gaat het om artikel 5 van de Richtlijn 2001/23/EG over de bescherming van de rechten van werknemers bij overgang van een onderneming. Op grond van rechtspraak van het Hof van Justitie en de Hoge Raad is de rechter verplicht ‘binnen zijn bevoegdheden al het mogelijke’ te doen om de volle werking van de richtlijn te verzekeren, maar met inachtneming van het rechtszekerheidsbeginsel en zonder dat dit als grondslag kan dienen voor een uitleg contra legem.

Met betrekking tot artikel 7:663 BW verwijst het hof naar het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Albron Nederland/FNV Bondgenoten c.s.* Uit dit arrest (HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780) leidt het hof af dat artikel 7:663 BW richtlijnconform moet worden geïnterpreteerd. Ook bij artikel 7:666 BW zal de tekst van de bepaling gezien de hiervoor genoemde verplichting niet beslissend zijn. Het arrest van het Hof van Justitie en de arresten van de Hoge Raad in deze zaak sterken het hof in zijn oordeel dat ook artikel 7:666 BW voor de in deze zaak te nemen beslissingen richtlijnconform moet worden geïnterpreteerd. Het hof heeft onder ogen gezien dat het in algemene zin niet eenvoudig is om het toepassingsgebied van artikel 7:666 BW te bepalen (vgl. de annotatie van Verstijlen, *NJ* 2024/50). Het vorenstaande brengt mee dat, nu sprake was een pre-pack, de faillissementsuitzondering van artikel 7:666 aanhef en onder a BW niet van toepassing is. Uit het arrest van het Hof van Justitie in deze zaak volgt immers dat de gevolgde prepackprocedure niet voldoet aan de voorwaarde dat ‘een dergelijke prepackprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen’. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 6 oktober 2023 (rov. 3.2.3) ook vastgesteld dat de positie van de beoogd curatoren en de beoogd rechter-commissaris niet in de wet is geregeld en dat zij dus geen wettelijke bevoegdheden hebben, zodat aan de eis dat de gevolgde prepackprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen niet is voldaan.

Het resultaat van al het voorgaande moet zijn dat, kort gezegd, de werknemers van Heiploeg-oud op grond van de hoofdregel van artikel 7:663 BW met behoud van hun arbeidsvoorwaarden in dienst zijn gekomen bij Heiploeg-nieuw. Bij deze stand van het recht kan de omstandigheid dat Heiploeg-nieuw ten tijde van de doorstart mogelijk vertrouwd heeft

op (de tekstuele uitleg van) artikel 7:666 BW, niet tot een ander oordeel leiden.

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 08-04-2025

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2025:976

Zaaknummer: 200.339.247/01

Rechters: J.P. de Haan, A.C. van Campen en M.R. van Zanten

Advocaten: A.A.M. Broos

Wetsartikelen: 7:666 BW en 5 Richtlijn 2001/23/EG