

# Het Heiploeg-arrest

## *Annotatie bij Hof van Justitie van de*

### *EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321*

*mr. dr. J. van der Pijl*<sup>1</sup>

In deze bijdrage wordt het arrest van het Europese Hof van Justitie van 28 april 2022 in de zaak Heiploeg/FNV besproken. In dit arrest wordt antwoord gegeven op prejudiciële vragen van de Hoge Raad over de in stilte voorbereide faillissementsdoorstart (de zgn. pre-pack). Valt zo'n pre-packprocedure onder de faillissementsuitzondering van artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG of kan een dergelijke doorstart toch wel als overgang van onderneming worden aangemerkt? Om te profiteren van de faillissementsuitzondering uit de richtlijn moet de betreffende procedure gericht zijn "op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder". Dat is, aldus het Hof, het geval als de overgang van onderneming voorafgaand aan het inleiden van een faillissementsprocedure wordt voorbereid met als primair doel de liquidatie van de draaiende onderneming te vergemakkelijken, waarbij een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers wordt bereikt én de werkgelegenheid zoveel mogelijk behouden blijft. Hierbij moet de (faillissements-)procedure gericht zijn op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, wat van geval tot geval moet worden bezien. Ten tweede wordt aan de voorwaarde "onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie" van artikel 5 lid 1 Richtlijn voldaan als de pre-packprocedure is voorbereid door een 'beoogd curator' die onder toezicht staat van een 'beoogd rechter-commissaris'. Wil een pre-pack onder de uitzondering van de richtlijn vallen, dan is wel een wettelijke verankering vereist. Het gegeven dat de pre-packprocedure momenteel alleen in de praktijk 'geregeld' is (met slechts acht van de elf rechtbanken die er hun medewerking aan verlenen), leidt immers tot rechtsonzekerheid.

#### 1. Inleiding

Faillissementsrechters van Nederland: geef ons de pre-pack! Met een bijdrage onder deze titel in het Tijdschrift voor Insolventierecht introduceerde Tollenaar ruim tien jaar geleden de zgn. pre-pack, de in stilte voorbereide doorstart.<sup>2</sup> Ik zou de Hoge Raad tekort doen door hem te bestempelen als (enkel) een faillissementsrechter, maar feit is wel dat hij met zijn verwijzingsarrest in deze zaak alles in het werk leek te stellen de pre-pack van de ondergang te redden en nieuw leven in te blazen. De vraag is of dat gelukt is, want de door hem aan het Europese Hof gestelde prejudiciële vragen zijn inmiddels beantwoord, maar die antwoorden leveren opnieuw vragen op over hoe het nu verder moet met de pre-pack en zelfs ook met de 'gewone' doorstart in de Nederlandse insolventiepraktijk.

Ik kies ervoor de voorgeschiedenis van dit arrest kort samen te vatten.<sup>3</sup> Dat is niet eenvoudig, want er is veel gebeurd, zowel in de rechtspraak, als op het gebied van wetgeving. Na het aangehaalde artikel van Tollenaar is toepassing van de pre-pack in de insolventierechtelijke (doorstart-)praktijk in zwang geraakt, zij het dat niet alle rechtbanken hun medewerking verleenden aan aanwijzing van een beoogde curator en een beoogde rechter-commissaris ter voorbereiding op een (doorstart in een) eventueel faillissement. Drie van 11 rechtbanken werkten hier niet aan mee. Om alsnog een wettelijke basis aan deze pre-packpraktijk te verlenen is er een wetsvoorstel gemaakt (Wet Continuïteit Ondernemingen I (WCO-I)), dat in 2015 door de Tweede Kamer in behandeling is genomen.<sup>4</sup> In diezelfde periode is in de zaak Smallsteps door FNV, mede namens een aantal betrokken werknemers, tot aan het Europese Hof over de pre-pack geprocedeerd, wat in 2017 leidde tot een

1. Job van der Pijl is advocaat bij DingemansVanderKind te Amsterdam en universitair docent Arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

2. N.W.A. Tollenaar, Faillissementsrechters van Nederland: geef ons de pre-pack! *TVI* 2011/23.

3. Voor uitgebreidere uiteenzettingen van hetgeen vooraf ging aan deze uitspraak verwijs ik naar o.m. P.R.W. Schaink, Heiploeg en Smallsteps, *TvO* 2022/22, E. de Wind e.a., Heiploeg: pre-pack revisited, *TAP* 2022/188, R.J. van Gaalen, Overgang van onderneming in faillissement: de stand van zaken na Heiploeg, *Ondernemingsrecht* 2022/55, W.H.A.C.M. Bouwens, De comeback van de pre-pack, *TRA* 2022/48 en L.G. Verburg, Het Heiploeg-arrest van het HvJ EU van 28 april 2022, een nieuwe ronde, nieuwe kansen, *TvI* 2022/23.

4. *Kamerstukken II* 2014/2015, 34 218.

fikse streep door de rekening van de in stilte voorbereide doorstart.<sup>5</sup> Het Hof oordeelde dat in de voorliggende situatie niet was voldaan aan twee van de drie geldende voorwaarden om te profiteren van de uitzondering van artikel 5 lid 1 van de richtlijn:<sup>6</sup> de betreffende procedure was niet ingeleid met het oog op (enkel) liquidatie van de onderneming (maar (ook) op voortzetting daarvan), én de procedure vond niet plaats onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie. In de lagere nationale rechtspraak werd vervolgens niet of nauwelijks opvolging aan Smallsteps gegeven, in de zin dat rechters vrijwel steeds tot het oordeel kwamen dat de betreffende doorstarts de toets der kritiek konden doorstaan.<sup>7</sup> Neveneffect van Smallsteps was echter ook dat de pre-packpraktijk opdroogde; geen enkele rechtbank werkte hier op zeker moment meer aan mee. Op initiatief van het Ministerie van Justitie en Veiligheid en van Sociale Zaken & Werkgelegenheid is daarop gewerkt aan een juridisch houdbaar alternatief, dat resulteerde in het wetsontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement (WOVOF), dat in 2019 in internetconsultatie ging.<sup>8</sup> Volgens dit wetsontwerp wordt de faillissementsuitzondering ("geen overgang van onderneming bij faillissement") losgelaten en juist aanvaard dat de regels aangaande overgang van onderneming ook in faillissement van toepassing zijn. Daarbij worden dan de mogelijkheden voor de verkrijger/doorstarter om vervolgens te reorganiseren enigszins vereenvoudigd, althans dat lijkt de bedoeling. De WCO-I was inmiddels aangenomen door de Tweede Kamer, maar de behandeling ervan in de Eerste Kamer is, na het Smallsteps-arrest, 'on hold' gezet, in afwachting van de WOVOF én van de uitkomst van Heiploeg, de tweede Nederlandse pre-pack kwestie die (uiteindelijk) aan het oordeel van het Europese Hof werd voorgelegd, nadat de Hoge Raad in 2020 besloot prejudiciële vragen te stellen.

Daarmee komen we aan bij bespreking van dit arrest, waarbij ik nog een enkele ontwikkeling onbesproken heb gelaten, zoals het wetgevingsinitiatief uit 2021, dat er toe strekt de WCO-I door middel van een novelle dan in ieder geval nu wel al aan te nemen voor wat betreft eventuele (nakende) faillissementen van ondernemingen die activiteiten verrichten waarmee maatschappelijke belangen zijn gediend, zoals ziekenhuizen (ik kom hier nog wel kort op terug).<sup>9</sup>

## 2. Het verwijzingsarrest van de Hoge Raad

In Heiploeg is allereerst van belang wat de Hoge Raad ervan vond. Het ging ook bij Heiploeg om een in stilte voorbereide doorstart, ter voorkoming van de veel grotere schade – ook voor de schuldeisers - die het gevolg zou zijn van een 'koud' faillissement. Er waren veel feitelijke overeenkomsten met de Smallsteps-casus. Ik noem: een zeer slechte financiële situatie van de onderneming en dreigend faillissement, de aanwijzing door de rechtbank van beoogde curatoren, die een doorstart zijn gaan arrangeren en voorbereiden, welke vervolgens kort na het faillissement zijn beslag kreeg, waarna een deel van het personeel mee over mocht gaan naar de nieuwe, speciaal opgerichte entiteit en anderen genoeg moesten nemen met aangepaste arbeidsvoorwaarden. Verschillen zijn er ook: in Smallsteps ging het om een gelieerde doorstarter, terwijl bij Heiploeg een andere marktdeelnemer als winnaar uit de bus kwam van een geheim biedingsproces en daarop een nieuwe vennootschap oprichtte. Waar de doorstart in Smallstep werkelijk naadloos en onmiddellijk in aansluiting op de faillietverklaring plaatsvond, werd er in Heiploeg naar verluidt pas in de nacht die volgde op de faillietverklaring overeenstemming over de doorstart bereikt.

In zijn verwijzingsarrest heeft de Hoge Raad nogal zwaar ingezet op het traditionele doel van het faillissement als collectief verhaalsinstrument.<sup>10</sup> Hij heeft de taak van de curator toegespitst op het behartigen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, die eenvoudigweg gelegen zijn in een zo hoog mogelijke opbrengst. In feite zegt hij dat de Nederlandse faillissementsprocedure per definitie op liquidatie is gericht en dat als uitvloeisel van dat liquidatie-oogmerk sprake kan zijn van verkoop van delen van de onderneming, maar dat dat dan nog steeds een vorm van liquidatie is. De Hoge Raad vermijdt (bewust of onbewust) het gebruik van de term voortzetting volledig (behalve waar hij anderen citeert) en beperkt zich tot het begrip *going-concern* verkoop, steeds als vorm van liquidatie. Naar mijn mening mag dit bestempeld worden als een weinig verhullende poging van de Hoge Raad om het Hof van Justitie uit alle macht op andere gedachten dan indertijd bij Smallsteps te brengen.<sup>11</sup> Deze poging lijkt voor een deel te zijn geslaagd. Het Hof – waarvan de (derde) kamer in deze zaak overigens was samengesteld uit vijf andere rechters dan indertijd in Smallsteps, met bij wijze van uitzondering (waarnemend) een Nederlandse voorzitter – neemt niet expliciet afstand van zijn eerdere arrest, maar gebruikt wel meermaals de term 'preciseren', alsook het argument dat door de verwijzende rechter in Smallsteps bepaalde feitelijke en procedurele argumenten in Smallsteps niet

5. HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, JAR 2017/189 (m.nt. Loesberg) en JOR 2017/210 (m.nt. Verburg).

6. Richtlijn 2001/23/EG.

7. Voor een bespreking van deze rechtspraak verwijs ik naar mijn bijdrage Doorstarten na Smallsteps: risky business, *Ondernemingsrecht* 2019/122.

8. Zie: [www.internetconsultatie.nl/overgang\\_van\\_onderneming\\_in\\_faillissement](http://www.internetconsultatie.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement).

9. Zie: [www.internetconsultatie.nl/novelle\\_wet\\_continuiteit\\_ondernemingen\\_i](http://www.internetconsultatie.nl/novelle_wet_continuiteit_ondernemingen_i).

10. HR 29 mei 2022, ECLI:NL:HR:2020:954.

11. In gelijke zin bijvoorbeeld ook I.M.A. Lintel en T.T. van Zanten in hun annotatie onder het verwijzingsarrest, *TvI* 2020/35.

waren vermeld dan wel in die zaak 'niet aan de orde waren' (r.o. 42).

De Hoge Raad neemt dus tamelijk nadrukkelijk afstand van de gedachte dat het faillissement in Nederland in toenemende mate (ik zou tenminste zeggen: óók) gericht is op voortzetting van de onderneming. Dat verrast nogal. In de eerste plaats is dit moeilijk te rijmen met de eerdere lijn in zijn rechtspraak, die sinds Sigmacon-II in toenemende mate juist ook aan andere, maatschappelijke en soms zelfs individuele belangen gewicht toekent bij hetgeen de curator bij zijn taakuitoefening dient te betrekken.<sup>12</sup> De benadering van de Hoge Raad oogt ook weinig modern, nu zowel in Europa als in Nederland een onmiskenbare tendens valt waar te nemen waarbij insolvente ondernemingen een tweede kans moet worden gegund, hetzij door middel van een doorstart, hetzij door een akkoord. Dit volgt bijvoorbeeld uit de Insolventieverordening uit 2015, maar ook uit de Herstructureringsrichtlijn (Richtlijn 2019/1013/EU). In Nederland heeft deze trend zijn beslag gekregen in de vorm van de in 2020 ingevoerde WHOA, die in hoofdzaak gericht is op herstructurering van de schulden van nagenoeg failliete ondernemingen door middel van een (dwang-)akkoord. Ook wijd ik in dit kader enkele woorden aan een andere legislatieve ontwikkeling, die ik eerder aanstipte, namelijk de novelle bij WCO-I. Deze novelle is een gevolg van de ziekenhuisfaillissementen in 2018 van het Slotervaartziekenhuis en de IJsselmeerziekenhuizen en de aanbevelingen van onder meer de Onderzoeksraad voor Veiligheid (OVV), dat naar aanleiding van de ontstane maatschappelijke onrust een onderzoek was gestart.<sup>13</sup> Een van de aanbevelingen van de OVV was dat een ziekenhuis alleen failliet zou moeten kunnen gaan na een 'periode van stil bewind'. Een andere aanbeveling was dat een curator bij een ziekenhuisfaillissement bij afweging tussen conflicterende belangen het maatschappelijk belang van een patiëntveilige afbouw en/of voortzetting van zorgactiviteiten laat prevaleren boven de belangen van schuldeisers. Met name dit laatste zou een fundamentele aanpassing in het faillissementsrecht opleveren, en verdraagt zich dus slecht met de klassieke benadering die de Hoge Raad nu zo is gaan voorstaan.<sup>14</sup> Terug naar de eerstgenoemde aanbeveling van de OVV: het idee hierachter is nu juist niet de maximale opbrengst als primaire doelstelling, waar

de Hoge Raad zo de nadruk op legt. Een laatste kanttekening bij het verwijzingsarrest van de Hoge Raad betreft zijn DA-beschikking uit 2017. Daarin maakt hij – ten aanzien van de vraag of het medezeggenschapsrecht met de regels uit de WOR van toepassing blijven nadat het faillissement is uitgesproken – onderscheid tussen liquidatie en voortzetting als *nevengeschiede* fenomenen. Kortweg luidt de conclusie dat als sprake is van liquidatiehandelingen deze niet adviesplichtig zijn, maar als echter sprake is van op voortzetting gerichte handelingen wel advies aan de ondernemingsraad gevraagd behoort te worden.<sup>15</sup> In de desbetreffende uitspraak lijkt de Hoge Raad aldus een andere benadering van c.q. hiërarchie tussen liquidatie en voortzetting te hebben voorgestaan, dan hij nadien in Heiploeg deed.

### 3. Het arrest van het Hof van Justitie van de EU

Doordat de Hoge Raad in Heiploeg zo onvoorwaardelijk heeft ingezet op het leggen van het zwaartepunt bij liquidatie (en opbrengstmaximalisatie) als doel van de pre-pack- en de faillissementsprocedure, heeft dat tot gevolg dat ook het Hof van Justitie dat nu tot uitgangspunt neemt bij de beantwoording en welwillender staat tegenover het in potentie scharen van voorbereide doorstarts onder de faillissementsuitzondering. Waar de pre-packpraktijk na Smallsteps dus geheel en al was opgedroogd, doordat betrokken rechtbanken het niet meer aandurfd en beoogde curatoren en rechter-commissarissen aan te wijzen, gloort er nu weer licht aan de horizon voor de stille voorbereiding van een faillissementsdoorstart. Voor de duidelijkheid, de Hoge Raad stelde twee vragen over de uitleg van artikel 5 lid 1 van de richtlijn: een vraag over de in de richtlijn besloten liggende voorwaarde dat 'de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure wordt ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder' en een vraag over de voorwaarde dat de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie'. In beide vragen is door de Hoge Raad uitgebreid de Nederlandse situatie geschetst en beide malen afgesloten met de vraag of in die geschetste omstandigheden voldaan is aan de betreffende voorwaarde. Het Hof stelt via haar beantwoording van de twee door de Hoge Raad gestelde vragen echter wel voorwaarden; er volgt geen enkelvoudige bevestiging van de vraag met – bij wijze van spreken – een simpel "ja".

Hoe doet het Hof dat? De eerste in het oog springende consequentie van de beantwoording in het arrest: zonder wettelijke basis voldoet de Nederlandse pre-packprocedure nog altijd niet aan de voorwaarden van de uitzondering van artikel 5 lid 1 van de richtlijn. Het antwoord op beide vragen sluit het Hof namelijk af met de volgende clausulering: "(..,

12. HR 24 februari 1996, NJ 1996, 472, m.nt. WMK.

13. "Faillissement MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen, Risico's voor patiëntveiligheid, december 2019", het rapport is te vinden als bijlage bij *Kamerstukken II 2019/20*, 31 016, nr. 269 (en ook via [www.onderzoeksraad.nl](http://www.onderzoeksraad.nl)).

14. Bij de bespreking van dit rapport in de Tweede Kamer heeft de toenmalige Minister van Rechtsbescherming aangegeven tot nadere verkenning van deze aanbeveling te zullen overgaan. Uitbreider over dit onderwerp: M.R. Schreurs, 'De interactie tussen boedelbelang en patiëntenbelang: een reconstructie van de vier ziekenhuisfaillissementen en voorstellen ter verbetering', *TvI* 2020/25.

15. HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982, r.o. 3.3.4.

*mits een dergelijke pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.*" Naar mijn mening betekent dit allereerst dat in deze specifieke zaak FNV nu door de Hoge Raad in het gelijk zal moeten worden gesteld, maar door andere auteurs die dit arrest hebben besproken, wordt daar anders over gedacht. Zo hecht Schaink waarde aan het woordje 'wordt', waardoor het Hof ruimte zou willen geven aan de wetgever om nu alsnog de wettelijk basis te gaan verlenen aan de pre-pack, waardoor de nieuwe Heiploeg-onderneming bespaard zou blijven dat achteraf bezien door de transactie zoveel werknemers mee over blijken te zijn gegaan.<sup>16</sup> Verburg doet in wezen hetzelfde: hij rekt (de waarde van) het woord 'wordt' dusdanig op dat hij niet uitsluit dat hieraan voldaan is als men tot uitgangspunt neemt dat al in 2013 is gestart met het wetgevingsproces van de WCO-I en dat aldus al sinds die tijd sprake is van een 'wordingsproces', waardoor alsnog voldaan zou zijn aan deze voorwaarde.<sup>17</sup> Ik acht dat geen reële en ook een tot grote rechtsonzekerheid leidende benadering, zeker nu het nog lange tijd onzeker blijft of überhaupt, en, zo ja, wanneer en in welke vorm er regelgeving komt (hierover straks meer). Principiëler en van groter belang voor de pre-pack *an sich*, is de conclusie dat het woord nu aan de wetgever is.

Een tweede stap op de rem door het Hof betreft het volgende. Ook in de Nederlandse situatie, zoals door de Hoge Raad gepresenteerd, zal alsnog per geval ('in elke afzonderlijke situatie', aldus het Hof in r.o. 53) moeten worden nagegaan of in het desbetreffende geval de gestarte pre-pack of faillissementsprocedure daadwerkelijk op liquidatie en niet op reorganisatie van de onderneming gericht was. In r.o. 52 en 53 legt het Hof het geparafraseerd als volgt uit: er dient (1) vastgesteld te worden dat een vervreemder insolvent is en (2) dat het primaire doel van *deze* procedures (gedoeld wordt op onderscheidenlijk de pre-pack- en de faillissementsprocedure in kwestie) inderdaad is om na diens liquidatie de hoogst mogelijke opbrengst voor de schuldeisers te behalen. Als daarbij wordt bedacht dat het initiatief voor het opstarten van een pre-packprocedure uitsluitend bij de onderneming zelf is neergelegd, is het de vraag of dit geen ernstige gevolgen voor de pre-packpraktijk gaat hebben. Het motief voor een ondernemer voor het opstarten van een pre-pack zal immers veelal niet gelegen zijn in het genereren van een hoge opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers, al was het bij Heiploeg zo, dat de bijna-failliete onderneming niet meedong in het biedingsproces dat de beoogde curatoren hadden opgetuigd. Een tweede complicatie is in dit verband dat een rechtbank dus al ten tijde van het aanwijzen van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris moet hebben vastgesteld dat de onderneming daadwerkelijk insolvent is. Dat is nogal wat, ook omdat de vraag opkomt hoe dan

nog in stilte naar een oplossing kan worden gezocht, terwijl inherent aan zo'n insolvente status is, zou ik denken, dat schuldeisers hun geduld hebben verloren. Deze problematiek is in theorie op te lossen door direct al in het faillissementsvonnis uitdrukkelijk op te nemen dat in dit geval de procedure is ingeleid met het oog op liquidatie, maar dat doet een fors beroep op de rechterlijk macht. Ook is het natuurlijk ongewenst dat dit een overweging zou worden die standaard, zonder (cijfermatige) werkelijke toets, een plek krijgt in elk vonnis dat strekt tot faillietverklaring van een onderneming. Tot slot werp ik hier de vraag op, zonder hem te beantwoorden, wat exact de betekenis is van het door het Hof in deze rechts-overweging gehanteerde begrip 'insolvent'? Is dat hetzelfde als de in artikel 1 lid 1 Fw. gehanteerde terminologie dat een schuldenaar die 'heeft opgehouden te betalen' in staat van faillissement wordt verklaard? En is dan in het geval van een faillietverklaring niet per definitie sprake van insolventie van een onderneming c.q. werkgever?

Kortom, er bestaan nog twee flinke, geheel andersoortige hobbels voor een serieuze comeback van de pre-pack. Ten eerste het (vooralsnog) ontbreken van een wettelijke basis en ten tweede de rechtsonzekerheid die voortvloeit uit de overwegingen van het Hof: het zal telkens weer de vraag zijn of werknemers met succes het standpunt kunnen innemen dat het oogmerk in hun situatie niet enkel de liquidatie van de insolvente onderneming betrof. Die onzekerheid zal bovendien doorstarters mogelijk afschrikken, althans de prijs die zij willen betalen drukken, wat dus gevolgen heeft voor de opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers.

Ik voeg hier nog twee latent problematische aspecten aan toe. Allereerst lijkt de van-geval-tot-geval-benadering zich niet te beperken tot de pre-pack, maar zich ook uit te strekken tot gewone, niet-geprepackte doorstarts. Het Hof spreekt immers meermaals van 'pre-pack of faillissementsprocedure'. Daarbij hoeven we niet te denken aan de onderneming die op aanvraag van schuldeisers failliet is verklaard en waarbij de curator nadien tot een verkoop van (delen van) de onderneming komt, nu die gevallen zonder meer voor de voordelen van de faillissements-uitzondering uit de richtlijn ('geen overgang van onderneming') in aanmerking lijken te komen. Wel vallen daaronder – althans dat valt goed te verdedigen – de gevallen waarin de ondernemer zelf eigen aangifte van faillissement doet, terwijl hij een compleet uitgewerkt doorstart-scenario heeft klaarliggen en hij de curator zo ver weet te krijgen bij het kruisje te tekenen, zoals Schaink het omschreef.<sup>18</sup> Ten tweede attendeer ik op de veel voorkomende situatie waarin eerst surseance wordt aangevraagd, waarna deze wordt omgezet in een faillissement, wat in de praktijk veelal gepaard gaat met een al voorbereide verkoop die plaatsvindt aansluitend op de faillietverklaring. Bij de keuze voor deze volgorde is

16. Schaink, Heiploeg en Smallsteps, *TrO* 2022/22, p 89.

17. Verburg, Het Heiploeg-arrest van het HvJ EU van 28 april 2022, een nieuwe ronde, nieuwe kansen, *TvI* 2022/23, paragrafen 28-30.

18. Schaink, Heiploeg en Smallsteps, *TrO* 2022/22, p 89.



mijns inziens bepalend dat in zo'n geval de doorstarter zelf de keuze heeft bij de selectie van het personeel dat hij overneemt. Het is de vraag of deze gang van zaken niet in strijd komt met bij de eerste van de twee in Heiploeg besproken voorwaarden; ook dat zal van geval tot geval bezien moeten gaan worden.

#### 4. De zere plek en de remedie

Daarmee is maar weer eens de vinger op de zere plek gelegd. Het verreweg grootste arbeidsrechtelijke bezwaar van de tegenstanders van de pre-pack betreft het zgn. *cherry picking* door de doorstarter. Er gelden geen objectieve selectiecriteria, een gegeven waarvan al snel zwakkeren (ziek of op leeftijd) de dupe worden.

Aanvankelijk vreesde ik – behorend tot het kamp van de tegenstanders van de pre-pack – dat het na het arrest van het Hof in Heiploeg tot razendsnelle invoering van WCO-I zou komen, waarbij de genoemde obstakels voor lief zouden worden genomen.<sup>19</sup> Dat was echter buiten de waard gerekend. Naar verluidt liggen de politieke verhoudingen inmiddels geheel anders. Voor invoering van WCO-I *sec* bestaat geen draagvlak: er moet iets aan de gesignaleerde problematiek van het ontbreken van selectiecriteria worden gedaan. Het is geen geheim dat momenteel in Den Haag wordt gewerkt aan verschillende scenario's waarbij, naast invoering van WCO-I ook een rol voor de WOVOF is weggelegd.<sup>20</sup> Een verrassing kan dit overigens niet zijn, want het is in lijn met de huidige parlementaire status: gewacht werd op de uitkomst van deze zaak, waarna beide wetsvoorstellen (al is WOVOF in feite nog niet meer dan een *wetsontwerp*) gezamenlijk zouden worden behandeld.<sup>21</sup>

De WOVOF verdient, mede gezien de erop geuite kritiek in de internetconsultatiefase, nog wel de nodige aandacht. Het gaat immers uit van een diametraal omgekeerde benadering ten opzichte van de huidige. Uitgangspunt van de WOVOF is namelijk dat – mits de transactie in zijn algemeenheid natuurlijk kwalificeert als overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. BW – alle werknemers met behoud van arbeidsvoorwaarden mee overgaan. Vervolgens wordt dat verstrekkende uitgangspunt

op een aantal manieren afgezwakt ten faveure van de doorstarter. Oude schulden gaan om te beginnen niet mee over en er wordt voorzien in een mogelijkheid om in overleg met de werknemersorganisaties tot neerwaartse bijstelling van de arbeidsvoorwaarden te komen. Belangrijkste echter is het principe dat alle werknemers, wier arbeidsovereenkomsten in de regel daags na de faillietverklaring door de curator zijn opgezegd, in deze zgn. opgezegde status mee overgaan. Hun arbeidsovereenkomst eindigt derhalve in principe al na korte tijd (de opzegtermijn bedraagt maximaal zes weken, aldus artikel 40 lid 1 Fw). Op de doorstarter rust vervolgens, aldus de WOVOF, de verplichting deze werknemers een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden (onder dezelfde arbeidsvoorwaarden), tenzij sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden. Indien die er zijn, ter beoordeling van de rechter-commissaris en niet het UWV, hoeft hij slechts aan een deel van de werknemers een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden. Bij de keuze wie wel en wie niet mee gaat dient hij in te spiegelen, wat in feite neerkomt op een soort 'omgekeerd afspiegelen', waardoor alsnog ook in faillissementssituaties objectieve en transparante selectiecriteria worden geïntroduceerd. Zo beoogt de WOVOF – die ik nu (te) kort samenvat – alsnog tegemoet te komen aan het bezwaar dat bestaat bij de huidige doorstartpraktijk, met de volledige selectievrijheid.

Dit alles roept nog veel vragen op. Zijn bedrijfseconomische redenen hetzelfde als ETO-redenen (uit artikel 4 van de richtlijn) en, zo nee, zou dat eigenlijk niet moeten? Maar ook praktische vragen: wat als een doorstart na het verstrijken van de opzegtermijn plaatsvindt? En heel praktisch: is de rechter-commissaris toegerust om de behoorlijk technische arbeidsrechtelijke inspiegeling criteria goed en binnen een redelijke termijn toe te passen? En is de mogelijkheid van hoger beroep tegen beslissingen ter zake van de rechter-commissaris, waar de WOVOF nu in voorziet, niet ook een punt van aandacht c.q. zorg, omdat de doorstarter dan nog altijd langere tijd in onzekerheid zal blijven, wat hetzij doorstarts minder populair zal maken, hetzij de overnameprijs drukt?

Groot voordeel zou wel zijn, dat het de pre-pack in een klap van veel - om niet te zeggen: alle - arbeidsrechtelijke complexiteit ontdoet: een pre-pack mag dan ook aangevraagd worden als het primaire doel gelegen is in voortzetting van de onderneming en wat is daar mis mee? Tegenstanders zullen betogen dat dit het enthousiasme bij doortarters ernstig zal laten afnemen, maar is dat geen koudwatervrees? Decennia geleden is ook aanvaard dat de regels van onderneming gingen gelden bij bedrijfs-overnames, waar dat voordien niet het geval was. Inmiddels is dit (buiten faillissement) volkomen vanzelfsprekend. De taak van de curator kan dan bovendien verruimd en gemoderniseerd worden, wat ook tegemoet komt aan de ziekenhuisproblematiek en de daarmee samenhangende aanbevelingen van de OVV. Dat alles lijkt mij een zeer belangrijke stap in de goede richting, op weg naar een eerlijke en goed functionerende doorstartpraktijk, en die tegelijker-

19. Zie ter bevestiging hiervan mijn korte noot onder dit arrest in JAR 2022/127, zeer kort na de uitspraak geschreven.

20. Vlak voor verschijning van deze annotatie is op 7 december 2022 door de Europese Commissie een Richtlijnvoorstel gepubliceerd aangaande harmonisatie van bepaalde insolventierechtelijke aspecten, waarvan ook een hoofdstuk aangaande pre-pack procedures deel uitmaakt: 'Provisions to introduce so called 'pre-pack' liquidation procedures' (COM (2022) 702 final, 2022/0408 COD). De inhoud van dit voorstel is niet in deze bijdrage betrokken.

21. Kamerstukken I 2018/19, 34 218, 2018/2019, Korte aantekeningen vergadering commissie Justitie en Veiligheid (J&V) van 18 juni 2019.

tijd de vragen die dit Heiploeg-arrest oproept geheel van hun belang ontdoet.