

## Ondergang van onderneming door de pre-pack?

Tvl 2017/21

Forum

De pre-pack is niet meer. Op 22 juni 2017 oordeelde het Europese Hof van Justitie dat een pre-pack niet kwalificeert als een faillissementsprocedure die gericht is op de liquidatie van de onderneming onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.<sup>2</sup> De wettelijke regeling van overgang van onderneming in de Richtlijn<sup>3</sup> is daarom van toepassing. Of is het ondergang van onderneming? Gevolg van de uitspraak zou namelijk kunnen zijn dat alle werknemers ten tijde van de doorstart in dienst zijn getreden bij de doorstarter. De nasleep van de pre-pack lijkt in elk geval een *lawyers paradise* te worden.

Welke claims zijn te verwachten? Allereerst die van de ontslagen werknemers. Zij kunnen zich op het standpunt stellen niet rechtsgeldig te zijn ontslagen door de (beoogd) curator in het faillissement, maar *van rechtswege* in dienst te zijn getreden bij de doorstarter (art. 7:663 BW). Bij Estro is dat evident, nu de doorstart twee dagen vóór het ontslag van de werknemers in het faillissement werd geëffectueerd. De curator was daardoor niet meer bevoegd om de werknemers te ontslaan, aangezien de doorstarter als nieuwe werkgever op dat moment het personeel al in dienst had gekregen.<sup>4</sup> In de omgekeerde situatie – eerst ontslag in het faillissement en pas daarna uitvoering van de doorstart – kan dat nog anders uitpakken. Art. 7:670 lid 8 BW bepaalt dat een werkgever de arbeidsovereenkomst niet wegens overgang van onderneming kan opzeggen op straffe van vernietigbaarheid. Weliswaar verklaart art. 7:666 lid 1 sub a BW het opzegverbod in faillissement buiten toepassing, maar ook hier geldt dat die uitzondering niet opgaat. Het opzegverbod vloeit namelijk voort uit art. 4 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG en is daarmee volgens dezelfde redenering van het Europese Hof niet uit te sluiten bij een pre-pack. Gelet hierop lijkt vereist dat de werknemer eerst het gegeven ontslag door de curator vernietigt, om te bewerkstelligen dat hij alsnog van rechtswege in dienst treedt bij de doorstarter. In het Nederlandse arbeidsrecht – zowel vóór als ná de invoering van de WWZ – geldt voor dat beroep op vernietiging een vervaltermijn van twee maanden. Bij pre-packs uit het verleden zal die termijn al lang en breed verstreken zijn. Maar zwart-wit is het niet, want onduidelijk is nog of deze termijn voor vernietiging wel in overeenstemming is met het Europese recht.<sup>5</sup> Het Europese Hof heeft namelijk geoordeeld – en hetzelfde geldt voor de Hoge Raad vóór de invoering van art. 7:670 lid 8 BW – dat een ontslag wegens overgang van onderneming nietig is en derhalve – anders dan vernietiging – niet aan een strikte termijn is gebonden.<sup>6</sup> Deze kwestie kan aanleiding vormen voor een nieuwe ronde prejudiciële vragen bij pre-packs waarbij eerst het ontslag in faillissement werd gegeven en pas daarna uitvoering van de doorstart plaatsvond.

Denkbaar is dus dat de werknemers van via een pre-pack doorgestarte ondernemingen, waaronder in ieder geval Estro, met de uitspraak van het Europese Hof in de hand tewerkstelling kunnen eisen, omdat hun ontslag ongeldig is. Ook kunnen zij betaling van hun salaris vorderen. Doorstarters zullen daardoor acuut moeten reorganiseren. Zij moeten de werknemers herplaatsen, ontslagvergunningen aan-

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: J.R. Hurenkamp, 'Ondergang van onderneming door de pre-pack?', Tvl 2017/21. Mr. J.R. Hurenkamp is advocaat bij Wijn & Stael Advocaten te Utrecht.

2 HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 (*Estro*).

3 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 (PB 2001, L 82, p. 16).

4 HvJ EG 14 november 1996 (*Rotsart*), JAR 1996/255 en HvJ EG 26 mei 2005 (*Celtec*), RAR 2005, 75.

5 In gelijke zin *Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/378* en mr. D. Christe, *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:663 BW, aant. 6.

6 HvJ EU 15 juni 1988, NJ 1990, 247 en HR 29 december 1995, NJ 1996, 418 (*Buyck/Van den Aemele*).

vragen, afspiegelen, het salaris over de opzegtermijn betalen en transitievergoedingen uitkeren. En dat ná advies c.q. raadpleging van de Ondernemingsraad en vakbonden. Het gemiste salaris sinds de doorstart tot vijf jaren daarna (art. 3:307 BW) kan daar nog bovenop komen, vermeerderd met de wettelijke rente en wettelijke verhoging van maximaal 50% (art. 7:625 BW), al dan niet gematigd door de rechter. Om nog maar te zwijgen over de materiële en immateriële schade als gevolg van het ontslag die werknemers gaan proberen te vorderen. Of hadden deze werknemers na het gegeven ontslag door de (beoogd) curator in het faillissement, goedgekeurd door de (beoogd) rechter-commissaris, zich actief beschikbaar moeten stellen voor werk en in de tussentijd aanspraak moeten maken op hun salaris? En hebben deze werknemers überhaupt inkomsten gemist? Moeten de ontvangen WW-uitkeringen op het gevorderde salaris in mindering worden gebracht? Of gaat het UWV die uitkeringen terugvorderen, omdat men in werkelijkheid nooit werkloos is geweest? En wat als men in de tussentijd een nieuwe baan heeft gevonden, maar met een lager salaris? En wat als zij die baan inmiddels zijn kwijtgeraakt, bijvoorbeeld wegens een ontslag op staande voet? Herleeft hun 'slapende' dienstverband bij de doorstarter of is de causale keten dan verbroken?

En ook werknemers die wél zijn overgenomen door de doorstarter hebben mogelijk een claim. Als zij bij de doorstart op basis van ongunstigere voorwaarden in dienst zijn getreden, wat in de regel het geval zal zijn geweest, dan kunnen zij met terugwerkende kracht naleving van hun oorspronkelijke arbeidsvoorwaarden vorderen. Of hadden ook zij het gegeven ontslag door de curator tijdig moeten vernietigen om hun oude arbeidsvoorwaarden van rechtswege bij de doorstarter te kunnen behouden? Of hebben zij hun rechten verwerkt door jarenlang stil te zitten?

Het zijn allemaal vragen die bij de begroting van de salarisaanspraak en de aanvullende schade aan de orde kunnen komen. Jarenlange procedures kunnen het gevolg zijn. Doorstarters staan dus (nog) niet met lege handen. Bovendien kunnen zij de Staat en (beoogd) curator in vrijwaring oproepen. Zij mochten er toch op vertrouwen dat rechtbanken, rechters-commissarissen en curatoren, die actief meewerkten aan de pre-pack, niet in strijd met het recht zouden handelen door werknemers in het faillissement te ontslaan en dat goed te keuren? Of is hier sprake van een verschoonbare rechtsdwaling, ondanks de vele waarschuwingen van arbeidsrechtadvocaten, de Adviescommissie Insolventierecht van de NOvA<sup>7</sup> en de collega's bij de drie rechtbanken die deze buitenwettelijke praktijk niet toestonden? Voor de curator persoonlijk zal het antwoord in mijn ogen bevestigend moeten luiden,<sup>8</sup> maar voor toerekening aan de boedel en de Staat lijkt mij op het eerste gezicht meer ruimte te bestaan.<sup>9</sup> En ook de exoneraties van aansprakelijkheid in de overeenkomst van opdracht met de beoogd curator en de doorstartovereenkomst met de curator in het faillissement zullen discussies doen oplaaien. Valt het gegeven ontslag door de curator onder die algemene exoneraties of is sprake van grove schuld? De praktijk moet het gaan uitwijzen, waarbij de drie rechtbanken die niet hebben meegewerkt aan de pre-pack een sleutelrol zullen vervullen. Zij zijn de enigen die nog voldoende vrijstaan bij de beoordeling.

Daarbij rijst de centrale vraag wie uiteindelijk de rekening zal moeten dragen. In eerste instantie lijken dat de doorstarters te zijn die de onderneming via een pre-pack hebben overgenomen. Maar schijn bedriegt. Zij zullen in de regel niet in staat zijn om met terugwerkende kracht de ontslagen werknemers van werk te voorzien. Die ontslagen waren immers noodzakelijk om de onderneming in afgeslankte vorm te kunnen voortzetten en weer levensvatbaar te maken. Nieuwe faillissementen van deze doorstarters kunnen dan onafwendbaar zijn. De doorstart zal in dat geval wellicht andermaal beklonken worden, dit keer ná faillissement zonder een gedegen voorbereiding in relatieve rust onder toezicht van een kritische beoogd curator en beoogd rechter-commissaris. De ontslagen werknemers staan

<sup>7</sup> [www.advocatenorde.nl/juridische-databank/download/wetgevingsadviezen/124009/1](http://www.advocatenorde.nl/juridische-databank/download/wetgevingsadviezen/124009/1).

<sup>8</sup> Vgl. HR 16 december 2011, NJ 2012/515, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*X/Gips*).

<sup>9</sup> Vgl. HvJ EU van 30 september 2003, C-224/01 (*Köbler*) en HR 11 oktober 1991, NJ 1993/165, m.nt. C.J.H. Brunner en G.J.M. Corstens (*Ovj-arrest*).

dan opnieuw met lege handen, en zeer waarschijnlijk een deel van hun collega's die hun baan wél konden behouden ook. De grootste verliezer lijkt mij dan duidelijk.

Maar het kan ook nog anders lopen. De Nederlandse (kanton)rechters zijn aan de vaststellingen van het Europese Hof gebonden, waaronder het gerechtshof dat zich momenteel buigt over het hoger beroep tegen de uitspraak inzake Heiploeg.<sup>10</sup> Het is echter de vraag of zij het door het Europese Hof beoogde resultaat voor de werknemers – overgang van onderneming – ook kunnen realiseren. Nationale rechters hebben weliswaar de plicht zoveel mogelijk richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht toe te passen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn,<sup>11</sup> maar die interpretatie bij geschillen tussen (rechts)personen van een lidstaat onderling mag niet zo ver gaan dat zij in strijd komt met Europeesrechtelijke rechtsbeginselen, zoals de rechtszekerheid of het verbod van een uitlegging *contra legem*.<sup>12</sup> En daar zit de angel, want een uitleg dat het uitgezonderde “*faillissement*” in art. 7:666 BW zo moet worden geïnterpreteerd dat die procedure – anders dan het Nederlandse recht lijkt te bepalen – (enkel) gericht mag zijn op zuivere liquidatie zonder oogmerk (vooraf) van continuïteit en een doorstart, kan met die beginselen in strijd komen. Mochten doorstarters erop vertrouwen dat de Nederlandse wetgever de uitzondering in de Richtlijn goed had omgezet in art. 7:666 BW, zonder de substantiële inperking die het Europese Hof daar nu aan geeft? Luidt dat antwoord bevestigend, dan ontsnapt de doorstarter alsnog aan zijn aansprakelijkheid jegens de werknemer.<sup>13</sup> En ook de werknemers zullen dan niet treuren. Als richtlijnconforme interpretatie niet binnen de daarvoor bepaalde grenzen het nationale recht kan ‘herstellen’, hebben zij een claim tegen de Nederlandse Staat omdat zij als gevolg van een foute omzetting in hun rechten op grond van de Richtlijn zijn geschaad.<sup>14</sup> Eerder werd een dergelijke claim tegen de Staat al toegewezen bij de onjuiste omzetting van een Europese richtlijn die betrekking had op de toekenning van vakantiedagen aan werknemers.<sup>15</sup>

Linksom of rechtsom zou het dus wel eens de Staat kunnen zijn die op de blaren moet gaan zitten. Linksom als de werknemers met succes kunnen claimen dat zij in dienst zijn getreden bij de doorstarter, waarbij de doorstarter vervolgens op zijn beurt de Staat in vrijwaring oproept voor het in strijd met het recht faciliteren van de pre-pack en het goedkeuren van het ontslag in het faillissement door de rechter-commissaris. Rechtsom als de claim van de werknemers wordt afgewezen vanwege de onmogelijkheid om richtlijnconform te interpreteren, maar diezelfde werknemers vervolgens hun schade kunnen verhalen op de Staat wegens schending van hun rechten op grond van de Richtlijn als gevolg van een foute omzetting.

Is het dan nu einde verhaal voor de pre-pack? Ja. De codificatie van de Nederlandse pre-pack praktijk in het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I (“WCO I”) dat op 21 juni 2016 in de Tweede Kamer werd aangenomen, verliest haar meerwaarde door de uitspraak van het Europese Hof. Dat valt niet te repareren. Weliswaar voorziet de WCO I in het wettelijk vereiste dat de faillissementsprocedure onder toezicht van een “*bevoegde overheidsinstantie*” moet plaatsvinden, maar niettemin blijft de aanwijzing van een beoogd curator hoofdzakelijk gericht op continuïteit en het voorbereiden van een doorstart. Hoezeer liquidatie van het vermogen en opbrengstmaximalisatie voor schuldeisers als achterliggende doelen overtuigend te verdedigen zijn, heeft het Europese Hof dat reeds afgewezen:<sup>16</sup>

10 Rb. Overijssel 8 oktober 2015, m.nt. E. Loesberg (*Heiploeg*), JOR 2015/283.

11 Zie HvJ EG 13 november 1990, C-106/89 (*Marleasing*), r.o. 8 en HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01 en C-403/01 (*Pfeiffer*), r.o. 116.

12 Zie HvJ EG 8 oktober 1987, C-80/86 (*Kolpinghuis*), r.o. 13 en *Asser/Hartkamp 3-I* 2015/181-184.

13 HvJ EG 2 augustus 1993, C-271/91 (*Marshall*) en *Asser/Hartkamp 3-I* 2015/156-157.

14 Zie HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90 (*Francovich*), r.o. 31-37 en HvJ EG 14 juli 1994, C-91/92 (*Faccini Dori*), r.o. 22-27.

15 HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2722 en ECLI:NL:HR:2015:2723.

16 HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 (*Estro*), r.o. 50.

“een dergelijke transactie [beoogt] uiteindelijk niet de liquidatie van de onderneming, zodat het economische en sociale doel daarvan noch kan verklaren noch kan rechtvaardigen dat bij een volledige of gedeeltelijke overgang van de betrokken onderneming, haar werknemers worden beroofd van de rechten die richtlijn 2001/23 hun toekent.”

De nationale wetgevers zijn aan deze vaststelling gebonden. In België heeft dat al geleid tot de intrekking van een met de WCO I vergelijkbaar wetsvoorstel. Minister van Justitie in België Geens merkt daarover op:

“Ik had er het hele weekend op getobd, maar zag geen mogelijkheid om zo snel een oplossing te vinden op het arrest van het Europees hof van justitie. En ik had geen zin om iets te laten stemmen waar er onvoldoende rechtszekerheid over was. Het zou daardoor in de praktijk toch niet gebruikt worden.”<sup>17</sup>

Ook de Nederlandse wetgever zal zijn verlies moeten gaan nemen.

Want een wijziging van art. 7:666 BW op grond van art. 5 lid 2 Richtlijn jo. art. 5 lid 3 van de Richtlijn<sup>18</sup> biedt voor de toekomst ook geen soelaas; er bestaat enkel ruimte om te bepalen dat bestaande schulden uit arbeidsovereenkomsten niet mee overgaan naar de doorstarter dan wel dat een versoering van de arbeidsvoorwaarden kan plaatsvinden in overleg met de werknemersvertegenwoordigers. Ook in dat geval blijft de doorstarter dus verplicht om het gehele personeelsbestand over te nemen. Het is alles of niets en dat schrikt doorstarters af. Enkel in bijzondere gevallen, waarbij het overnemen van het gehele personeelsbestand minder bezwaarlijk is, kan een pre-pack nog uitkomst bieden.

Een gemiste kans voor het Europese Hof, die eerdere aanbevelingen van de Europese Commissie om zeep helpt.<sup>19</sup> Op 12 maart 2014 gaf de Europese Commissie nog aan de lidstaten in overweging om een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie te realiseren.<sup>20</sup>

“Het is nodig om de samenhang tussen de nationale insolventiestelsels te bevorderen om de verschillen en inefficiënties die een belemmering vormen voor de vroege herstructurering van levensvatbare ondernemingen in financiële moeilijkheden en een tweede kans voor eerlijke ondernemers, terug te brengen en zodoende de totale waarde voor schuldeisers, werknemers, eigenaren en de economie als geheel te maximaliseren.”

In Nederland, waar de pre-pack aan deze doelstellingen tegemoet kwam, is dat nu nog maar beperkt mogelijk. Het enige alternatief dat resteert, is het daags voor het faillissement op informele wijze betrekken van een curator die alvast meekijkt met de ondernemer om een ongecontroleerde afwikkeling van het faillissement te voorkomen. Niets meer, niets minder, want bij enige vorm van voorbereiding van een doorstart dreigt de sanctie van overgang van onderneming in het faillissement voor de doorstarter. En dat geldt waarschijnlijk ook als de doorstart tijdens een surseance van betaling wordt voorbereid, maar pas ná de faillietverklaring wordt geëffectueerd. Ook dan wordt het faillissement niet meer ingeleid met het oog op liquidatie. Overigens is het op deze beperkte wijze meekijken door een curator, enkele dagen voor het faillissement met een grote omvang of een ‘maatschappelijk tintje’, zoals een ziekenhuis, al jaren gebruikelijk in de praktijk. Een wettelijke verankering in de WCO I is daarvoor niet nodig.

<sup>17</sup> [https://m.standaard.be/cnt/dmf20170628\\_02946729](https://m.standaard.be/cnt/dmf20170628_02946729).

<sup>18</sup> 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 (PB 2001, L 82, blz. 16).

<sup>19</sup> Overigens kwam de Europese Commissie zelf ook al op die aanbeveling terug met haar kritische opmerkingen over de pre-pack die zij indiende bij het Europese Hof in de Estro-procedure.

<sup>20</sup> Aanbeveling van de Commissie van 12 maart 2014 inzake een nieuwe aanpak van faillissement en insolventie, C(2014) 1500 final (hierna: de Aanbeveling), overweging 1 en 5.

Via een voorbereid faillissement en pre-pack het personeelsbestand reorganiseren, een van de belangrijkste kostenposten bij ondernemingen die in zwaar weer verkeren, is dus niet (meer) mogelijk. Dat lijkt de weg naar een doorstart met de hoogste opbrengst en met behoud van de meeste werkgelegenheid<sup>21</sup> in gevallen die daarvoor geschikt zijn, te blokkeren. Voortaan resteren er nog twee opties: reorganiseren vóór faillissement wegens economische, technische of organisatorische redenen volgens het nationale ontslagrecht,<sup>22</sup> waarbij de bijbehorende schuldenlast niet via een (vorbereid) faillissement weggesaneerd mag worden wegens (de schijn van) misbruik en benadeling van schuldeisers, of het terugvallen op de traditionele doorstartpraktijk in faillissementen, waarin de reorganisatie van personeel nog wel mogelijk lijkt (zie hierover ook de forumbijdrage van Verstijlen in dit nummer, *Tvl* 2017/20). In het laatste geval wordt de doorstart niet meer onder het oog van een kritische beoogd curator en beoogd rechter-commissaris vóór het faillissement voorbereid, maar pas ná het faillissement. Wij zijn dan weer terug bij af en de kans op misbruik is daarmee niet verkleind. Integendeel, het dilemma om bij het doorstartplan van de ondernemer “te tekenen bij het kruisje” of zelfstandig een doorstart te onderzoeken, met het risico dat de waarde van de onderneming vliegensvlug verdampt en belangrijke leveranciers, klanten en werknemers weglopen, herleeft. Daar is geen werknemer (en schuldeiser) bij gebaat.

21 Uit empirisch onderzoek naar de pre-pack is gebleken dat in die gevallen gemiddeld 68% van de werkgelegenheid werd behouden. Zie J.R. Hurenkamp, 'Failliet of fast forward? Een analyse van de pre-pack in de praktijk', *Tvl* 2015/20.

22 Art. 4 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG staat dit toe. Zie HvJ EG 16 oktober 2008, *JAR* 2008/295 (*Kirtruna*).