

TvI 2020/35

Hoge Raad (Civiele kamer) 17 april 2020, nr. 18/04401
m.nt. mr. I.M.A. Lintel & prof. mr. T.T. van Zanten¹

NJB 2020/1057
RvdW 2020/730
TvI 2020/36.1
NJ 2020/235
NJ 2020/234
RI 2020/43
RvdW 2020/729
RI 2020/53
ECLI:NL:HR:2020:753
ECLI:NL:HR:2020:954
ECLI:NL:PHR:2019:1237

Opnieuw naar het Hof van Justitie voor duidelijkheid over de positie van werknemers bij een pre-packaged doorstart. Noot bij HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (FNV/Heiploeg)

1. Inleiding

Op 22 juni 2017 wees het Hof van Justitie van de Europese Unie het roemruchte *SmallSteps*-arrest.² Het Hof oordeelde dat de in Richtlijn 2001/23/EG (“Richtlijn”) gegarandeerde bescherming van werknemers behouden blijft in een situatie zoals die in *SmallSteps* aan de orde was, waarin een overgang van onderneming plaatsvindt in de context van een vóór de faillietverklaring voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde *pre-pack*. In die situatie gaan de rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomsten die op de vervreemder rustten dus over op de verkrijger van de onderneming. Dit oordeel gaf het HvJ EU naar aanleiding van vragen van de kantonrechter in Almere. De kantonrechter wenste volgens het HvJ EU “in wezen” te vernemen of de in de Richtlijn voorziene werknemersbescherming gehandhaafd blijft bij een overgang van onderneming in het kader van een *pre-pack*, zoals die is vormgegeven in de Nederlandse praktijk.³

Het *SmallSteps*-arrest heeft in Nederland veel losgemaakt. Er heerst grote onzekerheid over de juiste uitleg van het arrest, waardoor onduidelijk is of, en zo ja, onder welke omstandigheden een ‘gepre-packte’ doorstart nog mogelijk is zonder dat ook al het personeel wordt overgenomen. Het bij de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel voor de *Wet Continuïteit Ondernemingen I*, die de *pre-pack*praktijk van

een wettelijke basis moet voorzien, is direct na de verschijning van de conclusie van de A-G in *SmallSteps* ‘onthamerd’ en sindsdien ligt de behandeling stil. De door *SmallSteps* gecreëerde onduidelijkheid treft zelfs de ‘gewone’ voorbereide doorstart, die in het licht van de door het HvJ EU kennelijk relevant geachte aspecten, niet wezenlijk van de gepre-packte doorstart lijkt te verschillen.⁴ De hier bedoelde onzekerheid is een belangrijke katalysator geweest voor de totstandkoming van het wetsvoorstel *Wet overgang van onderneming in faillissement*,⁵ waarin onder meer wordt voorzien in een schrapping van de faillissementsuitzondering, die wordt vervangen door het in de Richtlijn toegestane ‘verlichte’ regime.

De hier te bespreken zaak over de *pre-pack*doorstart van garnalenverwerker Heiploeg bood de Hoge Raad de eerste gelegenheid om meer duidelijkheid te scheppen. Dat doet hij in de hier te annoteren arresten echter nog niet. De Hoge Raad wendt zich tot het HvJ EU, om – welbeschouwd – dezelfde prejudiciële vragen te stellen als de kantonrechter in Almere vóór hem deed.

Hierna plaatsen wij kanttekeningen bij de door de Hoge Raad gegeven rechtvaardiging om opnieuw de gang naar het Hof te maken (§ 4) en bespreken wij de meest opvallende oordelen die de Hoge Raad geeft over de Nederlandse faillissementsprocedure en *pre-pack*, in zijn kennelijke ijver om de Nederlandse *pre-pack*praktijk van de ondergang te redden (§ 5). Alvorens daaraan toe te komen, bespreken wij eerst de casus Heiploeg en de procedure in feitelijke instanties (§ 2), gevolgd door de cassatieprocedure en het oordeel van de Hoge Raad (§ 3).

2. De zaak Heiploeg en de procedure in feitelijke instanties

Het Heiploeg-concern (“Heiploeg-oud”), dat zich onder andere bezighield met de verwerking en levering van garnalen, leed al een aantal jaren aanzienlijke verliezen toen de Europese Unie eind 2013 aan een viertal van zijn vennootschappen een boete van ruim € 27 miljoen oplegde. De banken waren niet bereid die boete te financieren. Vanaf dat moment onderzocht de directie van Heiploeg-oud de mogelijkheden voor een overname door middel van een *pre-pack*. Verschillende partijen zijn toen uitgenodigd om een bieding te doen. De bieding van Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. werd als beste beoordeeld en met haar werd verder onderhandeld. Op 16 januari 2014 heeft de Rechtbank Noord-Nederland op verzoek van de vennootschappen van Heiploeg-oud twee beoogd curatoren en een beoogd rechter-commissaris aangewezen en nam de *pre-pack*fase een aanvang. Op 21 januari 2014 werden de latere verkrijgers van (delen van) de onderneming van Heiploeg

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: Mr. I.M.A. Lintel en prof. mr. T.T. van Zanten, ‘Opnieuw naar het Hof van Justitie voor duidelijkheid over de positie van werknemers bij een pre-packaged doorstart. Noot bij HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (FNV/Heiploeg)’, *TvI* 2020/36. Ida Lintel en Thijs van Zanten zijn cassatieadvocaat bij Wijn & Stael. Thijs van Zanten is tevens hoogleraar Overeenkomst en Zekerheid aan de RUG en redacteur van *TvI*.

2 Zie HvJ EU 22 juni 2017, *NJ* 2017/369, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*SmallSteps*).

3 Zie HvJ EU 22 juni 2017, *NJ* 2017/369, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*SmallSteps*), punt 37.

4 Zie bijvoorbeeld P.R.W. Schaïnk, noot onder conclusie A-G Mengozzi voorafgaand aan *SmallSteps*, *JOR* 2017/184, nrs. 15-17; F.M.J. Verstijlen, noot onder HvJ EU 22 juni 2017, *NJ* 2017/369 (*SmallSteps*), nr. 11.

5 Zie ‘Kamerbrief over consultatie voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement’, www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/05/29/ek-consultatie-voorontwerp-wet-overgang-van-onderneming-in-faillissement. De internetconsultatie met betrekking tot dit wetsvoorstel is op 31 augustus 2019 gesloten.

(“Heiploeg-nieuw”) in het handelsregister ingeschreven. Een week later werden de vennootschappen van Heiploeg-oud in staat van faillissement verklaard met benoeming van de twee stille bewindvoerders tot curatoren en aanstelling van de beoogd rechter-commissaris tot rechter-commissaris. Bij persbericht van diezelfde dag kondigden de curatoren de overname door Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. aan. Op 29 januari 2014 om 03:00 uur 's ochtends hebben de curatoren en Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. hun handtekeningen onder een activaovereenkomst gezet, waarmee de doorstart van het Heiploeg-concern een feit was. Van de circa 300 Nederlandse werknemers van Heiploeg-oud zijn er 210 in dienst getreden bij Heiploeg-nieuw. Zij verrichten veelal op hun oude werkplekken de werkzaamheden die zij ook voorafgaand aan het faillissement verrichtten, maar tegen minder gunstige arbeidsvoorwaarden.

De vakbonden FNV en CNV hebben Heiploeg-nieuw in rechte betrokken. Zij vorderen onder andere een verklaring voor recht (i) dat de Richtlijn van toepassing is op de doorstart van Heiploeg-oud; en (ii) dat de werknemers van Heiploeg-oud op grond van een richtlijnconforme interpretatie van art. 7:662 e.v. BW bij Heiploeg-nieuw in dienst zijn getreden met behoud van hun arbeidsvoorwaarden.

De Rechtbank Overijssel wees de vordering af.⁶ Zij oordeelde dat de uitzonderingsbepaling van art. 7:666, aanhef en onder a, BW, die strekt ter implementatie van art. 5 lid 1 van de Richtlijn, op de in het geding zijnde overgang van onderneming van toepassing is, ook wanneer deze bepaling richtlijnconform wordt uitgelegd. De rechten en verplichtingen uit bestaande arbeidsovereenkomsten zijn door de overgang van onderneming daarom niet van rechtswege mee overgegaan op Heiploeg-nieuw.

In appel heeft het hof – na aanhouding van de zaak in afwachting van het *Smallsteps*-arrest van het HvJ EU – het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.⁷ Naar zijn oordeel is voldaan aan de drie cumulatieve voorwaarden voor toepassing van de uitzondering van art. 5 lid 1 van de Richtlijn: (i) het staat niet ter discussie dat Heiploeg-oud verwickeld was in een faillissementsprocedure of een gelijksoortige procedure; (ii) uit de omstandigheden van het geval moet worden opgemaakt dat de faillissementsprocedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud; en (iii) de activaovereenkomst is gesloten onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.

3. De cassatieprocedure en het oordeel van de Hoge Raad

In cassatie klaagt FNV in de eerste plaats over het oordeel van het hof dat is voldaan aan de voorwaarde dat sprake moet zijn van een procedure die wordt ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. In de tweede plaats klaagt zij over het oordeel dat is voldaan aan de voorwaarde dat de procedure onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie moet staan.

⁶ Zie Rb. Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.

⁷ Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6539.

In een uitvoerig onderbouwde conclusie⁸ concludeert A-G Drijber dat het HvJ EU in *Smallsteps* niet in algemene zin over het lot van de Nederlandse pre-pack heeft beslist. Daartoe is het hof ook niet bevoegd. Het is aan de nationale rechter om in een concreet geval te onderzoeken of de kenmerken van de pre-pack in *Smallsteps* zich voordoen en om vervolgens te beoordelen of aan de drie voorwaarden voor toepassing van de faillissementsuitzondering is voldaan. Naar zijn oordeel dient een groot aantal klachten van FNV te slagen. Hij concludeert dat het hof eraan voorbijgegaan is “dat de omstreden pre-pack in de kern de kenmerken vertoont die het Hof van Justitie hebben doen oordelen dat de pre-pack in de zaak *Smallsteps* niet aan de tweede voorwaarde voldeed [...]”⁹ Door in deze zaak in tegengestelde zin te oordelen over het doel waarmee de procedure is ingeleid geeft het hof zijns inziens “blijk van een onjuiste uitleg (en daarvan afgeleid: toepassing) van het arrest *Smallsteps*.” Ook het oordeel van het hof dat de activaovereenkomst onder toezicht van een overheidsinstantie is gesloten, dient volgens A-G Drijber te worden vernietigd. Het hof heeft ten onrechte doorslaggevend geacht dat de *overeenkomst* is gesloten onder toezicht van een overheidsinstantie, terwijl van belang is of de *procedure* onder dergelijk toezicht heeft gestaan. In de periode voorafgaand aan het faillissement staat de procedure niet onder toezicht van een overheidsinstantie, nu de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris formeel over geen enkele bevoegdheid beschikken, aldus de A-G, onder verwijzing naar het gelijklopende oordeel in *Smallsteps*. De gang van zaken in de onderhavige kwestie vertoont op het punt van het overheidstoezicht duidelijk overeenkomsten met de handelwijze in de zaak *Smallsteps*, zodat het hof ook met betrekking tot die voorwaarde niet tot een ander oordeel dan in *Smallsteps* had mogen komen.¹⁰ De Hoge Raad vaart een andere koers. Na enkele algemene overwegingen over de Nederlandse faillissementsprocedure en de pre-pack in Nederland,¹¹ oordeelt de Hoge Raad:

“Uit dit een en ander volgt dat het primaire doel van een pre-pack is om bij de liquidatie van het vermogen van de schuldenaar de hoogst mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers te bereiken en dat de pre-pack daarnaast eraan bijdraagt dat (een deel van) de werkgelegenheid wordt behouden. Verder volgt uit een en ander dat het stelsel van de Faillissementswet erop is gericht te voorkomen dat het overheidstoezicht in de faillissementsprocedure wordt uitgehold door een aan die faillissementsprocedure voorafgaande pre-pack.”¹²

De Hoge Raad beoordeelt vervolgens of de door de faillietverklaring gevolgde pre-pack in het onderhavige geval (i) kan worden aangemerkt als een procedure die is gericht

⁸ Zie CPG 1 november 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1237.

⁹ Zie CPG 1 november 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1237, nr. 7.12.

¹⁰ Zie CPG 1 november 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1237, nr. 7.38.

¹¹ Zie HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, rov. 3.5.1-3.5.3 en 3.6.1-3.6.6.

¹² Zie HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, rov. 3.6.6.

op de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-oud en (ii) onder toezicht stond van een overheidsinstantie.¹³ Hij oordeelt twee keer (voorlopig) in bevestigende zin, maar overweegt dat daarover – mede gelet op het *Smallsteps*-arrest – redelijkerwijs twijfel kan bestaan.¹⁴ Het brengt hem ertoe een aantal prejudiciële vragen aan het HvJ EU voor te leggen. Deze vragen luiden – na aanvulling op basis van de uitlatingen van partijen over de vragen – als volgt:

“1. Moet art. 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG zo worden uitgelegd dat aan de voorwaarde dat ‘de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure wordt ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder’ is voldaan, indien

- (i) het faillissement van de vervreemder onafwendbaar is en de vervreemder dus daadwerkelijk insolvent is,
- (ii) naar Nederlands recht het doel van de faillissementsprocedure is het bewerkstelligen van een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers door middel van liquidatie van het vermogen van de schuldenaar, en
- (iii) in een zogenoemde pre-pack voorafgaand aan de faillietverklaring de overgang van (een deel van) de onderneming wordt voorbereid en eerst na de faillietverklaring wordt uitgevoerd waarbij
- (iv) de door de rechtbank aangewezen beoogd curator zich voorafgaand aan de faillietverklaring moet laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers alsmede door maatschappelijke belangen zoals het belang van behoud van werkgelegenheid en de eveneens door de rechtbank aangewezen beoogd rechter-commissaris hierop moet toezien,
- (v) het doel van de pre-pack is om in de daarop volgende faillissementsprocedure een wijze van liquidatie mogelijk te maken waarbij (een deel van) de tot het vermogen van de vervreemder behorende onderneming *going concern* wordt verkocht zodat de hoogst mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers wordt behaald en de werkgelegenheid zoveel mogelijk wordt behouden,¹⁵ en
- (vi) de inrichting van de procedure waarborgt dat dit doel daadwerkelijk leidend is?

2. Moet art. 5 lid 1 van de Richtlijn zo worden uitgelegd dat aan de voorwaarde dat ‘de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie’ is voldaan, indien de overgang van (een deel van) de onderneming in een pre-pack voorafgaand aan de faillietverklaring

wordt voorbereid en na de faillietverklaring wordt uitgevoerd en

- (i) voorafgaand aan de faillietverklaring wordt geobserveerd door een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris, die zijn aangewezen door de rechtbank, maar die niet over wettelijke bevoegdheden beschikken,¹⁶
- (ii) de beoogd curator zich naar Nederlands recht voorafgaand aan de faillietverklaring moet laten leiden door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en door andere maatschappelijke belangen, zoals dat van het behoud van werkgelegenheid, en de beoogd rechter-commissaris hierop moet toezien,
- (iii) de taken van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris niet verschillen van die van de curator en de rechter-commissaris in faillissement,
- (iv) de overeenkomst op grond waarvan de onderneming overgaat en die tijdens een pre-pack is voorbereid, pas gesloten en uitgevoerd wordt nadat het faillissement is uitgesproken,
- (v) de rechtbank bij het uitspreken van het faillissement ertoe kan overgaan een ander dan de beoogd curator of de beoogd rechter-commissaris te benoemen tot curator of rechter-commissaris, en
- (vi) voor de curator en de rechter-commissaris dezelfde eisen van objectiviteit en onafhankelijkheid gelden die gelden voor een curator en rechter-commissaris in een faillissement waaraan geen pre-pack is voorafgegaan en zij, ongeacht de mate van hun betrokkenheid voorafgaand aan de faillietverklaring, op grond van hun wettelijke taak gehouden zijn te beoordelen of de voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van (een deel van) de onderneming in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, en indien zij deze vraag ontkennend beantwoorden, te beslissen dat die overgang geen doorgang zal vinden terwijl zij steeds bevoegd zijn om op andere gronden, bijvoorbeeld omdat andere maatschappelijke belangen, zoals het belang van werkgelegenheid, zich daartegen verzetten, te beslissen dat de voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van (een deel van) de onderneming niet zal plaatsvinden?”¹⁷

4. Kanttekeningen bij de rechtvaardiging voor het stellen van prejudiciële vragen

Het verwijzingsarrest bevat de redenen waarom de Hoge Raad zich met prejudiciële vragen richt tot het HvJ EU, zoals vanuit Luxemburg ook wordt gevergd.¹⁸ De Hoge Raad fo-

13 Zie HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, rov. 3.8-3.10.2.

14 Zie HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, rov. 3.9.2 en 3.10.2.

15 De passage “en de werkgelegenheid zoveel mogelijk wordt behouden” is nieuw ten opzichte van de vraagstelling uit het arrest van 17 april.

16 De passage “maar die niet over wettelijke bevoegdheden beschikken” is nieuw ten opzichte van de vraagstelling uit het arrest van 17 april.

17 Zie HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, rov. 5.

18 Zie art. 94, aanhef en onder c, Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie (OJ L 265, 29.9.2012).

cust daarbij op het onderscheid met het *Smallsteps*-arrest. Hij noemt drie omstandigheden die naar zijn oordeel maken dat er redelijkerwijs twijfel over kan bestaan of de beoordeling door het HvJ EU in *Smallsteps* ook geldt in het geval van Heiploeg:

1. Uit het feit dat het HvJ EU in *Smallsteps* zijn oordeel over het doel waarmee de procedure wordt ingeleid, heeft gegeven “onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter”, leidt de Hoge Raad af dat het aan de nationale rechter is om te beoordelen of in een aan hem voorgelegd geval sprake is van een pre-pack die is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder.
2. Hetgeen de Hoge Raad heeft opgemerkt over het Nederlandse faillissementsrecht en het doel en de inrichting van de pre-pack in het algemeen, is naar zijn oordeel niet in volle omvang aan het HvJ EU voorgelegd in de zaak die heeft geleid tot het *Smallsteps*-arrest.
3. Voorts is van belang dat in het geval van Heiploeg, anders dan in de zaak die heeft geleid tot het *Smallsteps*-arrest, de onderhandelingen over de overgang van Heiploeg-oud niet hebben plaatsgevonden met een aan Heiploeg-oud gelieerde onderneming.¹⁹

De eerste reden voor een nieuwe gang naar het HvJ EU is ons niet geheel duidelijk. Zij betreft de bevoegdheidsverdeling tussen het Luxemburgse hof en de nationale rechterlijke instanties. Het Hof van Justitie is slechts bevoegd om een uitspraak te doen over de uitlegging van het Unierecht,²⁰ en niet om in een concreet geval te beslissen. Het is aan de nationale rechter om toepassing te geven aan het Unierecht en de zaak te beslechten.²¹ Bovendien gaat de nationale rechter exclusief over de vaststelling van de inhoud en het doel van nationaal recht.²² Tegen deze achtergrond leidt de Hoge Raad uit de overwegingen van het HvJ EU terecht af dat de toepassing van het Unierecht in een concreet geval aan de nationale rechter is voorbehouden. Dat kan echter geen reden zijn om prejudiciële vragen aan het HvJ EU te stellen. Integendeel; het onderstreept juist dat de nationale rechter aan zet is. Mogelijk heeft de Hoge Raad hier bedoeld tot uitdrukking te brengen dat hij het *Smallsteps*-arrest aldus heeft begrepen dat daaruit een casuïstische benadering volgt, in die zin dat per geval moet worden beoordeeld of de specifieke pre-packdoorstart aan de voorwaarden van toepassing van art. 5 lid 1 Richtlijn voldoet, en dat het Hof dus niet een algemeen oordeel over de Nederlandse pre-pack heeft geveld en wil hij van het HvJ EU weten of die uitleg juist is. Ook dat miskent evenwel de bevoegdheidsverdeling tussen het Hof

van Justitie en de hoogste nationale rechter, die steeds het laatste woord heeft over de uitleg van het nationale recht.

De derde reden overtuigt ons evenmin. De uitspraak in *Smallsteps* biedt geen enkele aanleiding om te denken dat de vraag of de onderhandelingen over de overgang van onderneming hebben plaatsgevonden met een gelieerde partij relevant is voor de uitlegging van art. 5 lid 1 van de Richtlijn. Uit het in het *Smallsteps*-arrest opgenomen overzicht van de feiten zoals die zich in de *Smallsteps*-casus hebben voorgedaan, kan weliswaar worden afgeleid dat de onderhandelingen over de doorstart in die zaak hebben plaatsgevonden met een aan de vervreemder gelieerde partij,²³ maar in het kader van de beantwoording van de prejudiciële vragen wordt door het HvJ EU met geen woord over die omstandigheid gerept.

Bovendien legt de Hoge Raad de omstandigheid dat de onderhandelingen over de overgang van Heiploeg-oud niet hebben plaatsgevonden met een aan Heiploeg-oud gelieerde partij – welke omstandigheid hij dus van zodanig belang acht dat zij (mede) een nieuwe prejudiciële procedure rechtvaardigt – vervolgens niet aan het HvJ EU voor. In de geformuleerde vragen komt zij immers niet terug. Met andere woorden: het HvJ EU wordt door de Hoge Raad helemaal niet gevraagd zich over de relevantie van deze omstandigheid in het kader van de uitlegging van art. 5 lid 1 van de Richtlijn uit te laten. Of uit het feit dat de Hoge Raad er zo uitdrukkelijk aandacht aan besteedt,²⁴ kan worden afgeleid dat het naar zijn oordeel een factor van betekenis is bij de beoordeling of in een concreet geval aan werknemers bescherming toekomt bij een ‘gepre-pakte’ overgang van onderneming in faillissement, zoals Schreurs in zijn forumbijdrage elders in dit nummer suggereert, durven wij niet te zeggen. Feit is immers dat over de wenselijkheid van pre-packdoorstarts met gelieerde partijen nu eenmaal, ook in internationaal verband, verschil van inzicht bestaat, zodat op zichzelf te begrijpen valt dat de Hoge Raad er aandacht aan geeft. Minder begrijpelijk is dan echter, als gezegd, dat hij die omstandigheid vervolgens niet in de vraagstelling laat terugkeren.

De werkelijke aanleiding om het HvJ EU opnieuw te raadplegen, lijkt te schuilen in de tweede reden die de Hoge Raad noemt. Hoewel het op zijn weg ligt om in deze zaak toepassing te geven aan de jurisprudentie van het HvJ EU, in die zin dat hij binnen de door het cassatiemiddel getrokken grenzen dient te beoordelen of het Hof Arnhem-Leeuwarden op juiste en begrijpelijke wijze toepassing heeft gegeven aan de voorwaarden voor toepassing van art. 5 lid 1 van de Richtlijn, en hij in dit verband ook zelf een oordeel over de aan hem voorgelegde rechtsvragen heeft,²⁵ durft hij het daar niet bij te laten. Het *Smallsteps*-arrest zit hem in de weg. De Hoge Raad laat duidelijk blijken dat hij van mening is dat de kantonrechter in *Smallsteps* het HvJ EU niet

19 Zie HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, rov. 3.11.3.

20 Zie art. 19, lid 3 en onder c, VEU en art. 267, aanhef en onder b, VWEU.

21 Zie bijvoorbeeld: HvJ EG 18 december 2007, C-220/06, ECLI:EU:C:2007:815 (*Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*), punt 36; HvJ EG 15 november 2007, C-162/06, ECLI:EU:C:2007:681 (*International Mail Spain*), punt 24. Zie ook Aanbevelingen HvJ EU aan de nationale rechterlijke instanties over het aanhangig maken van prejudiciële procedures (2019/C 380/01), par. 11.

22 Zie bijvoorbeeld: HvJ EG 4 juli 2000, C-424/97, ECLI:EU:C:2000:357, (*Haim*), punt 56; HvJ EU 17 januari 2013, C-23/12, ECLI:EU:C:2013:24 (*Zakaria*), punt 28-30.

23 Zie HvJ EU 22 juni 2017, NJ 2017/369, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Smallsteps*), punt 20.

24 Vgl. ook rov. 3.9.1: “een rechtspersoon waarvan niet is gesteld of gebleken dat hij op enige wijze was gelieerd aan Heiploeg-oud.”

25 Zie HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, rov. 3.9.2 en 3.10.2.

adequaat heeft voorgelicht over het Nederlandse faillissementsrecht en het doel en de inrichting van de pre-pack in het algemeen. In de overwegingen van de Hoge Raad klinkt door dat hij voor mogelijk houdt dat het antwoord anders had geluid indien het HvJ EU wel juist zou zijn geïnformeerd. Nu het *Smallsteps*-arrest echter met name aanknopingspunten bevat om ook in het geval van Heiploeg te oordelen dat niet is voldaan aan de tweede en derde voorwaarde voor toepassing van art. 5 lid 1 van de Richtlijn – in welke zin de A-G ook heeft geconcludeerd – rechtvaardigt dat onzes inziens op zichzelf een nieuwe ronde bij het HvJ EU.

Een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep heeft in beginsel een verplichting om vragen over de uitlegging van EU-recht aan het Hof voor te leggen, als de beantwoording van die vragen relevant is om het geschil te beslechten.²⁶ Voor nationale rechters wier beslissingen nog in een hogere instantie kunnen worden aangevochten geldt slechts een bevoegdheid om vragen aan het HvJ EU te stellen.²⁷ Het is aan de discretie van de nationale rechterlijke instanties overgelaten op welk moment zij het aangewezen achten om een prejudiciële vraag te stellen. Dit neemt niet weg dat een verwijzing prematuur is als de zaak feitelijk en/of juridisch nog onvoldoende is uitgekristalliseerd, onder andere omdat dan het risico van een onbruikbaar precedent op de loer ligt. Het HvJ EU heeft in zijn *Aanbevelingen aan de nationale rechterlijke instanties over het aanhangig maken van prejudiciële procedures* dan ook geadviseerd: “dat de beslissing om prejudicieel te verwijzen pas wordt genomen wanneer de procedure zo ver is gevorderd dat de verwijzende rechterlijke instantie het feitelijke en het rechtskader van de zaak die aan het hoofdgeding ten grondslag ligt voldoende nauwkeurig kan afbakenen, evenals de rechtsvragen die zij opwerpt.”²⁸ De keerzijde is dat partijen een gerechtvaardigd belang hebben bij het verkrijgen van een juiste beslissing van de rechter.²⁹ Met de *benefit of hindsight* is de conclusie dat de kantonrechter in *Smallsteps* met zijn verwijzing voorbarig is geweest – nu de pre-packpraktijk in beweging was en de Hoge Raad zich nog niet over de aard en inrichting daarvan had uitgelaten – snel getrokken.

De verwijzingsplicht voor de rechter die in hoogste instantie beslist, is niet absoluut. Sinds het *Cilfit*-arrest is vaste rechtspraak van het HvJ EU dat er geen verplichting is om prejudicieel te verwijzen indien het Hof de vraag reeds heeft beantwoord (*acte éclairé*) of wanneer de juiste uitleg van het Unierecht zo evident is, dat redelijkerwijze geen ruimte voor twijfel kan bestaan (*acte clair*).³⁰ De gedachte achter deze uitzonderingen is dat de verwijzingsplicht is bedoeld om een juiste toepassing en uniforme uitlegging van het Unierecht

in alle lidstaten te verzekeren.³¹ Waar de verwezenlijking van dat doel niet in het gedrang komt, is er geen reden om de rechterlijke instanties van de lidstaten te verplichten om vragen te stellen. De vrijheid om zich tot het Hof te wenden, hebben zij dan nog wel. Het is aan de nationale rechter om op eigen verantwoordelijkheid en op onafhankelijke wijze vast te stellen of er sprake is van een *acte éclairé* of een *acte clair*.³² Hem wordt in dit verband een behoorlijke beoordelingsmarge gegund.³³

Tegen deze achtergrond had de Hoge Raad deze zaak onzes inziens ook zelf kunnen afdoen. Al vóór *Smallsteps* was een bestendige lijn te ontwaren in de rechtspraak van het HvJ EU over de reikwijdte van de faillissementsuitzondering op de werknemersbeschermingsbepalingen bij een overgang van onderneming.³⁴ Het *Smallsteps*-arrest past in die lijn. Recent heeft het HvJ EU de drie voorwaarden voor toepassing van art. 5 lid 1 van de Richtlijn in het arrest *Plessers/Prefaco* nog eens herhaald.³⁵ Bij die stand van zaken zou het oordeel dat sprake is van een *acte éclairé* niet gewaagd zijn geweest. Het HvJ EU heeft de voorwaarden voor toepassing van de faillissementsuitzondering immers op zichzelf helder geformuleerd en dan is het exclusief aan de Nederlandse rechter om te oordelen of en onder welke omstandigheden de Nederlandse pre-packdoorstart aan die voorwaarden voldoet. Dat de Hoge Raad niettemin prejudiciële vragen stelt, zal – zo vermoeden wij – mede te maken hebben met het feit dat zijn opvatting over de toepasselijkheid van de faillissementsuitzondering in de Heiploeg-casus afwijkt van de opvatting van zijn A-G, wiens conclusie volledig op (gelijkenissen met) het *Smallsteps*-arrest is gegrond. Bij een dergelijk afwijkend oordeel zou het nalaten om prejudiciële vragen te stellen op grond van *acte éclairé* een schoffering van de A-G inhouden. De Hoge Raad zou dan immers in essentie oordelen dat er redelijkerwijs geen twijfel over kan bestaan dat de opvatting van de A-G geen hout snijdt. Een dergelijk oordeel zou bovendien – en belangrijker – ook bij het HvJ EU

26 Zie art. 267, derde alinea, VWEU.

27 Zie art. 267, tweede alinea, VWEU.

28 Zie *Aanbevelingen HvJ EU aan de nationale rechterlijke instanties over het aanhangig maken van prejudiciële procedures* (2019/C 380/01), par. 13. Vgl. HvJ EG 19 november 1998, C-66/96, ECLI:EU:C:1998:549 (*Høj Pedersen*), punt 43-46; HvJ EU 17 februari 2011, C-52/09, ECLI:EU:C:2011:83 (*TeliaSonera*), punt 13-18.

29 Vgl. M. Broberg & N. Fenger, *Preliminary References to the European Court of Justice*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 289.

30 Zie HvJ EG 6 oktober 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*Cilfit*), NJ 1983/55.

31 Zie HvJ EG 6 oktober 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335 (*Cilfit*), NJ 1983/55, punt 7.

32 Zie HvJ EU 16 februari 2012, C-118/11, ECLI:EU:C:2012:97 (*Eon Aset Menidjmmnt*), punt 76.

33 Indien de hoogste nationale rechter die beoordelingsmarge te buiten gaat en ten onrechte nalaat om prejudiciële vragen te stellen, dan is dat naar de heersende opvatting op zichzelf nog geen grond voor staatsaansprakelijkheid. Daarvoor zal ook vast moeten staan dat de nationale rechter het Unierecht onjuist heeft geïnterpreteerd of toegepast. Op grond van de rechtspraak van het HvJ EU is één van de voorwaarden voor aansprakelijkheid van de staat voor schade als gevolg van een in strijd met het Unierecht gegeven beslissing van een in laatste aanleg rechtsprekende nationale instantie immers dat de geschonden regel van het Unierecht ertoe strekt particulieren rechten toe te kennen (zie HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, ECLI:EU:C:2003:513 (*Köbler*)). Dat is niet de strekking van de verwijzingsplicht. Zie voor een recente uitspraak waarin de Hoge Raad moest oordelen over de aansprakelijkheid van de Nederlandse staat voor het verzuim om in een eerdere cassatieprocedure prejudiciële vragen aan het Hof te stellen: HR 21 december 2018, NJ 2019/156, m.nt. L.A.D. Keus.

34 Zie HvJ EG 7 februari 1985, C-135/83, ECLI:EU:C:1985:55 (*Abels*), NJ 1985/900, m.nt. P.A. Stein; HvJ EG 25 juli 1991, C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326 (*D'Urso*), NJ 1994/168; HvJ EG 7 december 1995, C-472/93, ECLI:EU:C:1995:421 (*Spano*), NJ 1996/743; HvJ EG 12 maart 1998, C-319/94, ECLI:EU:C:1998:99 (*Dethier Équipement*), NJ 1999/143; HvJ EG 12 november 1998, C-399/96, ECLI:EU:C:1998:532 (*Europièces*), NJ 1999/520.

35 Zie HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424, NJ 2020/89, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Plessers/Prefaco*).

vraagtekens kunnen oproepen. Uit de andersluidende conclusie van A-G Drijber blijkt immers – kan men zeggen – dat over de juiste uitleg van het Unierecht in de gegeven omstandigheden wél redelijkerwijs kan worden getwijfeld.³⁶

5. Oordelen Hoge Raad over de Nederlandse faillissementsprocedure en pre-pack

Met het stellen van prejudiciële vragen aan het HvJ EU lijkt de Hoge Raad de eens zo veelbelovende Nederlandse pre-packpraktijk van de ondergang te willen redden. Dat blijkt naar onze mening niet alleen uit wat hij in zijn vragen en de daaraan ten grondslag gelegde onderbouwing zegt, maar soms ook juist uit wat hij níet zegt.

Laten wij met het laatste beginnen. In rov. 3.6.2 overweegt de Hoge Raad dat de beoogd curator zich voorafgaand aan de faillietverklaring moet laten leiden “door de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en daarbij ook rekening moet houden met maatschappelijke belangen, waaronder het belang van werkgelegenheid” en dat diens taak in zoverre niet verschilt van die van de curator. De geciteerde passage keert vervolgens een op een in de vraagstelling aan het HvJ EU terug (vraag 1, onder iv). In *Sigmacon II* – hét standaardarrest waarin voor het eerst door de Hoge Raad werd aangenomen dat de faillissementscurator ook maatschappelijke belangen in zijn beleidsafweging heeft te betrekken – repte de Hoge Raad nog van “belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid voor de werknemers die in het bedrijf van de gefailleerde Sigmacon werkzaam waren” [curs. TTVZ en IMAL].³⁷ In de memorie van toelichting bij de *Wet continuïteit ondernemingen I* – die als gezegd de pre-pack wettelijk moet verankeren – wordt over de taak van de beoogd curator opgemerkt dat hij naast de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, ook rekening moet houden met de belangen van de schuldenaar “en met belangen van maatschappelijke aard (zoals continuïteit van werkgelegenheid, kennis en productiviteit)” [curs. TTVZ en IMAL].³⁸ Het moet worden gezegd dat in de uitspraak waarnaar de Hoge Raad in rov. 3.6.2 verwijst – die inzake de (afgewezen) persoonlijke aansprakelijkheid van de beoogd curatoren van het Ruwaard van Putten Ziekenhuis uit 2019 – hij exact dezelfde bewoordingen gebruikt als in het onderhavige arrest. Toch lijkt het ons in het licht van *Smallsteps* niet gewaagd om te veronderstellen dat de Hoge Raad ervoor heeft gewaakt op enigerlei wijze de nadruk te leggen op de continuïteit van de onderneming c.q. op het behoud van ondernemingsactiviteit, in een ultieme poging te voorkomen dat het Europese Hof wederom tot uitgangspunt neemt dat de procedure “als

hoofddoel het behoud van de failliete onderneming heeft”.³⁹ Dergelijke bewoordingen komen in het gehele arrest simpelweg niet voor, waar de voorafgaande conclusie van A-G Drijber er bol van staat.⁴⁰

De taak van de curator en van de rechter-commissaris staat centraal in rov. 3.6.4. De Hoge Raad overweegt in dat kader:

“Zij zijn, nadat het faillissement is uitgesproken, ongeacht de mate van hun betrokkenheid voorafgaand aan de faillietverklaring, op grond van hun wettelijke taak gehouden te beoordelen of de voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van (een deel van) de onderneming in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, en indien zij deze vraag ontkennend beantwoorden, te beslissen dat die overgang geen doorgang zal vinden. Bovendien zijn zij steeds bevoegd om op andere gronden te beslissen dat een voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van (een deel van) de onderneming niet zal plaatsvinden, bijvoorbeeld omdat andere maatschappelijke belangen, zoals het belang van werkgelegenheid, zich daartegen verzetten.”⁴¹

In rov. 3.10.1 wordt dit betrokken op het geval van Heiploeg, waarna de Hoge Raad in rov. 3.10.2 tot het voorlopige oordeel komt dat tevens is voldaan aan de voor toepassing van de faillissementsuitsondering in art. 5 lid 1 van de Richtlijn bestaande eis dat sprake is van toezicht door een bevoegde overheidsinstantie. Dit toezicht is volgens de Hoge Raad in dit geval – anders dan door het HvJ EU werd overwogen in *Smallsteps*⁴² – niet uitgehold door de gang van zaken bij de pre-pack voorafgaand aan de faillietverklaring.

De bedoelde overweging en het daarop gegronde voorlopige oordeel van de Hoge Raad zijn opmerkelijk, om twee redenen.

In de eerste plaats vinden wij opmerkelijk dat de Hoge Raad zo stellig is in zijn oordeel dat door de gang van zaken bij de pre-pack voorafgaand aan de faillietverklaring geen sprake is van een uitholling van het voor toepassing van de faillissementsuitsondering vereiste overheidstoezicht. In *Smallsteps* dacht het HvJ EU daar duidelijk anders over, op grond van het feit dat het zwaartepunt van het beslissingsproces in de pre-pack vóór het moment van faillietverklaring lag en voor de procedure tot dat moment geen wettelijke basis bestond. Het Hof overwoog in dat kader dat de curator zeer snel na de inleiding van het faillissement de rechter-commissaris

36 De Hoge Raad stelt zich in de regel zeer loyaal op richting het HvJ EU. Hij verwijst bij bijna iedere gegronde twijfel over het EU-recht; zie hierover J. Langer en J. Krommendijk, “De verwijzingsplicht van de hoogste rechters in Nederland en de *Cifit*-controversie: prejudicieel verwijzen of niet?”, AA 2019/6, p. 473.

37 Zie HR 24 februari 1995, NJ 1996/472, m.nt. W.M. Kleijn (*Sigmacon II*).

38 Zie MvT, *Kamerstukken II*, 2014/15, 34 218, nr. 3, p. 17.

39 Zie HvJ EU 22 juni 2017, NJ 2017/369, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Smallsteps*), punt 52. Zie ook de conclusie van A-G Mengozzi, die in voetnoot 35 de stelling dat de pre-pack op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder is gericht, eigenaardig zegt te vinden, mede in het licht van het feit dat het wetsvoorstel dat thans in het Nederlandse parlement wordt behandeld en dat de pre-pack in Nederland zou moeten regelen “Wet continuïteit ondernemingen” heet.

40 Vgl. de noot van P.R.W. Schaink onder HR 17 april 2020, JOR 2020/162, nr. 7, die zegt het opmerkelijk te vinden dat de Hoge Raad geen woord wijdt aan de mogelijkheid dat (ook) de continuïteit van de onderneming als (neven) doel van de procedure moet worden aangemerkt.

41 Zie HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 en HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, rov. 3.6.4. Zie ook de tweede prejudiciële vraag, sub (vi).

42 Zie HvJ EU 22 juni 2017, NJ 2017/369, m.nt. Verstijlen (*Smallsteps*), punt 57.

om toestemming vraagt voor de overdracht van de onderneming en deze ook krijgt en dat de rechter-commissaris bovendien vóór de faillietverklaring op de hoogte moet zijn gesteld en in feite moet hebben aangegeven daartegen geen bezwaar te hebben. Volgens de Hoge Raad ligt het allemaal anders. De curator en de rechter-commissaris zullen na de faillietverklaring steeds op grond van hun wettelijke taak een neutrale beoordeling maken en de mate van hun betrokkenheid voorafgaand aan de faillietverklaring speelt daarbij geen rol.

Wij menen dat de Hoge Raad hier de praktijk miskent. Uiteraard is juist dat het uiteindelijk de curator is die formeel de transactie aangaat en de rechter-commissaris die daaraan goedkeuring dient te verlenen, maar de kans dat zij bij die gelegenheid een ander standpunt zullen innemen dan zij in dit kader in hun rol van beoogd curator en rechter-commissaris deden, achten wij gering. Het bestuur zal immers in de regel pas dan het faillissement uitlokken indien de beoogd curator zich achter de beoogde transactie heeft geschaard. En een beoogd curator die zich over een bepaalde overeenkomst heeft uitgesproken, die daarover heeft meegedacht of deze zelfs door het doen van suggesties mede heeft vormgegeven, zal niet als curator ineens een geheel andere mening ontwikkelen, althans niet zonder dat hem nieuwe informatie bereikt.⁴³ Voor de beoogd rechter-commissaris geldt hetzelfde.⁴⁴

Dat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris zich voorafgaand aan de faillietverklaring door dezelfde belangen moeten laten leiden als de curator en de rechter-commissaris daarna, zoals de Hoge Raad in rov. 3.6.2 overweegt, maakt dit punt wat ons betreft alleen maar pregnanter. De voorliggende transactie is dan immers niet alleen reeds door hen beoordeeld, maar die beoordeling heeft ook nog plaatsgevonden tegen de achtergrond van precies dezelfde belangen als die welke bij de beoordeling na de faillietverklaring in acht moeten worden genomen. Anders gezegd: een andere opvatting van de curator en de rechter-commissaris ten aanzien van een voorliggende transactie kan dus ook niet zijn ingegeven door een wijziging van hun taak c.q. van de door hen in acht te nemen belangen. Bij die stand van zaken ligt in de rede dat zij in voorkomende gevallen *niet* afwijken van de koers die vóór de faillietverklaring met

hun instemming is ingezet. Het is veeleer tekenen bij het kruisje.⁴⁵

Wij vragen ons bovendien af waarom de Hoge Raad door roeien en ruiten gaat om de huidige ongereguleerde praktijk, waaraan een deel van de rechtbanken zelfs weigert mee te werken, te redden, waar een wetsvoorstel in de Eerste Kamer aanhangig is om de pre-pack van een wettelijke basis te voorzien. Weliswaar valt, zoals Verstijlen terecht opmerkt, ook onder vigeur van de WCO I niet te verwachten dat de curator of de rechter-commissaris na de faillietverklaring een ander standpunt inneemt dan hij als beoogd curator of rechter-commissaris heeft gedaan,⁴⁶ maar dan is de procedure wettelijk verankerd, zodat in de rede ligt dat deze voorwaarde voor toepassing van de faillissementsuitzondering ook in de ogen van het HvJ EU zal zijn vervuld.

In de *tweede* plaats is opvallend dat de Hoge Raad hier zo nadrukkelijk het belang van de *gezamenlijke schuldeisers* centraal stelt. De curator is *gehouden* te beslissen dat de doorstart geen doorgang vindt indien deze niet in het belang is van de *gezamenlijke schuldeisers*. Al sinds de Hoge Raad in *Sigmacon II* het maatschappelijk belang in ons faillissementsrecht introduceerde als een grootheid waarmee de curator bij zijn afwegingen rekening heeft te houden, woedt er een debat, dat bij tijd en wijle weer oplaait, over de vraag in hoeverre voor de curator beleidsruimte bestaat om aan zwaarwegende maatschappelijke belangen voorrang te geven boven het belang van de *gezamenlijke schuldeisers*.⁴⁷ Men denke hier aan het geval dat de curator in het kader van een doorstart *niet* opteert voor het bod dat voor de *gezamenlijke schuldeisers* per saldo (met eventuele verdiscontering van besparing van boedelkosten ex art. 40 Fw) het meest voordelig is, omdat dit bod afkomstig is van de voormalig bestuurder aan wiens moraliteit ernstig kan worden getwijfeld of omdat bij de aanvaarding van een ander bod de overname van een groter deel van het personeel gegarandeerd is. In dat debat leken diegenen die van mening zijn dat de curator in een voorkomend geval in beginsel niet de vrijheid heeft aan het maatschappelijk belang voorrang te geven, in de meerderheid te zijn, maar een gelopen race was het zeker niet.⁴⁸ De praktijk is bovendien – ook hier – sterker dan de leer. Curatoren nemen zeker niet in alle gevallen louter het boedelbelang tot richtsnoer, maar laten soms de maatschappelijke belangen prevaleren en zij weten zich daarbij in voorkomende gevallen gesteund

43 Zie F.M.J. Verstijlen, 'Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack', Preadvis VHR 2014, p. 37.

44 In rov. 3.9.1 maakt de Hoge Raad het in dit opzicht nóg bonter, waar hij oordeelt dat doordat de pre-pack aldus was ingericht dat de beoogd curatoren en de beoogd rechter-commissaris daarbij in de periode voorafgaand aan de faillietverklaring reeds betrokken waren, "verzekerd [was] dat de beoogd curatoren en de beoogd rechter-commissaris, indien zij bij het uitspreken van het faillissement door de rechtbank zouden worden benoemd tot curator en rechter-commissaris, op grond van hun wettelijke taak zouden beoordelen of de voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van de levensvatbare onderdelen van de onderneming van Heiploeg-oud in het belang is van de *gezamenlijke schuldeisers*, en indien zij deze vraag ontkennend zouden beantwoorden, zouden beslissen dat die overgang geen doorgang zal vinden". Hoe die eerdere betrokkenheid zou *waarborgen* dat zij – indien zij van oordeel zouden zijn dat de voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang niet in het belang is van de *gezamenlijke schuldeisers* – zouden beslissen deze *géén* doorgang te laten vinden, is ons een raadsel. Wij zouden denken dat die eerdere betrokkenheid daarvoor juist prohibitief is.

45 Zie J.C. van Apeldoorn, 'Pre-packs', *Tvl* 2012/17, p. 85: "Indien wilsovereenstemming wordt bereikt kan het faillissement worden aangevraagd en wordt een curator aangesteld. De curator behoeft dan slechts bij het kruisje te tekenen. Dat hij zal tekenen wordt zeker gesteld door de toekomstige curator er reeds in de periode vóór wilsovereenstemming en vóór de opening van de insolventieprocedure bij te betrekken."

46 Zie F.M.J. Verstijlen, 'Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack', Preadvis VHR 2014, p. 48.

47 Dat de curator in een voorkomend geval aan in het geding zijnde zwaarwegende maatschappelijke belangen voorrang mag geven boven het belang van een *individuele schuldeiser* ligt voor de hand en volgt ook uit HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727, m.nt. W.M. Kleijn (*Maclou*).

48 Zie voor een weergave van het debat en een analyse van de daarin gebezigde opvattingen: T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, § 2.5.3.

door de rechter-commissaris.⁴⁹ Zo schreef rechter-commissaris Boerma dat een rechter-commissaris bij de beoordeling van een aan hem voorgelegde doorstart dient te toetsen “of de opbrengst (zo) maximaal mogelijk is voor de schuldeisers, of er andere maatschappelijke belangen een rol spelen die aanleiding kunnen geven een mindere opbrengst te accepteren en ten slotte of de curator zorgvuldig om is gegaan met de belangen van alle betrokkenen en zorgvuldig tot een afweging is gekomen”.⁵⁰

Deze in de praktijk kennelijk gevoelde beleidsruimte lijkt nu in belangrijke mate te worden ingesnoerd door de Hoge Raad, die de traditionele taakopvatting van de curator centraal stelt, in elk geval waar de beoordeling van een voorliggende doorstart aan de orde is. Het belang waaraan deze dient te worden getoetst, is dat van de gezamenlijke schuldeisers. Is de doorstart niet in hun belang, dan gaat deze per definitie niet door. Het heeft er alle schijn van dat de Hoge Raad die stelligheid hier nodig meent te hebben om zijn ‘be-toog’ dat ook een ‘gepre-pakte’ doorstart in faillissement niets anders is dan een liquidatie van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers kracht bij te zetten, maar die stelligheid komt met een prijs. Wat nu indien de curator na de faillietverklaring van een ziekenhuis zou willen kiezen voor een doorstart met een gegadigde die weliswaar niet de hoogste prijs biedt voor het aanwezige actief, maar bij wie de in het geding zijnde patiëntenbelangen en de continuïteit van de zorg het best gewaarborgd zijn? Is hij dan inderdaad steeds *gehouden* te beslissen dat deze overgang geen doorgang vindt omdat hij niet in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers?

De Hoge Raad laat de bedoelde overweging over de gehoudenheid van de curator en de rechter-commissaris om het belang van de gezamenlijkheid centraal te stellen, volgen door de overweging dat zij bovendien steeds bevoegd zijn om op andere gronden te beslissen dat een voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van (een deel van) de onderneming *niet* zal plaatsvinden, “bijvoorbeeld omdat andere maatschappelijke belangen, zoals het belang van werkgelegenheid, zich daartegen verzetten.” Het is niet eenvoudig te begrijpen hoe deze overweging zich tot het vooropgestelde primaat van de gezamenlijke schuldeisers verhoudt. Wil de Hoge Raad het HvJ EU hier enkel laten zien dat weliswaar liquidatie ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers het hoofddoel is, maar dat ook in het Nederlandse systeem het belang van behoud van werkgelegenheid aandacht krijgt? Of is het wellicht toch denkbaar dat een transactie die in het belang is van de gezamenlijke

schuldeisers in een voorkomend geval geen doorgang vindt, omdat het werkgelegenheidsbelang zich daartegen verzet?

6. Tot slot

Het is een interessant arrest, dit verwijzingsarrest van de Hoge Raad, zowel vanuit processueel als materieelrechtelijk oogpunt.

Het laat zien dat het systeem waarin ook lagere nationale rechters aan het Hof van Justitie prejudiciële vragen kunnen stellen, niet optimaal functioneert. De uitleg die daarbij door de nationale rechter aan de relevante nationale regelgeving wordt gegeven, beïnvloedt het antwoord van het Hof van Justitie, terwijl die uitleg uiteindelijk aan de hoogste nationale rechter is voorbehouden. Is de eerder gegeven uitleg niet naar de zin van de hoogste rechter, dan kan deze voor een lastige afweging komen te staan: zelf de eerdere uitspraak van het HvJ EU herinterpreteren in het licht van de juiste uitleg van het nationale recht of opnieuw prejudiciële vragen stellen? De Hoge Raad opteert in casu dus voor de laatste optie en steekt daarbij niet onder stoelen of banken zelf van oordeel te zijn dat het HvJ EU bij een juiste voorlichting door de nationale rechter tot een ander oordeel had moeten komen, althans dat in de omstandigheden van het onderhavige geval een ander oordeel in elk geval in de rede ligt.

Het arrest is ook interessant, omdat de Hoge Raad zich hierin principieel uitlaat over het doel van het faillissement en de taak van de curator, nu dit voor het toepasselijke Europese recht van belang is. De Hoge Raad zet daarbij nogal zwaar in op het traditionele doel van het faillissement als een collectieve verhaalsprocedure, waarbij de primaire taak van de curator is om een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers te genereren, in een naar onze mening weinig verhullende poging om het Hof van Justitie omtrent de toepasselijkheid van de faillissementsuitsondering in art. 5 lid 1 van de Richtlijn van gedachten te doen veranderen. Dat oordeel houdt een beperking in van de thans in de praktijk gevoelde ruimte om het belang van de gezamenlijke schuldeisers te laten wijken indien zwaarwegende maatschappelijke blangen in het geding zijn. Wij sluiten evenwel niet uit dat indien de beoordeling van een concrete doorstart aan de orde is, de soep toch niet zo heet blijkt te worden gegeten als zij hier in algemene bewoordingen aan het Europese hof wordt opgediend.

Hoewel de keuze van de Hoge Raad voor een gang naar het Europese hof valt te begrijpen, denken wij dat het voor de Nederlandse insolventiepraktijk beter was geweest indien de Hoge Raad die gang niet had gemaakt, maar in plaats daarvan zelf een beslissing had genomen, tegen de achtergrond van de in zijn ogen juiste uitleg van het nationale recht. Dat had ook best gekund, nu de voorwaarden voor de toepassing van de faillissementsuitsondering van art. 5 lid 1 van de Richtlijn duidelijk in de jurisprudentie van het HvJ EU zijn uiteengezet. De doorstartpraktijk zou dan ten langen leste de duidelijkheid hebben waarnaar sinds *Smallsteps* zo wordt gesnakt. Bovendien zou dan – dunkt ons – niets meer in de weg hebben gestaan aan een spoedige voortzetting van de behandeling van de *Wet continuïteit ondernemingen I*.

49 Zie S.H. de Ranitz, ‘Crediteurenbelang versus “andere belangen”. De taak van de curator nader bezien’, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *De curator, een octopus*, Serie Onderneming en Recht deel 6, p. 187; A.P.K. Lutikhuis, *Corporate recovery, de weg naar effectief insolventierecht* (diss. Tilburg), 2007, p. 27.

50 Zie F.H.E. Boerma, ‘Doorstart vanuit het perspectief van de rechter-commissaris’, in: A.A.M. Deterink e.a. (red.), *Doorstart*, Insolad Jaarboek 2008, Deventer: Kluwer 2008, p. 186. Zie echter ook R-C W.A.H. Melissen, ‘Toezicht op de ondernemende curator’, in: J.G. Princen & A. van der Schee (red.), *De ondernemende curator*, Insolad Jaarboek 2011, Deventer: Kluwer 2011, p. 294, die het primaat van het crediteurenbelang vooropstelt.

Bij invoering van die wet is de voorwaarde van het overheidstoezicht vervuld, terwijl met enige nadere ingrepen in die wet of de toelichting daarop ook de doelstellingen ervan in lijn met de voorwaarden voor toepassing van de faillissementsuitsondering zouden kunnen worden gebracht, indien althans het handhaven van de faillissementsuitsondering in art. 7:666 BW in de huidige vorm zou worden gembieerd. Zelf zouden wij menen dat een meer fundamentele aanpassing van ons ontslagrecht in faillissement langs de lijnen van het wetsontwerp *Overgang van onderneming in faillissement* de voorkeur verdient.⁵¹

Nu eerst maar eens afwachten wat het Europese Hof in de zaak-Heiploeg voor ons in petto heeft.

Mr. I.M.A. Lintel & prof. mr. T.T. van Zanten

Tvl 2020/36

Hoge Raad (Civiele kamer) 13 maart 2020, nr. 18/02469 m.nt. mr. M.P. van Eeden-van Harskamp¹

RvdW 2020/369
RI 2020/32
NJ 2020/222
NJB 2020/768
ECLI:NL:HR:2020:416
ECLI:NL:PHR:2019:870

De Hoge Raad heeft beslist dat de rectificatievordering van de gefailleerde niet is te beschouwen als een rechtsvordering in de zin van art. 25 en 27 Fw en dat de curator derhalve niet bevoegd was die rechtsvordering over te nemen. Dit baat de gefailleerde echter niet, omdat zij niet (tijdig) een rechtsmiddel heeft aangewend tegen de (rol)beslissing van de rechtbank dat de curator het geding overneemt. Met de overname van de procedure door de curator is de gefailleerde buiten het geding komen te staan en geen procespartij meer, zodat zij niet bevoegd was hoger beroep in te stellen tegen het op naam van de curator gewezen eindvonnis. Met zijn beslissing voegt de Hoge Raad weer een bouwsteen toe aan de muur van het insolventieprocesrecht.

Insolventieprocesrecht. Noot bij HR 13 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:416

1. Inleiding

Dit arrest vormt het sluitstuk van een procedure over de procesbevoegdheid van een gefailleerde voor wat betreft de door haar vóór haar faillietverklaring ingestelde rectificatievordering. Kernvraag is of de curator de tijdens de faillietverklaring aanhangige procedure (ook) voor wat betreft

de rectificatievordering van gefailleerde in de zin van art. 27 Fw heeft overgenomen c.q. heeft kunnen overnemen.

2. De casus en de beslissing

Eiseres tot cassatie (hierna: X) is van 1 september 2006 tot 15 juni 2011 burgemeester geweest van de gemeente Schiedam.² Verweerster in cassatie, Bureau Integriteit Nederlandse Gemeenten (hierna: BING), is een onderzoeksbureau op het gebied van integriteit van het openbaar bestuur. In opdracht van de gemeenteraad heeft BING onderzoek verricht naar het handelen van X. Nog voordat het rapport verscheen op 24 augustus 2011, is X afgetreden als burgemeester. In haar rapport heeft BING onder meer geconcludeerd dat sprake is van belangenverstrengeling en machtsmisbruik en dat X in strijd heeft gehandeld met de voor haar als bestuurder geldende gedragscode op het gebied van zorgvuldigheid, onafhankelijkheid en betrouwbaarheid. X heeft over het rapport en de wijze waarop dat tot stand is gekomen een klacht ingediend bij de Accountantskamer tegen de registeraccountant die voor BING het onderzoek heeft uitgevoerd. De Accountantskamer heeft de klacht van X ongegrond verklaard. Naar aanleiding van diverse krantenpublicaties heeft BING op haar website een verklaring geplaatst over de wijze waarop het rapport tot stand is gekomen en over de uitspraak van de Accountantskamer. Het door X ingestelde beroep tegen de uitspraak van de Accountantskamer is door het College van Beroep voor het bedrijfsleven op een aantal onderdelen gegrond verklaard en de betrokken registeraccountant is berispt. Naar aanleiding van een interview met X over deze zaak in een televisieprogramma heeft BING op haar website een reactie op die uitzending geplaatst. X heeft in kort geding rectificatie gevorderd van voornoemde reactie op de website van BING. De voorzieningenrechter heeft deze vordering afgewezen en BING heeft op haar website een verklaring daarover geplaatst.

Bij exploit van 4 december 2015 is X een bodemprocedure gestart, waarin zij van BING schadevergoeding vordert (hierna: de schadevergoedingsvordering), alsmede verwijdering en rectificatie van de berichten op de website van BING (hierna: de rectificatievordering). Tijdens de procedure in eerste aanleg is X op 12 juli 2016 in staat van faillissement verklaard. Op verzoek van BING is de procedure geschorst en is de curator opgeroepen tot overname van het geding. De curator heeft de procedure overgenomen. Bij vonnis van 12 juli 2017 heeft de rechtbank geoordeeld dat BING niet onrechtmatig jegens X heeft gehandeld en is de vordering

⁵¹ In dezelfde zin: J. van der Pijl, noot onder HR 17 april 2020, JAR 2020/125.
¹ Gelieve dit artikel aan te halen als: M.P. van Eeden-van Harskamp, 'Insolventieprocesrecht. Noot bij HR 13 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:416', Tvl 2020/37. Miranda van Eeden-van Harskamp is wetenschappelijk docent vermogensrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

² De naam van de gemeente is geanonimiseerd in het arrest, maar is kenbaar uit (o.a.) J.P.M. van Beers, 'Aansprakelijkheid voor integriteitsonderzoeken: enkele lessen uit een Schiedams onderzoek', Gst. 2019/102. In dit artikel wordt ingegaan op het door BING verrichte onderzoek en de daaruit voortgevloede procedures.