

Pre-pack: laat de vlinder maar vliegen!



Masterscriptie parttime Commercieel Privaatrecht

Naam:	Klaas Ooms
Studentnummer:	015487
Begeleider:	Miranda van Eeden-van Harskamp
Datum:	15 april 2021



Woord vooraf

Voor u ligt mijn scriptie ter afronding van mijn masteropleiding Commercieel Privaatrecht aan de faculteit Rechtsgeleerdheid van de Erasmus School of Law. Dit werkstuk is het resultaat van noeste 'handarbeid' en uitgebreid en intensief denkwerk. Ik heb getracht een - bescheiden, maar ambitieuze - bijdrage te leveren aan het vergroten van de *body of knowledge* op het terrein van de pre-pack. Ik hoop dat deze bijdrage resulteert in verdere rechtsontwikkeling op dit voor het insolventierecht, het arbeidsrecht en de bedrijfskunde belangrijke terrein. Een wettelijke basis voor de toepassing van de pre-pack in de doorstartpraktijk is vanuit economisch en maatschappelijk opzicht van groot belang. Ik ben van mening dat levensvatbare ondernemingen of bedrijfsonderdelen die op een faillissement afstevenen geheel of gedeeltelijk moeten worden gered. In dat geval overheerst het uitgangspunt dat kapitaalsvernietiging en verlies aan werkgelegenheid zoveel mogelijk moeten worden voorkomen. De pre-pack van de toekomst draagt bij aan de invulling van dit uitgangspunt. Ondernemingen of bedrijfsonderdelen kunnen op die manier weer een gezonde toekomst tegemoetzien.

Kort voordat Grapperhaus minister van Justitie en Veiligheid werd vergeleek hij in 2017 de pre-pack nog met 'een vlinder die een rups bleef'. In zijn ambtstermijn heeft de rechtsspraak en rechtsontwikkeling niet stilgestaan. Het beleid en de daaruit voortvloeiende wetgeving lijkt inmiddels volledig gericht op het redden van levensvatbare ondernemingen. In navolging van het Verenigd Koninkrijk ontstaat ook in Nederland meer en meer een *rescue culture*. De pre-pack past in deze cultuur. Laat de vlinder maar vliegen!

Bij de totstandkoming van dit werkstuk ben ik op meer dan voortreffelijke wijze bijgestaan door mr. Miranda van Eeden-van Harskamp. Ik was blij met haar kritische kanttekeningen, suggesties voor verbeteringen en bemoedigende woorden; haar vakmanschap en betrokkenheid – en vrolijkheid – hebben mij enorm geholpen. Ik ben haar veel dank verschuldigd.

Ook gaat mijn dank uit naar mijn gezin. Carin, Tom, Wouter, Berend, Els en Lotte hebben mijn beperkte bijdrage aan ons huishouden in de afgelopen twee jaar getolereerd. Hun incasseringsvermogen heb ik enorm gewaardeerd. Zij zijn steeds bereid geweest mijn wisselende stemmingen te accepteren. Als bijna 70-jarige beloof ik hen niet nog een dergelijke uitdaging aan te gaan.

Ik heb genoten van deze 'meester'-opleiding!

Klaas Ooms

Harskamp, 15 april 2021

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
A-G	Advocaat -Generaal
ArA	Arbeidsrechtelijke Annotaties
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BW	Burgerlijk Wetboek
CVA	Company Voluntary Arrangement
ESL	Erasmus School of Law
ETO-redenen	Economische, technische of organisatorische redenen
FIP	Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk
FTV	Fiscaal Tijdschrift Vermogen
Fw	Faillissementswet
HR	Hoge Raad
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IA 1986	Insolvency Act 1986
Insolad	Vereniging Insolventierecht Advocaten
IPCE	Insolvency Practitioner Code of Ethics
JAR	Jurisprudentie Arbeidsrecht
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
MvO	Maanblad voor Ondernemingsrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NtER	Nederlands tijdschrift voor Europees recht
O&F	Onderneming en Financiering
Rb.	Rechtbank
Recofa	Landelijk overlegorgaan van Rechters-commissaris in faillissementen en surseances van betaling
Richtlijn	Richtlijn 2001/23/EG
rov.	rechtsoverweging
SIP 16	Statement of Insolvency Practice 16
TRA	Tijdschrift Recht en Arbeid
TUPE	Transfer of Undertakings (Protection of Employment) regulations 2006
Tvl	Tijdschrift voor Insolventierecht
TvO	Tijdschrift voor Ontslagrecht
TvOB	Tijdschrift vennootschapsrecht, rechtspersonenrecht en ondernemingsbestuur
WCO I	Wet continuïteit ondernemingen I
WHOA	Wet homologatie onderhands akkoord
WOOF	Wet overgang van onderneming in faillissement

Inhoudsopgave

Woord vooraf	2
Lijst van afkortingen	3
1 Inleiding	6
1.1 Onderwerp en vraagstelling	6
1.2 Structuur en methode van onderzoek	8
1.3 Leeswijzer	10
2 De pre-pack: de status in het Nederlandse rechtssysteem	12
2.1 Ontstaansgeschiedenis van de pre-pack	12
2.2 De pre-pack procedure	13
2.3 Het succes in de eerste jaren en de kritiek	14
2.4 De voorgestelde wettelijke verankering in WCO I	15
2.5 Gerechtelijke procedures en jurisprudentie	16
2.6 Kanttekeningen bij het <i>Smallsteps</i> -arrest	19
2.7 Tussenconclusie ten aanzien van de huidige status	20
3 Het Verenigd Koninkrijk: lessons to learn	22
3.1 De juridische context	22
3.2 De pre-pack praktijk in het Verenigd Koninkrijk	24
3.3 Kritische kanttekeningen	25
3.4 Onderscheid tussen het Verenigd Koninkrijk en Nederland	26
4 Relevante ontwikkelingen op het gebied van de wetgeving	28
4.1 De invoering van de Wet Homologatie Onderhands Akkoord	28
4.1.1 Wat houdt de WHOA in?	29
4.1.2 Het succes van de WHOA tot nu toe	29
4.1.3 Verhouding tot de pre-pack en effect daarop	30
4.2 Het wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement	31
4.2.1 De voor de pre-pack relevante regelgeving	32
4.2.2 Reacties op het wetsvoorstel WOOF	33
4.2.3 Het te verwachten effect op de pre-pack	34
5 Prejudiciële vragen inzake <i>Heiploeg</i>	36
5.1 Aanleiding voor de prejudiciële vragen	36
5.2 De prejudiciële vragen	37
5.3 Betekenis voor de toekomst van de pre-pack	39

6	Evaluatie, conclusie en aanbevelingen aan de rechtspraak	41
6.1	Evaluatie	41
6.2	Conclusie	43
6.3	Aanbevelingen aan de rechtspraak	44
6.4	Tot slot	46
	Literatuurlijst	47
	Jurisprudentielijst	53

1 Inleiding

1.1 Onderwerp en vraagstelling

De afgelopen dertig jaar heb ik mij als bedrijfskundige in mijn interim-management en ondernemersadviespraktijk vooral beziggehouden met herpositionering en herstructurering en met reddingsoperaties om niet goed draaiende ondernemingen of onderdelen daarvan weer gezond te maken. In die gevallen waar de levensvatbaarheid voldoende is en tijdig wordt ingegrepen liggen er kansen om noodzakelijke veranderingen door te voeren en de continuïteit te waarborgen, zodat zo'n onderneming of onderdeel daarvan weer succesvol verder kan.¹ Naast de levensvatbaarheid en tijdig ingrijpen, is een belangrijke voorwaarde daarbij, dat er financiële middelen beschikbaar zijn om de benodigde maatregelen te nemen; bijvoorbeeld om te investeren in de markt, om te investeren in bedrijfsprocessen of om in voorkomende gevallen uitvoering te kunnen geven aan een sociaal plan om het personeelsbestand aan te passen.

De continuïteit van een onderneming komt pas echt in gevaar als die financiële middelen om de onderneming te redden - met andere woorden te saneren - er niet meer zijn. Als er dan nog sprake is van een veronderstelde levensvatbaarheid kan deze niet meer worden gerealiseerd en is de onderneming 'ten dode opgeschreven'. Temeer ook omdat financiers dan aarzelen om nog met een extra financiering bij te springen vanwege de juridische risico's die het financieren van reddingsoperaties met zich meebrengt als later blijkt dat het faillissement toch onafwendbaar bleek.² In die gevallen gaat de onderneming als *going concern* door de faillietverklaring ex artikel 1 Fw over in een staat van liquidatie, waarbij kort gezegd de curator doorgaans de werknemers ontslaat ex artikel 40 Fw, eventueel huurovereenkomsten opzegt en namens de schuldeisers het vermogen van de onderneming te gelde maakt ter dekking van de uitstaande vorderingen; wat veelal rest is de liquidatiewaarde van afzonderlijke activa, schuldeisers met vorderingen die niet of slechts ten dele kunnen worden voldaan en werknemers die hun baan kwijt zijn en een beroep moeten doen op de sociale zekerheid. De *going concern* waarde gaat dan verloren, tenzij een doorstart van de onderneming in afgeslankte vorm alsnog tot de mogelijkheden behoort.

De wetgever heeft onderkend dat het voorkomen van faillissement en het bevorderen van continuïteit door het versterken van het reorganiserend vermogen van bedrijven met name ook vanuit maatschappelijk belang moet worden bevorderd.³ Per 1 januari 2021 is mede daartoe de Wet homologatie onderhands akkoord (hierna: WHOA)⁴ in werking getreden, die voorziet in de mogelijkheid

¹ Reumers 2015.

² Ooms 2019.

³ *Kamerstukken* 2014/15, 34218, nr.3, p. 3, in dit verband is ook de uitspraak van belang in HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, *NJ* 1996/47 (*Sigmacon II*), waarin de Hoge Raad aangeeft dat het in een faillissement niet 'louter' draait om het belang van de gezamenlijke schuldeisers, maar dat ook belangen van maatschappelijke aard meewegen.

⁴ Wet van 7 oktober 2020 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord), *Stb.* 2020, 414 en 415.

om bij een dreigende faillissementssituatie via een dwangakkoord te komen tot verlichting van de uitstaande schulden zodat de onderneming kan worden voortgezet. Tien jaar eerder al is in dit verband in de insolventiepraktijk het voornamelijk niet-wettelijk geregelde fenomeen ontstaan van de zogenaamde pre-pack, die in 2015 opgenomen is in het toen voorgestelde artikel 363 Fw van het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I (hierna: WCO I).⁵

De pre-pack – rond 2010 als *pre-pack administration* ‘overgewaaid’ uit het Verenigd Koninkrijk naar Nederland – houdt in dat bij een dreigend faillissement door de ondernemer en een daarbij betrokken beoogd curator in stilte een doorstart wordt voorbereid met het doel om na faillietverklaring een zo hoog mogelijke verkoopprijs te realiseren met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid.⁶ De resultaten die op deze manier werden bereikt – beperking van de kapitaalsvernietiging, hoge(re) opbrengst voor schuldeisers en behoud van werkgelegenheid – waren voor de doorstartpraktijk hoopgevend.⁷ Het gebruik van de faillietverklaring om het personeelsbestand te saneren na ontslag ex artikel 40 Fw heeft echter aanleiding gegeven tot meerdere juridische procedures. In deze procedures zijn met name de uitzonderingsregels van artikel 7:666 sub a BW en artikel 5 lid 1 van de Richtlijn 2001/23/EG⁸ (hierna: Richtlijn) in het geding. Door de overwegingen van het Hof van Justitie EU in het *Smallsteps*-arrest⁹ is in de rechtspraak terughoudendheid ontstaan over de toepasselijkheid van de pre-pack. De latere overwegingen van de Hoge Raad in het *Heiploeg*-arrest¹⁰ en de prejudiciële vragen van de Hoge Raad aan het Hof van Justitie EU¹¹ hebben dat niet weggenomen. De meningen over de toepassing van de pre-pack in de vakliteratuur lopen uiteen. Met name arbeidsrechtsspecialisten menen dat het doek voor de pre-pack in Nederland is gevallen, terwijl menig insolventierechtsspecialist daar anders over denkt.¹² Inmiddels heeft de wetgever in 2019 een voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement (hierna: WOOF) gepresenteerd, die beoogt de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers in faillissement te vergroten.¹³ De besluitvorming over de hiervoor genoemde WCO I is aangehouden om deze te zijner tijd te behandelen in samenhang met het wetsvoorstel WOOF.¹⁴

⁵ Voorstel van wet houdende wijziging van de Faillissementswet in verband met de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de afwikkeling van een eventueel faillissement en vergroting van de kansen op voortzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen (Wet continuïteit ondernemingen I), *Kamerstukken* 2016, 34218.

⁶ Zie het voorgestelde wetsartikel: art. 363 lid 1 Fw (nieuw) in de WCO I.

⁷ Tollenaar 2011, Hurenkamp 2015.

⁸ 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 de ondernemingen of vestigingen, *PbEU* 2001, L 82.

⁹ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, *NJ* 2017/369, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*FNV/Smallsteps*).

¹⁰ HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, *TvI* 2020/35, m.nt. I.M.A. Lintel & T.T. van Zanten, *JOR* 2020/162, m.nt. P.R.W. Schaink (*FNV/Heiploeg I*).

¹¹ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, *NJ* 2020/235 (*FNV/Heiploeg II*).

¹² Concl. A-G B.J. Drijber, ECLI:NL:PHR:2019:1237 bij HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, *NJ* 2020/234 (*FNV/Heiploeg I*), rov. 5.20 e.v.

¹³ Voorstel van wet houdende wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de introductie van een regeling betreffende de rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement (Wet overgang van onderneming in faillissement), *Kamerstukken* 2019, 34218 nr. L met bijlagen.

¹⁴ Korte aantekeningen vergadering commissie Justitie en Veiligheid van 18 juni 2018 (34.218/L).

Ik wil onderzoeken of de pre-pack - gezien de discussie die over de toepassing van de pre-pack in de jurisprudentie en vakliteratuur wordt gevoerd - nog een toekomst heeft en een wettelijke basis toekomt zoals die eerder is beoogd. Het resultaat van dit onderzoek moet een antwoord opleveren op mijn onderzoeksvraag:

In hoeverre is er een toekomst voor de pre-pack in Nederland?

Voor de afbakening van het onderzoek betekent dit dat het onderzoek zich nadrukkelijk richt op de pre-pack binnen de Nederlandse wettelijke context. Rechtsvergelijking met het rechtstelsel van het Verenigd Koninkrijk maakt onderdeel uit van mijn onderzoek omdat de verwachting gerechtvaardigd lijkt dat hiervan voor de toekomstige Nederlandse situatie kan worden geleerd. Empirisch onderzoek - bijvoorbeeld naar de schaal waarop de pre-pack tot nu toe is toegepast en met welk succes - past niet binnen het tijdsbestek van dit scriptietraject.

1.2 Structuur en methode van onderzoek

Met dit onderzoek naar de toekomst van de pre-pack wordt beoogd een rechtswetenschappelijk onderzoek uit te voeren dat resulteert in een toename van de *body of knowledge* op dit gebied. De pre-pack bevindt zich op een kruispunt van insolventierecht en arbeidsrecht. Het onderzoek moet dan ook bij voorkeur een bijdrage opleveren aan de rechtsontwikkeling op deze beide rechtsgebieden.

Vanuit rechtswetenschappelijk oogpunt is een dergelijk onderzoek relevant, omdat de uitkomst beoogt kennis toe te voegen aan de huidige juridische kennis op dit terrein die doorwerkt in de toepasselijke wet- en regelgeving. Gezien de per saldo mogelijke meerwaarde van een met een pre-pack uitgevoerde doorstart – er wordt immers gestreefd naar meerwaarde voor schuldeisers, kapitaalverstrekkers en werknemers – is een nader onderzoek naar de pre-pack ook maatschappelijk en economisch relevant als het toepassingsgebied als gevolg daarvan kan worden hersteld of uitgebreid en de continuïteit van ondernemingen ermee is gebaat.

De verbreding in het onderzoek wordt bereikt met een rechtsvergelijking met het rechtstelsel van het Verenigd Koninkrijk. In de literatuur over rechtswetenschappelijk onderzoek wordt met enige regelmaat gewezen op de positieve uitwerking van andere vakgebieden op de ontwikkeling van het recht.¹⁵

Om de onderzoeksvraag te kunnen beantwoorden zijn antwoorden nodig op de van de onderzoeksvraag afgeleide relevante deelvragen. De deelvragen hebben tot doel kennis te vergroten op het specifieke onderzoeksgebied. De stapsgewijze beantwoording van de deelvragen levert een bijdrage aan het 'oplossen' van de bovengenoemde hoofdvraag.

¹⁵ Barendrecht e.a. 2004, Van Boom 2016.

De volgende onderling samenhangende deelvragen zijn daartoe geformuleerd en daarmee bepalend voor de structuur van deze scriptie:

- a. **Wat is de huidige status van de pre-pack in het Nederlandse rechtssstelsel?**
- b. **Wat kan worden geleerd van de toepassing van de pre-pack in het rechtssstelsel van het Verenigd Koninkrijk?**
- c. **Wat zijn de te verwachten effecten van de WHOA en van het wetsvoorstel WOOF op de toepasbaarheid van de pre-pack?**
- d. **In hoeverre zijn de te verkrijgen antwoorden op de prejudiciële vragen van de Hoge Raad aan het Hof van Justitie EU inzake het *Heiploeg*-arrest¹⁶ van invloed op de toekomst van de pre-pack?**

Op basis van de uitgangspunten van Van Boom kunnen de deelvragen respectievelijk *overwegend* worden gekwalificeerd als een beschrijvende vraag (a), een vergelijkende vraag (b), verklarende, in zekere mate voorspellende vraag (c) en een voorspellende vraag (d). De methode van onderzoek is daarop afgestemd.¹⁷

Om de kennis te verwerven om daarmee antwoorden te kunnen geven op de vragen zijn de volgende methoden toegepast. Een deel van de wetenschappelijke bestudering van de pre-pack is gerealiseerd met - zoals Van Boom dat noemt - een 'positieve analyse'¹⁸; met andere woorden een objectieve analyse van het recht zoals het recht *luidt*. Het gaat dan met name om de beschrijvende, verklarende en vergelijkende vragen of elementen in de vraag. De interpretatieve of descriptieve methode is bij uitstek geschikt om de vereiste informatie te verzamelen, te rangschikken en te interpreteren waarmee deze vragen kunnen worden beantwoord. De techniek die hierbij is toegepast is het bestuderen en interpreteren van relevante literatuur, wetteksten en jurisprudentie.

Het toekomst voorspellende element in de vraagstelling – in de onderzoeksvraag, in de deelvraag (d), en in zekere mate in de deelvraag (c) - dwingt tot een 'normatieve analyse'.¹⁹ Het gaat dan immers over het doen van evaluerende uitspraken over de werkelijkheid en over hoe het recht *behoort* te zijn. Het daarvoor benodigde normatieve toetsingskader wordt grotendeels gevormd door de huidige juridische status van de pre-pack zoals die nu vorm heeft gekregen in de WCO I en de relevante jurisprudentie.²⁰

¹⁶ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, NJ 2020/235 (*FNV/Heiploeg II*).

¹⁷ Van Boom 2016, p. 10.

¹⁸ Van Boom 2016, p. 4.

¹⁹ Van Boom 2016, p. 5.

²⁰ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, NJ 2017/369, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*FNV/Smallsteps*), HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424 (*Plessers/Prefaco*), HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, NJ 2020/234, *TvI* 2020/35, m.nt. I.M.A. Lintel & T.T. van Zanten, JOR 2020/162, m.nt. P.R.W. Schaink (*FNV/Heiploeg I*), HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, NJ 2020/235 (*FNV/Heiploeg II*), Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423, JOR 2017/338 m.nt. I. Spinath, JAR 2017/281, mnt. J. van der Pijl (*Bogra*), Rb. Gelderland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447, JOR 2018/111, m.nt. J.O. Bijloo, *TvI* 2018/39, m.nt. J.M.W. Pool (*Tuunte*), Rb. Limburg 26 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9137, JOR 2018/316, m.nt. I. Spinath (*PrincenTransMission*).

In relatie tot dit kader worden evaluerende uitspraken over de toekomst van de pre-pack gedaan. Ook hierbij is gebruik gemaakt van het bestuderen en interpreteren van literatuur, wetteksten en jurisprudentie.

Voor de beoogde rechtsvergelijking met een buitenlands rechtstelsel is de volgende overweging gemaakt. De pre-pack wordt als onderdeel van het insolventierecht o.a. toegepast in de Verenigde Staten en het Verenigd Koninkrijk. Voor het rechtsvergelijkend onderzoek is hier gekozen voor een vergelijking met het rechtstelsel van het Verenigd Koninkrijk vanwege het feit dat de *pre-pack administration* een succesvolle historie kent en nadrukkelijk een voorbeeld is geweest voor de Nederlandse pre-pack.²¹ Naar verwachting kan van de uitkomsten van deze rechtsvergelijking worden geleerd voor de toekomst van de pre-pack in Nederland. Voor het rechtsvergelijkend onderzoek - langs de lijnen van de interpretatieve methode - is gebruik gemaakt van de onderzoeksopzet van Adams en de verschillende stappen die daarin worden onderscheiden: identificatie van de te vergelijken rechtsregels, gevolgd door beschrijving van het rechtstelsel ('onder de huid kruipen'), beschrijven overeenkomsten en verschillen en vergelijken en verklaren.²² Voor de rechtsvergelijking is vooral literatuuronderzoek ingezet.

Met de hier voorgestelde methode van onderzoek en de daarbij aangegeven technieken is beoogd objectieve en betrouwbare kennis te verwerven én theorievorming te vergroten over de pre-pack om daarmee een antwoord te geven op de betreffende onderzoeksvraag en aanbevelingen te kunnen doen aan de rechtspraktijk.

1.3 Leeswijzer

In deze inleiding is de keuze voor de pre-pack als object van onderzoek besproken en is de maatschappelijke en rechtswetenschappelijke relevantie geschetst. Vanuit de onderzoeksvraag zijn deelvragen geformuleerd en is de gehanteerde methode van onderzoek toegelicht. De beantwoording van de deelvragen komt achtereenvolgens aan de orde in de navolgende hoofdstukken.

In hoofdstuk 2 komt deelvraag (a) aan de orde en wordt vanuit een juridisch perspectief nader ingegaan op de inhoud van de pre-pack, op de ontstaansgeschiedenis en op ontwikkelingen in de afgelopen tien jaar. Tevens komt de juridische context aan de orde, zoals toepasselijke wet en regelgeving en jurisprudentie.

Hoofdstuk 3 betreft deelvraag (b) en behandelt de rechtsvergelijking met de pre-pack in het rechtstelsel van het Verenigd Koninkrijk. Onderzocht wordt wat de kenmerken zijn van de pre-pack zoals die wordt toegepast in het Verenigd Koninkrijk en hoe die afwijken van de (beoogde) toepassing van de pre-pack in Nederland. Wat kan daarvan worden geleerd voor de pre-pack in Nederland?

²¹ Tollenaar 2011, Verstijlen 2014, Schreurs 2017.

²² Adams 2011, p. 194 e.v.

In hoofdstuk 4 wordt deelvraag (c) onderzocht en wordt ingegaan op de effecten die te verwachten zijn van de ontwikkelingen in de wetgeving op het toepassingsgebied van de pre-pack. Onderzocht is het te verwachten effect van de invoering van de WHOA en het te verwachten effect van de nog in te voeren WOOF. De beoogde doelen van de wetgever komen aan de orde, de voor de pre-pack relevante inhoud van de wet en het wetsvoorstel en de juridische betekenis die deze wetgeving nu en in de toekomst heeft voor de toepassing van de pre-pack.

In hoofdstuk 5 komt deelvraag (d) aan de orde en gaat het om de voorliggende prejudiciële vragen van de Hoge Raad inzake *Heiploeg*²³ die nog beantwoord moeten worden in relatie tot de toekomst van de pre-pack.

In het slothoofdstuk 6 wordt op basis van de tussenconclusies in de voorafgaande hoofdstukken de onderzoeksvraag beantwoord. Voor de rechtspraak moet dit leiden tot voorstellen voor wet en/of regelgeving met het doel de toepasbaarheid van de pre-pack te vergroten. Ik sluit af met een evaluatie, conclusie en aanbevelingen aan de rechtspraak.

²³ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, NJ 2020/235 (*FNV/Heiploeg II*).

2 De pre-pack: de status in het Nederlandse rechtstelsel

Om de onderzoeksvraag naar de toekomst van de pre-pack te kunnen beantwoorden is het nodig te weten waar de pre-pack anno 2021 voor staat. Het vertrekpunt bepaalt immers in belangrijke mate de route naar de toekomst. Om dat vertrekpunt te begrijpen, te beschrijven en te markeren is kennis nodig van de ontstaansgeschiedenis van de pre-pack, van de rol die de pre-pack sinds de eerste toepassing²⁴ in 2011 in de praktijk heeft gespeeld en vooral ook kennis nodig van de juridische context die in die periode van invloed is geweest op de toepassing van de pre-pack. In dit hoofdstuk zal op deze onderwerpen nader worden ingegaan om daarmee antwoord te geven op de vraag:

Wat is de huidige status van de pre-pack in het Nederlandse rechtstelsel?

2.1 Ontstaansgeschiedenis van de pre-pack

De pre-pack vindt zijn oorsprong in de Verenigde Staten. De Bankruptcy Reform Act uit 1978 maakt het mogelijk een zogenaamde *out-of-court pre-voted prepack* af te spreken vooruitlopend op het daadwerkelijk op basis van een reorganisatieplan starten van een faillissementsprocedure in het kader van Chapter 11.²⁵ Aangenomen wordt dat de pre-pack van Crystal Oil in 1986 als eerste grote pre-pack in de Verenigde Staten kan worden aangemerkt.²⁶ Uit een empirisch onderzoek over de periode januari 1980 tot en met juni 1993 blijkt dat er in totaal 49 grote pre-packs met activa van \$ 10 miljoen en meer konden worden geïdentificeerd. Er is een sterke toename over de jaren te zien in het aantal pre-packs dat is toegepast.²⁷

De Amerikaanse ontwikkelingen hebben hun invloed gehad op het ontstaan van pre-packs in andere rechtstelsels. Inmiddels zijn er meerdere rechtstelsels in de Europese Unie waarin de pre-pack wordt toegepast en wordt toegestaan of waar wetgeving wordt overwogen.²⁸ In het Verenigd Koninkrijk heeft de pre-pack een stevige voet aan de grond gekregen. In 2019 waren er bijna 500 zaken.²⁹ Met name de Engelse toepassing van de pre-pack heeft als voorbeeld gediend voor het ontstaan van de Nederlandse versie en uiteindelijk voor de in 2015 voorgestelde wetgeving (WCO I).³⁰

²⁴ Rb. 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, JOR 2011/375, m.nt. J.J. van Hees.

²⁵ Bankruptcy Reform Act 1978, Chapter 11 § 1121(b).

²⁶ Elizabeth Tashjian, Ronald C. Lease & John J. McConnell, 'Prepacks, An empirical analysis of prepackaged bankruptcies', *Journal of Financial Economics* 40 (1996) 135, p. 136.

²⁷ Elizabeth Tashjian, Ronald C. Lease & John J. McConnell, 'Prepacks, An empirical analysis of prepackaged bankruptcies', *Journal of Financial Economics* 40 (1996) 135, p. 136 e.v.

²⁸ Teresa Graham CBE, *Graham Review into Pre-pack Administration, Report to The Rt Hon Vince Cable MP*, June 2014, kenbaar via www.gov.uk/government/publications/graham-review-into-pre-pack-administration (laatstelijk geraadpleegd op 5 maart 2021), p. 28.

²⁹ Zie voor de besluiten en vervolgstappen: *Pre-pack sales in administration report*, 8 October 2020, para 5.1, beschikbaar op <https://www.gov.uk/government/publications/pre-pack-sales-in-administration/pre-pack-sales-in-administration-report>.

³⁰ Tollenaar 2011.

2.2 De pre-pack procedure

Ondernemingen die in financiële problemen dreigen te komen en dit tijdig signaleren zullen proberen adequate reddingsmaatregelen te nemen om het tij te keren met de bedoeling dat door deze maatregelen een levensvatbare en gezonde onderneming kan worden voortgezet. Die reddingsmaatregelen kunnen bijvoorbeeld omvatten het verleggen van de koers, het investeren in nieuwe diensten, producten, processen en markten, het verkopen van bedrijfsonderdelen of in het meest ernstige geval het reorganiseren en saneren. Voor deze reddingsmaatregelen zijn over het algemeen financiële middelen nodig. Als deze financiële middelen volledig ontbreken stevent de onderneming af op een toestand waarin zij uiteindelijk niet meer aan haar betalingsverplichtingen kan voldoen en een faillissement ex artikel 1 Fw onafwendbaar wordt. Na de faillietverklaring dreigt vervolgens de waarde van de onderneming als *going concern* grotendeels verloren te gaan. Om de schade van een faillissement zo veel mogelijk te beperken verdient – in geval dat er sprake is van een in beginsel levensvatbare onderneming – het doorstarten van de onderneming of onderdelen daarvan de voorkeur. In faillissement staat een dergelijke doorstart meestal onder hoge tijdsdruk.

De pre-pack komt in beeld als de ‘gewone’ redding van de onderneming niet meer mogelijk is, de toestand financieel uitzichtloos is en aannemelijk kan worden gemaakt dat een faillissement onvermijdelijk is geworden.³¹ De pre-pack biedt de ondernemer dan de mogelijkheid om *voorafgaand* aan het dreigend faillissement in samenspraak met een door de rechtbank aan te wijzen beoogd curator *in stilte* een plan voor een doorstart voor te bereiden waardoor de bedrijfsprocessen zonder onderbreking worden voortgezet. Het plan omvat veelal financiële én organisatorische herstructurering. Het doel daarbij is zoveel mogelijk waarde veilig te stellen, zoveel mogelijk kapitaalsvernietiging te voorkomen, zo veel mogelijk schuldeisers te voldoen en zoveel mogelijk werkgelegenheid te behouden.³² Op basis van een van tevoren uitonderhandeld plan kan zonder verlies van kostbare tijd na de faillietverklaring door de curator uitvoering worden gegeven aan de doorstart en de afwikkeling van het faillissement. De curator verkoopt de activa of een deel daarvan aan de beoogde ‘nieuwe’ onderneming. Voor zover mogelijk worden de vorderingen van schuldeisers uit de opbrengst voldaan. De curator zegt verder de arbeidsovereenkomsten met werknemers op ex artikel 40 Fw. Op grond van de uitzonderingsregel van artikel 7:666 sub a BW komt artikel 7:662 tot en met 7:665 BW en het opzegverbod ex artikel 7:670 lid 8 BW te vervallen; de ‘nieuwe’ onderneming kan het personeelsbestand of een deel daarvan naar ‘eigen’ keuze en tegen ‘eigen’ voorwaarden opnieuw in dienst nemen, zonder daarbij arbeidsrechtelijke regels zoals het afspiegelingsbeginsel in acht te hoeven nemen, zoals ook in meerdere arresten door de Hoge Raad is bevestigd.³³

³¹ Loesberg 2013, p. 31.

³² *Kamerstukken II* 2014-2015, 34 218.

³³ HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0033, NJ 1988/191, m.nt. P.A. Stein (*Happé/Scheepstra*), HvJ EG 26 mei 2005, C-478/03, ECLI:EU:C:2005:321, JAR 2005/205, m.nt. R.M. Belzer (*Celtec*).

Met name de uitzonderingsregel van artikel 7:666 sub a BW heeft in samenhang met artikel 5 lid 1 van de Richtlijn bij toepassing van een pre-pack in Nederland geleid tot meerdere gerechtelijke procedures,³⁴ waarover hierna meer.

2.3 Het succes in de eerste jaren en de kritiek

In 2011 bepleitte Tollenaar de toepassing van de pre-pack in Nederland en riep op om de pre-pack een juridische basis te geven.³⁵ De uitspraak van de Rechtbank 's-Hertogenbosch in 2011 waarbij een pre-pack is geaccepteerd markeert het begin van de toepassing.³⁶ Vanaf die tijd heeft de pre-pack in Nederland zich in de rechtspraak gedurende een aantal jaren verder succesvol ontwikkeld.³⁷ Ondanks het ontbreken van een wettelijke grondslag honoreerden in die tijd acht van de elf rechtbanken verzoeken om de pre-pack toe te passen door het benoemen van een beoogd curator. Alleen bij de rechtbanken Midden-Nederland, Overijssel en Limburg werd deze praktijk niet gevolgd.³⁸ Het toepassen van de pre-pack leidde op deze manier tot doorstarts bij in het oog springende faillissementen, zoals bij garnalenleverancier Heiploeg, winkelketens de Harense Smid en de Schoenenreus, lingeriemark Marlies Dekkers, het Ruwaard van Putten Ziekenhuis en kinderopvang Estro.³⁹

Onderzoek over de periode januari 2012 tot en met juli 2014 laat gunstige resultaten van de toepassing van de pre-pack zien. In het onderzoek waren 48 faillissementen betrokken waarvoor gold dat vóór de faillietverklaring een aanwijzing van een beoogd curator had plaatsgevonden. In 37 gevallen werd daadwerkelijk een voorbereide doorstart geëffectueerd, waarbij gemiddeld 68 % van de aanwezige werkgelegenheid kon worden behouden. In de 3 gevallen waarbij de voorbereide doorstart mislukte, maar wel een doorstart na faillietverklaring werd gerealiseerd bleef gemiddeld slechts 24 % van de aanwezige werkgelegenheid behouden.⁴⁰ Onderzoek uit 2019 levert cijfers op van respectievelijk 62 % bij een pre-pack en 44 % bij een klassieke doorstart.⁴¹ Voor wat betreft de boedelopbrengst gaan onderzoekers ervan uit dat door de pre-pack praktijk een meeropbrengst voor de boedel kan worden gerealiseerd van 10 tot 30 %.⁴² Uit het onderzoek van 2019 blijkt een tweemaal zo hoge kans dat concurrente crediteuren worden voldaan.⁴³

³⁴ HvJ EG 7 februari 1985, C-135/83, ECLI:EU:C:1985:55, NJ 1985/900, m.nt. P.A. Stein (*Abels*), HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, NJ 2017/369, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*FNV/Smallsteps*), Rb. Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589, JAR 2015/220, m.nt. J. van der Pijl (*Heiploeg*), Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423, JOR 2017/338, m.nt. I. Spinath, JAR 2017/281, m.nt. J. van der Pijl (*Bogra*), Rb. Gelderland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447, JOR 2018/111, m.nt. J.O. Bijloo, TvI 2018/39, m.nt. J.M.W. Pool (*Tuunte*), Rb. Limburg 26 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9137, JOR 2018/316, m.nt. I. Spinath (*Princen TransMission*).

³⁵ Tollenaar 2011.

³⁶ Rb. 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, JOR 2011/375, m.nt. J.J. van Hees.

³⁷ Hurenkamp 2015, Van den Bosch 2018.

³⁸ *Kamerstukken* 2014-2015, 34 218, nr. 3, p. 1.

³⁹ *Kamerstukken* 2014-2015, 34 218, nr. 3, p. 7-8.

⁴⁰ Hurenkamp 2015.

⁴¹ Van den Bosch 2018.

⁴² J. Verbeek, 'Optreden stille bewindvoerder leidt tot hogere boedelopbrengst', *FD* 7 juli 2014. De percentages vloeien voort uit een onderzoek gedaan door BDO in samenwerking met de Radboud Universiteit, *Centre for Organization Restructuring*. De bevindingen zijn gepubliceerd in: Aalbers 2014, te raadplegen via: <http://mena.nl/artikel/de-relevantie-van-transparantie-prepack-in-nederland>. Zie ook de verwijzing naar dit onderzoek in: *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, nr. 3, p. 9.

⁴³ Van den Bosch 2018.

In die beginjaren is vanuit verschillende kanten kritiek geuit op de toepassing van de pre-pack. Gewezen wordt op het ontbreken van de wettelijke grondslag voor de benoeming van de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris (toen nog stille bewindvoerder en de stille rechter-commissaris genoemd) en de verschillende wijzen van benadering door rechtbanken die daar mede het gevolg van is.⁴⁴ Het ontbreken van regels om toezicht te houden op de beoogd curator maakt het toezicht van de beoogd rechter-commissaris onduidelijk en laat veel ruimte aan de beoogd curator om inhoud te geven aan de eigen rol.⁴⁵ Door het in stilte voorbereiden van een eventuele doorstart buiten het zicht van schuldeisers om wordt een gebrek aan transparantie en gebrek aan controle geconstateerd.⁴⁶ Verder wordt erop gewezen dat er door de pre-pack concurrentievervalsing optreedt omdat door de sanering van de schulden en de herschikking van het personeelsbestand de doorstartende onderneming er van het ene op het andere moment veel beter voorstaat dan concurrenten.⁴⁷ Misschien wel de belangrijkste zorg gaat erover dat mogelijk misbruik op de loer ligt als de pre-pack doelbewust wordt gebruikt om het personeelsbestand naar 'eigen goeddunken' én op een goedkope manier te saneren.⁴⁸ Naar het oordeel van Schreurs komt dit slecht in uitzonderingsgevallen voor.⁴⁹ De pre-pack zou alleen mogen worden toegepast als de onderneming in een toestand verkeert dat de onderneming onvermijdelijk op een faillissement afstevent en dat is moeilijk met harde feiten te staven.⁵⁰ Uit later onderzoek blijkt overigens dat misbruik van faillissementsrecht overigens betrekkelijk weinig voorkomt.⁵¹

2.4 De voorgestelde wettelijke verankering in WCO I

De wetgever heeft - mede op grond van de goede resultaten die met de pre-pack werden bereikt - gehoor gegeven aan de roep uit de praktijk om wetgeving waarin de Nederlandse variant van de pre-pack wordt verankerd.⁵² In juni 2015 is daartoe het wetsvoorstel WCO I⁵³ gepresenteerd waarmee de voorbereiding van een faillissement door middel van een pre-pack uiteindelijk een wettelijke status moet krijgen.⁵⁴ Doel van de voorbereiding is de uit het faillissement voortvloeiende schade bij schuldeisers (waaronder ook de werknemers) en andere betrokkenen zoveel mogelijk te beperken, onder meer door de kansen op een verkoop en daaropvolgende doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen tegen een maximale opbrengst en met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid te vergroten.⁵⁵

⁴⁴ Van Andel 2014, Van Vugt 2014, p. 27.

⁴⁵ Van Andel 2014, onder 2, Van Zanten 2015.

⁴⁶ Van Andel 2014, onder 4, Van der Ham 2014.

⁴⁷ Van Vugt 2014, p. 28, Grapperhaus 2017.

⁴⁸ Van Andel 2014, Van der Ham 2014, Van Vugt 2014.

⁴⁹ Schreurs 2017, p. 5.

⁵⁰ Van der Ham 2014.

⁵¹ Verburg e.a. 2016, p. 4.

⁵² *Kamerstukken* 2014-2015, 34 218, nr. 3, p. 1.

⁵³ Voorstel van wet houdende wijziging van de Faillissementswet in verband met de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de afwikkeling van een eventueel faillissement en vergroting van de kansen op voortzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen (Wet continuïteit ondernemingen I), *Kamerstukken* 2016, 34 218.

⁵⁴ Zie voor kritische kanttekeningen bij de WCO I Huffman & Zaal 2014 en 2015.

⁵⁵ *Kamerstukken* 2014-2015, 34 218, nr. 3, p. 9, zie ook Van Hees 2014.

Het wetsvoorstel maakt deel uit van het in 2012 door de toenmalige minister van Veiligheid en Justitie geïntroduceerde wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht,⁵⁶ dat is gebaseerd op drie pijlers: (i) fraudebestrijding, (ii) versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en (iii) modernisering van de faillissementsprocedure. De WCO I past in de ‘tweede pijler’ met het doel onnodige faillissementen zoveel mogelijk te voorkomen en doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen uit faillissement te bespoedigen.⁵⁷ Het wetsvoorstel past bovendien in de aanbevelingen van de Europese Commissie om maatregelen te treffen zodat “levensvatbare ondernemingen in financiële moeilijkheden efficiënt kunnen worden geherstructureerd en eerlijke ondernemers een tweede kans krijgen”.⁵⁸

De voorgestelde kaderregeling moet de goede ervaringen die in de praktijk zijn opgedaan ondersteunen en ruimte bieden voor nadere invulling door die praktijk.⁵⁹ Het wetsvoorstel omvat – naast enkele aanpassingen in de bestaande Faillissementswet – artikelen die betrekking hebben op de aanwijzing en taken van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris ter voorbereiding van een dreigend faillissement (artikel 363-368 Fw nieuw). In zijn verzoek dient de schuldenaar aan de rechtbank aannemelijk te maken dat de voorbereiding meerwaarde heeft die opweegt tegen de omstandigheid dat de voorbereiding in stilte plaatsvindt (artikel 363 lid 1 Fw nieuw). De curator wordt bij deze voorbereiding van het faillissement betrokken en behartigt daarbij de belangen van de gezamenlijke schuldeisers (artikel 364 lid 1 Fw nieuw). De schuldenaar betaalt het salaris van de curator en eventuele deskundigen (artikel 367 Fw nieuw).

De WCO I is in 2016 door de Tweede Kamer aangenomen.⁶⁰ De vaste commissie Justitie en Veiligheid heeft het wetsvoorstel in 2019 aangehouden en besloten de WCO I te behandelen in samenhang met het wetsvoorstel WOOF, waarop ik later terugkom.⁶¹ Dit betekent al met al dat de pre-pack nog steeds een wettelijke grondslag ontbeert.

2.5 Gerechtelijke procedures en jurisprudentie

De sanering van het personeelsbestand die - naast de sanering van de schulden - vrijwel altijd het resultaat is van een doorstart via een pre-pack vormt de belangrijkste aanleiding voor gerechtelijke procedures.⁶² Het gaat dan steeds over de vraag in hoeverre werknemers in voldoende mate worden beschermd om hun baan en arbeidsvoorwaarden te behouden. De beschermingsbepalingen van artikel

⁵⁶ *Kamerstukken* 2012-2013, 29 911, nr. 74.

⁵⁷ *Kamerstukken* 2012-2013, 29 911, nr. 74, p. 2.

⁵⁸ Schmieman 2014.

⁵⁹ *Kamerstukken* 2014-2015, 34 218, nr. 3, p. 2.

⁶⁰ *Kamerstukken I* 2015/16, 34218, A.

⁶¹ Korte aantekeningen vergadering commissie Justitie en Veiligheid van 18 juni 2018 (34.218/L).

⁶² HvJ EG 7 februari 1985, C-135/83, ECLI:EU:C:1985:55, *NJ* 1985/900, m.nt. P.A. Stein (*Abels*), HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, *NJ* 2017/369, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*FNV/Smallsteps*), Rb. Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589, *JAR* 2015/220, m.nt. J. van der Pijl (*Heiploeg*), Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423, *JOR* 2017/338, m.nt. I. Spinath, *JAR* 2017/281, m.nt. J. van der Pijl (*Bogra*), Rb. Gelderland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447, *JOR* 2018/111, m.nt. J.O. Bijloo, *TvI* 2018/39, m.nt. J.M.W. Pool (*Tuunte*), Rb. Limburg 26 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9137, *JOR* 2018/316, m.nt. I. Spinath (*Princen TransMission*).

3 en 4 van de Richtlijn zijn van toepassing indien er sprake is van 'overgang van onderneming'; in de Nederlandse wetgeving als hoofdregel opgenomen in artikel 7:663 BW. De Richtlijn maakt het mogelijk bij faillissement uitzondering op deze hoofdregel te maken zoals neergelegd in artikel 5 lid 1 van de Richtlijn en vertaald in artikel 7:666 sub a BW, die erop neerkomt dat de beschermingsregels van de artikelen 7:662 tot en met 7:665 BW en artikel 7:670 lid 8 BW niet van toepassing zijn op de overgang van een onderneming indien "de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort". In dat geval kunnen werknemers ex artikel 40 Fw met een maximale opzegtermijn van zes weken worden ontslagen. De werknemers verliezen de rechten die voortvloeien uit hun arbeidsovereenkomsten, zoals loon, transitievergoeding en andere vergoedingen. Bij een eventuele doorstart van de onderneming of een deel daarvan is de doorstarter er vrij in om naar eigen inzicht te kiezen aan welke van de door de curator ontslagen werknemers een 'nieuwe' arbeidsovereenkomst wordt aangeboden. Deze vrije keuze wordt ook wel *cherry picking* genoemd.

De inhoud van artikel 7:666 sub a BW wijkt af van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn die een uitzondering alleen toestaat "...wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door de overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn)".⁶³ In meerdere arresten⁶⁴ heeft het Hof van Justitie EU sinds 1985 bevestigd dat het aankomt op het doel dat met die procedure wordt beoogd. De procedure moet zijn gericht op de vereffening van het vermogen van de vervreemder om de beschermingsregels buiten toepassing te laten. Beoogt de procedure voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming dan is er naar het oordeel van het Hof van Justitie EU geen grond om werknemers de arbeidsrechtelijke bescherming te ontfangen.

Met het arrest *Smallsteps*⁶⁵ uit 2017 heeft het Hof van Justitie EU de reeds in 1985 met het arrest *Abels*⁶⁶ ingezette lijn voortgezet. In *Smallsteps* ging het om het faillissement en de doorstart van de kinderopvangorganisatie Estro Groep B.V. De organisatie was in 2013 in financiële moeilijkheden geraakt en leek in 2014 niet meer in staat om aan haar verplichtingen te kunnen voldoen. Op verzoek van Estro heeft de Rechtbank Amsterdam een beoogd curator aangesteld en is in stilte een plan voor een doorstart voorbereid. Op de dag van de faillietverklaring (5 juli 2014) is de onderneming conform dit doorstartplan overgedragen aan Smallsteps B.V., waarbij circa 250 van de 380 opvanglocaties zijn overgegaan en circa 2.600 van de circa 3.600 werknemers een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden kregen. De vakbond FNV heeft samen met een viertal getroffen werknemers naar aanleiding hiervan een procedure aangehangen gemaakt die ertoe heeft geleid dat de Rechtbank Midden-

⁶³ 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 de ondernemingen of vestigingen, *PbEU* 2001, L 82.

⁶⁴ HvJ EG 7 februari 1985, C-135/83, ECLI:EU:C:1985:55, *NJ* 1985/900 (*Abels*), HvJ EG 25 juli 1991, C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326, *NJ* 1994/168 (*D'Urso*), HvJ EG 7 december 1995, C-472/93, ECLI:EU:C:1995:421, *NJ* 1996/743 (*Spano*), HvJ EG 12 maart 1998, C-319/94, ECLI:EU:C:1998:99, *NJ* 1999/143 (*Dethier Équipement*), HvJEG 12 november 1998, C-399/96, ECLI:EU:C:1998:532, *NJ* 1999/520 (*Europièces*).

⁶⁵ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, *NJ* 2017/369, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*FNV/Smallsteps*).

⁶⁶ HvJ EG 7 februari 1985, C-135/83, ECLI:EU:C:1985:55, *NJ* 1985/900 (*Abels*).

Nederland prejudiciële vragen heeft gesteld aan het Hof van Justitie EU over de reikwijdte van de faillissementsuitzondering ex artikel 5 lid 1 van de Richtlijn.⁶⁷

In zijn arrest inzake *Smallsteps* herhaalt het Hof van Justitie EU - in navolging van de conclusie van A-G Mengozzi⁶⁸ - de eerder geformuleerde criteria die bepalend zijn voor de toepassing van de uitzonderingsregel. De uitzonderingsregel van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn geldt als:

- (i) de vervreemder in een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure is verwikkeld;
- (ii) de betreffende procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder is ingeleid; en
- (iii) de betreffende procedure onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie.⁶⁹

Het Hof van Justitie EU concludeert dat in *Smallsteps* aan de eerstgenoemde voorwaarde is voldaan omdat de pre-pack respectievelijk de activatransactie pas daadwerkelijk wordt uitgevoerd als de faillietverklaring is afgegeven. Aan de tweede voorwaarde is naar het oordeel van het Hof van Justitie EU - onder verwijzing naar de eerdere arresten *D'Urso*⁷⁰ en *Spano*⁷¹ - "vanzelfsprekend niet" voldaan, omdat een pre-pack immers bedoeld is de onderneming of levensvatbare delen daarvan zonder onderbreking voort te zetten en niet (louter) gericht is op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder.⁷² Ook aan de derde voorwaarde is niet voldaan, omdat weliswaar een beoogd curator en beoogd rechter-commissaris door de rechtbank zijn aangewezen, maar zij – bij gebreke van een wettelijke grondslag - formeel geen enkele bevoegdheid hebben om toezicht uit te oefenen op de procedure.⁷³ Het antwoord op de prejudiciële vraag luidt dat de gegarandeerde bescherming van werknemers ex artikelen 3 en 4 van de Richtlijn behouden blijft in een situatie zoals hier, "...waarin de overgang van een onderneming plaatsvindt na een faillietverklaring in de context van een vóór de faillietverklaring voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde pre-pack".⁷⁴ Deze zienswijze is daarna door het Hof van Justitie EU nog herhaald naar aanleiding van een Belgische casus in het arrest *Plessers/Prefaco*.⁷⁵ De uitkomsten van deze procedures bepalen in belangrijke mate de huidige juridische status van de pre-pack in Nederland. Er is terughoudendheid ontstaan bij de rechtbanken en in de rechtspraktijk om de pre-pack nog toe te passen. Na *Smallsteps* zijn nog een viertal gerechtelijke procedures aan de orde geweest die betrekking hebben op een pre-pack.⁷⁶ De uitspraken in deze procedures zijn in de vakliteratuur kritisch beoordeeld in de zin dat vooral gewezen wordt op de onzekerheid die *Smallsteps* heeft gecreëerd.⁷⁷

⁶⁷ Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954, JAR 2016/64, m.nt. J. van der Pijl (*Smallsteps*).

⁶⁸ Concl. A-G P. Mengozzi van 29 maart 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:241 (*FNV/Smallsteps*).

⁶⁹ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV/Smallsteps*), punt 44.

⁷⁰ HvJ EG 25 juli 1991, C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326, NJ 1994/168 (*D'Urso*).

⁷¹ HvJ EG 7 december 1995, C-472/93, ECLI:EU:C:1995:421, NJ 1996/743 (*Spano*).

⁷² HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV/Smallsteps*), punt 47.

⁷³ Concl. A-G P. Mengozzi van 29 maart 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:241 (*FNV/Smallsteps*), punt 79-83.

⁷⁴ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV/Smallsteps*).

⁷⁵ HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424 (*Plessers/Prefaco*).

⁷⁶ Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423, JOR 2017/338, m.nt. I. Spinath, JAR 2017/281, m.nt. J. van der Pijl (*Bogra*), Rb. Gelderland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447, JOR 2018/111, m.nt. J.O. Bijloo, TvI 2018/39, m.nt. J.M.W. Pool (*Tuunte*), Rb. Limburg 26 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9137, JOR 2018/316, m.nt. I. Spinath (*Princen TransMission*), Rb. Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:ROVE:2015:3589, JAR 2015/220, m.nt. J. van der Pijl (*Heiploeg*).

⁷⁷ Pool 2018, Van der Pijl 2019, Spinath 2018.

Rond dezelfde tijd als *Smallsteps* speelde Heiploeg. Het Heiploeg-concern, een groothandel in visproducten, leed een aantal jaren fors verlies en werd eind 2013 door de Europese Commissie geconfronteerd met een boete voor kartelvorming van € 27 miljoen, waarvoor geen financiering (meer) beschikbaar was. Besloten werd om de mogelijkheden van een pre-pack te onderzoeken. Op verzoek van Heiploeg is door de Rechtbank Noord-Nederland een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris aangewezen. Op 28 januari 2014 is Heiploeg failliet verklaard, zijn vrijwel direct de activa *going concern* aan een kopende partij overgedragen en zijn de werkzaamheden zonder onderbreking voortgezet. Van de circa 300 werknemers zijn er circa 210 in dienst getreden van de nieuwe onderneming tegen minder gunstige arbeidsvoorwaarden. De vakbonden FNV en CNV zijn een gerechtelijke procedure gestart; de vorderingen van de bonden zijn in eerste aanleg door de Rechtbank Overijssel afgewezen.⁷⁸ Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft vervolgens in hoger beroep – op grond van de door het Hof van Justitie EU geformuleerde criteria inzake *Smallsteps* – de vorderingen van de bonden opnieuw afgewezen.⁷⁹ FNV heeft cassatieberoep ingesteld bij de Hoge Raad. De conclusie van A-G Drijber⁸⁰ strekt tot vernietiging van het eindarrest (van het hof) en tot verwijzing. Naar zijn oordeel diende het faillissement van Heiploeg geen zelfstandig liquidatiedoel, “maar is als middel gebruikt om een doorstart te realiseren en zodoende de activiteiten van de onderneming in afgeslankte vorm te kunnen voortzetten”.⁸¹ In april 2020 heeft de Hoge Raad een voorlopige uitspraak gedaan. De Hoge Raad volgt daarin niet de conclusie van de A-G.⁸² De Hoge Raad betreft in zijn voorlopig oordeel de onafwendbaarheid van het faillissement, oordeelt dat uit de omstandigheden blijkt dat de procedure uitsluitend is gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder en oordeelt verder dat is voldaan aan het bevoegde toezicht.⁸³ Alvorens een definitieve uitspraak in deze zaak te doen heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie EU⁸⁴ over het doel van de faillissementsprocedure en het bevoegde toezicht. In hoofdstuk 5 kom ik hier nader op terug.

2.6 Kanttekeningen bij het *Smallsteps*-arrest

Het arrest *Smallsteps* heeft heel wat insolventierechtsspecialisten en arbeidsrechtsspecialisten ertoe aangezet kanttekeningen te maken bij dit arrest en een standpunt in te nemen over de huidige status van de pre-pack. Over die status lopen de meningen uiteen, zoals A-G Drijber in zijn conclusie bij *Heiploeg* heeft aangegeven.⁸⁵ Het lijkt erop dat een meerderheid van de auteurs meent dat het toepassen van de pre-pack na *Smallsteps* een risicovolle operatie is geworden.⁸⁶ Zij zijn van mening

⁷⁸ Rb. Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589, JAR 2015/220, m.nt. J. van der Pijl (*Heiploeg*).

⁷⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, JAR 2018/218, m.nt. J. van der Pijl (*Heiploeg*).

⁸⁰ Concl. A-G B.J. Drijber, ECLI:NL:PHR:2019:1237 bij HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, NJ 2020/234 (*FNV/Heiploeg I*).

⁸¹ Concl. A-G B.J. Drijber, ECLI:NL:PHR:2019:1237 bij HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, NJ 2020/234 (*FNV/Heiploeg I*), rov. 7.17.

⁸² HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, NJ 2020/234, TvI 2020/35, m.nt. I.M.A. Lintel & T.T. van Zanten, JOR 2020/162, m.nt. P.R.W. Schaïnk (*FNV/Heiploeg I*).

⁸³ Van Erpers Rooijaards 2020, Lintel & Van Zanten 2020.

⁸⁴ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, NJ 2020/235 (*FNV/Heiploeg II*), onder 5.

⁸⁵ Concl. A-G B.J. Drijber, ECLI:NL:PHR:2019:1237 bij HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, NJ 2020/234 (*FNV/Heiploeg I*), rov. 5.20, 5.21, 5.22 en 5.23.

⁸⁶ Grapperhaus 2017, Hurenkamp 2017, Van Moorsel 2017, Schaïnk 2017, Schreurs 2017, Vieira 2017, Bouwens 2018, Zaal 2018, Van der Pijl 2019.

dat uit het arrest volgt dat de doorstart via een pre-pack kwalificeert als een overgang van onderneming en dat daarmee de arbeidsrechtelijke beschermingsbepalingen van toepassing zijn. Dit maakt de pre-pack als instrument om zowel schulden als personeelsbestand te kunnen saneren onaantrekkelijk. De pre-pack leek langere tijd een hoopgevend instrument, maar volgens deze auteurs is de uitspraak van het Hof van Justitie EU de pre-pack 'noodlottig' geworden. Grapperhaus verwoordt dit met de metafoor: "de rups blijft gewoon een rups en wordt geen vlinder meer".⁸⁷ Toch zijn er ook auteurs die in het arrest kansen zien en vooral erop wijzen dat de pre-pack nog mogelijk is als maar voldoende duidelijk wordt gemaakt dat het hoofddoel van de procedure liquidatie van het vermogen is. Zij wijzen erop dat ook het toezicht zo kan worden ingericht dat daar in voorkomende gevallen aan is voldaan.⁸⁸ Een aantal auteurs - veelal insolventierechtsspecialisten - ziet de weg voor de pre-pack (nog) niet afgesloten. In situaties waarin het faillissement onvermijdelijk is, staat immers volgens hen het realiseren van een zo hoog mogelijke liquidatiewaarde voorop. Een goed ingerichte en uitgevoerde pre-pack draagt bij aan het bereiken van dat doel.⁸⁹ Deze auteurs bepleiten een spoedige invoering van de WCO I zodat de pre-pack de vereiste wettelijk grondslag krijgt waardoor met de aanwijzing van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris in ieder geval aan het vereiste criterium van overheidstoezicht wordt voldaan.⁹⁰ Enkele auteurs nemen een tussenpositie in en wijzen op de betekenis en reikwijdte van *Smallsteps*. Naar hun oordeel hangt het in voorkomende gevallen van de feiten en omstandigheden af of de beschermingsbepalingen van toepassing zijn en de pre-pack met succes kan worden ingezet.⁹¹ Met het arrest *Heiploeg* is de onzekerheid over de toepassing van de pre-pack er niet minder op geworden. De wetgever, de rechtspraak en de wetenschap nemen een afwachtende houding aan.⁹²

2.7 Tussenconclusie ten aanzien van de huidige status

De pre-pack is in Nederland sinds 2011 een aantal jaren met succes toegepast. De doorstart van ondernemingen of delen daarvan vanuit faillissement zonder onderbreking van de bedrijfsprocessen heeft geleid tot hogere opbrengsten voor schuldeisers en behoud van werkgelegenheid.⁹³ Kritiek is geuit op het feit dat de pre-pack geen wettelijke grondslag heeft en dat rechtbanken verschillend reageren op verzoeken om een pre-pack toe te passen. Ook is kritiek op de transparantie van de procedure, over de rol van de beoogd curator en het toezicht. Sommigen zijn van oordeel dat er concurrentievervalsing kan ontstaan, omdat ondernemingen er na de doorstart 'gezonder' voorstaan dan hun concurrenten. De belangrijkste kritiek is gelegen in het mogelijke misbruik als de pre-pack - en daarmee het faillissement - doelbewust wordt gebruikt om het personeelsbestand naar 'eigen goeddunken' én op een goedkope manier te saneren.⁹⁴

⁸⁷ Grapperhaus 2017.

⁸⁸ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV/Smallsteps*), punt 44.

⁸⁹ Loesberg 2017, Hoogendoorn & Ninck Blok 2017, Van der Neut 2017, Oppedijk-van Veen 2017, Spinath 2017, Verburg 2017, Verstijlen 2017, Tollenaar 2018.

⁹⁰ Tollenaar 2018, Spinath 2017.

⁹¹ Kullmann 2017, Verburg 2017.

⁹² Korte aantekeningen vergadering commissie Justitie en Veiligheid van 18 juni 2018 (34.218/L).HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, NJ 2020/234, TvI 2020/35, m.nt. I.M.A. Lintel & T.T. van Zanten, JOR 2020/162, m.nt. P.R.W. Schaink (*FNV/Heiploeg I*), Van der Pijl 2020.

⁹³ Zie praktijkvoorbeelden in paragraaf 2.3.

⁹⁴ Zie paragraaf 2.3.

Het is dan ook niet zo vreemd dat de sanering van het personeelsbestand via een doorstart in faillissement na een pre-pack in een aantal gevallen geleid heeft tot gerechtelijke procedures, zoals bij Estro en Heiploeg. Overigens blijkt uit onderzoek dat misbruik van faillissementsrecht betrekkelijk weinig voorkomt.⁹⁵

In het *Smallsteps*-arrest heeft het Hof van Justitie EU de criteria geformuleerd om te voldoen aan de uitzondering in artikel 5 lid 1 van de Richtlijn (in de Nederlandse wet gecodificeerd in artikel 7:666 sub a BW), respectievelijk (i) dat er sprake moet zijn van een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure, (ii) dat de procedure met het oog op liquidatie van het vermogen is ingeleid en (iii) dat de procedure onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie.⁹⁶ In *Smallsteps* heeft het Hof van Justitie EU de consistente lijn doorgetrokken die al was ingezet met het eerdergenoemde *Abels*-arrest⁹⁷ uit 1985. Omdat de pre-pack door het Hof van Justitie EU wordt aangemerkt als een procedure gericht op voortzetting van de onderneming en niet als een procedure die is ingeleid met het oog op liquidatie van het vermogen, bemoeilijkt dat de toepassing van de pre-pack in de (doorstart)praktijk. In het arrest *Heiploeg*⁹⁸ heeft de Hoge Raad in zijn voorlopige oordeel het standpunt ingenomen dat 'daar' wel sprake was van een procedure gericht op liquidatie van het vermogen en heeft daarmee een 'opening' gelaten voor de toepassing van de pre-pack. De antwoorden op de door de Hoge Raad naar aanleiding van dit arrest gestelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie EU moeten meer zekerheid opleveren over het ingenomen standpunt.

Dit leidt tot de conclusie dat de huidige status van de pre-pack - die bepalend is voor het normatieve kader van waaruit evaluerende uitspraken over de toekomst kunnen worden gedaan - wordt gekenmerkt door onzekerheid. De vraag is óf en onder welke voorwaarden door de verkrijgende partij in een voorbereide doorstart via een pre-pack (nog wel) een beroep kan worden gedaan op de uitzondering van artikel 7:666 sub a BW en artikel 5 lid 1 van de Richtlijn om daarmee een noodzakelijke personele herstructurering te realiseren in faillissement. Vanuit dit onzekere vertrekpunt wordt de toekomst van de pre-pack verder onderzocht.

⁹⁵ Verburg e.a. 2016, p. 4.

⁹⁶ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV/Smallsteps*), punt 44.

⁹⁷ HvJ EG 7 februari 1985, C-135/83, ECLI:EU:C:1985:55, NJ 1985/900 (*Abels*).

⁹⁸ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (*FNV/Heiploeg II*), rov. 3.9.2 en 3.10.2.

3 Het Verenigd Koninkrijk: lessons to learn

De Nederlandse versie van de pre-pack zoals die in de rechtspraak sinds 2011 is ontstaan is in belangrijke mate geïnspireerd op de *pre-pack administration* die als vooraf voorbereide activatransactie al tientallen jaren wordt toegepast in het Verenigd Koninkrijk.⁹⁹ Rechtsvergelijkend onderzoek naar de toepassing van deze pre-pack richt zich op het analyseren en verklaren van verschillen en overeenkomsten tussen de rechtsstelsels van Nederland en het Verenigd Koninkrijk. Het doel is gezichtspunten te ontwikkelen die bijdragen aan het beantwoorden van de onderzoeksvraag naar de toekomst van de pre-pack in Nederland. Het rechtsvergelijkend onderzoek - dat de eerder geformuleerde methodologische stappen volgt - moet een antwoord geven op de deelvraag:

Wat kan worden geleerd van de toepassing van de pre-pack in het rechtsstelsel van het Verenigd Koninkrijk?

3.1 De juridische context

De basis voor het huidige insolventierecht in het Verenigd Koninkrijk is gelegd in 1982 met het zogenaamde 'Cork Report'.¹⁰⁰ In dat rapport wordt bepleit dat een 'modern' insolventierecht zich vooral moet richten op het redden van een onderneming die in financiële moeilijkheden is geraakt, op het beperken van de schade die daar het gevolg van is en op het op een eerlijke wijze verdelen van de lasten over de maatschappij, werknemers, schuldeisers en andere stakeholders. Of met andere woorden: "*the law should encourage a 'rescue culture', to restore companies back to profitability*".¹⁰¹ De publicatie en de uitkomsten van het 'Cork Report' hebben uiteindelijk geleid tot de Insolvency Act 1986¹⁰² (hierna: IA 1986) die met de nodige aanpassingen tot op de dag van vandaag het wettelijke kader vormt voor de insolventie procedures zoals die in het Verenigd Koninkrijk worden toegepast. In de IA 1986 zijn verschillende 'nieuwe' procedures geïntroduceerd, waaronder de Company Voluntary Arrangement¹⁰³ (hierna: CVA) die veel gelijkenis vertoont met de per 1 januari 2021 in Nederland in werking getreden WHOA met dien verstande dat het binnen de CVA mogelijk is op basis van *case law*¹⁰⁴ werknemers boventallig te verklaren en te ontslaan. De CVA past in de *rescue culture*. Ook de pre-pack, die zich in de praktijk heeft ontwikkeld, past daar heel goed in, maar is als procedure niet in de IA 1986 geregeld. Met de herziening van de Enterprise Act in 2002 zijn de mogelijkheden voor de toepassing van de pre-pack verruimd en versoepeld en zijn aanpassingen doorgevoerd in de IA 1986.

⁹⁹ Desmond Flynn, 'Pre-pack administrations — a regulatory perspective', *Recovery*, Summer 2006, Stephen Davies QC, 'Pre-pack — he who pays the piper calls the tune', *Recovery*, Summer 2006.

¹⁰⁰ *Report of the Review Committee on Insolvency Law and Practice*, Cmnd 8558, 1982 (the 'Cork Report').

¹⁰¹ *Report of the Review Committee on Insolvency Law and Practice*, Cmnd 8558, 1982 (the 'Cork Report'), geraadpleegd op https://en.wikipedia.org/wiki/Report_of_the_Review_Committee_on_Insolvency_Law_and_Practice

¹⁰² Insolvency Act 1986, kenbaar via <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/45/contents>.

¹⁰³ Insolvency Act 1986, Part 1, section 5(2).

¹⁰⁴ *Doorbar v All Time Securities Limited* [1996] 1 WLR 456.

Uit onderzoek in 2008 en 2014¹⁰⁵ blijkt dat de toepassing van de pre-pack daarna is toegenomen en het aantal liquidaties is gedaald. Pre-packs maken overigens maar een klein onderdeel uit van de insolventiepraktijk. Van de rond 20.000 insolventieprocedures in het Verenigd Koninkrijk in 2013 waren er tussen de 600 en 700 *pre-packed*.¹⁰⁶ In 2013 is een aanvullende richtlijn vastgelegd in een Statement of Insolvency Practice 16¹⁰⁷ (hierna: SIP 16) die ziet op het afleggen van verantwoording o.a. over de waardebepaling van de onderneming en van de verkoopprijs en eisen stelt aan een zorgvuldige rapportage over het pre-pack proces.¹⁰⁸ De Insolvency Service, een overheidsinstelling ziet toe op een correcte uitvoering daarvan.¹⁰⁹

In 2020 zijn aanpassingen en aanvullingen op de IA 1986 doorgevoerd vanuit de Corporate Insolvency and Governance Act 2020,¹¹⁰ onder andere door een moratorium in te voeren voor ondernemingen die in moeilijkheden zijn geraakt door de Corona-pandemie. Eind april 2021 wordt regelgeving van toepassing die bijzondere eisen stelt aan de waardebepaling als de doorstart vanuit een pre-pack wordt gerealiseerd door de oorspronkelijke eigenaren of het oorspronkelijke management of een anderszins gelieerde partij. Hierbij wordt in de IA 1986 een onafhankelijke *evaluator* geïntroduceerd, die verantwoordelijk is voor een onafhankelijke objectieve waardebepaling.¹¹¹

De arbeidsrechtelijke aspecten van de pre-pack worden beheerst door de Transfer of Undertakings (Protection of Employment) regulations 2006 (hierna: TUPE).¹¹² Met de TUPE werd de oude regelgeving van 1981 vervangen door de hiervoor genoemde Europese Richtlijn.¹¹³ Deze regelgeving ziet op de bescherming van werknemers bij overgang van onderneming, met dien verstande dat als er daadwerkelijk sprake is van liquidatie van het vermogen ook in het Verenigd Koninkrijk de uitzonderingsregel van toepassing is.¹¹⁴ In geval van een pre-pack gaan in het Verenigd Koninkrijk in beginsel alle werknemers onder dezelfde arbeidsvoorwaarden over naar de nieuwe werkgever. Op grond van economische, technische of organisatorische redenen kunnen werknemers door de nieuwe

¹⁰⁵ Sandra Frisby, *A preliminary analysis of pre-packaged administrations - Report to The Association of Business Recovery Professionals*, August 2007 (the 'Frisby Report'), P. Walton a.o., *Final Report to the Graham Review*, University of Wolverhampton, April 2014, kenbaar via www.gov.uk/government/publications/graham-review-into-pre-pack-administration, Teresa Graham CBE, *Graham Review into Pre-pack Administration, Report to The Rt Hon Vince Cable MP*, June 2014, kenbaar via www.gov.uk/government/publications/graham-review-into-pre-pack-administration, p. 14.

¹⁰⁶ Teresa Graham CBE, *Graham Review into Pre-pack Administration, Report to The Rt Hon Vince Cable MP*, June 2014, kenbaar via www.gov.uk/government/publications/graham-review-into-pre-pack-administration, p. 4.

¹⁰⁷ Statement of Insolvency Practice 16 (SIP 16), 1 november 2013, kenbaar via www.gov.uk/government/publications/statements-of-insolvency-practice-16-sip-16

¹⁰⁸ Statement of Insolvency Practice 16 (SIP 16), 1 november 2013, par. 9.

¹⁰⁹ The Insolvency Service is een overheidsinstelling die toezicht houdt op insolventieprocedures, eventueel onderzoek doet naar misstanden en statistische gegevens verstrekt, <https://www.gov.uk/government/organisations/insolvency-service>.

¹¹⁰ Corporate Insolvency and Governance Act 2020 (c. 12), 26 juni 2020, kenbaar via <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2020/12/contents/enacted>

¹¹¹ The Administration (Restrictions on Disposal etc. to Connected Persons) Regulations 2021, Draft Regulations laid before Parliament under paragraph 60A(9) of Schedule B1 to the Insolvency Act 1986, zie ook <https://www.r3.org.uk/press-policy-and-research/news/more/29763/r3-responds-to-amended-pre-pack-legislation>.

¹¹² Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006 (SI 2006/246).

¹¹³ 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 de ondernemingen of vestigingen, *PbEU* 2001, L 82.

¹¹⁴ Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006 (SI 2006/246), reg. 8(7).

werkgever boventallig worden verklaard en worden ontslagen en kunnen in overleg met vakbonden of personeelsvertegenwoordigers arbeidsvoorwaarden worden bijgesteld (artikel 4 TUPE).

Het verplicht en tijdig consulteren en informeren van vakbonden of personeelsvertegenwoordigers maakt onderdeel uit van de regelgeving. De TUPE staat een succesvolle toepassing van de pre-pack niet in de weg. In 2019 werden er in het Verenigd Koninkrijk zo'n 500 pre-packs geregistreerd.¹¹⁵

3.2 De pre-pack praktijk in het Verenigd Koninkrijk

Wat opvalt bij het bestuderen van de toepassing van de pre-pack in het Verenigd Koninkrijk is dat de nadruk in insolventieprocedures sterk gericht is op *recovery* en *rescue* van noodlijdende ondernemingen, met als resultaat dat de opbrengst zo hoog mogelijk is en dat zoveel mogelijk werkgelegenheid behouden blijft. Dit geeft vorm aan de *rescue culture* die door de wetgever in het Verenigd Koninkrijk sinds 1982 wordt beoogd. Die nadruk op het redden van ondernemingen heeft geleid tot een gespecialiseerde bedrijfstak op het gebied van *business rescue* en insolventieprocedures.¹¹⁶ Het Verenigd Koninkrijk kent in dat verband een belangrijke, in de wet genoemde positie toe aan de *insolvency practitioner*. Dit is een beroepsbeoefenaar gespecialiseerd in insolventieprocedures die aan specifieke kwalificaties voldoet en daarvoor is gecertificeerd. De *insolvency practitioner* dient zich bij zijn werkzaamheden te conformeren aan de in mei 2020 vastgestelde Insolvency Practitioner Code of Ethics¹¹⁷ (hierna: IPCE).

Een onderneming die dreigt insolvent te geraken en een doorstart beoogt te realiseren door middel van een pre-pack schakelt daartoe een *insolvency practitioner* in om in nauwe samenwerking de pre-pack voor te bereiden. De rol van de *insolvency practitioner* heeft dan trekken van zowel een herstructureringsdeskundige als van een beoogd curator. Het is de bedoeling dat de *insolvency practitioner* uiteindelijk benoemd wordt tot *administrator* en vanuit die positie de pre-pack effectueert,¹¹⁸ waarmee in Nederland in de WCO I de curator is belast. Sinds de herziening van de Enterprise Act in 2002 en de aanpassing van de IA 1986 staat de IA 1986 toe dat de ondernemer zonder gerechtelijke tussenkomst zelf de *administrator* benoemd.¹¹⁹

Op het moment van benoemen van de *administrator* gaat de onderneming *in administration*¹²⁰ en wordt de *administrator* geacht zijn functie uit te oefenen met het doel:

- (a) *rescuing the company as a going concern, or*
- (b) *achieving a better result for the company's creditors as a whole than would be likely if the company were wound up (without first being in administration), or*

¹¹⁵ Zie voor een overzicht: *Pre-pack sales in administration report*, 8 October 2020, para 5.1, beschikbaar op <https://www.gov.uk/government/publications/pre-pack-sales-in-administration/pre-pack-sales-in-administration-report>

¹¹⁶ Peter Walton a.o., *Final Report to the Graham Review*, University of Wolverhampton, April 2014, vindplaats www.gov.uk/government/publications/graham-review-into-pre-pack-administration, p. 24.

¹¹⁷ Te raadplegen op <https://www.gov.uk/government/publications/insolvency-practitioner-code-of-ethics>.

¹¹⁸ Insolvency Act 1986, Schedule B1, para 1.

¹¹⁹ Insolvency Act 1986, Schedule B1, para 22.

¹²⁰ 'in administration' lijkt op surseance; te onderscheiden van 'in liquidation' dat lijkt op faillissement.

(c) *realizing property in order to make a distribution to one or more secured or preferential creditors.*¹²¹

Hij moet daarbij handelen in het belang van alle schuldeisers tezamen.¹²² Het valt op dat de nadruk ligt op het redden als een *going concern*, met andere woorden op het ononderbroken voortzetten van de onderneming (of delen daarvan). Uit de jurisprudentie blijkt dat de op deze wijze voorbereide pre-pack - voorafgaand aan de *administration* - door de rechter toelaatbaar wordt geacht en dat de *administrator* voor het uitvoeren van de pre-pack transactie geen toestemming van de rechter of van de crediteuren nodig heeft als hij van mening is dat de transactie in het belang is van alle schuldeisers.¹²³ De *adminstrator* moet voldoen aan de rapportages die vereist zijn volgens SIP 16.

3.3 Kritische kanttekeningen

De afgelopen twintig jaar heeft de pre-pack in het Verenigd Koninkrijk regelmatig aanleiding gegeven voor nadere evaluatie en onderzoek.¹²⁴ In die onderzoeken wordt onderschreven dat de *pre-pack administration* in het Verenigd Koninkrijk in veel gevallen bij insolventie van een onderneming het best haalbare resultaat oplevert voor schuldeisers en betrokken werknemers. Wel zijn er de nodige kritische kanttekeningen gemaakt die hebben geleid tot aanbevelingen voor verbetering.

De belangrijkste kritiek op de pre-pack - en dat is naar mijn mening inherent aan de procedure die zich in een zekere beslotenheid afspeelt - is terug te voeren op gebrek aan transparantie. Twijfels rijzen in dit verband over of wel voldoende marketinginspanningen zijn geleverd om geïnteresseerde kopers te vinden, of over de vraag of de verkoopprijs wel marktconform is en er wel een juiste methode is gebruikt om de onderneming te waarderen. Ook is er vaak twijfel of wel voldoende is gekeken naar de levensvatbaarheid van de onderneming of het deel dat doorstart. En ten slotte is er kritiek op het toezicht. Deze vragen en twijfels doen zich des te meer gevoelen als de pre-pack tot gevolg heeft dat de oorspronkelijke eigenaren of het oorspronkelijke management de onderneming uiteindelijk in een 'nieuw jasje' voortzet. In meer dan 50 % van de gevallen over de periode 2016-2019 was er in het Verenigd Koninkrijk sprake van zo'n *connected party sale*.¹²⁵

De aanbevelingen uit de onderzoeken richten zich dan ook op dit gebrek aan transparantie en in het bijzonder op maatregelen om een verkoop door middel van een pre-pack van een legitieme basis te voorzien. Naar aanleiding van de Graham Review zijn verschillende maatregelen genomen om de 'marketing' voor de pre-pack te verbeteren, de waardering van de onderneming aan te scherpen via SIP

¹²¹ Insolvency Act 1986, Schedule B1, para 3(1).

¹²² Insolvency Act 1986, Schedule B1, para 3(2).

¹²³ *Re TransBus International Ltd* (2004) EWHC 932 (Ch), *Re DKLL Solicitors* (2007) EWHC 2067 (Ch), *Re Kayley Vending Ltd* (2009) EWHC 904 (Ch), *Re Hellas Telecommunications (Luxembourg) II SCA* (2009) EWHC 3199 (Ch).

¹²⁴ Sandra Frisby, *A preliminary analysis of pre-packaged administrations - Report to The Association of Business Recovery Professionals*, August 2007 (the 'Frisby Report'), P. Walton a.o., *Final Report to the Graham Review*, University of Wolverhampton, April 2014, kenbaar via www.gov.uk/government/publications/graham-review-into-pre-pack-administration, Teresa Graham CBE, *Graham Review into Pre-pack Administration, Report to The Rt Hon Vince Cable MP*, June 2014, kenbaar via www.gov.uk/government/publications/graham-review-into-pre-pack-administration.

¹²⁵ Zie voor deze kritiekpunten: *Pre-pack sales in administration report*, 8 October 2020, beschikbaar op <https://www.gov.uk/government/publications/pre-pack-sales-in-administration/pre-pack-sales-in-administration-report>.

16, het verbeteren van het toezicht op de naleving van SIP 16, het verplichten tot een levensvatbaarheidsrapport, en het instellen van een te consulteren expert groep, de zogenaamde Pre-Pack Pool.¹²⁶

Mede ingegeven door de Corona-pandemie is in 2020 een evaluatie gemaakt van de maatregelen. Dit heeft geleid tot een wetsvoorstel voor wat betreft de waardebeoordeling van de onderneming door een onafhankelijke partij en de verplichting om hiervan een rapport te kunnen overleggen in het geval dat de onderneming wordt voortgezet door een *connected party*.¹²⁷ Verder wordt naar verwachting in 2021 een aanscherping doorgevoerd om te voldoen aan SIP 16 voor wat betreft marketing, levensvatbaarheidstoets en de gebruikelijke rapportages om verantwoording af te leggen over het proces.¹²⁸

3.4 Onderscheid tussen het Verenigd Koninkrijk en Nederland

Misschien wel het grootste verschil dat mij is opgevallen tussen het Verenigd Koninkrijk en Nederland: het Verenigd Koninkrijk kent een *rescue culture*. Met het 'Cork report' uit 1982 is er binnen het insolventierecht doelbewust een aanzet gegeven voor de ontwikkeling van een cultuur die gericht is op het zoveel mogelijk redden van insolvente, maar (op onderdelen) levensvatbare ondernemingen en op het zoveel mogelijk voorkomen van liquidatie van vermogen. Die primaire nadruk op het redden en voortzetten van ondernemingen heeft geresulteerd in het ontstaan van een gespecialiseerde bedrijfstak met een eigen *trade association*,¹²⁹ in gecertificeerde *insolvency practitioners* en in een eigen toezichthouder.¹³⁰ De voorafgaand aan een *administration* voorbereide pre-pack past naadloos in een *rescue culture*. In Nederland is pas in 2012 een aanzet gegeven tot een dergelijke cultuur met het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht, onder andere gestoeld op de pijler 'versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven'.¹³¹ De pre-pack past daar weliswaar in maar is naar mijn mening nog niet ingebed in een cultuur die primair gericht is op het redden van ondernemingen.

De te onderscheiden kenmerken van de pre-pack in het Verenigd Koninkrijk zijn:

- de pre-pack procedure is als zodanig niet in de wet vastgelegd;
- de ondernemer kan op grond van de IA 1986 een *insolvency practitioner* zonder tussenkomst van de rechtbank aanwijzen;
- de *insolvency practitioner* is een gecertificeerde en gespecialiseerde beroepsbeoefenaar, die onder toezicht staat van de Insolvency Service;

¹²⁶ Teresa Graham CBE, *Graham Review into Pre-pack Administration, Report to The Rt Hon Vince Cable MP*, June 2014, kenbaar via www.gov.uk/government/publications/graham-review-into-pre-pack-administration.

¹²⁷ The Administration (Restrictions on Disposal etc. to Connected Persons) regulations 2021, Draft regulation laid before Parliament under paragraph 60A(9) of Schedule B1 to the Insolvency Act 1986.

¹²⁸ Zie voor de besluiten en vervolgstappen: *Pre-pack sales in administration report*, 8 October 2020, para 7.3, beschikbaar op <https://www.gov.uk/government/publications/pre-pack-sales-in-administration/pre-pack-sales-in-administration-report>.

¹²⁹ Zie <https://www.r3.org.uk>.

¹³⁰ The Insolvency Service is een overheidsinstelling die toezicht houdt op insolventieprocedures, eventueel onderzoek doet naar misstanden en statistische gegevens verstrekt, <https://www.gov.uk/government/organisations/insolvency-service>.

¹³¹ *Kamerstukken* 2012-2013, 29 911, nr. 74, p. 2.

- de *insolvency practitioner* geeft uitvoering aan de voorbereiding en handelt na benoeming als *administrator* conform de IA 1986 de pre-pack af;
- in geval er sprake is van een voorgenomen doorstart door een *connected party* is een waardering door een onafhankelijke *evaluator* vereist;
- op de pre-pack is de arbeidsrechtelijke regelgeving van de TUPE van toepassing met uitzondering van ontslag op basis van economische, technische of organisatorische redenen;
- de *insolvency practitioner* kan de verkoop op grond van aanvullende rechtspraak effectueren zonder overleg met de *unsecured creditors*;
- in en na de pre-packprocedure moet door de *insolvency practitioner/administrator* worden voldaan aan de vereisten van SIP 16 op het gebied van marketing, levensvatbaarheidstoets en het afleggen van verantwoording;
- de *insolvency practitioner* dient zich te conformeren aan de ICPE en de procedure staat onder toezicht van de Insolvency Service.

Uit dit overzicht van te onderscheiden kenmerken kan voor de Nederlandse pre-pack procedure het volgende worden geleerd:

- een wettelijke grondslag voor de pre-pack procedure is niet noodzakelijk;
- een wettelijke positie voor de functionaris die de pre-pack begeleid in de voorbereiding en daarna uitvoering geeft aan de beoogde transactie is wenselijk;
- een gespecialiseerde en gecertificeerde beroepsbeoefenaar (bijv. een daartoe opgeleide curator of herstructureringsdeskundige) kan worden overwogen;
- de waardering van (een deel van) de onderneming voor de bepaling van de verkoopprijs – waaraan nadere eisen worden gesteld - maakt onderdeel uit van de pre-packprocedure;
- de arbeidsrechtelijke wetgeving waaraan moet worden voldaan, hoeft geen belemmering te zijn voor het succesvol toepassen van de pre-pack;
- regelgeving rond toezicht op de uitvoering en verantwoording over de pre-packprocedure is wenselijk.

De leerpunten zijn van belang voor de beantwoording van de vraag naar de toekomst van de pre-pack in Nederland. Zij kunnen bijdragen aan het verder vormgeven van de pre-pack in de Nederlandse context.

4 Relevante ontwikkelingen op het gebied van de wetgeving

In hoofdstuk 2 is gekeken naar de status van de pre-pack in Nederland en naar de gevolgen van de jurisprudentie voor deze status. Verder is in hoofdstuk 3 een vergelijking gemaakt tussen de pre-pack zoals die in Nederland is toegepast en de pre-pack zoals die wordt toegepast in het Verenigd Koninkrijk. De status en de leerpunten uit de rechtsvergelijking met het Verenigd Koninkrijk vormen het vetrekpunt om te kijken naar de toekomst van de pre-pack in Nederland. Een toekomst die in belangrijke mate wordt bepaald door de voor de toepassing van de pre-pack relevante 'nieuwe' wet- en regelgeving, zoals de per 1 januari 2021 in werking getreden WHOA en de voorgestelde WOOF. Hierna komen aan de orde: de beoogde doelen van de wetgever met deze wetgeving, de voor de pre-pack relevante inhoud van de WHOA en de WOOF en de juridische betekenis die deze wetgeving nu en in de toekomst heeft voor de toepassing van de pre-pack. Een antwoord wordt gezocht op de vraag:

Wat zijn de te verwachten effecten van de WHOA en van het wetsvoorstel WOOF op de toepasbaarheid van de pre-pack?

4.1 De invoering van de Wet Homologatie Onderhands Akkoord

De WHOA - eerder aangekondigd als Wet Continuïteit Ondernemingen II - maakt onderdeel uit van het hiervoor genoemde wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht,¹³² onder andere met het doel het reorganiserend vermogen van bedrijven te versterken. Die versterking is erop gericht onnodige faillissementen zoveel mogelijk te *voorkomen*, door maatregelen die reorganisatie, herstructurering en doorstart *buiten* faillissement faciliteren.¹³³ In 2015 is in dit kader ook het wetsvoorstel WCO I gepresenteerd, dat vooralsnog is aangehouden.¹³⁴ In de Memorie van Toelichting bij de WHOA is ook het wetsvoorstel WOOF aangekondigd, alsmede maatregelen die erop gericht zijn de effectiviteit van de surseance en de faillissementsregeling te vergroten.¹³⁵ De wetgever signaleert in dezelfde Memorie van Toelichting dat als het Nederlandse insolventierecht wordt vergeleken met regimes van andere landen, Nederland het goed doet waar het gaat om de afwikkeling van faillissementen, maar ruim achter blijft voor wat betreft de herstructureringsmogelijkheden voor ondernemingen.¹³⁶ Inmiddels heeft de Europese wetgeving zich op dit punt ook verder ontwikkeld en de Richtlijn 2019/1023 aangenomen.¹³⁷

¹³² Zie paragraaf 2.4, *Kamerstukken* 2012-2013, 29 911, nr. 74.

¹³³ *Kamerstukken* 2014-2015, 34 218, nr. 3, p. 3.

¹³⁴ Zie paragraaf 2.4, Korte aantekeningen vergadering commissie Justitie en Veiligheid van 18 juni 2018 (34.218/L).

¹³⁵ *Kamerstukken* 2018-2019, 35 249, nr. 3, p. 2.

¹³⁶ *Kamerstukken* 2018-2019, 35 249, nr. 3, p. 3.

¹³⁷ Richtlijn 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), Pb EU 2019, L 172/1

Deze richtlijn beoogt de efficiëntie te verhogen van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld. De doelstelling en vormgeving van de WHOA volgt de Richtlijn.¹³⁸

4.1.1 Wat houdt de WHOA in?

De WHOA is per 1 januari 2021 in werking getreden en opgenomen in de Faillissementswet (artikel 369-387 Fw).¹³⁹ De wet biedt ondernemingen¹⁴⁰ die door hoge schulden failliet dreigen te gaan, maar wel levensvatbare activiteiten hebben, de mogelijkheid om met hun schuldeisers tot een akkoord te komen om daarmee een faillissement en de gevolgen daarvan te voorkomen.¹⁴¹ Het moet dan redelijkerwijs aannemelijk zijn dat de 'schuldenaar' verkeert in een toestand dat hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan (artikel 370 lid 1 Fw). Op basis van een volgens de WHOA tot stand gekomen akkoord kan de rechtbank overgaan tot homologatie waardoor alle betrokken schuldeisers aan het akkoord gebonden zijn. Ook ondernemingen met onvoldoende perspectief kunnen baat hebben bij de WHOA omdat zij op een gecontroleerde wijze hun activiteiten kunnen beëindigen en afwickelen.¹⁴² De schuldenaar kan zelf proberen tot een akkoord te komen en dit voorleggen aan de rechtbank, maar kan er ook voor kiezen de rechtbank te verzoeken daartoe een 'herstructureringsdeskundige' aan te wijzen (artikel 371 lid 1 Fw). Aan deze functionaris wordt een cruciale rol toegedicht,¹⁴³ maar over de rol en taak is in de wet en in de literatuur (nog) weinig terug te vinden.¹⁴⁴ Op grond van artikel 373 lid 1 Fw is het mogelijk om aan een schuldeiser een voorstel te doen voor wijziging of beëindiging van een lopende overeenkomst. Als de schuldeiser daarmee niet akkoord gaat kan de schuldenaar de rechtbank verzoeken de overeenkomst eenzijdig op te zeggen met vergoeding van de schade die de schuldeiser vanwege de beëindiging van de overeenkomst lijdt (artikel 373 lid 2 Fw). Arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 610 van Boek 7 BW zijn hiervan uitgesloten (artikel 369 lid 4 Fw).

4.1.2 Het succes van de WHOA tot nu toe

Sinds de inwerkingtreding van de WHOA zijn in het eerste kwartaal van 2021 in totaal 20 zaken gepubliceerd op www.rechtspraak.nl. Vijf uitspraken hadden betrekking op een 'afkoelingsperiode',¹⁴⁵

¹³⁸ Richtlijn 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie), Pb EU 2019, L 172/1, overweging (2); de implementatiewet van deze richtlijn is op 2 april 2021 in consultatie gegaan. Zie <https://www.internetconsultatie.nl/herstructurering>

¹³⁹ Wet van 7 oktober 2020 tot wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord), *Stb.* 2020, 414 en 415.

¹⁴⁰ Onder ondernemingen wordt in de WHOA verstaan rechtspersonen en natuurlijke personen die een zelfstandig beroep of bedrijf uitoefenen ex artikel 369 lid 1 Fw.

¹⁴¹ *Kamerstukken II* 2018/2019, 35 249, p. 1.

¹⁴² *Kamerstukken II* 2018/2019, 35 249, p. 2.;

¹⁴³ *Kamerstukken II* 2018/2019, 35 249, nr. 6, p. 3.

¹⁴⁴ Hanssen 2021, p. 23 e.v.

¹⁴⁵ Rb. Den Haag 15 januari 2021 ECLI:NL:RBDHA:2021:198, Rb. Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84, Rb. Gelderland 21 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:363, Rb. Noord-Nederland 29 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:509, Rb. Gelderland 4 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1126.

zeven hadden betrekking op de aanwijzing van een ‘herstructureringsdeskundige’,¹⁴⁶ vijf betroffen overige zaken¹⁴⁷ en drie hadden daadwerkelijk betrekking op ‘homologatie’ van een gesloten akkoord.¹⁴⁸ De Rechtbank Noord-Holland heeft op 29 januari 2021 als eerste een verzoek tot homologatie van een akkoord toegewezen.¹⁴⁹ In deze procedure is tevens het verzoek om een huurovereenkomst op te zeggen door de rechtbank gehonoreerd ex artikel 371 lid 1 Fw.¹⁵⁰ Op 10 maart 2021 is door de Rechtbank Gelderland een onderhands akkoord gehomologeerd, ondanks dat de procedure niet vlekkeloos was verlopen.¹⁵¹ De Rechtbank Den Haag besloot op 2 maart 2021 tot een afwijzing op het verzoek tot homologatie van een akkoord en baseerde zich daarbij op de algemene afwijzingsgronden van artikel 384 lid 2 sub b en sub c Fw.¹⁵² De rechtbank achtte de levensvatbaarheid van de onderneming “evident onaannemelijk” op basis van een door een gespecialiseerd adviesbureau uitgebracht levensvatbaarheidsonderzoek.

Op grond van de voornoemde procedures en uitspraken is het nog te vroeg om meer te zeggen over de reikwijdte en het succes van de WHOA. Nader onderzoek in een later stadium is daarvoor nodig.

4.1.3 Verhouding tot de pre-pack en effect daarop

De pre-pack en de WHOA vallen in de optiek van het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht binnen de pijler die zich richt op het versterken van het reorganiserend vermogen van bedrijven.¹⁵³ Dat betekent dat de nadruk ligt op het bevorderen dat ondernemers die in financiële problemen raken zich dat tijdig realiseren en adequate maatregelen nemen om betalingsonmacht en faillissement te voorkomen. Uitgangspunt is voortzetting van de onderneming voor zover de levensvatbaarheid dat toestaat, zoals hiervoor uit de voornoemde uitspraak van de Rechtbank Den Haag¹⁵⁴ blijkt. Uit de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam¹⁵⁵ kan worden afgeleid dat onder voortzetten in het kader van de WHOA ook wordt verstaan voortzetting van de onderneming in het kader van een gecontroleerde afwikkeling.

Zowel WHOA als pre-pack zijn gericht op het redden van levensvatbare (delen van) ondernemingen die zonder ingrijpen onvermijdelijk in insolventie zouden geraken. De WHOA is beperkt tot het gedeeltelijk

¹⁴⁶ Rb. Noord-Nederland 19 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:111, Rb. Noord-Nederland 26 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:244, Rb. Noord-Nederland 29 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:285, Rb. Noord-Nederland 17 februari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:602, Rb. Den Haag 5 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2033, Rb. Midden-Nederland 19 maart 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1113, Rb. Midden-Nederland 26 maart 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1255.

¹⁴⁷ Rb. Noord-Holland 27 januari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:708, Rb. Rotterdam 3 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1768, Rb. Noord-Holland 10 maart 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1996, Rb. Rotterdam 3 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1769, Rb. Noord-Nederland 26 maart 2021 ECLI:NL:RBNNE:2021:1100.

¹⁴⁸ Rb. Noord-Holland 19 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1398 (*Jurlights*), Rb. Den Haag 2 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1798, Rb. Gelderland 10 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1128.

¹⁴⁹ R. Baurichter, ‘Nieuwe wet redt ondernemer van corona-bankroet’, *FD* 24 februari 2021, p. 1. en 3.

¹⁵⁰ Rb. Noord-Holland 19 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1398 (*Jurlights*).

¹⁵¹ Rb. Gelderland 10 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1128, bij het tot stand komen van het akkoord was één schuldeiser ‘vergeten’, met die schuldeiser is alsnog een vergelijkbaar akkoord gesloten, zodat ongelijke behandeling is voorkomen en de rechtbank tot homologatie kon overgaan.

¹⁵² Rb. Den Haag 2 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1798.

¹⁵³ *Kamerstukken* 2012-2013, 29 911, nr. 74.

¹⁵⁴ Rb. Den Haag 2 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1798.

¹⁵⁵ Rb. Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84.

saneren van de schulden en eventueel opzeggen van overeenkomsten die een succesvolle voortzetting van de onderneming beletten, maar biedt geen oplossing als het gaat om de financiële problemen die het gevolg zijn van een personeelsbestand dat qua samenstelling en omvang niet (meer) aansluit bij de nieuwe werkelijkheid. Voor een enkele werknemer kan de arbeidsovereenkomst worden opgezegd op basis van het beëindigen van de werkzaamheden van een deel van de onderneming of op basis van bedrijfseconomische gronden ex artikel 7:669 lid 3 sub a BW. Wel zijn dan de daaruit voortvloeiende transitievergoedingen verschuldigd (artikel 7:673 BW). De WHOA biedt geen mogelijkheden voor een collectief ontslag of een collectieve aanpassing van arbeidsvoorwaarden, zoals overigens wel bepleit door enkele auteurs.¹⁵⁶ Op dit punt wijkt de WHOA af van zijn Engelse pendant de CVA, die wel de mogelijkheid biedt om in het verlengde van een akkoord met schuldeisers op basis van *case law* een sanering van het personeelsbestand te realiseren.¹⁵⁷

De pre-pack heeft een andere reikwijdte dan de WHOA voor wat betreft het realiseren van het door de wetgever beoogde versterken van het reorganiserend vermogen van bedrijven.¹⁵⁸ De WHOA is gericht op het 'saneren' van schulden en overeenkomsten en voortzetting van de onderneming onder dezelfde leiding en zonder de overdracht van de eigendom. Bij de pre-pack wordt de eigendom over de onderneming of de activa na faillietverklaring overgedragen en onder 'nieuwe leiding' voortgezet. Als een gehomologeerd akkoord met schuldeisers in het kader van de WHOA voldoende redding biedt is een pre-pack niet of minder aan de orde. De WHOA zal naar mijn verwachting een behoorlijk aantal gevallen kunnen 'afvangen'. Maakt de sanering van het personeelsbestand of een aanpassing van arbeidsvoorwaarden echter een noodzakelijk onderdeel uit van de reddingsoperatie - en dat zal vaak het geval zijn - dan kan die niet gerealiseerd worden binnen het kader van de WHOA. In die gevallen blijft de pre-pack - afhankelijk van de toekomstige wettelijke grondslag - een aantrekkelijk instrument.

4.2 Het wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement

In mei 2019 heeft de wetgever het wetsvoorstel WOOF ter consultatie gepubliceerd.¹⁵⁹ Het wetsvoorstel ziet op de arbeidsrechtelijke positie van werknemers in faillissement. In de Memorie van Toelichting op de WHOA werd de WOOF aangekondigd in het kader van het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht, in het bijzonder ter versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven.¹⁶⁰ Het ontstaan van het wetsvoorstel is in een stroomversnelling gekomen door de uitspraak van het Hof van Justitie EU in het *Smallsteps*-arrest.¹⁶¹ Zoals hiervoor besproken is met die uitspraak onzekerheid ontstaan over de arbeidsrechtelijke positie van werknemers bij een via een pre-pack procedure (voorbereide) doorstart vanuit faillissement.¹⁶² Om een beroep te kunnen doen op de uitzonderingsregel van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn (artikel 7:666 sub a BW) moet voldaan worden aan de drie criteria

¹⁵⁶ Schaink 2016, Schreurs 2016, Tollenaar 2019.

¹⁵⁷ Zie paragraaf 3.1.

¹⁵⁸ *Kamerstukken* 2012-2013, 29 911, nr. 74.

¹⁵⁹ Gepubliceerd op 29 mei 2019, https://www.internetconsultatie.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement.

¹⁶⁰ *Kamerstukken* 2018-2019, 35 249, nr. 3, p. 2.

¹⁶¹ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV/Smallsteps*), punt 44.

¹⁶² Zie paragraaf 2.5 en 2.6.

zoals die in het arrest zijn genoemd: (i) de vervreemder moet ten tijde van de overgang verwickeld zijn in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke insolventieprocedure, (ii) deze procedure is ingeleid met de intentie om het vermogen van de vervreemder te liquideren, en (iii) deze procedure staat onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie. De rechtsonzekerheid houdt volgens de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel vooral verband met de tweede voorwaarde.¹⁶³ Door deze onzekerheid wordt de pre-pack in Nederland sinds dit arrest als herstructureringsinstrument niet of nauwelijks meer ingezet. Met de WOOF wordt beoogd de rechtsonzekerheid voor betrokkenen weg te nemen.

Uit een door Van Zanten geciteerd onderzoek uit 2019 naar het aantal en de omvang van 'reguliere' doorstarts in faillissement die niet vooraf zijn gegaan door een pre-pack, blijkt overigens dat de rechtsonzekerheid sinds *Smallsteps* geen belemmerend effect heeft gehad op deze doorstarts.¹⁶⁴ Op zich niet onverwacht omdat de reguliere doorstart immers gericht is op het bewerkstelligen van een zo hoog mogelijke opbrengst voor schuldeisers en niet wordt geraakt door de uitspraak in *Smallsteps*.

4.2.1 De voor de pre-pack relevante regelgeving

Het wetsvoorstel WOOF neemt als uitgangspunt de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers in en buiten faillissement gelijk te schakelen als sprake is van overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW, dat wil zeggen dat er sprake is van een "economische eenheid die haar identiteit behoudt", de codificatie van het arrest *Spijkers/Benedik*.¹⁶⁵ Met de invoering van de WOOF komt de uitzonderingsregel van artikel 7:666 sub a BW te vervallen. Daarvoor in de plaats komt een regeling die ervan uitgaat dat "bij een overgang van onderneming in faillissement *alle* arbeidsovereenkomsten met de werknemers die op het moment van faillietverklaring bij de gefailleerde werkgever in dienst zijn en in de onderneming werken, van rechtswege overgaan op de verkrijger in de stand waarin die overeenkomsten zich op dat moment bevinden".¹⁶⁶

De regeling is vervat in artikel 7:666b BW nieuw. Op grond van dit artikel doet het er dan niet meer toe of er sprake is van een voorbereide doorstart via een pre-pack of een niet-voorbereide doorstart in faillissement. Een belangrijke uitzondering op de hoofdregel is dat economische, technische of organisatorische redenen (hierna: ETO-redenen), zoals die ook bedoeld zijn in artikel 4 lid 1 van de Richtlijn tot verlies van arbeidsplaatsen kunnen leiden als dat nodig is om het voortbestaan van de onderneming te verzekeren (artikel 7:666b lid 2 BW nieuw). In de Memorie van Toelichting bij de WOOF worden de ETO-redenen vergelijkbaar gesteld met 'bedrijfseconomische omstandigheden' zoals ook in de zin van de ontslaggrond die is opgenomen in artikel 7:669 lid 3 sub a BW.¹⁶⁷ Omdat de praktijk al

¹⁶³ Ontwerp Memorie van Toelichting bij Wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement, p. 3.

¹⁶⁴ Van Zanten 2020, p.41, voetnoot 63, noemt o.a. als voorbeelden: Pabo (juli 2019, 60 werknemers); Sissy-Boy (april 2019; 600 werknemers); Intertoys (februari 2019, 3.200 werknemers); The Phone House (februari 2019, 800 werknemers); Men at Work (juni 2018, 425 werknemers); SuperTrash (februari 2018, 60 werknemers); Tuunte (augustus 2017, 260 werknemers) en Witteveen (juli 2017, 400 werknemers).

¹⁶⁵ HR 13 februari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC2901, NJ 1987/503 (*Spijkers/Benedik*).

¹⁶⁶ Ontwerp Memorie van Toelichting bij Wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement, p. 10.

¹⁶⁷ Ontwerp Memorie van Toelichting bij Wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement, p. 11.

bekend is met dit begrip is besloten om daarbij in de WOOF aan te sluiten. Bij 'bedrijfseconomische omstandigheden' kan gedacht worden aan: een slechte financiële situatie, een gedeeltelijke bedrijfsbeëindiging, een werkvermindering, een bedrijfsverhuizing en organisatorische en/of technologische veranderingen.¹⁶⁸ Als er arbeidsplaatsen vervallen moet een 'objectieve selectiemethode' worden toegepast om de beschikbare arbeidsplaatsen te verdelen (artikel 666b lid 2 BW nieuw). Dit kan zijn een inspiegelingsmethode of een alternatieve objectieve selectiemethode gebaseerd op een door de rechter-commissaris goedgekeurd ondernemingsplan.¹⁶⁹ Deze goedkeuring - ná verhoor van de curator, de beoogde verkrijger en eventueel de ondernemingsraad - is vereist ex artikel 176a lid 1 Fw nieuw. In overleg met een vereniging van werknemers kan de verkrijger arbeidsvoorwaarden aanpassen als dit nodig is voor het behoud van de werkgelegenheid binnen de onderneming (artikel 7:666b lid 6 sub b BW nieuw). Voor een werknemer waarvoor geen arbeidsplaats beschikbaar is komt een eventueel concurrentiebeding te vervallen (artikel 7:653 lid 6 BW nieuw). Aan artikel 25 WOR wordt een lid 7 toegevoegd inzake adviesrecht van de ondernemingsraad indien aanwezig. Tot slot is er een regeling opgenomen over het verwerken van persoonsgegevens (artikel 101a Fw nieuw). Voor 'de toekomst van de pre-pack' concentreer ik mij hierna op de regelgeving die betrekking heeft op de daadwerkelijke overgang van onderneming.

4.2.2 Reacties op het wetsvoorstel WOOF

Het wetsvoorstel heeft in de consultatieronde en in de vakliteratuur een groot aantal reacties opgeleverd vanuit wetenschap, advocatuur, vakbonden en rechtspraak. Door met name insolventierechtjuristen is terughoudend op het wetsvoorstel gereageerd.¹⁷⁰ Men vraagt zich af of het beoogde doel van de wetgever - om met een nieuwe wet tegemoet te komen aan de rechtsonzekerheid waartoe het *Smallsteps*-arrest heeft geleid - met dit wetsvoorstel wordt bereikt. Zowel uit de reacties op de consultatie als uit de vakliteratuur blijkt dat veel auteurs vrezen dat het wetsvoorstel juist leidt tot een grotere mate van onzekerheid voor de doorstarter, doordat de procedure op zichzelf meerdere onzekerheden met zich meebrengt, meer tijd zal vergen die er veelal niet is en er risico's zijn op een nasleep door de geboden beroepsmogelijkheden.¹⁷¹

Een doorstart in faillissement al dan niet voorbereid via een pre-pack gaat meestal gepaard met een noodzakelijke sanering van het personeelsbestand. Om een dergelijk sanering na invoering van de WOOF te kunnen bewerkstelligen zal door de doorstarter een beroep moeten worden gedaan op 'bedrijfseconomische omstandigheden'. In de Memorie van Toelichting wordt de voorkeur gegeven aan

¹⁶⁸ Ontwerp Memorie van Toelichting bij Wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement, p. 12.

¹⁶⁹ Voorstel Regeling van de Minister voor Rechtsbescherming van [datum] tot vaststelling van regels voor het bepalen van de volgorde waarin werknemers bij een overgang van onderneming in faillissement door de verkrijger een arbeidsovereenkomst aangeboden krijgen en nadere bepaling van de schulden die bij de overgang niet mee overgaan op de verkrijger (Regeling overgang van onderneming in faillissement), artikel 3 en 4, kenbaar via https://www.internetconsultatie.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement.

¹⁷⁰ Schreurs 2016, Tollenaar 2019, Duk 2019, Van Zanten 2020.

¹⁷¹ Consultatiebijdrage Insolad d.d. 9 augustus 2019, p. 14 en 16, Consultatiebijdrage Kruger d.d. 30 augustus 2019, p. 5, Duk 2019, De Kloe 2019, Schaink 2019, Van Zanten 2020.

dit begrip boven de ETO-redenen die van toepassing zijn in artikel 4 lid 1 van de Richtlijn. Door vakbonden en advocaten is er in de consultatie op gewezen dat er wel degelijk verschil bestaat tussen het Nederlandse begrip 'bedrijfseconomische omstandigheden' en het Europese begrip 'ETO-redenen' en dat dit een extra onzekerheid oplevert voor de doorstartpraktijk.¹⁷² Een interessante suggestie in dit verband wordt gedaan door de commissie insolventierecht inzake het voorontwerp WOOF. Zij bepleit een verlicht ontslagregime dat de financiële toestand van de onderneming als uitgangspunt neemt en niet het al dan niet toepasselijke insolventieregime. In de visie van de commissie zou een verlicht ontslagregime gebaseerd kunnen zijn op de ETO-redenen voor die ondernemingen "die redelijkerwijs voorzien dat zij op termijn niet in staat zullen zijn hun verplichtingen te voldoen". Daarmee kan de arbeidsrechtelijke bescherming gelijk worden getrokken "ongeacht of sprake is van surseance, faillissement, pre-pack of een 'koude' doorstart".¹⁷³

Onder insolventierechtjuristen lijkt de mening te overheersen dat de WOOF de mogelijkheden voor faillissementsdoorstarts in de toekomst bemoeilijkt,¹⁷⁴ de opbrengst voor schuldeisers negatief beïnvloedt door lagere transactieprezen¹⁷⁵ en de werkgelegenheid geen goede dienst bewijst.¹⁷⁶

Van der Pijl noemt dit koudwatervrees en is van mening dat als men eenmaal gewend is aan het gegeven dat werknemers bij een dergelijke doorstart nu eenmaal mee overgaan dat leidt tot helderheid en (rechts)zekerheid, zoals ook in ons omringende landen het geval is.¹⁷⁷ Enkele auteurs verwachten dat de ETO-redenen voldoende ruimte bieden om een noodzakelijke sanering van het personeelsbestand al dan niet voorbereid in faillissement uit te voeren.¹⁷⁸

4.2.3 Het te verwachten effect op de pre-pack

Na invoering van de WOOF is het volgens mij nog steeds mogelijk een succesvolle doorstart van de onderneming te realiseren als de onderneming niet meer aan zijn financiële verplichtingen kan voldoen en daarvoor een sanering van het personeelsbestand noodzakelijk is. Dat moet dan wel met een zorgvuldig onderbouwd beroep op 'bedrijfseconomische omstandigheden', gevolgd door een objectieve selectiemethode om de beschikbare arbeidsplaatsen te vervullen. Dat vereist tijd en die tijd is bij een niet-voorbereide doorstart in faillissement veelal beperkt. Dat spreekt in het voordeel van de voorbereide doorstart via een pre-pack. Immers als de ondernemer tijdig signaleert dat hij op afzienbare termijn niet meer aan zijn verplichtingen kan voldoen is er tijd om op zorgvuldige wijze een pre-pack voor te bereiden, uitwerking te geven aan een plan waarvoor geïnteresseerde kopers kunnen worden gevonden

¹⁷² Duk 2019, Consultatiebijdrage FNV/CNV/VCP d.d. 26 augustus 2019, p. 2-3. Consultatiebijdrage Houthoff d.d. 30 augustus 2019, p.4, Consultatiebijdrage Van Doorne d.d. 30 augustus 2019, p. 2., Commissie insolventierecht, 'Advies inzake het voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement', Utrecht 30 december 2019, p. 7, onder 22.

¹⁷³ Commissie insolventierecht, 'Advies inzake het voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement', Utrecht 30 december 2019, p. 2, onder 3, kenbaar via <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2019/12/30/advies-commissie-insolventierecht-inzake-het-voorontwerp-wet-overgang-van-ondernemingen-in-faillissement>

¹⁷⁴ Schreurs 2016, Tollenaar 2019, Duk 2019, Van Zanten 2020.

¹⁷⁵ Schaik 2019, p. 30.

¹⁷⁶ Van Zanten 2020, p. 47-48.

¹⁷⁷ Van der Pijl 2018.

¹⁷⁸ Van der Pijl 2018, p. 26, Verlinden & Waterman 2020, p. 16-17.

en onderhandelingen mee kunnen worden afgerond. Dit proces kan bovendien in een zekere rust buiten de publiciteit plaatsvinden. Het resultaat is een ononderbroken voortzetting van de onderneming.

De positie van de voorbereide doorstart via een pre-pack ten opzichte van de 'reguliere' doorstart in faillissement wordt door de WOOF versterkt. Eerder bleek al uit onderzoek dat door een goede en tijdige voorbereiding zoals bij een pre-pack meer werkgelegenheid wordt behouden.¹⁷⁹ Door de gelijkschakeling van de arbeidsrechtelijke bescherming binnen en buiten faillissement wordt een afwachtende houding van geïnteresseerde partijen om pas 'toe te slaan' na de faillietverklaring niet meer 'beloond'. Partijen zullen naar ik verwacht hun belangstelling eerder kenbaar maken en meer tijd gebruiken om een goede ononderbroken doorstart uit te onderhandelen.

De juridische discussie die ontstaan is na het *Smallsteps*-arrest over de vraag of de pre-pack gericht is op 'voortzetting van de onderneming' of op 'liquidatie van het vermogen van de vervreemder' heeft na invoering van de WOOF niet langer te worden gevoerd, omdat de uitzonderingsregel van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn sowieso niet meer van toepassing is. De 'patstelling' die ontstaan is door het *Smallsteps*-arrest wordt door de WOOF weggenomen.¹⁸⁰ De pre-pack kan uitkomen voor wat ze is: een procedure die gericht is op een ononderbroken voortzetting van de levensvatbare (onderdelen van de) onderneming met minder schulden en eventueel - op grond van bedrijfseconomische redenen - minder personeel. De invoering van de WCO I - mogelijk gelijktijdig met de invoering van de WOOF - zal aan de pre-pack een wettelijke grondslag geven aan het beoogde toezicht. Invoering van de WOOF en de WCO I zullen naar mijn mening de toekomstige toepassing van de pre-pack verder bevorderen.

¹⁷⁹ Verburg e.a. 2016, p. 3.

¹⁸⁰ Verlinden & Waterman 2020, p. 16.

5 Prejudiciële vragen inzake *Heiploeg*

Bij het ontbreken van een wettelijke grondslag voor de pre-pack in Nederland wordt de juridische context beheerst door de jurisprudentie die zich in de rechtspraak heeft ontwikkeld. Het aanvankelijke succes van de toepassing van de pre-pack in Nederland is te niet gedaan door uitspraken van het Hof van Justitie EU in het *Smallsteps*-arrest.¹⁸¹ Het Hof van Justitie EU heeft daarna in het *Plessers*-arrest¹⁸² zijn zienswijze bevestigd en de drie criteria herhaald op basis waarvan de arbeidsrechtelijke bescherming in faillissement van toepassing is, zijnde: er moet sprake zijn van een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure, de procedure moet zijn ingeleid met het oog op liquidatie van het vermogen en de procedure moet onder toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie.¹⁸³ In geval van de pre-pack staan met name het tweede en derde criterium ter discussie. De centrale vraag is of het doel van de pre-pack wel kán beantwoorden aan de criteria: is de procedure gericht op voortzetting van de onderneming óf is de procedure gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder?¹⁸⁴ Een zekere overlapping is daarbij mogelijk.¹⁸⁵ Het Hof van Justitie EU gaat er in *Smallsteps* van uit dat een voorbereide doorstart – onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter – uiteindelijk niet de liquidatie van de onderneming beoogt en derhalve, onder verwijzing naar het *Spano*-arrest,¹⁸⁶ niet rechtvaardigt dat de werknemers worden beroofd van de rechten die de Richtlijn hen toekent.¹⁸⁷ In zijn conclusie bij het *Heiploeg*-arrest volgt A-G Drijber de zienswijze van het Hof van Justitie EU.¹⁸⁸ De Hoge Raad komt in zijn arrest daarentegen tot het voorlopige oordeel dat in deze casus de liquidatie van het vermogen van de vervreemder voorop stond. Hij heeft hierover prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie EU¹⁸⁹ (zie hierna onder 5.2). De vraag in het kader van mijn onderzoek is nu:

In hoeverre zijn de antwoorden op de prejudiciële vragen van de Hoge Raad aan het Hof van Justitie EU inzake het *Heiploeg*-arrest van invloed op de toekomst van de pre-pack?

5.1 Aanleiding voor de prejudiciële vragen

In de zaak *Heiploeg* is onbetwist komen vast te staan dat de onderneming in ernstige financiële moeilijkheden verkeerde en dat het faillissement onafwendbaar was.¹⁹⁰ De Hoge Raad beoordeelt vervolgens in zijn arrest “of de door faillietverklaring gevolgde pre-pack in het onderhavige geval (i) kan worden aangemerkt als een procedure die gericht is op de liquidatie van het vermogen van Heiploeg-

¹⁸¹ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, NJ 2017/369 (*FNV/Smallsteps*), punt 52 en 53.

¹⁸² HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424 (*Plessers/Prefaco*), punt 40.

¹⁸³ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, NJ 2017/369 (*FNV/Smallsteps*), punt 44.

¹⁸⁴ Verstijlen 2017.

¹⁸⁵ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, NJ 2017/369 (*FNV/Smallsteps*), punt 48.

¹⁸⁶ HvJ EG 7 december 1995, C-472/93, ECLI:EU:C:1995:421, NJ 1996/743 (*Spano*), punten 28 en 30.

¹⁸⁷ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, NJ 2017/369 (*FNV/Smallsteps*), punt 50.

¹⁸⁸ Concl. A-G B.J. Drijber, ECLI:NL:PHR:2019:1237 bij HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, NJ 2020/234.

¹⁸⁹ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, NJ 2020/235 (*FNV/Heiploeg II*), onder 5.

¹⁹⁰ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, NJ 2020/235 (*FNV/Heiploeg II*), rov. 3.7.

oud en (ii) onder toezicht stond van een overheidsinstantie”¹⁹¹ en komt tot zijn voorlopig oordeel dat in dit geval aan beide voorwaarden is voldaan. Dit wordt door sommige auteurs als een opmerkelijke koers gezien,¹⁹² met name ook omdat de Hoge Raad hierbij voorbijgaat aan de conclusie van de A-G.¹⁹³ De Hoge Raad toont zich bewust van het feit dat het Hof van Justitie in het *Smallsteps*-arrest heeft overwogen dat onder de omstandigheden van dat geval aan beide voorwaarden *niet* was voldaan. Naar het oordeel van de Hoge Raad zijn er drie redenen waardoor er redelijkerwijs twijfel over kan bestaan of de beoordeling van het Hof van Justitie EU in *Smallsteps* ook geldt in het geval van *Heiploeg*. Ten eerste leidt de Hoge Raad uit het *Smallsteps*-arrest af dat “onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter” betekent dat het aan de nationale rechter is voorbehouden om het doel van de pre-pack te beoordelen in een aan hem voorgelegd geval.¹⁹⁴ Ten tweede is de Hoge Raad van oordeel dat het Nederlandse faillissementsrecht en het doel en de inrichting van de pre-pack in het algemeen, door de Rechtbank Midden-Nederland in de zaak die heeft geleid tot het *Smallsteps*-arrest niet ten volle omvang aan het Hof van Justitie EU zijn voorgelegd.¹⁹⁵ Ten slotte wijst de Hoge Raad op het feit dat in de *Heiploeg*-zaak anders dan in *Smallsteps* onderhandelingen over de overgang van de onderneming niet plaatsvonden met een gelieerde partij.¹⁹⁶ Op grond hiervan heeft de Hoge Raad geoordeeld opnieuw de pre-pack aan het Hof van Justitie voor te leggen en het Hof van Justitie EU gevraagd om uitleg inzake de toepasselijkheid van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn. In de literatuur zijn nogal wat kanttekeningen gemaakt bij nut en noodzaak van het stellen van deze prejudiciële vragen en de koers die de Hoge Raad daarmee vaart.¹⁹⁷

5.2 De prejudiciële vragen

In zijn tussenarrest van 17 april 2020 heeft de Hoge Raad de prejudiciële vragen geformuleerd waarover hij uitleg wenst van het Hof van Justitie EU.¹⁹⁸ Na consultatie van de in cassatie betrokken partijen zijn de vragen definitief opgenomen in het arrest van 29 mei 2020.¹⁹⁹ Het gaat dan om de volgende twee vragen:

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-

¹⁹¹ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, NJ 2020/235 (*FNV/Heiploeg II*), rov. 3.8.

¹⁹² Lintel & Van Zanten 2020, p. 250 e.v., Schaink 2020, p. 41.

¹⁹³ Concl. A-G B.J. Drijber, ECLI:NL:PHR:2019:1237 bij HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, NJ 2020/234.

¹⁹⁴ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, NJ 2017/369 (*FNV/Smallsteps*), punt 50.

¹⁹⁵ Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBME:2016:954, JAR 2016/64, m.nt. J. van der Pijl (*Smallsteps*).

¹⁹⁶ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, NJ 2020/235 (*FNV/Heiploeg II*), rov. 3.11.3, zie hierover ook Schreurs 2020.

¹⁹⁷ Lintel & Van Zanten 2020, p. 250 e.v., Schaink 2020, p. 41.

¹⁹⁸ HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, NJ 2020/234 (*FNV/Heiploeg I*), rov. 5.

¹⁹⁹ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, NJ 2020/235 (*FNV/Heiploeg II*), rov. 5.

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, 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, (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?"

Met deze vragen daagt de Hoge Raad het Hof van Justitie EU uit in een poging om bevestiging te krijgen van zijn voorlopige oordeel dat in de *Heiploeg*-zaak sprake is van een faillissementsprocedure die ingeleid werd met het oog op liquidatie van het vermogen van de vervreemder en dat deze procedure onder toezicht stond van een bevoegde overheidsinstantie.²⁰⁰ Opzienbarend is dat de Hoge Raad in zijn vragen niet zijn eigen rechtsoverweging betreft dat bij *Heiploeg*, "anders dan in de zaak die geleid heeft tot het *Smallsteps*-arrest, de onderhandelingen over de overgang van Heiploeg-oud niet hebben plaatsgevonden met een aan Heiploeg-oud gelieerde onderneming".²⁰¹ Om te komen tot een bevestiging van het voorlopig oordeel van de Hoge Raad in *Heiploeg* zal het Hof van Justitie EU tot een standpunt moeten besluiten dat afwijkt van de consistente lijn die in 1985 werd ingezet met het *Abels*-arrest, daarna werd doorgetrokken in andere arresten en uiteindelijk resulteerde in de uitspraken in *Smallsteps* en *Plessers*.²⁰²

²⁰⁰ Schaink 2020, p. 39 e.v.

²⁰¹ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, *NJ* 2020/235 (*FNV/Heiploeg II*), rov. 3.11.3.

²⁰² HvJ EG 7 februari 1985, C-135/83, ECLI:EU:C:1985:55, *NJ* 1985/900 (*Abels*), HvJ EG 25 juli 1991, C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326, *NJ* 1994/168 (*D'Urso*), HvJ EG 7 december 1995, C-472/93, ECLI:EU:C:1995:421, *NJ* 1996/743 (*Spano*), HvJ EG 12 maart 1998, C-319/94, ECLI:EU:C:1998:99, *NJ* 1999/143 (*Dethier Équipement*), HvJEG 12 november 1998, C-399/96, ECLI:EU:C:1998:532, *NJ* 1999/520 (*Europièces*), HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, *NJ* 2017/369 (*FNV/Smallsteps*), HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424 (*Plessers/Prefaco*).

5.3 Betekenis voor de toekomst van de pre-pack

De Hoge Raad heeft in zijn arrest *Heiploeg* prejudiciële vragen gesteld over de uitleg van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn, in het bijzonder met betrekking tot ‘het oogmerk van de procedure’ en met betrekking tot ‘het toezicht op de procedure’. Door niet zonder meer de uitspraak van het Hof van Justitie EU in *Smallsteps* te volgen en ook niet de eerder aangehaalde conclusie van de A-G te volgen, wordt door de Hoge Raad naar mijn mening de indruk gewekt dat de Hoge Raad nog ‘ruimte’ ziet voor de toepassing van de pre-pack zolang die maar gericht is op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en *niet* op voortzetting van de onderneming en wordt uitgevoerd onder bevoegd toezicht. In het arrest wordt weinig gezegd over de voortzetting van de onderneming en met geen woord gerept over de mogelijkheid dat de voortzetting van de onderneming zelfs ook maar als neven doel van de procedure zou moeten worden aangemerkt.²⁰³ Dat bevreemdt met name in het geval van *Heiploeg*, waarin partijen onmiskenbaar uit zijn geweest op een doorstart. Het ononderbroken voortzetten van de bedrijfsprocessen was immers voor de betrokken partijen in dit geval in belangrijke mate bepalend voor de keuze om een pre-pack procedure aan de rechtbank voor te stellen.²⁰⁴

Is het dan niet tegen beter weten in dat de Hoge Raad in deze zaak prejudiciële vragen stelt aan het Hof van Justitie EU? Of doet de Hoge Raad een (laatste) poging de pre-pack in zijn huidige hoedanigheid te ‘redden’? Naar mijn verwachting kan het Hof van Justitie EU weinig anders doen dan met de beantwoording van de prejudiciële vragen zijn eerder ingezette consistente lijn volgen en zijn standpunt inzake *Smallsteps* bevestigen en eventueel nog nadere criteria stellen om dit standpunt verder te onderbouwen.²⁰⁵ In dat geval kan de Hoge Raad in zijn definitieve oordeel in het arrest *Heiploeg* niet anders dan *Heiploeg* aanmerken als een pre-pack die was gericht op het ononderbroken voortzetten van een (afgeslankte) onderneming, die door deze voorbereide doorstart de hoogst mogelijke opbrengst voor schuldeisers heeft opgeleverd, maar wel moet worden aangemerkt als een overgang van onderneming met de arbeidsrechtelijke consequenties die daaraan verbonden zijn. Dat zou betekenen dat na de definitieve uitspraak in *Heiploeg* de onzekerheid over de toepassing van de pre-pack in zijn huidige hoedanigheid blijft bestaan en de pre-pack daardoor voor het redden van noodlijdende ondernemingen een risicovolle procedure is en blijft.

Ik acht het niet voorstelbaar dat het Hof van Justitie EU afwijkt van de eerder ingezette lijn en ervoor kiest de pre-pack onder nader aan te geven voorwaarden alsnog aan te merken als een procedure die primair gericht is op liquidatie van het vermogen. Dat zou wat mij betreft voorbijgaan aan het uitgangspunt van de pre-pack als voorbereide (ononderbroken) doorstart en bovendien inconsistent zijn met het uitgangspunt van de pre-pack zoals opgenomen in de voorgestelde WCO I. Deze wetgeving is immers door de wetgever beoogd ter versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven en daarmee gericht op het redden en voortzetten van levensvatbare ondernemingen. Zoals door A-G

²⁰³ HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, *JOR* 2020/162, m.nt. P.R.W. Schaink (*FNV/Heiploeg I*), nr. 7.

²⁰⁴ Concl. A-G B.J. Drijber, ECLI:NL:PHR:2019:1237 bij HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, *NJ* 2020/234, rov. 7.16.

²⁰⁵ Schaink 2020, p. 44, Van der Pijl 2020, p. 79.

Mengozzi in zijn conclusie bij *Smallsteps* is opgemerkt²⁰⁶ heeft de Nederlandse wetgever deze wet niet voor niets 'Wet Continuïteit Ondernemingen' genoemd. Ook bij een afwijkend standpunt van het Hof van Justitie EU blijft de pre-pack naar mijn mening een instrument dat primair gericht is op (ononderbroken) geheel of gedeeltelijke voortzetting van een onderneming.

De beantwoording van de prejudiciële vragen is volgens mij dan ook niet bepalend voor de toekomst van de pre-pack. Zoals hiervoor is aangegeven wordt de toekomst van de pre-pack met name bepaald door de invoering van de WOOF en de WCO I.²⁰⁷ Wachten met de invoering tot de Hoge Raad een definitief standpunt in *Heiploeg* heeft ingenomen - zoals door enkele auteurs²⁰⁸ wordt bepleit - lijkt mij niet zinvol.

²⁰⁶ Concl. A-G P. Mengozzi van 29 maart 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:241 (*FNV/Smallsteps*), voetnoot 35.

²⁰⁷ Zie paragraaf 4.2.3.

²⁰⁸ Van Erpers Roijaards 2020, p. 270, Lintel & Van Zanten 2020.

6 Evaluatie, conclusie en aanbevelingen aan de rechtspraak

6.1 Evaluatie

Vanuit mijn bedrijfskundige fascinatie voor het redden en weer gezond maken van ondernemingen die in zwaar weer verkeren en vanuit mijn belangstelling voor het daartoe beschikbare reddinginstrumentarium, heb ik mij verdiept in de pre-pack zoals die tien jaar geleden in Nederland is geïntroduceerd. In dit scriptietraject heb ik gezocht naar een antwoord op mijn hoofdvraag:

In hoeverre is er een toekomst voor de pre-pack in Nederland?

Om deze vraag te beantwoorden is de huidige status van de pre-pack in Nederland geanalyseerd en is het normatieve kader bepaald op basis waarvan wordt geëvalueerd,²⁰⁹ is een vergelijking gemaakt met de toepassing van de pre-pack in het Verenigd Koninkrijk,²¹⁰ is gekeken naar de recente en te verwachten rechtsonthwikkelingen die van invloed zouden kunnen zijn op de toekomstige toepassing van de pre-pack in Nederland²¹¹ en is de recente jurisprudentie beoordeeld in verband met eventuele effecten op diezelfde toekomstige toepassing.²¹² Het is de samenhang tussen de antwoorden op de deelvragen die het antwoord op de hoofvraag oplevert.

De pre-pack is aanvankelijk een aantrekkelijk instrument gebleken om levensvatbare ondernemingen te redden die afsterven op een onafwendbaar faillissement.²¹³ De voorbereide doorstart in faillissement via een pre-pack biedt immers voordelen boven een onvoorbereide doorstart in faillissement zoals: de bedrijfsprocessen kunnen na de overdracht ononderbroken worden voortgezet, de voorbereiding kan in stilte plaatsvinden en er is meer tijd beschikbaar om de daadwerkelijke *going concern* waarde met geïnteresseerde kopers uit te onderhandelen. De uitzonderingsregel van artikel 7:666 sub a BW en artikel 5 lid 1 van de Richtlijn verschaft de doorstart in faillissement de mogelijkheid om een eventueel noodzakelijke sanering van het personeelsbestand uit te voeren, zoals uiteengezet in paragraaf 2.5.

Aan het succes van de pre-pack is een einde gekomen door de uitspraak van het Hof van Justitie EU in het arrest *Smallsteps*.²¹⁴ Het Hof van Justitie EU is in dat arrest van oordeel dat de voorbereide doorstart via een pre-pack niet voldoet aan de vereisten van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn.²¹⁵ Dat betekent dat de pre-pack wordt aangemerkt als een procedure die leidt tot overgang van onderneming

²⁰⁹ Zie de tussenconclusie in paragraaf 2.7.

²¹⁰ Zie voor de te onderscheiden kenmerken, paragraaf 3.4.

²¹¹ Zie voor de WHOA, paragraaf 4.1.3 en voor de WOOF, paragraaf 4.2.3.

²¹² Zie voor de betekenis voor de pre-pack, paragraaf 5.3.

²¹³ Zie voor praktijkvoorbeelden paragraaf 2.3.

²¹⁴ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, NJ 2017/369 (*FNV/Smallsteps*), punt 44.

²¹⁵ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, NJ 2017/369 (*FNV/Smallsteps*), punt 58 en 59.

en dat de arbeidsrechtelijke bescherming van artikel 7:662 e.v. BW van toepassing is. De uitspraak van het Hof van Justitie in *Smallsteps* heeft tot veel onduidelijkheid en rechtsonzekerheid geleid met het risico voor de doorstartende partij dat al het personeel moet worden overgenomen, waardoor de toepassing van de pre-pack in de rechtspraak in Nederland vrijwel tot stilstand is gekomen. Inmiddels heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie EU inzake *Heiploeg*, om bevestiging te krijgen van zijn voorlopig oordeel dat de pre-pack in die zaak was ingeleid met het oog op liquidatie van het vermogen en daarmee wel voldoet aan de vereisten van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn.²¹⁶ De onduidelijkheid en rechtsonzekerheid rond de toepassing van de pre-pack blijven vooralsnog bestaan. De beantwoording van de prejudiciële vragen is naar mijn mening niet bepalend voor de toekomst van de pre-pack.²¹⁷ Zoals hiervoor is aangegeven wordt de toekomst van de pre-pack met name bepaald door de invoering van de WOOF en de WCO I.²¹⁸ Met de invoering wachten lijkt mij niet zinvol.

In de bestaande juridische context heeft de pre-pack als herstructureringsinstrument weinig toekomst.²¹⁹ Alleen daar waar de sanering van het personeelsbestand niet of nauwelijks een rol speelt en het (maatschappelijk) belang van een ononderbroken voortzetting van de bedrijfsprocessen een belangrijke factor is, is volgens mij een voorbereide doorstart nog gerechtvaardigd.²²⁰ In andere gevallen zal vooralsnog met de voorbereiding van de doorstart moeten worden gewacht tot na de faillietverklaring. Ook dan zal meestal niet alle werkgelegenheid kunnen worden behouden. In een dergelijk geval is het achteraf gezien de vraag of een voorbereide doorstart via een pre-pack per saldo niet minstens hetzelfde, maar wellicht een beter resultaat voor schuldeisers en werknemers zou opleveren. Er is dan immers meer tijd beschikbaar is om een hogere *going concern* waarde - en daarmee een hogere uitkering voor schuldeisers - en betere arbeidsvoorwaarden uit te onderhandelen.

De rechtsvergelijking met het rechtstelsel van het Verenigd Koninkrijk²²¹ laat zien dat in het Verenigd Koninkrijk in de insolventiepraktijk de nadruk ligt op het zoveel mogelijk redden van levensvatbare ondernemingen. De *pre-pack administration* die daar onderdeel vanuit maakt is als procedure niet in de wet vastgelegd; de uitvoering en het toezicht op de procedure zijn gereguleerd in de IA 1986 met het primaire doel “*rescuing the company as a going concern*”.²²² Op de *pre-pack administration* is de TUPE van toepassing die arbeidsrechtelijke bescherming toekent aan werknemers. De TUPE staat het succes van de *pre-pack administration* in het Verenigd Koninkrijk niet in de weg.

Per 1 januari 2021 is in het kader van het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht²²³ de WHOA in werking getreden. De WHOA geeft ondernemingen, die dreigen niet meer aan hun financiële

²¹⁶ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, NJ 2020/235 (*FNV/Heiploeg II*), rov. 5.

²¹⁷ Zie paragraaf 5.3.

²¹⁸ Zie paragraaf 4.2.3.

²¹⁹ Zie paragraaf 2.3.

²²⁰ Zoals bijvoorbeeld het geval was in de pre-pack procedure bij het Ruwaard van Putten Ziekenhuis, zie paragraaf 2.3.

²²¹ Zie hoofdstuk 3.

²²² Insolvency Act 1986, Schedule B1, para 3(1).

²²³ *Kamerstukken* 2018-2019, 35 249, nr. 3, p. 2.

verplichtingen te kunnen voldoen, de mogelijkheid met hun schuldeisers tot een onderhands akkoord te komen, eventueel overeenkomsten te wijzigen of te beëindigen en dit akkoord voor homologatie aan de rechter voor te leggen. Arbeidsovereenkomsten ex artikel 7:610 BW zijn daarvan uitgesloten (artikel 369 lid 4 Fw). Als een gehomologeerd akkoord in het kader van de WHOA voldoende redding biedt is een pre-pack niet of minder aan de orde. Maakt de sanering van het personeelsbestand of een aanpassing van arbeidsvoorwaarden echter een noodzakelijk onderdeel uit van de reddingsoperatie dan kan die niet gerealiseerd worden binnen het kader van de WHOA en komt de pre-pack in aanmerking.²²⁴

Met de invoering van de in 2019 voorgestelde WOOF wordt beoogd de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers binnen en buiten faillissement gelijk te schakelen. De wetgeving is gebaseerd op de Richtlijn (artikel 3 en artikel 4) en is in lijn met de TUPE die in het Verenigd Koninkrijk van toepassing is op de *pre-pack administration*. De doorstartpraktijk zal zich na de invoering van de WOOF moeten instellen op deze nieuwe regelgeving die ervan uit gaat dat alle personeelsleden bij een overgang van onderneming ex artikel 7:663 BW in dienst komen bij de verkrijger. De regelgeving sluit overigens niet uit dat op grond van bedrijfseconomische omstandigheden met toepassing van een objectieve selectiemethode de onderneming met minder personeelsleden of op andere arbeidsvoorwaarden wordt voortgezet. Door de WOOF wordt de uitzonderingsregel van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn buiten werking geplaatst, en hoeft de discussie of er wel of niet sprake is van 'liquidatie van het vermogen' niet meer te worden gevoerd. De arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers bij overgang van onderneming binnen en buiten faillissement wordt gelijkgeschakeld. Zowel een voorafgaand aan het faillissement voorbereide doorstart, als een doorstart die eerst in faillissement wordt voorbereid, wordt beschouwd als overgang van onderneming. Dit werkt naar mijn verwachting ten gunste van de voorbereide doorstart via de pre-pack vanwege de voordelen (ononderbroken bedrijfsproces, beschikbare voorbereidingstijd, voorbereiding in stilte) boven een doorstart in faillissement en bepaalt in belangrijke mate de toekomst van de pre-pack.²²⁵

6.2 Conclusie

Op grond van de uitkomsten van mijn onderzoek kom ik tot de conclusie dat de pre-pack in zijn huidige hoedanigheid als herstructureringsinstrument in Nederland een goede toekomst heeft onder de voorwaarde dat de voorgestelde WOOF en WCO I worden ingevoerd. De toekomst ligt daarmee in de handen van de wetgever.²²⁶ Met de invoering van de WOOF worden de juridische onzekerheden weggenomen die voortvloeien uit het *Smallsteps*-arrest en die al een aantal jaren de toepassing van de pre-pack in de weg staan. Door de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers binnen en buiten faillissement gelijk te trekken wordt de doorstart beschouwd als overgang van onderneming en maakt het geen verschil of er sprake is van een voorbereide doorstart via een pre-pack of een reguliere doorstart in faillissement.

²²⁴ Zie paragraaf 4.1.3.

²²⁵ Zie paragraaf 4.2.3.

²²⁶ Zie ook De Kloe 2019.

Met de invoering van de WCO I wordt bovendien een wettelijke grondslag toegekend aan de uitvoering van de pre-pack en aan het toezicht op de uitvoering, vergelijkbaar met de regelgeving in het Verenigd Koninkrijk.

De WOOF en de WCO I maken onderdeel uit van het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht zoals gepresenteerd in 2012, onder andere ter versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven. Voor het reorganiserend vermogen is het cruciaal dat de mogelijkheid bestaat om als dat om bedrijfseconomische redenen noodzakelijk is bij een doorstart arbeidsplaatsen te laten vervallen. Dit maakt weliswaar onderdeel uit van de WOOF, maar de praktijk zal moeten uitwijzen in hoeverre de voorgestelde WOOF op dit punt in overeenstemming is met de Richtlijn. Dat neemt niet weg dat de wetgeving naar verwachting - in lijn met het Verenigd Koninkrijk waar de TUPE vergelijkbare regels kent - de toepassing van de pre-pack zal doen herleven. De pre-pack krijgt dan volgens mij door de WOOF en de WCO I de status die met de pre-pack al zo'n tien jaar geleden is beoogd: een herstructureringsinstrument dat gericht is op een ononderbroken geheel of gedeeltelijke voortzetting van een levensvatbare onderneming met minder schulden en eventueel - vanwege bedrijfseconomische omstandigheden - minder personeel.

6.3 Aanbevelingen aan de rechtspraak

De volgende aanbevelingen aan de rechtspraak dragen naar mijn verwachting bij aan de toekomst van de pre-pack.

Invoeren van de WOOF en de WCO I

Het verdient aanbeveling om de voorgestelde wetgeving WOOF en WCO I met gepaste spoed in te voeren. Daarmee wordt de pre-pack weggehaald uit de patstelling die is ontstaan door de uitspraak in het *Smallsteps*-arrest. Met de wetgeving wordt de weg vrij gemaakt om de toepassing van de pre-pack mogelijk te maken met minder risico op gerechtelijke procedures over de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers. Ik ben van mening dat de invoering van WOOF en WCO I niet hoeven te wachten op de antwoorden van het Hof van Justitie EU op de prejudiciële vragen van de Hoge raad inzake *Heijploeg*.

Verduidelijken begrip 'bedrijfseconomische omstandigheden'

In het wetsvoorstel WOOF is opgenomen dat vanwege bedrijfseconomische omstandigheden afgeweken kan worden van de hoofdregel dat al het personeel bij een doorstart met behoud van rechtspositie overgaat naar de verkrijger. Daarbij is aansluiting gezocht bij de redelijke grond voor opzegging van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:669 lid 3 sub a BW en niet bij de ontslaggrond die genoemd is in artikel 4 van de Richtlijn waarin sprake is van ETO-redenen. Verduidelijking van de ontslaggrond in de WOOF kan de discrepantie tussen de beide ontslaggronden verkleinen en voorkomen dat dit leidt tot gerechtelijke procedures en daarmee rechtsonzekerheid.

Verruimen taak van de beoogd curator

In het wetsvoorstel WCO I wordt de taak van de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris geregeld (artikel 363 en 365 Fw nieuw). In het Verenigd Koninkrijk worden deze taken vervuld door de *insolvency practitioner* en het toezichtsorgaan de Insolvency Service. De *insolvency practitioner* is een gecertificeerde specialist op het gebied van insolventieprocedures in de meeste gevallen opgeleid als accountant. In de voorbereiding van de doorstart heeft de rol van de *insolvency practitioner* trekken van zowel een 'herstructureringsdeskundige' als van een 'beoogd curator'. De rol vereist meer dan alleen observeren; geen 'fly on the wall', maar meer een 'spin in het web'.²²⁷ Naar mijn mening verdient het aanbeveling om in Nederland gespecialiseerde curatoren voor deze taak te selecteren of op te leiden, zodat ze beschikken over de vereiste deskundigheid om die 'dubbelrol' te vervullen.²²⁸ De inmiddels door Insolad opgestelde praktijkregels moeten mogelijkerwijs verder worden aangescherpt.²²⁹ Dit geldt mutatis mutandis ook voor de beoogd rechter-commissaris en de toepasselijke Recofa-richtlijnen, met betrekking tot het toezicht op de procedure.

Aanscherpen insolventietoets en rapportages

Een onderneming komt in aanmerking voor een pre-pack als hij in "een situatie dreigt te raken waarin hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan" (artikel 363 Fw nieuw). In Nederland wordt dit summierlijk door de rechtbank getoetst. Om misbruik en een gebrek aan transparantie tegen te gaan worden in het Verenigd Koninkrijk inmiddels aanvullende eisen gesteld aan het verzoek om de pre-pack procedure te kunnen starten. Eisen kunnen bij voorbeeld worden gesteld aan een accountantsverklaring, aan een levensvatbaarheidstoets, aan een objectieve waardebepaling van de onderneming,²³⁰ aan de inspanningen om de onderneming onder de aandacht van geïnteresseerde partijen te brengen en aan een reddingsplan.²³¹ Het verdient aanbeveling om hiervoor ook in Nederland regelgeving te ontwikkelen of dit aan bestaande praktijkregels toe te voegen.

Bevorderen van de rescue culture

Opvallend is dat in de rechtspraktijk van het Verenigd Koninkrijk de nadruk ligt op het geheel of gedeeltelijk 'redden' van de onderneming als die onderneming insolvent dreigt te geraken. Uitgangspunt is dat de *going concern* waarde bij verkoop leidt tot de minste kapitaalsvernietiging, de beste opbrengst en het minste verlies aan werkgelegenheid. Dit heeft zich ontwikkeld tot een daadwerkelijk *rescue culture*, waarin er 'alles' aan lijkt te worden gedaan om *liquidation* (faillissement) te voorkomen. Het bevorderen van een dergelijke cultuur, waarin 'redden' de maatstaf is, is ook voor Nederland aanbevelenswaardig. In dat verband kan de Faillissementswet in navolging van het Verenigd Koninkrijk beter *Insolventiewet* heten, zoals al in 2007 werd voorgesteld door de Commissie Kortmann.²³²

²²⁷ Zie hierover Tollenaar 2013, p. 209, Jongepier & Hoogenboezem 2013, p. 196, Schreurs 2013, p. 271, Verstijlen 2014, p. 39, Van Zanten 2015, p. 226 e.v. en Wibier 2017, p. 996 e.v.

²²⁸ Huydecoper 2013.

²²⁹ INSOLAD, 'Praktijkregels beoogd curator', september 2015, Mulder 2015.

²³⁰ Van der Berg 2019.

²³¹ Beltzer 2015.

²³² Zie het voorstel ter modernisering van de Faillissementswet van de Commissie Insolventierecht, onder voorzitterschap van S.C.J.J. Kortmann, 'Voorontwerp Insolventiewet', 1 november 2007.

Overwegen van ‘verlicht ontslagregime’

Als de pre-pack weer herleeft dankzij de invoering van de WOOF blijft er een ‘kloof’ in het reddingsinstrumentarium bestaan.²³³ De WHOA heeft immers een instrument aangereikt dat ziet op schuldsanering *buiten faillissement*; de pre-pack is een instrument dat ziet op een doorstart *in faillissement* met minder schulden en minder personeel. Ik deel de mening van Tollenaar, dat een onderneming in een staat van insolventie personeelslasten moet kunnen reduceren zonder in een staat van faillissement te worden gedwongen.²³⁴ Sommige auteurs zoeken daarvoor de oplossing in de WHOA.²³⁵ Ik onderschrijf de aanbeveling van de adviescommissie inzake de WOOF, om deesignaleerde kloof te dichten door voor insolvente ondernemingen een ‘verlicht ontslagregime’ voor te stellen op basis van ETO-redenen. Dit past in de door de Nederlandse wetgever onderschreven reddingscultuur.²³⁶

6.4 Tot slot

Sinds *Smallsteps* wordt de gedachte breed gedragen dat de pre-pack in Nederland ‘ten dode is opgeschreven’. Mijn onderzoek toont aan dat er voor de pre-pack een toekomst is. De wetgever is aanzet om met gepaste spoed de wetsvoorstellen WOOF en WCO I door Tweede en Eerste Kamer te loodsen. Voor ondernemingen die in onoverkomelijke financiële problemen zijn geraakt wordt met de pre-pack een instrument aangereikt dat in de kern levensvatbare ondernemingen of delen daarvan zal redden en de schade voor alle betrokkenen zal minimaliseren. De voordelen van de pre-pack boven de ‘reguliere’ doorstart in faillissement, die veelal onder hoge tijdsdruk en vaak omgeven met negatieve publiciteit tot stand komt, zijn duidelijk: er is meer tijd beschikbaar voor de voorbereiding en onderhandelingen met geïnteresseerde partijen, de voorbereiding kan in stilte plaatsvinden en de onderneming kan geheel of gedeeltelijk zonder onderbreking van de bedrijfsprocessen worden voortgezet. De pre-pack resulteert in een meerwaarde voor schuldeisers, kapitaalverstrekkers en werknemers.

Wat Grapperhaus²³⁷ in 2017 nog niet kon bevroeden: de rups blijft niet gewoon een rups, maar wordt toch een vlinder. De pre-pack heeft toekomst: laat de vlinder maar vliegen!

²³³ Tollenaar 2019, Van Zanten 2020.

²³⁴ Tollenaar 2019, p. 160, zie ook Bouwens 2018.

²³⁵ Schreurs 2016, Schaink 2019, Tollenaar 2019.

²³⁶ Commissie insolventierecht, ‘Advies inzake het voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement’, Utrecht 30 december 2019, p. 2, onder 3, <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brieven/2019/12/30/advies-commissie-insolventierecht-inzake-het-voorontwerp-wet-overgang-van-ondernemingen-in-faillissement>.

²³⁷ Grapperhaus 2017.

Literatuurlijst

Aalbers 2014

R. Aalbers e.a., 'De relevantie van transparantie: pre-pack in Nederland', *M&A Magazine* 2014, afl. 3, te raadplegen via: <http://mena.nl/artikel/de-relevantie-van-transparantie-prepack-in-nederland>.

Adams 2011

M. Adams, 'Wat de rechtsvergelijking vermag. Over onderzoeksdesign.', *AA* 2011 0192, p. 192-201.

Van Andel 2014

W.J.M. van Andel, 'Stop met de pre-pack', *TvI* 2014/37.

Barendrecht e.a. 2004

J.M. Barendrecht, J.B.M. Vranken, I. Giesen, M.J. Borgers, W. van der Burg, H.E.B. Tijssen, G.C.G.J. van Roermund & W.H. van Boom, 'Methoden van rechtswetenschap: komen we verder?', *NJ* 2004, p. 1419-1428.

Beltzer 2015

R.M. Beltzer, 'Continuïteit van ondernemingen en pre-pack – hoe een idee een Europese richtlijn mist', *O&F* 2015-1.

Van der Berg 2019

S.W. van der Berg, *Waarderingsvragen in het ondernemings- en insolventierecht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2019.

Van Boom 2016

W.H. van Boom, 'Inleiding tot de wetenschappelijke bestudering van privaatrecht' (versie 2016/2), Leiden University January 2016.

Van den Bosch 2018

S.F.W. van den Bosch, 'De pre-pack in de Nederlandse praktijk: een empirisch onderzoek vanuit economisch perspectief', *TvOB* 2018-4.

Bouwens 2018

W.H.A.C.M. Bouwens 'Het voetspoor van Smallsteps', *TRA* 2018/13, punt 2.

Duk 2019

R.A.A. Duk, 'A giant step for mankind? Hm...', *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in context*, december 2019 nr 2/3, p. 29-30.

Van Erpers Rooijaards 2020

V.M. van Erpers Rooijaards, 'Smallsteps versus Heiploeg: wat is de stand van zaken?', *MvO* 2020 nummer 8 & 9, p. 262-270.

Grapperhaus 2017

F.B.J. Grapperhaus, 'De prepack-vlinder die een rups bleef', *Ondernemingsrecht* 2017/124.

Van der Ham 2014

R.J. van der Ham, 'Liever failliet dan doorgaan met slecht personeel: over het risico van misbruik van de pre-pack', *ArbeidsRecht* 2014/28.

Hanssen 2021

Th.P.J. Hanssen, 'Governance in de WHOA: de rol van de herstructureringsdeskundige', *TvOB* 2021-1, p. 23 e.v.

Van Hees 2014

J.J. van Hees, 'Stille bewindvoering: pre-packen en wegwezen?', *Ondernemingsrecht* 2014/79, p. 381-389.

Hoogendoorn & Ninck Blok 2017

M. Hoogendoorn & D. Ninck Blok, 'FNV/Smallsteps; door overgang van onderneming, naar ondergang van ondernemingen?', *NtER* 2017/8.

Hufman & Zaal 2014

P. Huffman en I. Zaal, 'De toepasselijkheid van de Richtlijn overgang van onderneming bij insolvente ondernemingen', *TAP* 2014/98.

Huffman & Zaal 2015

P. Huffman en I. Zaal, 'Pre-pack perikelen: tijd voor een update', *ArbeidsRecht* 2015/34.

Hurenkamp 2015

J.R. Hurenkamp, 'Failliet of fast-forward? Een analyse van de pre-pack in de praktijk', *Tvl* 2015/20.

Hurenkamp 2017

J.R. Hurenkamp, 'Ondergang van onderneming door de pre-pack?', *Tvl* 2017/21.

Jongepier & Hoogenboezem 2013

W.J.P. Jongepier & K.P. Hoogenboezem, 'Wie is de stille bewindvoerder?', *FIP* 2013/6.

De Kloe 2019

H.J. de Kloe, 'Overgang van de prepack naar een bruikbaar(er) instrument, Over de huidige relevantie van de prepack en overgang van onderneming in faillissement', *MvO* 2019, nummer 3 & 4, p. 109-121.

Kullmann 2017

M. Kullmann, 'Bezint eer ge begint: de gevolgen van de pre-pack die als overgang van onderneming kwalificeert'. Noot bij HvJ EU 22-06-2017, ECLI:EU:C:2017:489, m.nt. mr. dr. M. Kullmann (*FNV e.a./Smallsteps*), *TRA* 2017/95.

Lintel & Van Zanten 2020

I.M.A. Lintel en 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*), *Tvl* 2020/35.

Loesberg 2013

E. Loesberg, 'Pre-pack in het Nederlandse faillissementsrecht', *TvO* 2013 nr. 1.

Van Moorsel 2017

R.C.M. van Moorsel, 'Food for thought. Over het dwingende arrest van het Hof van Justitie inzake FNV c.s./Smallsteps', *Tvl* 2017/32, p. 202.

Mulder 2015

R. Mulder, 'De Pre-pack: Verkoop en voortzetting in stilte, verantwoording in het openbaar. Een bespreking van de concept praktijkregels van Insolad', *Tvl* 2015/5.

Van der Neut 2017

N.M.Q. van der Neut, 'Pre-pack is overgang van onderneming: hoe nu verder?', *TRA* 2017/88.

Ooms 2019

K. Ooms, 'Reddingsoperaties: Paulianus? Of toch niet?', bachelor scriptie ESL, december 2019.

Oppedijk-van Veen 2017

E.J. Oppedijk-van Veen, 'Is er nog toekomst voor de pre-pack na FNV/Smallsteps?', *FTV* 2017/12.

Van der Pijl 2019

J. van der Pijl, 'Doorstarten na Smallsteps: risky business', *Ondernemingsrecht* 2019/122, p. 679-688.

Van der Pijl 2020

J. van der Pijl, 'Annotatie, Het tussenarrest van de Hoge Raad in Heiploeg (ECLI:HR:2020:753)', *Tijdschrift voor Arbeidsrecht in context*, juli 2020 nr 2, p. 77-80.

Pool 2018

J.M.W. Pool, 'De eerste toepassingen van Smallsteps in Nederland', *Tvl* 2018/39.

Reumers 2015

M. Reumers, 'Tijdig ingrijpen bij vennootschappen in financiële moeilijkheden: hoe bevordert men dat?', *Ondernemingsrecht* 2015/95.

Schaink 2017

P.R.W. Schaink, 'Het Smallsteps arrest: de pre-pack voorbij, maar wat volgt?', *ArbeidsRecht* 2017/34.

Schaink 2019

P.R.W. Schaink, 'Voorontwerp van Wet overgang van onderneming in faillissement, een ingrijpend wetsvoorstel', *FIP* 2019/5, p. 26-31.

Schaink 2020

P.R.W. Schaink, 'Casus Heiploeg: de Hoge Raad daagt het Hof van Justitie van de Europese Unie uit', *FIP* 2020/5, p. 39-44.

Schmieman 2014

E. Schmieman, 'De aanbeveling van de Europese Commissie inzake een nieuwe aanpak van faillissementen en insolventie', *Ondernemersrecht* 2014/77.

Schreurs 2013

Ph.W. Schreurs, 'Hoe stil is de stille bewindvoerder nu eigenlijk?', *FIP* 2013/8.

Schreurs 2016

Ph.W. Schreurs, 'Denkbare verbeteringen in de positie van werknemers bij bedrijven in moeilijkheden en de Wet Continuïteit Ondernemingen II', *Ondernemingsrecht* 2016/34, p. 160-167.

Schreurs 2017

Ph.W. Schreurs, 'Smallsteps en de grote stappen die nu gezet moeten worden', *ArA* 2017/22.

Schreurs 2020

Ph.W. Schreurs, 'De gelieerde doorstart na het Heiploeg-arrest', *Tvl* 2020/28.

Spinath 2017

I. Spinath, 'De beperkte reikwijdte van het Smallsteps-arrest', *MvO* 2017/11.

Spinath 2018

I. Spinath, 'Niet wrijven in de vlek', *Tvl* 2018/53.

Tollenaar 2011

N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrechtters van Nederland: geef ons de pre-pack!', *Tvl* 2011/23.

Tollenaar 2013

N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *FIP* 2013/6, p. 202-211.

Tollenaar 2018

N.W.A. Tollenaar, 'De implicaties van Estro voor de pre-pack en WCO I', *Tvl* 2018/6.

Tollenaar 2019

N.W.A. Tollenaar, 'Aanpassing van het ontslagrecht in insolventie – slaan wij de juiste weg in?', *Tvl* 2019/20, p. 156-161.

Verburg e.a. 2016

L.G. Verburg e.a., 'Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers', Rapport aan het WODC uitgebracht door Onderzoekscentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit, Nijmegen 5 april 2016.

Verburg 2017

L.G. Verburg, 'Smallsteps: over de vraag of de gewone doorstart uit faillissement nog toekomst heeft', *FIP* 2017/334.

Verlinden & Waterman 2020

S.C. Verlinden en C.L. Waterman, 'De Woof: een deugd tussen twee ondeugden', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2020/7, p. 10-17.

Verstijlen 2014

F.M.J. Verstijlen, 'Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack' in Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod: Preadvies van de Vereeniging 'Handelsrecht' 2014. Paris, 2014. p. 13-65.

Verstijlen 2017

F.M.J. Verstijlen, 'De dubbele natuur van de doorstart', *Tvl* 2017/20, p. 133.

Vieira 2017

M.A. Vieira, 'Hof van Justitie EU: werknemers behouden bescherming in geval van een pre-pack', *Bb* 2017/60.

Walton 2009

P. Walton, 'Pre-packin' in the UK', in: *INSOL International Insolvency Review*, 2009 John Wiley & Sons, Ltd. p.88

Wibier 2017

R.M. Wibier, 'Europees insolventierecht en het belang daarvan voor de Nederlandse pre-pack-praktijk', *AA* december 2017/996.

Zaal 2018

I. Zaal, 'De (on)mogelijkheid van ontslag en wijziging bij een pre-pack overgang', *TRA* 2018/14.

Van Zanten 2015

M.R. van Zanten, 'De beoogd curator, uitgegroeid van fly on the wall tot spin in het web', *TvI* 2015/35.

Van Zanten 2020

M.R. van Zanten, 'Wetsvoorstel rechten van de werknemer bij overgang van onderneming in faillissement: over het dichten van de kloof van de arbeidsrechtelijke bescherming in en buiten faillissement', *TvI* 2020/6.

Jurisprudentiellijst

Hof van Justitie van de Europese Unie

HvJ EG 7 februari 1985, C-135/83, ECLI:EU:C:1985:55, *NJ* 1985/900, m.nt. P.A. Stein (*Abels*).

HvJ EG 25 juli 1991, C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326, *NJ* 1994/168 (*D'Urso*).

HvJ EG 7 december 1995, C-472/93, ECLI:EU:C:1995:421, *NJ* 1996/743 (*Spano*).

HvJ EG 12 maart 1998, C-319/94, ECLI:EU:C:1998:99, *NJ* 1999/143 (*Dethier Équipement*).

HvJ EG 12 november 1998, C-399/96, ECLI:EU:C:1998:532, *NJ* 1999/520 (*Europièces*).

HvJ EG 26 mei 2005, C-478/03, ECLI:EU:C:2005:321, *JAR* 2005/205, m.nt. R.M. Belzer (*Celtec*).

HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, *NJ* 2017/369, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*FNV/Smallsteps*).

HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424 (*Plessers/Prefaco*).

Concl. A-G P. Mengozzi van 29 maart 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:241 (*FNV/Smallsteps*).

Hoge Raad

HR 13 februari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AC2901, *NJ* 1987/503 (*Spijkers/Benedik*).

HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0033, *NJ* 1988/191, m.nt. P.A. Stein (*Happé/Scheepstra*).

HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, *NJ* 1996/47 (*Sigmacon II*).

HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, *NJ* 2020/234, *TvI* 2020/35, m.nt. I.M.A. Lintel & T.T. van Zanten, *JOR* 2020/162, m.nt. P.R.W. Schaink (*FNV/Heiploeg I*).

Concl. A-G B.J. Drijber, ECLI:NL:PHR:2019:1237 bij HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, *NJ* 2020/234 (*FNV/Heiploeg I*).

HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, *NJ* 2020/235 (*FNV/Heiploeg II*).

Gerechtshoven

Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, *JAR* 2018/218, m.nt. J. van der Pijl (*Heiploeg*).

Rechtbanken

Rb. 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, *JOR* 2011/375, m.nt. J.J. van Hees.

Rb. Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:ROVE:2015:3589, *JAR* 2015/220, m.nt. J. van der Pijl (*Heiploeg*).

Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954, *JAR* 2016/6, m.nt. J. van der Pijl (*Smallsteps*).

Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423, *JOR* 2017/338, m.nt. I. Spinath, *JAR* 2017/281, m.nt. J. van der Pijl (*Bogra*).

Rb. Gelderland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447, *JOR* 2018/111, m.nt. J.O. Bijloo, *TvI* 2018/39, m.nt. J.M.W. Pool (*Tuunte*).

Rb. Limburg 26 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9137, *JOR* 2018/316, m.nt. I. Spinath (*Princen TransMission*).

Rb. Amsterdam 15 januari 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:84.

Rb. Den Haag 15 januari 2021 ECLI:NL:RBDHA:2021:198.

Rb. Noord-Nederland 19 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:111.

Rb. Gelderland 21 januari 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:363.

Rb. Noord-Nederland 26 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:244.

Rb. Noord-Holland 27 januari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:708.

Rb. Noord-Nederland 29 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:285.

Rb. Noord-Nederland 29 januari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:509.

Rb. Noord-Nederland 17 februari 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:602

Rb. Noord-Holland 19 februari 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1398 (*Jurlights*).

Rb. Den Haag 2 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1798.

Rb. Rotterdam 3 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1768.

Rb. Rotterdam 3 maart 2021, ECLI:NL:RBROT:2021:1769.

Rb. Gelderland 4 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1126.

Rb. Den Haag 5 maart 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:2033.

Rb. Gelderland 10 maart 2021, ECLI:NL:RBGEL:2021:1128.

Rb. Noord-Holland 10 maart 2021, ECLI:NL:RBNHO:2021:1996.

Rb. Midden-Nederland 19 maart 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1113.

Rb. Noord-Nederland 26 maart 2021, ECLI:NL:RBNNE:2021:1100.

Rb. Midden-Nederland 26 maart 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1255.