

'Pre-pack' op de helling

Beter een half ei dan een lege dop, is in oud-Hollandse termen de kern waar het bij een pre-pack om draait. Sinds 2012 is geëxperimenteerd met dit buitenwettelijke saneringsmiddel en heeft het wetsvoorstel WCO I het licht gezien. Lange tijd was er euforie rond deze oplossing voor de onzekerheden bij sanering van ondernemingen in zwaar weer door middel van een faillissement. Een recente uitspraak van het Europese Hof lijkt een streep door die feestvreugde te zetten.



Marc Heuvelmans
Mr. J.F.M. Heuvelmans is advocaat insolventierecht bij Bogaerts & Groenen advocaten in Tilburg

In het aprilnummer 2014 van Het Register publiceerde ik samen met Daan Schalken een artikel over het fenomeen pre-pack, wat we omschreven als een in de praktijk ontwikkeld alternatief voor de doorstart van een onderneming via een faillissement, maar dan vooraf gecontroleerd.¹ De conclusie was dat de pre-pack een lacune opvult en dat het systeem is gebalanceerd, omdat de stille bewindvoerder alle belangen kan overzien en kan wegen in een stadium waarin de druk van een faillissement er nog niet is.

In een pre-pack benoemt de rechtbank een stille bewindvoerder, de beoogd curator. Die werkt samen met de ondernemer, onder toezicht van een beoogd rechter-commissaris, gedurende enkele weken aan de voorbereiding van een doorstart van de onderneming. Die doorstart wordt geëffectueerd direct nadat het faillissement is uitgesproken en de curator is benoemd. Zodoende worden in alle rust de voorbereidingen getroffen voor de doorstart, zonder de onzekerheid achteraf van een ongecontroleerd faillissement waarin tijd verloren gaat voor het noodzakelijke onderzoek van de curator, in de chaotische eerste weken van een faillissement.

Juist het feit dat de voorbereiding in alle stilte verloopt en bepaalde belanghebbende partijen buiten de beraad-

slagingen worden gehouden, maakt dat de pre-pack heeft blootgestaan aan de nodige kritiek. Rechtbanken zijn dan ook steeds terughoudend geweest met het benoemen van stille bewindvoerders.² Ook de minister van Veiligheid en Justitie vond de ontwikkeling zonder wettelijke basis geen goed idee en heeft in 2015 het wetsontwerp Wet Continuïteit Ondernemingen I (WCO I) ingediend.³ Inmiddels heeft de Tweede Kamer het wetsvoorstel aangenomen en is het thans in beraad bij de Eerste Kamer. Zo leek het erop dat de pre-pack een volwaardig en bruikbaar instrument zou worden voor de doorstart van een onderneming in zwaar weer, ware het niet dat onlangs een uitspraak verscheen die maakte dat zich donkere wolken boven de pre-pack samenpakken.

Sanering middels faillissement

In de praktijk wordt voor de sanering van een onderneming veelal gebruik gemaakt van een faillissement, gevolgd door een doorstart. Dit omdat anders belangrijke stakeholders bij een onderneming de sanering dusdanig lang kunnen ophouden of frustreren dat het nooit tot een doorstart komt. De onderneming komt dan in een ongecontroleerd faillissement terecht, waarbij de curator niets anders kan doen dan waarvoor het faillissement eigenlijk is bedoeld, namelijk het vermogen liquideren en het geld uit de boedel uitkeren aan de schuldeisers, naar ieders rang. De onderneming houdt dan op te bestaan en op een enkele uitzondering na zijn er alleen maar verliezers (de lege dop).

Daarentegen heeft na een doorstart uit een faillissement nog een deel van de werknemers een baan, is er doorgaans meer geld beschikbaar voor schuldeisers, heeft een verhuurder vaak nog een huurder en kunnen banken of kan de curator de opbrengst van de activa optimaliseren (het halve ei). De paradox bestaat erin dat het faillisse-

Het feit dat de voorbereiding in alle stilte verloopt en sommigen buiten het overleg worden gehouden, maakt dat de pre-pack heeft blootgestaan aan de nodige kritiek

ment, dat bedoeld is als middel om het vermogen van de onderneming te liquideren en de activiteiten te beëindigen, nu juist wordt gebruikt om (een deel van) het vermogen in stand te houden en de onderneming te continueren.

Sterk ontslagrecht, maar niet bij faillissement

In een sanering worden, om de onderneming te verlichten, grofweg twee categorieën getroffen: de schuldeisers en de werknemers. De laatsten kunnen, als belangrijke stakeholders, voor de bescherming van hun positie terugvallen op een sterk ontslagrecht. Het is dan ook geen wonder dat met name vakbonden vanaf de eerste pre-packs bovengemiddelde aandacht hebben gehad voor de belangen van de werknemers, die in een pre-pack verloren lijken te gaan omdat in een faillissement de Wet Overgang van ondernemingen niet werkt.⁴ In genoemde wet is geregeld dat, wanneer een deel van de onderneming – een economische eenheid die haar identiteit behoudt – wordt overgedragen, de rechten en plichten ten opzichte van alle werknemers mee overgaan naar de verkrijger.

De pre-packs die de afgelopen jaren zijn uitgesproken, gingen alle gepaard met grote belangen van maatschappelijke aard, meestal met die van veel werknemers.⁵ Als de onderhandelingen over de doorstart zijn gevoerd, er een prijsbepaling heeft plaatsgevonden, de werknemers zijn aangewezen die mee doorgaan en alle contracten gereed zijn om te worden ondertekend, gaat de onderneming failliet, wordt de stille bewindvoerder de curator, zetten de partijen de handtekeningen onder het overnamecontract en ontslaat de curator de werknemers. Vervolgens wordt het doorstartplan uitgevoerd, is de onderneming van de failliet binnen één dag overgegaan in andere handen en draait die naadloos door. De curator voltooit dan zijn taak in het faillissement zoals het is bedoeld, namelijk het afwikkelen van lopende zaken en uiteindelijk het uitkeren van het boedelsaldo aan de schuldeisers.

Voor de werknemers die niet zijn meegegaan in de doorstart en dus op zoek moeten naar een andere baan, is de doorstart een buitengewoon zure gang van zaken. De FNV is evenwel van mening dat werknemers – ook al zou de curator hen formeel ontslaan tijdens het faillissement – hun rechten op grond van de Wet Overgang van ondernemingen niet verliezen wanneer de doorstart zo ruim van tevoren wordt voorbereid dat van meet af aan duidelijk is dat het faillissement is gericht op continuïteit in plaats van liquidatie van de onderneming.

In twee zaken heeft de FNV haar standpunt bij de kantonrechter naar voren gebracht. Dat was het geval in de faillissementen van garnalenverwerker Heiploeg (samen met CNV) en de kinderopvangorganisatie Estro (samen met enkele werknemers).

Heiploeg

In de zaak Heiploeg deed de kantonrechter uitspraak op 28 juli 2015.⁶ Heiploeg, een concern met circa 300 perso-

neelsleden, maakte verlies en toen de groep ook nog werd geconfronteerd met een Europese boete van circa 27 miljoen, werd een pre-pack onderzocht. Dit onderzoek heeft twee weken geduurd en resulteerde in het faillissement van enkele groepsvennootschappen op 28 januari 2014. In de daarop volgende doorstart gingen 210 mensen mee met de opvolgende onderneming en verloren 90 mensen hun baan.

De bonden vorderden in het geding bij de kantonrechter tegen de doorstarter een verklaring voor recht dat op de doorstart de Wet Overgang van ondernemingen van toepassing was en dat op die grond alle werknemers van Heiploeg oud in dienst waren gekomen van Heiploeg nieuw, met veroordeling van Heiploeg nieuw om al die werknemers in dienst te nemen. Zoals gezegd kent de Wet Overgang van ondernemingen één uitzondering, namelijk dat die niet van toepassing is in geval van een faillissement. De bonden meenden echter dat die uitzondering buiten toepassing moest blijven, omdat het faillissement in dit geval niet was gericht op liquidatie, maar op continuïteit van de onderneming. Volgens de bonden bleek dat uit het feit dat de activatransactie (de overgang van de onderneming) en de faillissementen waren voorbereid middels een zogenoemde pre-pack, dat het productieproces geen moment heeft stilgelegen en dat de organisatiestructuur en het klantenbestand (nagenoeg) hetzelfde zijn gebleven.

De doorstarters verweerden zich met het argument dat toepassing van de richtlijn waarop de Wet Overgang van ondernemingen is gebaseerd – Richtlijn 2001/23/EG – niet kan leiden tot het passeren van de in art. 7:666 BW gegeven uitzondering, omdat het ‘zwaartepunt’ van de overgang is gelegen *na* het faillissement en de exploitatie van de onderneming pas op dat moment is overgegaan op de doorstarter. De kantonrechter volgde de doorstarters in hun redenering en wees de vorderingen van de bonden af. Met een analyse van de richtlijn en een beroep op oudere arresten van het Europese Hof van Justitie, met name over het moment van de *change of control*, kwam hij tot de volgende slotsom: ‘Hoezeer de bonden terecht wijzen op het ontbreken van een wettelijke regeling ter zake de pre-pack, de bezwaren die kleven aan en de risico’s op misbruik dan wel oneigenlijk gebruik van het faillissement bij een pre-pack, staan die bezwaren aan toepasselijkheid van artikel 7:666 BW niet in de weg.’ Hiermee stond het 1-0 voor de pre-pack.

Estro

Ondertussen was nagenoeg tegelijkertijd de zaak Estro aanhangig gemaakt tegen doorstarter Smallsteps. Daarin werd uitspraak gedaan op 24 februari 2016.⁷ Estro was een landelijk werkende organisatie voor kinderopvang, met circa 380 vestigingen en 3600 personen in dienst. De groep werd gefinancierd door private equity partijen en enkele banken. Toen bleek dat er behoefte was aan aanvullende financiering, die mogelijk niet beschikbaar zou komen, zette de Estro-groep het ‘project butterfly’ op, een doorstart van de groep via een pre-pack. In dat scenario zou de daartoe opgerichte vennootschap Small-



Volgens de bonden moest de uitzondering buiten toepassing blijven, omdat het faillissement niet was gericht op liquidatie, maar op continuïteit van de onderneming

steps de onderneming van Estro in afgeslankte vorm overnemen. Uiteindelijk gebeurde dat ook en ging Smallsteps verder met circa 250 vestigingen en 2500 werknemers; 1100 mensen verloren hun baan.

Ook hier kwam de FNV op tegen deze doorstart, op vergelijkbare gronden als in de Heiploeg-casus. Smallsteps verweerde zich op gronden die sterk leken op die van Heiploeg in de eerder gevoerde procedure en verwees zelfs naar het vonnis van de kantonrechter Overijssel. Uiteindelijk lag de zaak bij de kantonrechter Midden-Nederland voor. Die wees de vorderingen van FNV en de werknemers niet zonder meer af, zoals zijn collega uit Overijssel had gedaan, maar wilde eerst middels prejudiciële vragen te weten komen wat het Europese Hof van

Justitie te zeggen had over de uitleg van Richtlijn 2001/23/EG in deze kwestie. Zijn vier vragen kunnen als volgt worden samengevat.

1. Verdraagt een faillissement, voorafgegaan door een pre-pack, gericht op het voortbestaan van de onderneming, zich met doel en strekking van de richtlijn en is art. 7:666 BW richtlijnconform?
2. Is de richtlijn van toepassing op de pre-pack?
3. Maakt het daarbij verschil of voortzetting van de onderneming het primaire doel is?
4. Wordt het tijdstip van overgang bepaald door de feitelijke wilsovereenstemming tot overdracht of door het moment waarop de onderneming van de vreemder daadwerkelijk overgaat op de verkrijger?

De uitspraak van het Europese Hof

De uitspraak van kantonrechter Midden-Nederland dateert zoals gezegd van 24 februari 2016. Intussen was in de zaak Heiploeg hoger beroep ingesteld door de bonden, maar deze procedure werd geschorst in afwachting van het oordeel van het Europese Hof over de prejudiciële vragen.

De Advocaat-Generaal bij het Hof, Mengozzi, gaf zijn conclusie op 29 maart 2017.⁸ Hij kwam langs de weg van de Hof-arresten Abels (1985), d'Urso (1991), Spano (1995) en Dethier Equipement (1998) tot de analyse dat

het Hof voor de vraag of de bescherming van werknemersrechten in de gegeven richtlijn bij een onderneming in zwaar weer van kracht blijft, twee criteria heeft aangelegd, te weten het doel van de procedure en de modaliteiten ervan. Volgens de A-G kan uitsluiting van werknemersrechten uitsluitend aan de orde zijn in een procedure die gericht is op de liquidatie van het vermogen van de onderneming; wanneer de procedure de voortzetting van de onderneming beoogt, blijven de werknemersrechten van kracht. In zijn beoordeling of de pre-pack qua doel en modaliteiten beantwoordt aan de criteria, concludeerde hij dat deze procedure onmiskenbaar gericht is op de continuïteit van de onderneming en dat om die reden bij het gebruik van de pre-pack als middel om de onderneming te saneren, de Wet Overdracht van ondernemingen blijft gelden, met alle werknemersbescherming van dien, los van de vraag op welk moment precies de onderneming overgaat.

Deze conclusie hield de gemoederen enkele maanden bezig, vanwege de enorme impact ervan op de ontwikkeling van de pre-pack in de praktijk, en het lot van de WCO I in het bijzonder. Op 22 juni 2017 kwam het definitieve antwoord: het Europese Hof beantwoordde de prejudiciële vragen geheel in lijn met de conclusie van de A-G en oordeelde samengevat: ‘Richtlijn 2001/23/EG moet aldus worden uitgelegd dat de bescherming van werknemers behouden blijft in een situatie 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.’⁹

Pyrrusoverwinning?

Het oordeel van het Europese Hof gonst nog steeds na. Inmiddels hebben al verschillende auteurs de uitspraak en haar gevolgen becommentarieerd. Zij zijn in hoofdzaak somber over de toekomst van de pre-pack in Nederland.¹⁰ Hoe de praktijk van de pre-pack zich verder zal ontwikkelen, is onzeker. Eerst zal de verwijzingsrechter in de Smallsteps-zaak zich daarover moeten uitlaten en ook het gerechtshof in de Heiploeg-zaak komt nog aan het woord. Als in beide gevallen de lijn van het Europese Hof wordt gevolgd – hetgeen in de lijn der verwachting ligt – kan dit grote consequenties hebben voor de afloop van de doorstart in Heiploeg nieuw en Smallsteps. Grote kans dat daarin dan opnieuw drastische saneringen of zelfs nieuwe faillissementen zullen volgen. De curator van Heiploeg liet zich hierover uit bij RTV Noord, op 27 juni 2017, kort na de uitspraak van het Hof.¹¹ Hij noemde de uitspraak een pyrrusoverwinning voor de bonden. Zonder toepassing van de pre-pack bij Heiploeg zou het beslist een faillissement zonder doorstart zijn geworden, vanwege de kritische termijnen waarmee wordt gewerkt. Dat zou zo goed als zeker hebben betekend dat er niets van de garnalenverwerker was overgebleven. De vakbonden moeten zich dus goed realiseren wat het effect is van hun procedurele overwinning. Vrijwel geen enkele doorstarter zal zich met de huidige jurisprudentie nog wagen aan een pre-pack, hetgeen de mogelijkhe-

Vrijwel geen enkele doorstarter zal zich met de huidige jurisprudentie nog wagen aan een pre-pack

den om ondernemingen te redden in plaats van ze redeloos verloren te laten gaan, ernstig zal frustreren. Vakbonden hadden zich moeten afvragen of ze aan een half ei niet meer hebben dan aan een lege dop.

Hoe nu verder?

Saneren van ondernemingen in zwaar weer door middel van een faillissement is van alle tijden en blijft de enige mogelijkheid om nog iets over te houden. Insolventieadvocaten moeten vooralsnog terugvallen op advisering over een ‘normale’ doorstart, dus zonder gebruik van een pre-pack. Wat dat betreft zijn we terug bij af, want zij blijven doorstartplannen ontwikkelen en in samenspraak met de curator in een faillissement uitvoeren, ondanks de chaos die bij de eerste fase van een faillissement hoort. Een ervaren insolventieadvocaat komt bij voorkeur uit bij een half ei, en niet bij een lege dop. <<<

Noten

- 1 Mr. D.P. Schalken en mr. J.F.M. Heuvelmans, Pre-pack vergemakkelijkt doorstart na faillissement, Het Register nr. 2, april 2014.
- 2 In vijf jaar tijd zijn er naar schatting 90 pre-packs uitgesproken. Bron: FD 22 juni 2017: ‘Flitsfaillissement onzeker na uitspraak Hof’.
- 3 Wet Continuïteit Ondernemingen I, Tweede Kamer, vergaderjaar 2014-2015, 34 218.
- 4 Art. 7:662 e.v. BW op basis van richtlijn 2001/23/EG.
- 5 Voorbeelden zijn: Marlies Dekkers, de Harense Smid, Ruwaard van Putten Ziekenhuis, Schoenenreus, Imtech, Estro, Heiploeg.
- 6 Rb. Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.
- 7 Rechtbank Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954.
- 8 ECLI:EU:C:2017:241.
- 9 ECLI:EU:C:2017:489.
- 10 Bijvoorbeeld: J.R. Hurenkamp, Ondergang van onderneming door de pre-pack?, TvI 2017/21 en L.G. Verburg, noot onder HvJ EU 22 juni 2017, JOR 2017/217 en J.J.M. van Mierlo, Ondernemingsraad en insolventie: licht in de duisternis!, TOP/FIP 2017/5.
- 11 rtvnoord.nl/nieuws 27-6-2017, Bonden hebben niks aan pre-packuitspraak van Europees Hof.