

LEGAL UPDATE

A-G van het Europees Hof: Werknemers beschermd bij toepassing pre-pack

Datum: 13 december 2021

De pre-pack heeft de Nederlandse wetgever en de rechtspraak de afgelopen jaren druk beziggehouden. Al geruime tijd wordt de vraag gesteld of bij een doorstart in faillissement, die door middel van een pre-pack is voorbereid, het personeel van de failliet van rechtswege overgaat op de doorstartende partij. Normaal gesproken geldt in faillissement de arbeidsrechtelijke regelgeving voor overgang van onderneming niet en gaat het personeel dan ook niet automatisch over naar de doorstartende partij. Nederland heeft namelijk geopteerd om in faillissement de regels voor overgang van onderneming niet van toepassing te verklaren (artikel 5 van de EU-Richtlijn 2001/23). Is dat echter ook het geval wanneer de doorstart al voor het faillissement tot in detail is voorbereid?

Prejudiciële vragen Hoge Raad

In verband met het faillissement van garnalenverwerker Heiploeg (2014), dat is uitgesproken na een pre-pack, heeft de Hoge Raad vorig jaar prejudiciële vragen aan het Europees Hof gesteld. Deze vragen zien op de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers bij toepassing van de pre-pack. De vraag van de Hoge Raad luidt kortgezegd, of de arbeidsrechtelijke bescherming waarvan bij overgang van onderneming sprake is, ook geldt wanneer sprake is van een doorstart uit een faillissement en die doorstart al voor de faillietverklaring door middel van een pre-pack is voorbereid.

Op 9 december 2021 heeft de Advocaat-Generaal ('A-G') het Europees Hof geadviseerd over de beantwoording van deze vraag. Het antwoord luidt samengevat als volgt:

'Artikel 5 van de Richtlijn moet aldus worden uitgelegd dat een pre-pack, waarin de vervreemding van de onderneming voorafgaand aan de faillietverklaring tot in de kleinste bijzonderheden wordt voorbereid om na de faillietverklaring een snelle doorstart mogelijk te maken, teneinde op die manier de onderbreking van de activiteiten te vermijden, zodat de waarde van de onderneming en de werkgelegenheid behouden blijven, niet voldoet aan de voorwaarden die worden gesteld voor een uitzondering op het behoud van de rechten die in de artikelen 3 en 4 van deze Richtlijn aan werknemers zijn toegekend.'

De A-G is aldus van mening, dat bij toepassing van de pre-pack (anders dan een regulier faillissement zonder voorbereiding) het niet gerechtvaardigd is dat de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers van de failliet wordt beperkt. De bescherming die de Richtlijn biedt, moet bij toepassing van een pre-pack van kracht blijven. Dit betekent dat dan sprake is van een overgang van onderneming en dat het personeel van de failliet van rechtswege overgaat op de verkrijgende entiteit. De A-G acht het niet relevant dat een pre-pack in beginsel beoogt om een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers van de onderneming te behalen, of dat het faillissement van de vervreemder (ook zonder toepassing van de pre-pack) onafwendbaar is.

Beslissing Hof in de zaak Smallsteps

De prejudiciële vragen in de zaak Heiploeg volgen op een eerdere procedure bij het Europees Hof, waarin ook een pre-pack-constructie centraal stond. In die zaak (Smallsteps) oordeelde het Hof eveneens – doch met beduidend minder nuance – dat bij een doorstart na een pre-pack sprake was van een overgang van onderneming. De rechten van werknemers op grond van de Richtlijn bleven dus behouden. Aan dat oordeel legde het Hof evenwel (impliciet) ten grondslag, dat een doorstart *an sich* (vorbereid of niet) niet op liquidatie gericht was en dus om te beginnen al niet voldeed aan de uitzonderingsvoorwaarden van artikel 5 van de Richtlijn. Met andere woorden: de beslissing van het Hof

had (onbedoeld) een bredere strekking dan enkel de doorstart na een pre-pack. Bij iedere doorstart zou dan namelijk al het personeel van de failliet overgaan op de verkrijgende entiteit.

De A-G in de zaak Heiploeg lijkt meer genuanceerd en spitst het antwoord meer toe op de pre-pack, in plaats van de doorstartpraktijk in het algemeen. Toch leidt dit niet tot een andere conclusie dan in de Smallsteps-zaak. Omdat een doorstart bij een pre-pack vooraf tot in detail wordt voorbereid, is de daaropvolgende faillissementsprocedure niet meer gericht op liquidatie van het vermogen van de onderneming. Dit is een voorwaarde om een overgang van onderneming uit te sluiten (artikel 5 van de Richtlijn). Omdat aan die voorwaarde niet wordt voldaan, moet de arbeidsrechtelijke bescherming van de Richtlijn bij toepassing van de pre-pack van kracht blijven.

Conclusie

Het standpunt van de A-G is nu bekend. Voor nu is het wachten op de beslissing van het Hof. Intussen bereidt de Nederlandse wetgever de Wet Overgang Van Onderneming in faillissement voor. Het wetsvoorstel is ook reeds in 2019 in consultatie geweest. Wanneer het voorstel aan de Tweede Kamer zal worden voorgelegd, is nog niet bekend. Indien de wet wordt aangenomen, zullen ook bij 'gewone' doorstarts nieuwe regels gaan gelden met betrekking tot de overname van het personeel. Mogelijk zullen de komende jaren dus aanzienlijke veranderingen op het gebied van rechten van werknemers in faillissement volgen. Wij volgende de ontwikkelingen op de voet en zullen u daarover op de hoogte houden.

Dit is een Legal Update van Rhea Bask.

Voor meer informatie:

Rhea Bask
+31 30 25 95 567
rheabask@vbk.nl