

## LEGAL UPDATE

### Europees Hof van Justitie vergroot kansen pre-pack

Datum: 9 juni 2022

Op 28 april 2022 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJEU') een belangrijk [arrest](#) gewezen voor de pre-packpraktijk. In het arrest geeft het HvJEU antwoord op de prejudiciële vragen die de Hoge Raad heeft gesteld over de toepassing van de Richtlijn 2001/23/EG ('de Richtlijn') in het geval van een pre-pack. In deze Legal Update wordt uitgelegd wat de aanleiding was voor dit arrest en waarom dit arrest belangrijk is.

#### De pre-pack

Het faillissement van een onderneming hoeft niet het einde van haar activiteiten te betekenen. De curator kan de activa van (delen van) de onderneming verkopen om de activiteiten van de onderneming door de overnemer van die activa te laten voortzetten; een doorstart. Bij een doorstart hoeft de overnemende partij niet alle werknemers over te nemen en om kosten te besparen zal hij dat doorgaans ook niet doen. Het probleem bij een doorstart is dat er in faillissement vaak weinig tijd is om de mogelijkheden van een doorstart te onderzoeken en dat de waarde van de activa snel afneemt door de bekendheid van het faillissement. De waarde van de activa neemt daarnaast af wanneer de bedrijfsactiviteiten stilvallen. De pre-pack biedt een oplossing voor deze problemen: de doorstart wordt voorafgaand aan het faillissement in stilte voorbereid zodat sneller kan worden gehandeld op het moment dat het faillissement eenmaal is uitgesproken. Op verzoek van de noodlijdende onderneming wijst de rechtbank voor die voorbereiding een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris aan, die bij de faillietverklaring beiden worden benoemd/aangesteld tot respectievelijk curator en rechter-commissaris. Samen met het bestuur van de schuldenaar wordt een doorstart voorbereid. De deal wordt daadwerkelijk uitgevoerd zodra het faillissement een feit is. De pre-pack vergroot zo de kansen op een succesvolle doorstart, maar de vraag is ontstaan of de werknemers moeten worden overgenomen door de overnemende partij in het geval van een pre-pack. Dat heeft te maken met het volgende.

#### Overgang van onderneming

Wanneer een onderneming wordt overgenomen om de activiteiten voort te zetten, is sprake van 'overgang van onderneming'. In dat geval is de Richtlijn van toepassing, waarin is bepaald dat de werknemers bij een overgang van de onderneming in beginsel hun baan en bijbehorende arbeidsvoorwaarden behouden. Op die regel van werknemersbescherming wordt een uitzondering gemaakt indien de overgang van onderneming plaatsvindt binnen faillissement, in het kader van een doorstart. Zoals gezegd kan de overnemende partij in dat geval kiezen hoeveel (en welke) werknemers hij overneemt. De uitzondering op de regel van werknemersbescherming houdt in dat de werknemers in beginsel niet meegaan, indien de overgang van onderneming plaatsvindt in een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure, die is gericht op liquidatie van het vermogen van de onderneming, onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie. De vraag of de pre-pack onder deze uitzondering valt, werd tweemaal voorgelegd aan het HvJEU.

#### 1. Smallsteps

Eerder oordeelde het HvJEU in het [Smallsteps-arrest](#) dat de pre-pack niet onder de bovengenoemde uitzondering valt en dat dus alle werknemers in het geval van een pre-pack meegaan naar de overnemende partij – met behoud van arbeidsvoorwaarden. Dat is een stuk minder aantrekkelijk voor de overnemende partij en de pre-packpraktijk kwam door die uitspraak nagenoeg stil te liggen. Dit arrest schiep bovendien onduidelijkheid over de positie van de werknemers bij een doorstart in faillissement. Om die reden heeft de Eerste Kamer besloten het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I,

waarin de pre-pack een wettelijke basis zou krijgen, aan te houden in afwachting van een wettelijke regeling die de positie van werknemers zou verduidelijken.

## 2. Heiploeg

Op 28 april 2022 heeft het HvJEU zich opnieuw over deze kwestie gebogen. Opvallend is dat het HvJEU nu milder is ten aanzien van de pre-pack. Het HvJEU oordeelt dat de uitzondering op de werknemersbescherming uit de Richtlijn van toepassing is, wanneer de doorstart van (een deel van) de onderneming is voorbereid in het kader van een pre-packprocedure. Daarvoor is van belang dat deze pre-packprocedure het doel heeft om in de faillissementsprocedure een liquidatie van de draaiende onderneming te vergemakkelijken – waarbij een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers wordt bereikt – én de werkgelegenheid zoveel mogelijk te behouden.

Het Heiploeg-arrest maakt dus mogelijk dat niet alle werknemers meegaan in het geval dat een doorstart plaatsvindt door middel van een pre-pack. Dat is een stuk aantrekkelijker voor de overnemende partij. Nadat het HvJEU eerder een bom had geplaatst onder de pre-packpraktijk, vergroot het nu dus weer de kansen op een succesvolle pre-pack. Het HvJEU merkt daarbij nog wel op dat de pre-packprocedure alleen onder de uitzondering van de Richtlijn kan vallen indien deze is geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen. Het ligt daarom in de lijn der verwachting dat de wetgever overgaat tot invoering van de Wet Continuïteit Ondernemingen I, waarin de pre-pack wettelijk wordt vastgelegd.

Dit is een Legal Update van Linde van Dieren-Muller en Steef van den Boogert.

Voor meer informatie:

Linde van Dieren-Muller

+31 30 25 95 546

[lindevandieren@vbk.nl](mailto:lindevandieren@vbk.nl)

Steef van den Boogert

+31 30 25 95 566

[steefvandenboogert@vbk.nl](mailto:steefvandenboogert@vbk.nl)