

Jonathan Nepomucena

PRE-PACK --- PROCEDURE

Op welke wijze dient e-Legal incasso advocaten zijn cliënten te adviseren bij de realisering van een herstructurering door middel van een pre-pack-procedure na invoering van de Wet continuïteit ondernemingen I, rekening houdende met de arbeidsrechtelijke consequenties daarvan?

12 januari 2016 | Studentnummer: 2057356

Student:	Jonathan Nepomucena
Studentennummer:	2057356
Opleiding:	HBO-Rechten
Onderwijsinstelling:	Juridische Hogeschool Avans-Fontys
Locatie onderwijs:	Tilburg
Afstudeerorganisatie:	e-Legal incasso advocaten
Afstudeermentor:	mr. D. Mensinga
Eerste afstudeerdocent:	Dhr. mr. T. Vermeulen
Tweede afstudeerdocent:	Dhr. mr. N. Sommers
Afstudeerperiode:	september 2015 - januari 2016

| Voorwoord

Voor u ligt de afstudeerscriptie die ik in het kader van de afronding van mijn opleiding aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys heb geschreven. Dit rapport is de afsluiting van een 14 weken durende afstudeerstage bij e-Legal incasso advocaten.

Met veel plezier heb ik aan de afstudeerscriptie gewerkt. Het schrijven van de afstudeerscriptie is een echte uitdaging gebleken. Dit komt mede door de complexiteit van het onderwerp van de afstudeerscriptie. Met het schrijven van de afstudeerscriptie heb ik aan diverse competenties kunnen werken. Denk daarbij aan zelfstandigheid, juridische onderzoeksvaardigheden en het vermogen om juridische stukken te analyseren. Al met al is het een zeer leerzame periode geweest.

Graag wil ik de medewerkers van e-Legal incasso advocaten in het bijzonder bedanken voor hun inzet en begeleiding.

Tot slot wens ik u veel leesplezier.

Tilburg, 12 januari 2016

Samenvatting

Hoofdstuk 1: Inleiding	06
§ 1.1 Probleembeschrijving	06
§ 1.2 Centrale vraag	07
§ 1.3 Doelstelling	07
§ 1.4 Deelvragen	08
§ 1.5 Onderzoeksstrategieën	08
§ 1.6 Bronnen en methoden	09
§ 1.7 Verantwoording	09
Hoofdstuk 2: De insolvente onderneming	10
§ 2.1 Inleiding op de Faillissementswet	10
§ 2.2 Inleiding op de pre-pack-procedure	11
§ 2.3 Ontstaan van de pre-pack-procedure	11
§ 2.4 De pre-pack-procedure in de praktijk	12
§ 2.5 Tussenconclusie	13
Hoofdstuk 3: Bedrijfsovername	15
§ 3.1 De juridische fusie	15
§ 3.2 De aandelenfusie	16
§ 3.3 De activa-passivatransactie	16
§ 3.4 Een bedrijfsovername bij insolventie	16
§ 3.5 Het Abbels-arrest	18
§ 3.6 Tussenconclusie	19
Hoofdstuk 4: Bescherming van de werknemer?	20
§ 4.1 De uitzonderingsregel conform Richtlijn 2001/23/EG	20
4.1.1 De toepasbaarheid van de uitzonderingsregel conform Richtlijn 2001/23/EG	20
§ 4.2 Transitievergoeding	21
4.2.1. Transitievergoeding in insolventie	21
§ 4.3 Wet collectief ontslag	21
4.3.1 De toepasbaarheid van de Wet collectief ontslag bij insolventie	21
§ 4.4 Collectieve arbeidsovereenkomst	22
4.4.1 De collectieve arbeidsovereenkomst bij insolventie	22
§ 4.5 Besluit fusiegedragsregels	22
4.5.1 Besluit fusiegedragsregels bij insolventie	23
4.5.2 De toepasbaarheid van het Besluit fusiegedragsregels	23
§ 4.6 Verzet tegen de faillietverklaring van de vervreemdende rechtspersoon	23
§ 4.7 In hoger beroep tegen de machtiging van de rechter-commissaris	23
§ 4.7.1 In hoger beroep tegen de machtiging van de rechter-commissaris bij opzegging van de arbeidsovereenkomst	24
§ 4.8 Tussenconclusie	24

Hoofdstuk 5: De pre-pack-procedure in rechtspraak	26
§ 5.1 Het garnalenpelbedrijf Heiploeg	26
5.1.1 Het faillissement van het garnalenpelbedrijf Heiploeg	26
5.1.2 De gerechtelijke procedure omtrent de overgang van Heiploeg	28
§ 5.2 Schoenenreus B.V.	31
§ 5.2.1 Het faillissement van Schoenenreus B.V.	32
§ 5.3 Tussenconclusie	33
Hoofdstuk 6: Wet continuïteit ondernemingen I	34
§ 6.1 Invoering van de Wet continuïteit ondernemingen I	34
§ 6.2 Herstructureren middels de pre-pack-procedure	35
§ 6.3 Tussenconclusie	36
Hoofdstuk 7: Conclusie en aanbevelingen	37
§ 7.1 Conclusie	37
§ 7.2 Aanbevelingen	39
Literatuurlijst	

| Samenvatting

De reorganisatie van een onderneming door middel van een pre-pack-procedure heeft tot veel kritiek geleid. In feite is de pre-pack-procedure een bedrijfsovername in insolventie. De procedure bevindt zich in het spanningsveld tussen het arbeidsrecht en het insolventierecht. Het doel ervan is namelijk om de kans op de doorstart van een gefailleerde onderneming te vergroten. In dat verband worden bij het maken van een doorstart twee belangen tegenover elkaar afgewogen. Enerzijds is dat het belang van de onderneming om een doorstart te maken en anderzijds het belang van werknemers om hun werk te behouden. Deze belangenafweging heeft in de praktijk tot veel discussie geleid, en ook tot relevante jurisprudentie.

e-Legal incasso advocaten vraagt zich af of het mogelijk is om de pre-pack-procedure aan (potentiële) cliënten aan te raden die financieel in zwaar weer verkeren. Dit heeft tot de volgende centrale vraag geleid: 'Op welke wijze dient e-Legal incasso advocaten zijn cliënten te adviseren bij de realisering van een herstructurering door middel van een pre-pack-procedure na invoering van de Wet continuïteit ondernemingen I, rekening houdende met de arbeidsrechtelijke consequenties daarvan?'.

Vooralsnog bestaat er geen eenstemmigheid over de entree van de pre-pack-procedure. Om die reden heeft de procedure relevante jurisprudentie uitgelokt. Niet alleen Nederlandse rechters hebben zich over de pre-pack-procedure uitgelaten, zelfs het Hof van Justitie. Vanwege de onduidelijkheid die over de pre-pack-procedure bestaat, zijn uitspraken, literatuur en wet- en regelgevingen geraadpleegd. De voornaamste conclusies die uit dit rapport voortvloeien zijn:

- Op grond van artikel 5 van de Europese richtlijn 2001/23/EG is de Wet overgang ondernemingen niet van toepassing.
- Aan de hand van artikel 7:666 BW kan een gefailleerde onderneming een doorstart maken, zonder dat de rechten en plichten van een werknemer van rechtswege mee overgaan naar de verkrijgende rechtspersoon.
- De pre-pack-procedure heeft de rechterlijke toets doorstaan, waardoor een pre-pack-procedure niet per definitie misbruik van recht oplevert. Gelet daarop hoeft de verzoeker van een pre-pack-procedure zich geen zorgen te maken over achteraf ingediende arbeidsrechtelijke claims van ex-werknemers.
- E-Legal incasso advocaten kan de procedure van de pre-pack niet zelf voeren, maar kan een begeleidende en adviserende rol spelen. Ook kan e-Legal incasso advocaten de mogelijkheden tot een pre-pack-procedure vooraf inventariseren.
- Voor de toepassing van de pre-pack-procedure brengt de invoering van de Wet continuïteit ondernemingen I geen belangwekkende veranderingen met zich mee.

Op basis van de hierboven genoemde conclusies wordt het volgende aanbevolen:

- Voor e-Legal incasso advocaten is het mogelijk om de pre-pack-procedure aan de cliënten te adviseren die financieel in zwaar weer verkeren. In dat geval is het van belang om te inventariseren of de onderneming over rendabele bedrijfsonderdelen beschikt die in aanmerking komen om doorverkocht te worden.
- e-Legal incasso advocaten kan in onderhandeling treden met de partij die geïnteresseerd is om de onderneming over te kopen. Als de voorbereidende fase is afgerond kan e-Legal incasso advocaten aan de rechtbank verzoeken om de pre-pack-procedure in gang te zetten.

1.1 | Probleembeschrijving

“Het kan niet zo zijn dat pre-pack gebruikt gaat worden door bedrijven om te reorganiseren ten koste van de arbeidsvoorwaarden van de werknemers”, aldus Petra Zuidema (bestuurder van de FNV).¹ Over het spanningsveld tussen arbeidsrecht en insolventierecht is sinds het toepassen van de pre-pack-procedure veel discussie ontstaan. Om te beginnen is de pre-pack-procedure een juridisch instrument, waarmee levensvatbare bedrijfsonderdelen apart van een gehele onderneming worden voortgezet. Bij het realiseren van een doorstart middels een pre-pack-procedure gaat, voorafgaand aan het faillissement, een stille bewindvoerder aan de slag. In dat stadium wordt onderzoek gedaan naar potentiële kandidaten die er interesse in hebben om de onderneming over te nemen. Op dat moment wordt ook de financiële situatie van de onderneming in kaart gebracht. Dit gebeurt doorgaans in volledige discretie, zodat klanten en leveranciers hun zaken met de onderneming niet staken. Na het uitspreken van het faillissement gaat de stille bewindvoerder verder aan de slag als curator.² Met voldoende kennis over de onderneming kan de curator al op de dag dat het faillissement wordt uitgesproken, beginnen met het afronden van de doorstart. Het is overigens gebruikelijk dat een doorstart middels een pre-pack-procedure wordt gemaakt op dezelfde dag dat het faillissement wordt uitgesproken. In de volksmond wordt dan ook wel gesproken van een flitsfaillissement.³ Deze handelswijze staat lijnrecht tegenover de wettelijke waarborgen van de belangen van werknemers. Meer in het bijzonder zijn hierbij de beschermende arbeidsvoorwaarden van werknemers in het geding. Tegenstanders van de pre-pack-procedure zijn ervan overtuigd dat deze procedure een versoepeling betekent van het ontslagrecht.

De FNV (Federatie Nederlandse Vakbeweging) is de grootste vakbond van Nederland en komt op voor de belangen van werknemers. Dat doet de FNV ook bij de herstructurering van Heiploeg, waarbij de FNV de discussie over de pre-pack-procedure en de belangen van de werknemers aan de rechter heeft voorgelegd.⁴ De FNV stelt zich op het standpunt dat binnen de onderneming van Heiploeg slechts een goedkope herstructurering heeft plaatsgevonden, die zich aan de controle van de vakbonden heeft onttrokken.⁵ Ook wordt door de FNV aangedragen dat het doel van het faillissement van Heiploeg niet is gericht op liquidatie van de onderneming, maar op de continuïteit van de onderneming. Als er sprake is van continuïteit van de onderneming, dan is arbeidsrechtelijke bescherming conform artikel 7:662 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) e.v. van toepassing. In dat geval gaan de rechten en plichten van de werknemers bij de ‘oude’ onderneming van rechtswege over naar de ‘nieuwe’ onderneming. Een uitzondering op deze regel is artikel 7:666 BW. Dat artikel bepaalt dat de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers, in geval van een faillissement, niet van toepassing is.

¹ ‘FNV in hoger beroep na uitspraak rechter in zaak pre-pack faillissement Heiploeg’, www.FNV.nl (zoek op *pre-pack faillissement Heiploeg*).

² ‘Wettelijk kader voor beoogd curator’, www.wijnenstael.nl (zoek op *stille curator*).

³ ‘Rechter keurt flitsfaillissement goed’, www.volkskrant.nl (zoek op *flitsfaillissement*).

⁴ ‘FNV in hoger beroep na uitspraak rechter in zaak pre-pack faillissement Heiploeg’, www.FNV.nl (zoek op *pre-pack faillissement Heiploeg*).

⁵ Rb. Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.

Wettelijk gezien mag worden aangenomen dat artikel 7:666 BW het ontslagtraject ten behoeve van de werkgever fors versoepelt. Artikel 7:671a lid 1 BW maakt dat bijvoorbeeld zeer duidelijk. Daarin is bepaald dat een werkgever, bij ontslag van een werknemer, toestemming moet hebben van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (hierna: UWV). Bij toepassing van artikel 7:666 BW komt deze arbeidsrechtelijke bescherming te vervallen.

In de zaak Heiploeg zijn 210 van de 300 werknemers in dienst getreden bij de nieuwe, afgeslankte onderneming.⁶ De overige 90 werknemers zijn om bedrijfseconomische redenen ontslagen; uiteraard zonder transitievergoeding. De meest bekende procedures waarbij pre-pack is toegepast, zijn de pre-pack-procedures ten behoeve van Schoenenreus en Heiploeg.⁷ Telkens staat het al dan niet toepassen van artikel 7:666 BW ter discussie. Bij de pre-pack-procedures worden de belangen van de werknemers en de belangen van de onderneming tegen elkaar afgewogen.

Thans kent de pre-pack-procedure geen wettelijke grondslag. Desondanks wordt de pre-pack-procedure langzamerhand steeds vaker door de rechtbank toegelaten. Tegenwoordig wordt de pre-pack-procedure door acht van de elf Nederlandse rechtbanken toegepast.⁸ De formele wetgever is voornemens om de pre-pack-procedure van een wettelijke grondslag te voorzien. Op dit moment ligt een wetsvoorstel (*Wetsvoorstel continuïteit ondernemingen I*) daartoe bij de Tweede Kamer.⁹

Dit onderzoek zal zich richten op de (on)mogelijkheid om een pre-pack-procedure, ten behoeve van een reorganisatie om bedrijfseconomische redenen, aan te bieden aan de zakelijke cliënten van e-Legal incasso advocaten. Het kantoor kan geen pre-pack-procedure aanbieden, maar die enkel adviseren aan klanten die in zwaar weer verkeren en binnenkort hun faillissement moeten aanvragen. De door de rechter aan te wijzen curator beslist daar uiteindelijk over, met goedkeuring van de rechter-commissaris.

e-Legal incasso advocaten is gespecialiseerd in business-to-business-incasso (B2B) en verleent juridische bijstand op het gebied van incasso- en procesrecht, beslag- en executierecht, faillissementsrecht en contractenrecht. In het kader van zijn specialismen is het voor e-Legal interessant te bezien of zij de bevindingen uit het juridisch onderzoek kan aanwenden voor een nieuwe, juridische dienstverlening aan zijn (potentiële) cliënten.

1.2 | Centrale vraag

Op welke wijze dient e-Legal incasso advocaten zijn cliënten te adviseren bij de realisering van een herstructurering door middel van een pre-pack-procedure na invoering van de Wet continuïteit ondernemingen I, rekening houdende met de arbeidsrechtelijke consequenties daarvan?

1.3 | Doelstelling

Op 12 januari 2016 wordt een adviesrapport opgeleverd aan e-Legal incasso advocaten. Uit dit rapport zal blijken in hoeverre een pre-pack-procedure ten behoeve van een bedrijfseconomische reorganisatie kan worden toegepast.

⁶ 'Rechter keurt flitsfaillissement goed', www.volkskrant.nl (zoek op *flitsfaillissement*).

⁷ 'Luchtje aan faillissement Schoenenreus', www.telegraaf.nl (zoek op *faillissement Schoenenreus*).

⁸ 'Vier vragen over de stille bewindvoerder', www.Rechtspraak.nl (zoek op *pre-pack-procedure*).

⁹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, nr. 2.

Afhankelijk van de bevindingen van dit juridisch onderzoek, zal e-Legal incasso advocaten bepalen of het zijn juridische dienstverlening aan klanten zal aanvullen. De bevindingen van dit onderzoek zullen worden uiteengezet in de vorm van een juridisch onderbouwde inschatting, waarbij de arbeidsrechtelijke consequenties van een pre-pack-procedure worden verhelderd.

1.4 | Deelvragen

De volgende onderwerpen, in deelvragen verwerkt, komen in dit onderzoek aan bod:

- 1. Wat is het wettelijk kader van een faillissement en de daaruit mogelijk voortvloeiende pre-pack-procedure?*
- 2. Wat is het wettelijk kader van de arbeidsrechtelijke bescherming van de belangen van werknemers?*
- 3. Wat is de rechtsopvatting van de Nederlandse rechtspraak aangaande de pre-pack-procedure en wat zijn de arbeidsrechtelijke consequenties hiervan?*
- 4. Welke wet prevaleert op het moment dat het arbeidsrecht en het insolventierecht, elkaar tijdens een pre-pack-procedure, treffen?*
- 5. Is het voor e-Legal incasso advocaten, vanuit een juridische invalshoek gezien, interessant de pre-pack-procedure om bedrijfseconomische redenen aan zijn klanten te adviseren?*

Allereerst wordt het wettelijk kader van een faillissement uiteengezet. De uiteenzetting heeft als doel de ontstaansgeschiedenis van de pre-pack-procedure te schetsen. Op basis van die inleidende informatie wordt stapsgewijs dieper ingegaan op de Faillissementswet. Daarvoor is relevante wet- en regelgeving geraadpleegd.

Daarna wordt, eveneens op een inleidende manier, de basis van het arbeidsrecht, met betrekking tot een pre-pack-procedure, verhelderd. Dan volgt een stapsgewijze verdieping in het arbeidsrecht. Die verdieping richt zich in het bijzonder op de relevante componenten van het arbeidsrecht met betrekking tot de pre-pack-procedure.

Aansluitend wordt gekeken naar de rechtsopvatting van de rechtspraak daarover. Hiermee wordt het beoordelingskader van de rechtsprekende instanties verhelderd.

Tevens wordt op basis van vergaarde informatie de verhouding tussen het arbeids- en het insolventierecht uiteengezet. De gedachte daarbij is om mogelijke tegenstrijdigheden tussen het arbeids- en het insolventierecht aan het licht te brengen en aan te geven welk rechtsgebied in welke situatie prevaleert.

Ten slotte wordt, aan de hand van de bevindingen van dit onderzoek, bekeken of de juridische dienstverlening van e-Legal incasso advocaten kan worden aangevuld. Daarvoor zal op basis van relevante wet- en regelgeving worden bekeken in hoeverre het toelaatbaar is een pre-pack-procedure vanuit een bedrijfseconomisch motief in gang te zetten.

1.5 | Onderzoeksstrategieën

Dit onderzoek heeft grotendeels een juridische grondslag. Bij dit juridische onderzoek zijn rechtsbronnen geraadpleegd, oftewel vindplaatsen van het geldende recht¹⁰. Daarnaast is ook literatuuronderzoek verricht. Tevens worden precedënten van pre-pack-procedures aan de hand

¹⁰ Van Schaaijk 2011, p. 83.

van case studies onderzocht, met als doel te bezien of hieruit iets valt te concluderen voor de Nederlandse rechtsopvatting. Hiermee wordt een compleet beeld geschetst van de pre-pack-procedure, de relevante wet- en regelgeving hierover en de rechtsopvatting van de rechtspraak daaromtrent. De gevonden bronnen worden geanalyseerd, vergeleken en geïnterpreteerd.

1.6 | Bronnen en methoden

De bronnen die voor dit juridisch onderzoek worden gebruikt, zullen door middel van een inhoudsanalyse in dit onderzoek worden opgenomen. Informatie die relevant kan zijn voor dit onderzoek, zal uit verschillende rechtsbronnen en literatuur worden gehaald. Daarvoor worden verschillende bronnen van wetgeving geraadpleegd, zoals de Faillissementswet (hierna: Fw), het Burgerlijk Wetboek en parlementaire stukken. De literatuur die bestudeerd wordt, wordt in de literatuurlijst opgenomen. Om de eerste deelvraag te kunnen beantwoorden, worden rechtsbronnen geraadpleegd. Voor het antwoord op de tweede deelvraag zal eveneens uit rechtsbronnen worden geput. Dit geldt tevens voor de beantwoording van de derde en vierde deelvraag. Voor de beantwoording van de vijfde deelvraag worden de bevindingen van dit juridisch onderzoek als uitgangspunt gebruikt.

1.7 | Verantwoording

De inhoudelijke verantwoording

De centrale vraag is dusdanig geformuleerd dat op het eerste oog duidelijkheid wordt gegeven over het terrein van dit onderzoek. Zo wordt het onderwerp van het onderzoek voldoende afgebakend. De manier waarop de deelvragen zijn geformuleerd, dient om een helder beeld te schetsen van de juridische aspecten die een rol spelen bij de beantwoording van de centrale vraag. Met de vergaarde informatie zal antwoord worden gegeven op de centrale vraag en worden de arbeidsrechtelijke consequenties van de pre-pack-procedure vanuit een juridisch perspectief uiteengezet.

De methodische verantwoording

De bronnen waaruit wordt geput, zullen in de vorm van een inhoudsanalyse in dit onderzoek worden opgenomen. Relevante informatie wordt uit verschillende rechtsbronnen en uit literatuur gehaald. Daarvoor worden diverse bronnen van wetgeving geraadpleegd, zoals de Faillissementswet, het Burgerlijk Wetboek en diverse documenten uit de Tweede Kamer. De bestudeerde literatuur wordt in de literatuurlijst opgenomen. Aan de hand van de gekozen bronnen en methoden wordt een beredeneerd antwoord op de centrale vraag gegeven .

2.1 | Inleiding op de Faillissementswet

Normaliter wordt faillissement aangevraagd door een schuldeiser, van wie een schuldenaar zijn betalingsverplichting niet nakomt. Daarnaast is het voor een schuldenaar mogelijk zijn eigen faillissement aan te vragen. Bij het uitspreken van een faillissement wordt ten behoeve van de schuldeisers beslag gelegd op nagenoeg het gehele vermogen van de schuldenaar (lees: failliete onderneming).¹¹ ¹² In beginsel is het doel van een faillissement het gehele vermogen van de schuldenaar te gelde te maken, zodat de opbrengst onder de schuldeisers kan worden verdeeld. De faillissementskosten worden eveneens met deze opbrengst vergoed.

Voordat het faillissement wordt uitgesproken, dient de aanvrager aan enkele wettelijke vereisten te voldoen. Deze vereisten zijn te herleiden tot de memorie van toelichting bij de huidige Faillissementswet. In het gedateerde Kamerstuk blijkt uit het eerste wetsartikel dat onder de volgende omstandigheid het faillissement wordt uitgesproken: *“het ophouden met betalen door de schuldenaar, d.w.z. het objectieve, naakte feit van het niet-voldoen van opeisbare schulden waarvan de betaling gevorderd wordt, terwijl de verplichting om te betalen niet ontkend wordt”*.¹³ In de loop der tijd is deze bepaling enkele malen herzien.

Thans vermeldt artikel 1 Fw dat de schuldenaar enkel in een toestand dient te verkeren dat hij is opgehouden te betalen.¹⁴ In combinatie met artikel 6 lid 3 Fw wordt duidelijk dat de aanvrager dit element moet aantonen. Daarbij komt dat het faillissement pas wordt uitgesproken indien summierlijk blijkt van het bestaan van feiten of omstandigheden welke aantonen dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen. Voorts dient de aanvrager over een vorderingsrecht te beschikken jegens de schuldenaar. Daarnaast bestaan er formele vereisten die aan de aanvraag van een faillissement zijn gebonden. Daarbij valt te denken aan de verplichting de faillissementsaanvraag door een advocaat te laten indienen. Tot slot staat in de Faillissementswet dat de faillissementsaanvraag in de vorm van een verzoekschrift wordt opgesteld.¹⁵

De bovengenoemde wettelijke vereisten zijn helder en duidelijk weergegeven. Men zou denken dat hierover geen misvatting kan ontstaan. Niets is echter minder waar. In de jurisprudentie is in 1995 het een en ander hieromtrent verduidelijkt.¹⁶ In de uitspraak van 1995 is de eis van pluraliteit van schuldeisers ontwikkeld. Dat wil zeggen dat de aanvrager van het faillissement naast zijn eigen vordering, eveneens over een vordering dient te beschikken van een andere schuldeiser. Dit is de zogeheten steunvordering. Zo voorkomt de formele wetgever dat het gehele mechanisme van de Faillissementswet ten behoeve van één schuldeiser in gang wordt gezet. Ter ondersteuning van dit standpunt is een conclusie van advocaat-generaal mr. Koopmans van belang. In de kern komt de conclusie van mr. Koopmans erop neer dat een enkele schuldeiser met de normale executie-

¹¹ Buchem-Spapens & Pouw, 2013, p. 2.

¹² Artikel 20 Fw.

¹³ Kamerstukken II 1890/91, 100, nr. 3, p. 22.

¹⁴ Artikel 1 lid 1 Fw.

¹⁵ Artikel 5 lid 1 Fw.

¹⁶ HR 27 juli 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1792.

mogelijkheden voldoende instrumenten heeft om de vordering op zijn schuldenaar te verhalen.

2.2 | Inleiding op de pre-pack-procedure

In de voorgaande paragraaf is de basis van de totstandkoming van een faillissement in het kort beschreven. Daarbij is uitgegaan van de situatie waarin de schuldeiser het faillissement aanvraagt van zijn debiteur. Belangrijk is om in het geval dat de debiteur een besloten vennootschap of een naamloze vennootschap is onderscheid te maken tussen het vermogen van de onderneming en het privévermogen van de eigenaar daarvan. Uiteindelijk komt het vermogen van de debiteur of onderneming in de boedel terecht. Dit is geheel afhankelijk van de rechtsvorm. Het doel van het faillissement is de boedel te gelde te maken, zodat de schuldeiser zijn vordering op de opbrengst kan verhalen.¹⁷

Behalve met het bovengenoemde doel kan een faillissement met een ander doel worden aangevraagd, namelijk met het doel de kans op voortzetting van een onderneming te vergroten. Dit geschiedt middels een pre-pack-procedure. Voorwaarde daarvoor is dat een onderneming met liquiditeitsproblemen kampt, maar wel over rendabele bedrijfsonderdelen beschikt.¹⁸ De liquiditeitsproblemen kunnen samenhangen met een structureel gebrek aan baten.

Als een onderneming constant in de rode cijfers verkeert, ligt een faillissement zo goed als zeker in het verschiet. Een onderneming kan, om haar financiële situatie te versterken, proberen de omvang van haar passiva zoveel mogelijk te beperken. Daarvoor kan het in stand houden van alle arbeidsovereenkomsten een beletsel vormen. Belangrijk om op te merken is dat bij een dergelijke voortzetting alleen de rendabele bedrijfsonderdelen worden voortgezet. De bedrijfsonderdelen die zich hier niet voor lenen, komen tot een eind. Daardoor ligt het voor de hand dat bij een eventuele voortzetting van de afgeslankte onderneming een overschot aan werknemers kan ontstaan. Een pre-pack-procedure kan hier soelaas voor bieden. Daarbij dient te worden opgemerkt dat, zoals reeds vermeld, een pre-pack-procedure op dit moment geen wettelijke grondslag heeft. De rechtbanken Midden-Nederland, Overijssel en Limburg zijn vooralsnog de enige rechtbanken die de pre-pack-procedures niet toepassen.¹⁹

2.3 | Ontstaan van de pre-pack-procedure

Om de achtergrond van de pre-pack-procedure voldoende in beeld te brengen, is het van belang het ontstaan daarvan summier te bespreken. De oorsprong van het bestaan van de pre-pack-procedure ligt in het Verenigd Koninkrijk. Daar staat deze procedure bekend als 'pre pack administration'.²⁰ Ter nadere toelichting van deze maatregel is Engelse literatuur aangehaald. Daarbij dient te worden opgemerkt dat de Engelse 'pre pack administration' in hoofdlijnen overeen komt met de Nederlandse pre-pack-procedure. De 'pre pack administration' heeft immers ook als doel om, waar mogelijk, een onderneming te redden.²¹ Deze redding vertaalt zich in de mogelijkheid voor een onderneming om een doorstart te maken.

¹⁷ Buchem-Spapens & Pouw, 2013, p. 2.

¹⁸ Zanten, De pre-pack, (aan)winst voor de insolventiepraktijk, p.19.

¹⁹ Vier vragen over de stille bewindvoerder', www.Rechtspraak.nl (zoek op *pre-pack-procedure*).

²⁰ 'Our company is really struggling but the business could be viable', www.companyrescue.co.uk (zoek op: pre-pack).

²¹ Slaughter & May 2013, p. 2.

In vaktijdschriften wordt massaal gepleit voor de invoering van de pre-pack-procedure. Mr. Drs. N.W.A. Tollenaar liet al eerder in een tijdschrift voor insolventierecht weten dat het Nederlandse insolventierecht dringend aan hervorming toe is.²² Hij benadrukt dat het Nederlandse insolventiesysteem, ten opzichte van dat in andere landen, tekortschiet.

Vermeldenswaardig is de mogelijkheid die ondernemingen hebben om te 'forum-shoppen'.²³ Daarmee bestaat voor een onderneming een keuzemogelijkheid binnen het voor haar geldende toepasbare recht. De onderneming kan deze keuze krijgen door haar COMI (centrum van de voornaamste belangen) te verplaatsen naar een land met het beoogd rechtssysteem, om dat te benutten. Daarbij dient opgemerkt te worden dat de COMI wordt verondersteld de plaats van de statutaire zetel van een onderneming te zijn, tenzij het tegendeel wordt bewezen. Voordat de pre-pack-procedure in Nederland werd toegepast, vond er 'insolventietoerisme' plaats. Een Nederlands voorbeeld daarvan is de herstructurering van European Directories (lees: Gouden Gids). Deze onderneming verplaatste haar COMI naar Engeland, zodat de herstructurering volgens het Engelse insolventierecht kon worden gerealiseerd. Om die reden is dan ook voor invoering van een Nederlandse pre-packvariant gepleit.

Op 22 februari 2011 lijkt het zover te zijn gekomen. De rechtbank in 's-Hertogenbosch lijkt de eerste stap te nemen om impliciet een pre-pack-procedure toe te passen.²⁴ Bij de faillissementsaanvraag van een schuldenaar benoemt de rechtbank een deskundige die onderzoek moet doen naar de mogelijkheden de onderneming te verkopen. Zoals reeds eerder besproken, wordt met deze deskundige een stille bewindvoerder bedoeld. Ook de rechter-commissaris is in het kader van de voorbereiding op de verkoop alvast benoemd. Met deze uitspraak is vorm gegeven aan een pre-pack-procedure. Daarnaast heeft deze uitspraak ertoe geleid dat ook andere rechtbanken de pre-pack-procedure zijn gaan toepassen.

2.4 | De pre-pack-procedure in de praktijk

Zoals vermeld is het middels de pre-pack-procedure voor een rechtbank mogelijk om alvorens een faillissement wordt uitgesproken, een (beoogd) curator en een (beoogd) rechter-commissaris aan te stellen.²⁵ De gedachte hierachter is dat als de bovengenoemde partijen al zijn aangesteld, zij ook bij de voorbereiding van het faillissement betrokken kunnen zijn. De voorbereiding gebeurt doorgaans in volledige discretie. In de praktijk wordt een curator die betrokken is bij een faillissement dat zich nog in de voorbereidingsfase bevindt, een stille bewindvoerder genoemd.

In de voorbereidende fase van het faillissement wordt gezocht naar kandidaten die mogelijk erin geïnteresseerd zijn de onderneming over te nemen. Ook de onderhandelingen met betrekking tot de verkoop van bedrijfsonderdelen horen bij de voorbereidingsfase.²⁶ Op het moment dat vóór het uitspreken van het faillissement een verkooptransactie is voorbereid, geeft de curator een eindoordeel over of de verkoop kan doorgaan. De curator is immers beheerder en vereffenaar van

²² Tollenaar, Tvl 2011/23, p. 1.

²³ Tollenaar, Tvl 2011/23, p. 1.

²⁴ Rechtbank 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, JOR 2011/375.

²⁵ 'Vier vragen over de stille bewindvoerder', www.Rechtspraak.nl (zoek op *pre-pack procedure*).

²⁶ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, nr. 3, p.5.

de failliete onderneming.²⁷

Een curator zal met de verkooptransactie akkoord gaan, als hij ervan overtuigd is dat de verkooptransactie het best behaalbare resultaat zal zijn.²⁸ In de overwegingen daarbij speelt het belang van de gezamenlijke schuldeisers een cruciale rol. Daarbovenop dient de rechter-commissaris aan de curator toestemming te geven voor de onderhandse verkoop.²⁹ Bij een dergelijke voorbereiding zijn zowel de rechter-commissaris als de curator betrokken bij de onderhandelingen. Dit leidt ertoe dat de partijen op de dag van de faillietverklaring efficiënt en voortvarend kunnen beslissen over de mogelijke verkooptransactie. Dat zou anders zijn als zij niet bij de voorbereiding betrokken zouden zijn geweest.

Bij een gangbaar faillissement worden de curator en rechter-commissaris pas bij de faillietverklaring van de onderneming geconfronteerd met de voorbereide verkooptransactie.³⁰ Dat maakt het voor de curator en rechter-commissaris moeilijker om binnen een korte termijn een verantwoorde beslissing te nemen over het al dan niet toelaten van de verkooptransactie. Informatieachterstand en tijdsdruk spelen hierbij een belangrijke rol. Als ook nog sprake is van een gebrek aan transparantie bij de voorbereidingen van het faillissement, bestaat het risico dat eventuele faillissementsfraude of ander misbruik van het faillissementsrecht niet, of pas later, aan het licht komt.

Een ander aandachtspunt bij een doorsnee faillissement zijn de negatieve publiciteit en de bijkomende effecten daarvan.³¹ Klanten kunnen bijvoorbeeld hun zaken met de onderneming staken vanwege gebrek aan vertrouwen. Tevens is het mogelijk dat leveranciers in onzekerheid gaan verkeren, omdat zij geen zekerheid meer hebben over de voldoening van hun facturen. Om die reden kan een leverancier besluiten het leveren van diensten/producten aan de onderneming te staken. Als de bovengenoemde gevolgen intreden, zou de onderneming stil komen te staan. Dat kan uiteindelijk leiden tot een waardevermindering van de rendabele bedrijfsonderdelen.

2.5 | Tussenconclusie

Door een faillissement uit te spreken, wordt er beslag gelegd op het gehele vermogen van een schuldenaar (lees: failliete onderneming). De beslaglegging wordt ten behoeve van de schuldeisers gelegd. Na beslaglegging wordt het vermogen van de schuldenaar te gelde gemaakt. Met de opbrengsten daarvan worden de faillissementskosten gedekt. Het restant wordt vervolgens onder de schuldeisers verdeeld.

Het Nederlandse insolventierecht lijkt op enkele onderdelen gedateerd. Andere landen lijken daardoor een voorsprong te hebben op het Nederlandse insolventierecht. Daarvan is onder meer Engeland een voorbeeld. De pre-pack-procedure vindt zijn oorsprong in Engeland en is inmiddels naar Nederland overgewaaid. Vooralsnog heeft de pre-pack-procedure geen wettelijke grondslag, maar wordt thans in acht van elf rechtbanken toegepast. Met een pre-pack-procedure kan een

²⁷ Artikel 68 Fw

²⁸ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, nr. 3, p. 5.

²⁹ Artikel 101 Fw jo 176 Fw.

³⁰ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, nr. 3, p. 5.

³¹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, nr. 3, p. 5.

rechtbank, alvorens een faillissement wordt uitgesproken, een deskundige aanstellen die een (mogelijke) doorstart voorbereidt. Deze deskundige doet onderzoek naar de financiële positie van de betreffende onderneming en naar de mogelijkheid een verkoop van de onderneming tot stand te brengen. De deskundige in kwestie is een curator. In het voorstadium, waarin de voorbereidende handelingen worden getroffen, noemt men die nog een stille bewindvoerder. Eveneens wordt de beoogde rechter-commissaris aangesteld. De rechter-commissaris heeft vervolgens als taak toezicht te houden op de werkzaamheden van de curator.

In het vorige hoofdstuk is op een inleidende wijze de basale theorie van het faillissementsrecht besproken. Daarnaast is de pre-pack-procedure beschreven. Middels dit juridische instrument kan een doorstart in alle stilte worden voorbereid. In de voorbereidingsfase zoekt de stille bewindvoerder naar partijen die erin geïnteresseerd zijn de onderneming over te nemen.³² Deze overname gebeurt doorgaans door een verkooptransactie. Het juridische begrip ‘bedrijfsovername’ is een overkoepelende term voor manieren waarop een onderneming kan worden overgenomen. Om die reden behoeft dit ondernemingsrechtelijke begrip een nadere uitleg. In dit hoofdstuk wordt uiteengezet hoe de overgang van een onderneming juridisch is geregeld. Later komen in hoofdstuk 4 en 5 de bedrijfsovername vanuit het insolventierecht en de pre-pack-procedure uitvoerig aan bod.

3.1 | De juridische fusie

Om te beginnen kan een bedrijfsovername middels een juridische fusie worden gerealiseerd. Het bestaan van de juridische fusie is teruggelaten tot de publicatie van een Europese Richtlijn.³³ In deze richtlijn werden de lidstaten verplicht de juridische fusie in hun nationale wetgeving te codificeren. Ter uitvoering van deze richtlijn is de juridische fusie in Boek 2 BW opgenomen. Daarbij staat artikel 2:309 BW centraal. In dat artikel wordt een fusie gedefinieerd als een rechtshandeling van twee of meer rechtspersonen, waarbij een van deze rechtspersonen het vermogen van de andere onder algemene titel verkrijgt.

Tevens is het mogelijk dat rechtspersonen, in het kader van een fusie, een nieuwe onderneming oprichten. Daarbij smelten de rechtspersonen als het ware samen tot één nieuwe rechtspersoon. Daarmee komt het bestaan van de oorspronkelijke rechtspersonen tot een eind. Ter verduidelijking kan in het eerste geval worden gedacht aan een situatie, waarin de verkochte rechtspersoon onderdeel gaat uitmaken van de verkrijgende rechtspersoon. In de andere situatie kan worden gedacht aan twee rechtspersonen die fuseren tot één nieuwe rechtspersoon.³⁴ Een fusie is dan ook het beste te omschrijven als een samenvoeging van rechtspersonen.

De juridische fusie is van toepassing op alle rechtsvormen die in Boek 2 BW zijn gemeld, met uitzondering van de informele vereniging.³⁵ Vermeldenswaardig is het feit dat een juridische fusie alleen kan geschieden tussen rechtspersonen die dezelfde rechtsvorm hebben. Daarbij dient te worden opgemerkt dat een bv daarbij wordt gelijkgesteld aan een nv, waardoor het voor deze rechtsvormen wel mogelijk is te fuseren.³⁶ In artikel 3:310 BW geeft de formele wetgever zowel de omstandigheden aan waaronder een fusie geoorloofd is als waaronder die verboden is. Van belang is lid 6 van het dit artikel; het verbod om tijdens een faillissementsprocedure te fuseren.

³² *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, nr. 3, p.5.

³³ Richtlijn 79/855/EEG.

³⁴ *Bedrijfsovername*, Meijer & Wessels 2009, p. 60.

³⁵ De kern van het ondernemingsrecht, Kroeze & Timmerman, p. 200.

³⁶ Artikel 2:3010 lid 3 BW.

3.2 | De aandelenfusie

Naast de juridische fusie bestaat de mogelijkheid om middels een aandelenfusie een bedrijfsovername te realiseren.³⁷ Bij de uitvoering daarvan worden de aandelen van een onderneming door een andere rechtspersoon gekocht. De totstandkoming van een aandelenfusie geschiedt middels aanbod en aanvaarding. In dat kader vertaalt een aanbod zich in een bod op de aandelen. Vanzelfsprekend bestaat de aanvaarding uit het feitelijk aanvaarden van het eerder genoemde aanbod. Doorgaans kent een dergelijk bod op de aandelen een onderhands karakter. Dat wil zeggen dat de bieder bekend is bij de aandeelhouders en dat de partijen in een eerder stadium al hierover hebben onderhandeld.

De tegenhanger van een onderhands bod is een openbaar bod. Daarbij is de bieder niet bekend bij de aandeelhouders en zijn er geen eerdere onderhandelingen geweest. Daarbij dient te worden opgemerkt dat een openbaar bod doorgaans plaatsvindt bij nv's, waarvan de aandelen zijn genoteerd aan een effectenbeurs. Bij een aandelenfusie wordt de onderneming die zijn aandelen heeft verkocht, gecontinueerd. Daarbij staat niet de verkoop van de onderneming zelf centraal, maar de vennootschappelijke huls waarbinnen de onderneming wordt gedreven.³⁸ Door de verkoop van de aandelen van de onderneming krijgt de verkrijgende onderneming de doorslaggevende zeggenschap over de verkregen onderneming.

3.3 | De activa-passivatransactie

Tevens bestaat de mogelijkheid om een bedrijfsovername middels een activa-passivatransactie te realiseren.³⁹ In tegenstelling tot bij de aandelenfusie, staat bij de activa-passivatransactie wél de onderneming centraal bij de verkoop. Om tot een dergelijke transactie te komen, dienen de activa en passiva van de onderneming gedefinieerd te worden. Onder activa vallen zaken als inventaris, voorraden en debiteuren. Voorbeelden van onderdelen die bij de passiva behoren zijn leningen en vorderingen. Wanneer partijen overeenstemming hebben bereikt over de inhoud van de onderneming, worden de onderdelen op een juridisch correcte wijze overgedragen.

3.4 | Een bedrijfsovername in insolventie

Opvallend is dat bij een juridische fusie in ieder geval één rechtspersoon ophoudt te bestaan.⁴⁰ Daar komt bij dat het vermogen van de vervreemder onder algemene titel wordt overgedragen aan de verkrijgende rechtspersoon. Dit brengt met zich mee dat de verkrijgende rechtspersoon de rechtspositie van de vervreemder volledig overneemt. Als 'nieuwe' feitelijke werkgever hoeft de vervreemder geen handelingen te verrichten om de arbeidsovereenkomsten voort te zetten. De arbeidsovereenkomsten gaan van rechtswege over naar de verkrijgende rechtspersoon. Formeel gezien vindt er in beginsel niet eens een beëindiging van de arbeidsovereenkomst plaats tussen de vervreemder en diens werknemers.

In artikel 2:309 BW wordt verwezen naar Wet overgang onderneming. Deze wet vindt zijn grondslag in artikel 7:662 BW e.v. In het laatstgenoemde artikel komen de rechten van de werknemer bij de overgang van een onderneming aan bod. Vermeldenswaardig is artikel 7:663 BW. In dat artikel worden de gevolgen van de overgang van een onderneming benoemd. Daarin is bepaald dat door

³⁷ 'fusies en overnames' www.rechtvoorbedrijven.nl, (zoek op *aandelenfusie*).

³⁸ Bedrijfsovername, Meijer & Wessels 2009, p. 89.

³⁹ 145 vragen en antwoorden over bedrijfsopvolging, Warmerdam 2004, p. 47.

⁴⁰ De kern van het ondernemingsrecht, Kroeze & Timmerman, p. 200.

de overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen ten tijde van de overgang, van rechtswege overgaan op de verkrijger. De oorsprong van deze regel ligt in een Europese richtlijn.⁴¹ Blijkens de literatuur dient de betreffende richtlijn twee doelen.⁴² Enerzijds dient deze richtlijn ter bescherming van werknemers bij de overgang van een onderneming. Anderzijds heeft deze richtlijn als doel de overgang van ondernemingen op Europees niveau te versoepelen.⁴³ Daarbij staat uniformering van regelgeving centraal. De grensoverschrijdende fusies op de Europese markt waren hier de aanleiding voor.⁴⁴

De voornoemde richtlijn heeft echter voor enige onduidelijkheid gezorgd. Begrippen die op het eerste oog eenvoudig van aard zijn, blijken toch veel vragen op te roepen. Begrippen als 'onderneming', 'werknemer' en 'overgang' werden niet in de richtlijn gedefinieerd. Daarnaast was het niet duidelijk of deze richtlijn van toepassing was op insolvente ondernemingen. Om die reden is Richtlijn 98/50/EG ingevoerd.⁴⁵ Met de invoering van deze laatste richtlijn beoogt de Europese Commissie duidelijkheid te scheppen omtrent de reikwijdte van de eerdere richtlijn. Daarom is onder meer de volgende bepaling in de richtlijn opgenomen:

Artikel 4 bis

1. Tenzij de lidstaten anders bepalen, zijn de artikelen 3 en 4 niet van toepassing op een overgang van een onderneming, vestiging of onderdelen daarvan 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 een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn).

Uit de eerste volzin blijkt dat aan lidstaten de vrijheid toekomt deze richtlijn al dan niet van toepassing te verklaren bij insolvente ondernemingen. Om de onderhavige uitzonderingsregel van kracht te laten gaan, dienen lidstaten deze uitzonderingsregel in hun nationale wetgeving te implementeren. In het geval zij dat niet doen, is de richtlijn toepasbaar bij insolvente ondernemingen. In dat geval zouden werknemers, bij de doorstart van een gefailleerde onderneming, van rechtswege overgaan naar de verkrijgende rechtspersoon.

De Nederlandse wetgever heeft ervoor gekozen om van de hierboven vermelde uitzonderingsregel gebruik te maken. Dit heeft voormalig minister van Justitie Korthals bij de behandeling van het wetsvoorstel Uitvoering van de Richtlijn 98/50/EG toegelicht.⁴⁶ Minister Korthals lichtte toe dat zonder toepassing van de betreffende uitzonderingsregel een doorstart van een gefailleerde onderneming veelal onmogelijk wordt gemaakt. Daarbij maakte minister Korthals een vergelijking met de situatie waarin slechts een deel van een onderneming kan worden gered. Zonder toepassing van de uitzonderingsregel zou dat betekenen dat het ontslag van de werknemers wordt uitgesloten.

⁴¹ Richtlijn 77/187/EEG.

⁴² 'Van overgang van onderneming en doelredeneringen: twee recente uitspraken van het Hof van Justitie' www.Arbeidsrecht.declercq.com (zoek op *overgang van onderneming*).

⁴³ Monografieën sociaal recht, overgang van onderneming in de private en publieke sector, Beltzer 2008, p. 178.

⁴⁴ J.H. Even, 'Van overgang van onderneming en doelredeneringen: twee recente uitspraken van Hof van Justitie, TAP 2009, 5, blz. 174.

⁴⁵ Richtlijn 98/50/EG.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2000/01. 27649, nr. 61, p. 4284-4289.

Daardoor wordt een verkrijgende rechtspersoon per definitie met overtollig personeel geconfronteerd.

In aanvulling op de hiervoor genoemde wijziging, is later opnieuw een richtlijn ingevoerd.⁴⁷ Ten opzichte van de eerder vermelde richtlijn uit 1998 hebben er geen belangwekkende wijzigingen plaatsgevonden.⁴⁸ Een summiere vergelijking van de richtlijnen laat zien dat er slechts een wijziging in de nummering van de bepalingen heeft plaatsgevonden. Zo is artikel 4bis in de nieuwe richtlijn als artikel 5 opgenomen. Daarom behoeft de meest recente richtlijn geen verdere bespreking.

Ter implementatie van de hierboven genoemde richtlijnen is afdeling 8 van boek 7 in het Burgerlijke Wetboek opgenomen. In artikel 7:662 BW e.v. heeft de Nederlandse wetgever de richtlijn gecodificeerd. De eerder besproken uitzonderingsregel van de richtlijn heeft in artikel 7:666 BW zijn plaats gekregen in de Nederlandse wetgeving.

3.5 | Het Abbels-arrest

In 1985 heeft het Hof van Justitie het zogeheten Abbels-arrest gewezen.⁴⁹ In dat arrest heeft het Hof van Justitie opheldering gegeven omtrent de toepasbaarheid van de regels die betrekking hebben op de overgang van een onderneming. Zoals reeds aangegeven, is bij overgang van een onderneming artikel 7:662 BW e.v. van toepassing. Dit brengt met zich mee dat de werknemers van rechtswege overgaan naar de verkrijgende rechtspersoon. Bij de overgang van een insolvente onderneming ligt dat anders. In dat geval treedt de uitzonderingsregel van artikel 5 van de richtlijn in werking.

In het Abbels-arrest heeft het Hof van Justitie onderscheid gemaakt tussen een faillissement en surseance van betaling.⁵⁰ Daarbij vond het Hof van Justitie het doel van deze twee procedures van belang. In dat verband is de surseance van betaling gericht op behoud van de onderneming. Indien het mogelijk is, strekt de surseance van betaling ook tot voortzetting van de onderneming. Het faillissement is daarentegen gericht op liquidatie van de gefailleerde onderneming. Om die reden kan het doel van een faillissement niet stroken met de inhoud van artikel 7:662 BW e.v. Toepasbaarheid van artikel 7:662 BW in een faillissementssituatie zou betekenen dat een eventuele koper wordt afgeschrikt. Toepasbaarheid van artikel 7:662 BW brengt in dat geval met zich mee dat de koper met loonkosten van de werknemers wordt geconfronteerd. Daar komt bij dat de koper van rechtswege wordt verplicht alle werknemers van de gefailleerde onderneming in dienst te nemen. Dat zou de kans op een overname minimaliseren, waardoor alle werkgelegenheid verloren gaat.

Zoals reeds aangegeven, geeft het Hof van Justitie opheldering over het vraagstuk aangaande de toepasbaarheid van de richtlijn in deze kwestie.⁵¹ Daarbij maakt het Hof van Justitie een taalvergelijking van het begrip 'overgang ten gevolge van overdracht' tussen diverse lidstaten. Door deze taalvergelijking wordt het voor het Hof van Justitie al snel duidelijk dat lidstaten een andere definitie toekennen aan het hiervoor genoemde begrip. Gelet op deze verschillen, kan de strekking

⁴⁷ Richtlijn 2001/23/EG.

⁴⁸ Richtlijn 98/50/EG.

⁴⁹ HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 900.

⁵⁰ HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 900.

⁵¹ Monografieën sociaal recht, overgang van onderneming in de private en publieke sector, Beltzer 2008, p. 178.

van het begrip in kwestie niet uitsluitend uit de tekst van de richtlijn worden gehaald. Om die reden heeft het Hof van Justitie het doel en de opzet van de richtlijn in zijn overweging meegenomen.

Daarnaast is eveneens acht geslagen op de bijzondere plaats die de richtlijn in het gemeenschapsrecht inneemt. Daarmee wordt bedoeld dat lidstaten, ter implementatie van de richtlijn, van hun eigen sociale recht afwijken. Ook in de Europese Richtlijn 75/129 wordt de bijzonderheid van de richtlijn in kwestie erkend.⁵² De hiervoor genoemde richtlijn ziet toe op bescherming van de werknemers ingeval van collectief ontslag. In dat verband zijn aan werkgevers enkele verplichtingen opgelegd. Deze verplichtingen zijn bij een faillissementsprocedure niet van toepassing. Dit sluit tevens aan op de inhoud van Richtlijn 2001/23/EG. Indien de wetgever dit niet heeft beoogd, bevat de richtlijn die in deze kwestie centraal staat een uitdrukkelijke bepaling waarin dat is vermeld. Ook de Hoge Raad heeft zich in 1988 aangesloten bij de opvatting van het Hof van Justitie.⁵³ De Hoge Raad oordeelde dat zij geen redenen zag om aan te nemen dat aan de uitzonderingsregel in kwestie een verdergaande reikwijdte moet worden toegekend.

3.6| Tussenconclusie

In hoofdstuk 2 is gebleken dat de pre-pack-procedure in feite neerkomt op een overname van de onderneming. Het begrip ‘bedrijfsovername’ zelf is een overkoepelende term, waarbij er verschillende manieren zijn waarop een bedrijfsovername gerealiseerd kan worden. De volgende manieren van bedrijfsovername zijn te onderscheiden; juridische fusie, aandelentransactie en een activa-passivatransactie.

Bij een bedrijfsovername geldt dat de arbeidsovereenkomst van een werknemer van rechtswege wordt overgedragen aan de verkrijgende rechtspersoon. De totstandkoming van deze regel is te herleiden tot een Europese richtlijn. Vanwege de ontwikkelingen op de Europese markt en grensoverschrijdende fusies, was uniformering van de relevante regelgeving noodzakelijk. Door uniformering is tevens meer duidelijkheid gecreëerd over de juridische aspecten bij een overname van een gefailleerde onderneming. In dat kader is de uitzonderingsregel in artikel 5 van de betreffende richtlijn ontstaan. In Nederland geldt daardoor dat artikel 7:662 BW e.v. niet van toepassing is op insolvente ondernemingen. Artikel 5 van de richtlijn in kwestie maakt dat de kans op een doorstart van een gefailleerde onderneming wordt vergroot.

Deze uitzonderingsregel heeft tot veel kritiek geleid. Uiteindelijk heeft het Hof van Justitie hieromtrent duidelijkheid verschaft. De toepasbaarheid van de uitzonderingsregel is middels de uitspraak van het Hof van Justitie bekrachtigd. Daartoe heeft het Hof van Justitie de opzet en het doel van de richtlijn tegen het licht gehouden. Tevens acht het Hof van Justitie de plaats die Richtlijn 77/187/EEG in het gemeenschapsrecht inneemt, van belang. Tot slot heeft het Hof van Justitie naar de inhoud van de richtlijn in kwestie gekeken. Hiermee heeft het Hof van Justitie duidelijkheid gecreëerd over de achtergrond van de toepasbaarheid van deze uitzonderingsregel.

⁵² Richtlijn 98/59/EG.

⁵³ HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 191.

‘Bedrijfsovername’ is een ondernemingsrechtelijk begrip. Dit begrip is in het voorgaande hoofdstuk uitvoerig besproken. Noemenswaardig is dat op het moment dat werknemers bij een bedrijfsovername zijn betrokken, het begrip ‘overgang van onderneming’ een belangrijke rol speelt. Dit begrip heeft namelijk betrekking op de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers die bij een bedrijfsovername zijn betrokken. In aansluiting op paragraaf 3.4 geldt dat bij de overgang van een onderneming de rechten en plichten van de werknemers van rechtswege overgaan naar de verkrijger.

In beginsel is de verkrijgende rechtspersoon verplicht de arbeidsovereenkomsten van alle werknemers in stand te laten.⁵⁴ In het geval dat de bedrijfsovername een overschot aan werknemers veroorzaakt, dient de verkrijgende rechtspersoon het ontslagtraject van het UWV te doorlopen.⁵⁵ Daarbij dient de (nieuwe) werkgever een opzegvergunning aan te vragen bij het UWV vanwege bedrijfseconomische redenen. Voor een dergelijk verzoek dient de werkgever zijn financiële situatie uit een te zetten. Op basis daarvan beslist het UWV vervolgens of die financiële situatie in redelijkheid een ontslag rechtvaardigt. Daar komt bij dat de werknemer een transitievergoeding krijgt, waarbij wel rekening wordt gehouden met de draagkracht van de werkgever. Daarnaast komt aan de werknemer ook vanuit andere wet- en regelgeving arbeidsrechtelijke bescherming toe. Deze vormen van arbeidsrechtelijke bescherming zullen in dit hoofdstuk nader worden besproken. Daarna komt aan bod hoe deze vormen van arbeidsrechtelijke bescherming in een faillissementssituatie van toepassing zijn.

4.1 | De uitzonderingsregel conform Richtlijn 2001/23/EG

Zoals eerder besproken is de uitzonderingsregel van artikel 5 van de eerder behandelde Richtlijn 2001/23/EG van belang. Ter implementatie van deze richtlijn is deze uitzondering ook in de Nederlandse wetgeving verankerd, en wel in artikel 7:666 BW. Een belangrijk bestanddeel van dit wetsartikel is dat als een onderneming in staat van faillissement is verklaard, het faillissement gericht moet zijn op liquidatie van deze onderneming.

4.1.1 | De toepasbaarheid van de uitzonderingsregel conform Richtlijn 2001/23/EG

Voor de toepasbaarheid van artikel 5 van de richtlijn in kwestie is ook het moment van de overgang van de onderneming van belang. Dit is namelijk beslissend bij het bepalen of de werknemers al dan niet van rechtswege mee overgaan.⁵⁶ Op basis van de begrippen in artikel 2 van Richtlijn 2001/23/EG kan worden geconcludeerd dat het moment waarop de feitelijke ondernemingsmacht overgaat daarvoor bepalend is. Om die reden vindt de overgang van een onderneming plaats op dezelfde dag dat het faillissement wordt uitgesproken. Zoals in hoofdstuk 1 genoemd, heet dat in de volksmond een flitsfaillissement. In het faillissement van garnalenpelbedrijf Heiploeg oordeelde de rechtbank dat een flitsfaillissement kan worden gezien als een ‘gewoon faillissement’.⁵⁷ De uitspraak over het faillissement van Heiploeg komt in hoofdstuk 6 uitvoerig aan bod.

⁵⁴ Artikel 7:663 BW.

⁵⁵ Artikel 7:671a lid 1 BW.

⁵⁶ Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht, Harmsen & Schaink 2012, p. 124.

⁵⁷ ‘Rechter keurt flitsfaillissement goed’, www.volkskrant.nl (zoek op *flitsfaillissement*).

4.2 | Transitievergoeding

Een transitievergoeding is een vergoeding die een werkgever aan een werknemer betaalt voor het ontslag van die werknemer.⁵⁸ Enerzijds dient de transitievergoeding als compensatie voor het ontslag, anderzijds is de transitievergoeding bedoeld om de overgang van de werknemer naar een nieuwe baan te faciliteren. In dat geval kan de transitievergoeding de kosten dekken van een nieuwe opleiding en dergelijke.

4.2.1 | Transitievergoeding bij insolventie

Op het moment dat een werknemer in het kader van een faillissementssituatie wordt ontslagen, is de werkgever geen transitievergoeding verschuldigd.⁵⁹ De achtergrond daarvan is het streven naar een zo groot mogelijke kans op een doorstart. Daarbij kan het uitkeren van een transitievergoeding niet stroken met de rechtsopvatting van het Hof van Justitie, omdat een bedrijfsovername hierdoor wordt bemoeilijkt.

4.3 | Wet melding collectief ontslag

Als er sprake is van het ontslag van twintig werknemers of meer, is de Wet melding collectief ontslag van toepassing.⁶⁰ Op grond van deze wet is een werkgever verplicht melding te maken van zijn voornemen om twintig of meer werknemers te ontslaan. Daarnaast dient het ontslag van deze personen binnen een tijdvak van drie maanden plaats te vinden en moeten de werknemers die de werkgever wil ontslaan, werkzaam zijn in één werkgebied. Als de hiervoor omschreven situatie zich voor doet, spreekt men van een collectief ontslag.

De Wet melding collectief ontslag dient om te voorkomen dat collectieve ontslagen buiten het zicht van de bevoegde overheidsinstanties plaatsvinden. Om die reden dient er tijdig melding bij het UWV en de betrokken vakbond te worden gedaan van het voornemen een collectief ontslag uit te voeren.⁶¹ Tot slot is bepaald dat een arbeidsovereenkomst pas kan worden opgezegd nadat één maand is verstreken sinds het moment dat de werkgever deze melding heeft gedaan.

4.3.1 | De toepasbaarheid van Wet melding collectief ontslag bij insolventie

Opmerkelijk is dat bij een faillissement de Wet melding collectief ontslag gedeeltelijk van toepassing is. In dat verband is artikel 4 lid 6 van deze wet interessant. Daarin is bepaald dat de verplichte melding bij het UWV van het collectieve ontslag in beginsel niet van toepassing is, tenzij het UWV een dergelijke melding verzoekt. De achtergrond hiervan is dat het UWV zich bezig houdt met het al dan niet afgeven van een opzegvergunning, die bij een faillissement niet aan de orde is. De plicht een voornemen tot collectief ontslag te melden, blijft wel van kracht, maar wordt bij een faillissement door de curator uitgevoerd. In de jurisprudentie is namelijk bepaald dat de curator, in de zin van de Wet melding collectief ontslag, als ondernemer wordt aangemerkt.⁶²

⁵⁸ 'Van werk naar werk met hulp van een outplacementbureau' www.transitievergoeding.nl (zoek op *transitievergoeding*).

⁵⁹ Artikel 7:668 Burgerlijke Wetboek.

⁶⁰ Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht, Harmsen & Schaink 2012, p. 28.

⁶¹ Artikel 3 Wet melding collectief ontslag (hierna: WMCO)

⁶² HvJ EU 3 maart 2011, JAR 2011/93. (*Claes c.s./Landsbanki Luxembourg in liquidatie*).

Daarnaast dient voor de opzegging van een arbeidsovereenkomst een opzegtermijn in acht te worden genomen. Zo bepaalt de Wet melding collectief ontslag dat na de eerder genoemde melding bij de betrokken vakbond, een wachttermijn van een maand geldt voordat de arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd. Ook voor deze regel geldt dat die bij een faillissementssituatie vervalst.⁶³ Ook het sanctiebeleid is voor faillissementssituaties gewijzigd. Voorheen gold dat bij het ontbreken van een melding van een voorgenomen collectief ontslag, de opzegvergunning niet verder in behandeling werd genomen. Gezien het feit dat bij een faillissement de curator de overeenkomst beëindigt, zonder dat daarvoor een opzegvergunning is vereist, is deze sanctie niet doelmatig. Om die reden is artikel 7 WMCO gewijzigd. Binnen de reikwijdte van het sanctiebeleid valt niet-naleving van de meldingsplicht van de werkgever. De werknemer kan in dat geval een beroep doen op vernietiging van arbeidsovereenkomst c.q. beëindigingsovereenkomst. De termijn voor de werknemer om het ontslag aan te vechten, loopt tot uiterlijk zes maanden nadat de arbeidsovereenkomst is opgezegd of nadat de beëindigingsovereenkomst is aangegaan.

4.4 | Collectieve arbeidsovereenkomst

In de literatuur wordt een collectieve arbeidsovereenkomst (hierna: cao) gedefinieerd als een arbeidsvoorwaardenregeling.⁶⁴ Het betreft namelijk een overeenkomst tussen werkgever(s) c.q. werkgeversorganisatie(s) enerzijds en de werknemersorganisatie anderzijds. In de kern komt een cao erop neer dat arbeidsvoorwaarden voor de werknemers worden vastgesteld, zodat deze voorwaarden in de individuele arbeidsovereenkomst worden opgenomen.⁶⁵

4.4.1 | Collectieve arbeidsovereenkomst bij insolventie

Uit onderzoek blijkt dat zowel de Faillissementswet als de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst niets vermelden over de toepasbaarheid van de cao in een faillissement.⁶⁶ Dat betekent dat een faillissement geen afbreuk doet aan de geldigheid van een cao. Een uitzondering hierop zijn bepalingen in de cao die betrekking hebben op de opzegtermijn van de werkgever. In een faillissement kan de curator namelijk, voor de opzegging van een arbeidsovereenkomst, gebruik maken van artikel 40 Fw. Middels het laatst genoemde wetsartikel kan de curator de opzegtermijn, die zou gelden voor de werkgever, tot een maximum van zes weken beperken. Bepalingen in de cao die een langere opzegtermijn in acht nemen, kunnen niet in rechte worden afgedwongen.

4.5 | Besluit fusiegedragsregels

Het SER-Besluit (hierna: besluit) Fusiegedragsregels 2000 is op 5 september 2001 in werking getreden. Zoals de naam doet vermoeden, bestrijkt dit besluit de gedragsregels voor werkgevers bij een fusie. Meer in het bijzonder bestrijkt dit besluit de bescherming van de belangen van de bij

⁶³ Artikel 5a lid 2 WMCO.

⁶⁴ Arbeidsrecht begrepen, Grinsven, Geugjes en Soemers 2011, p. 20.

⁶⁵ Artikel 1 lid 1 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst.

⁶⁶ Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking, Huffman 2015.p. 86.

een fusie betrokken werknemers.⁶⁷ Vermeldenswaardig is dat de regels in dit besluit geen rechtstreeks afdwingbare rechtsregels betreffen.

Voor de toepasbaarheid van de betreffende gedragsregels is de bereidwilligheid van de werkgeversorganisatie en van de werknemersorganisatie van belang. Toepasbaarheid van de gedragsregels kan worden bewerkstelligd, indien die in de cao is bepaald. Een voorbeeld van de fusiegedragsregels is de verplichting van de vervreemdende werkgever om de betrokken vereniging van werknemers van relevante informatie te voorzien omtrent de fusie. Ook daaraan kunnen aanvullende regels worden verbonden.⁶⁸

4.5.1 | Besluit fusiegedragsregels bij insolventie

De geldigheid van de fusiegedragsregels bij insolventie komt in het besluit expliciet aan bod. Zo wordt in artikel 2 van de fusiegedragsregels bepaald dat de gedragsregels niet van toepassing zijn indien een fusie berust op faillissementsrecht. Ter verduidelijking van deze regel is de toelichting van de gedragsregels geraadpleegd. In die toelichting wordt de uitzondering op de toepasbaarheid van de gedragsregels in de Faillissementswet bevestigd. Op het moment dat de curator of bewindvoerder tot overdracht van de gefailleerde onderneming overgaat, wordt hiervan afgeweken. In die situatie zijn de fusiegedragsregels wel van toepassing.

4.5.2 | De toepasbaarheid van het Besluit fusiegedragsregels

Toepassing van de fusiegedragsregels heeft als gevolg dat volledige transparantie bij een bedrijfsovername kan worden afgedwongen. Daarbij dient opgemerkt te worden dat aan de betrokken werknemersorganisatie niet het recht toekomt een beoordeling uit te brengen omtrent de overname. Daar komt bij dat de werknemersorganisatie een geheimhoudingsplicht heeft met betrekking tot de informatie die zij heeft gekregen omtrent de overname. De werknemersorganisatie kan bij het vermoeden van misbruik van faillissement, schending van de fusiegedragsregels in een procedure aanvoeren.

4.6 | Verzet tegen de faillietverklaring van de vervreemdende rechtspersoon

Tevens is het voor de werknemersorganisatie(s) mogelijk in verzet te gaan tegen een faillietverklaring. In de zogenoemde RWSW/Taakzaak ging de werknemersorganisatie, namens de werknemers, als belanghebbende in verzet tegen de faillietverklaring. Mocht het verzet niet tot het gewenste resultaat leiden, dan staat de weg tot hoger beroep open.⁶⁹ In dat geval is het aan de werknemersorganisatie om aannemelijk te maken dat er sprake is van misbruik van het faillissementsrecht. Uit de literatuur blijkt dat verzet dan wel in beroep gaan tegen faillietverklaringen tot weinig resultaat heeft geleid.⁷⁰

4.7 | In hoger beroep tegen de machtiging van de rechter-commissaris

In paragraaf 2.4 is de toezichthoudende rol van de rechter-commissaris aan bod gekomen. Zoals reeds besproken, is voor de opzegging van een arbeidsovereenkomst bij een faillissement een

⁶⁷ 'Fusiegedragsregels', www.ser.nl (zoek op: *Fusiegedragsregels 2000*).

⁶⁸ Artikel 4 Fusiegedragsregels 2015.

⁶⁹ Artikel 11 Fw.

⁷⁰ Hof Amsterdam (OK) 13 januari 2004, *JAR 2004/46*.

machtiging vereist van de rechter-commissaris. Ook tegen deze machtiging bestaat voor een werknemer de mogelijkheid een rechtsmiddel aan te wenden. De achterliggende gedachte bij dit rechtsmiddel is om binnen het faillissement een extra beschermingscomponent voor werknemers te creëren.

In beginsel geldt dat voor alle beschikkingen van de rechter-commissaris een beroepstermijn van vijf dagen van toepassing is.⁷¹ Voor de machtiging om de arbeidsovereenkomst op te zeggen, vangt de beroepstermijn pas aan op het moment dat de werknemer kennis heeft kunnen nemen van de machtiging (lees: beschikking).⁷²

4.7.1|In beroep tegen de machtiging van de rechter-commissaris bij opzegging van de arbeidsovereenkomst

Het succesvol aanwenden van rechtsmiddelen tegen de bovengenoemde machtiging, leidt tot de vernietiging daarvan. Dit brengt met zich mee dat de machtiging met terugwerkende kracht komt te vervallen.⁷³ Op basis daarvan is de opzegging van de curator conform artikel 72 lid 2 Fw vernietigbaar, omdat de machtiging op dat moment ontbreekt. Gezien de relatief korte beroepstermijn tegen de machtiging, is het van belang dat gelijktijdig met het hoger beroep tegen de machtiging, ook een voorwaardelijk beroep wordt gedaan op de vernietigbaarheid van de opzegging.

4.8|Tussenconclusie

In beginsel geldt bij een bedrijfsovername dat de rechten en plichten van de werknemers van rechtswege overgaan naar de verkrijgende rechtspersoon. Daardoor blijft de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers in stand. Deze arbeidsrechtelijke bescherming lijkt zijn rechtskracht te verliezen op het moment dat de vervreemdende onderneming in staat van insolventie is verklaard. De achterliggende gedachte hierbij is dat de kans op een mogelijke doorstart zoveel mogelijk moet worden vergroot. Deze uitzondering op de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers is op Europees niveau vastgelegd. Ter implementatie van de richtlijn daartoe, is deze regel in de Nederlandse wetgeving doorgevoerd in artikel 7:666 BW.

Voor de toepasbaarheid van deze uitzonderingsregel is het moment van de overgang van de vervreemdende onderneming van belang. Dit moment speelt namelijk een cruciale rol bij het bepalen of de rechten van werknemers wel of niet van rechtswege overgaan naar de verkrijgende rechtspersoon. Blijkens de literatuur is het moment dat de feitelijke ondernemingsmacht overgaat, het beslissende moment.

Tevens zijn in andere wet- en regelgeving vormen van arbeidsrechtelijke bescherming vastgelegd die de positie van werknemers versterken. In dit hoofdstuk is aandacht besteed aan de Wet melding collectief ontslag, de collectieve arbeidsovereenkomst, het Besluit fusiegedragsregels, verzet tegen de faillietverklaring en de beroepsmogelijkheid tegen de machtiging van de rechter-commissaris.

⁷¹ Artikel 67 lid 1 Fw.

⁷² Artikel 67 lid 2 Fw.

⁷³ 'De ontslagen werknemer en (misbruik van) faillissementsrecht: einde oefening?' www.ar-updates.nl (zoek op *misbruik faillissementsrecht*).

Onderzoek laat zien dat de voornoemde wet- en regelgeving in het geval van een faillissementssituatie, geheel dan wel gedeeltelijk niet van toepassing is.

Hoofdstuk 5 | De pre-pack-procedure in de rechtspraak

In de voorgaande hoofdstukken is de theorie van en rondom de pre-pack-procedure uiteengezet. Aanvullend daarop komen in dit hoofdstuk enkele praktijkvoorbeelden aan bod. Onder die praktijkvoorbeelden bevindt zich een van de meest bekende zaken, waarbij de pre-pack-procedure hevig onder vuur is komen te staan. In dat verband zijn de uitspraken van het faillissement van Heiploeg en Schoenenreus van belang.

Tevens zullen de relevante onderdelen van de daarbij behorende faillissementsverslagen worden besproken. Bespreking van de faillissementen van voornoemde ondernemingen draagt bij aan het beeld van de pre-pack-procedure in de praktijk. Bij de pre-pack-procedures bij de faillissementen van Heiploeg en Schoenenreus zijn uiteenlopende rechtsopvattingen waar te nemen. Dat maakt dat het aan de rechtbank is de pre-pack-procedure te toetsen aan de huidige wet- en regelgeving. De rechtbank kan dan een eindoordeel geven over het vraagstuk of de pre-pack-procedure wel of geen misbruik van recht oplevert.

5.1 | Het garnalenpelbedrijf Heiploeg

Het Heiploeg-concern is de grootste speler in zijn branche.⁷⁴ Binnen het Heiploeg-concern heeft onder meer Heiploeg Seafood B.V. een doorstart gemaakt. Voor deze scriptie is het van belang de pre-pack-procedure rondom Heiploeg Seafood B.V. (hierna: Heiploeg) te bespreken. De overige ondernemingen in het concern van Heiploeg behoeven geen verdere bespreking.

Op 28 januari 2014 is het faillissement van Heiploeg uitgesproken.⁷⁵ Tegen het faillissement van Heiploeg hebben de vakbonden de beschikbare rechtsmiddelen aangewend. Kort gezegd, voerden de vakbonden aan dat er sprake is van misbruik van recht.

5.1.1 | Het faillissement van garnalenpelbedrijf Heiploeg

In het eerste faillissementsverslag van Heiploeg wordt de voorbereidende fase van de pre-pack-procedure helder weergegeven.⁷⁶ Uit de inhoud van het faillissementsverslag blijkt dat Heiploeg sedert 2011 in financieel zwaar weer verkeert. In de daaropvolgende jaren is Heiploeg diverse leningen aangegaan om het hoofd boven water te houden. Deze leningen bedragen gezamenlijk meer dan € 100 miljoen. Daarbovenop legt de Europese Unie op 27 november 2013 aan Heiploeg een boete op van € 27.082,00. Als gevolg daarvan komen de reorganisatieplannen van de groep waarvan Heiploeg deel uitmaakt, in een stroomversnelling. De bestuurders, commissarissen en banken komen tot de conclusie dat een herstructurering onvermijdelijk zal zijn.

Om een doorstart te realiseren, is Heiploeg op zoek naar kandidaten die mogelijk erin geïnteresseerd zijn de onderneming te kopen. Deze kandidaten kunnen vervolgens een bod uitbrengen op onderdelen van Heiploeg in Nederland. In dat verband zijn er met diverse partijen onderhandelingen gevoerd.

Drie partijen lijken daarop een bod te hebben uitgebracht. Ten slotte blijkt dat de strategische partner Parlevliet en van de Plas van alle partijen het meest aantrekkelijke aanbod heeft gedaan.

⁷⁴ 'Failliet Heiploeg maakt direct doorstart', www.nu.nl (zoek op *heiploeg failliet*).

⁷⁵ 'Faillissementen' www.dorhout.nl (zoek op *faillissementsverslag Seafood B.V. 04-02-2014*, p. 2).

⁷⁶ 'Faillissementen' www.dorhout.nl (zoek op *faillissementsverslag Seafood B.V. 04-02-2014*, p. 2).

Om die reden heeft Heiploeg besloten om met Parlevliet en van de Plas nader te gaan onderhandelen.

Nadat de geïnteresseerde partij Parlevliet en van de Plas in beeld is gekomen, heeft Heiploeg op 14 januari 2014 aan de rechtbank verzocht een stille bewindvoerder en een beoogd rechter-commissaris te benoemen.⁷⁷ Op 16 januari 2014 heeft de rechtbank over dit verzoek beslist. Daarbij heeft de rechtbank zijn voornemen kenbaar gemaakt omtrent welke stille bewindvoerder/curator evenals welke rechter-commissaris in het geval van een faillissement zal worden aangesteld. Aansluitend op deze beslissing heeft de rechtbank ook het doel van de pre-pack-procedure benadrukt. *“Doel van deze regeling”, aldus de rechtbank, “is het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De aanwijzing van de stille bewindvoerders biedt een mogelijkheid om in relatieve rust een verkoop of reorganisatie vanuit een insolventie voor te breiden.”*

Zoals eerder in dit hoofdstuk is aangegeven, is Heiploeg op 28 januari 2014 in staat van faillissement verklaard. Dit is tevens de dag waarop de curator de vakbonden van de werknemers telefonisch heeft geïnformeerd over het faillissement.⁷⁸ Ook is in het faillissementsverslag een inventarisatielijst opgemaakt van het aantal werknemers van Heiploeg op de dag van faillietverklaring. Daaruit blijkt dat er 378 werknemer in dienst waren, van wie 311 met een vast contract.

Tevens is van belang dat de rechter-commissaris op 28 januari 2014 toestemming heeft verleend voor de ontslagaanzegging.⁷⁹ De curatoren hebben, tijdens de bijeenkomst voor het personeel, op dezelfde dag het ontslag aangezegd. Dit gebeurde in de aanwezigheid van FNV Bondgenoten. Vervolgens hebben de vakbonden aan de curatoren diverse eisen en voorwaarden gesteld. Daarbij dient te worden opgemerkt dat voor de vakbonden geen wettelijke regeling bestaat waarop zij hun voorwaarden en eisen kunnen baseren. Ondanks het vorenstaande, blijkt uit het faillissementsverslag dat de curatoren de pijlen hebben gericht op het behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid. In dat verband verwijst de curator in het faillissementsverslag naar het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I. Relevant daarbij is dat met de doorstart hetzij het belang van de gezamenlijke schuldeisers is gediend, hetzij de belangen van maatschappelijke aard. Met het laatste wordt bedoeld: het behoud van werkgelegenheid voor de in de betreffende onderneming aanwezige werknemers.

Uit het faillissementsverslag blijkt tevens dat mr. A.A.M. Broos namens FNV Bondgenoten op 21 februari 2014 aan de curatoren heeft verzocht enkele vragen te beantwoorden.⁸⁰ Naar blijkt wenst de FNV te onderzoeken of er vóór de datum van het faillissement sprake is geweest van een overgang van onderneming conform artikel 7:662 BW. Het belang van het antwoord op deze vraag is reeds besproken in paragraaf 4.1.1. De curatoren hebben op de vragen van mr. Broos gedeeltelijk antwoord gegeven. De achtergrond hiervan is dat de curatoren terughoudend zijn in het verschaffen van informatie. Daarbij speelt een rol dat de curatoren het belang van het beantwoorden van enkele vragen niet inzien. Mr. Broos heeft bij de rechter-commissaris conform artikel 69 Fw gereclameerd, maar dat heeft niet tot resultaat geleid.

⁷⁷ ‘Faillissementen’ www.dorhout.nl (zoek op *faillissementsverslag Seafood B.V. 04-02-2014*, p. 3.

⁷⁸ ‘Faillissementen’ www.dorhout.nl (zoek op *faillissementsverslag Seafood B.V. 24-02-2014*, p. 5.

⁷⁹ ‘Faillissementen’ www.dorhout.nl (zoek op *faillissementsverslag Seafood B.V. 02-09-2014*, p. 8.

⁸⁰ ‘Faillissementen’ www.dorhout.nl (zoek op *faillissementsverslag Seafood B.V. 02-09-2014*, p. 9.

5.1.2| De gerechtelijke procedure omtrent de overgang van Heiploeg

Uiteindelijk hebben FNV Bondgenoten en CNV Vakmensen Heiploeg en de verkrijgende rechtspersoon (Heitrans International B.V.) gedagvaard om voor de kantonrechter te verschijnen.⁸¹ Uit het faillissementsverslag blijkt dat deze dagvaarding 39 pagina's telde.

Standpunt van de bonden

Primair leggen de bonden de pre-pack-procedure in het algemeen ter discussie voor aan de kantonrechter.⁸² Daarbij speelt het gebrek aan transparantie een belangrijke rol, omdat dit tot misbruik van het faillissementsrecht zou leiden. Daarnaast is ook de pre-pack-procedure van Heiploeg onderwerp van het geschil. Daarbij voeren de bonden aan dat deze pre-pack-procedure niet is gericht op liquidatie, maar op de continuïteit van de onderneming. Om die reden zou er mogelijk enkel een goedkope herstructurering hebben plaatsgevonden, die zich aan controle van de vakbonden heeft onttrokken. Gezien het vorenstaande, menen de bonden dat artikel 7:666 BW buiten toepassing moet worden gelaten, waardoor artikel 7:662 BW en verder toepasbaar is in onderhavig geschil.

Tevens beroepen de bonden zich op de richtlijnconforme interpretatie van de uitzonderingsregel.⁸³ In dat verband verwijzen de bonden naar de uitspraak van het Hof van Justitie die in paragraaf 3.5 is besproken.⁸⁴ Zoals eerder is besproken, is in die uitspraak geconcludeerd dat de uitzondering van artikel 5 van de Richtlijn 2012/23/EG niet van toepassing zou moeten zijn. Meer specifiek geldt dat bij een doorstart vanuit een faillissement, wanneer dat faillissement niet is gericht op liquidatie maar op continuïteit van de onderneming.

Tot slot voeren de bonden aan dat het zwaartepunt van de verkoop van de activa van Heiploeg vóór het faillissement zou hebben gelegen.⁸⁵ Hiermee impliceren de bonden dat de feitelijke ondernemingsmacht, zoals reeds is besproken in paragraaf 4.1.1, voorafgaand aan het faillissement naar de verkrijgende rechtspersoon is overgegaan. Hierom zou de toepasselijkheid van 7:666 BW moeten worden uitgesloten.

Verweer Heiploeg

Van belang is te vermelden dat Heiploeg het standpunt van de bonden omtrent de verkooptransactie niet betwist.⁸⁶ Volgens Heiploeg is de verkooptransactie inderdaad als een overgang van onderneming te kwalificeren. Toch meent Heiploeg dat artikel 7:666 BW in onderhavig geschil van toepassing is, omdat de overgang van ondernemingen vanuit het faillissement van de vervreemdende rechtspersoon heeft plaatsgevonden. Daarbij komt dat zowel artikel 7:666 BW als de eerder genoemde richtlijn geen nadere eisen stelt aan het doel of de modaliteiten van de faillissementsprocedure. Verder voert Heiploeg aan dat de uitspraken waarnaar de bonden verwijzen, betrekking hebben op andere insolventieprocedures.

⁸¹ Rechtbank Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.

⁸² Rechtbank Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.

⁸³ Rechtbank Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.

⁸⁴ HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 900.

⁸⁵ Rechtbank Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.

⁸⁶ Rechtbank Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.

Daarnaast beroept Heiploeg zich op het standpunt dat richtlijnconforme interpretatie niet in de weg staat van de toepassing van artikel 7:666 BW.⁸⁷ In dat verband geeft Heiploeg aan dat conform artikel 5 van de eerder genoemde richtlijn, de liquidatie van de vervreemdende rechtspersoon centraal staat; meer in het bijzonder de vervreemding van de vennootschap waaronder de onderneming valt en niet de onderneming zelf.

Wat betreft het standpunt van de bonden dat het zwaartepunt van de verkooptransactie vóór het faillissement zou hebben gelegen, kan Heiploeg zich niet met dit standpunt verenigen.⁸⁸ Daartoe verwijst Heiploeg naar een Europees arrest.⁸⁹ Dit is het zogeheten Celtec-arrest. Zoals eerder is besproken in paragraaf 4.1.1. is het moment van de verkooptransactie ook bepalend voor de toepasbaarheid van de uitzonderingsregel in kwestie. In dat verband heeft het Hof van Justitie zich aan de hand van het Celtec-arrest uitgelaten over het moment dat daadwerkelijk sprake is van een overgang van onderneming. Mede verwijzend naar de hiervoor genoemde uitspraak, geeft Heiploeg aan dat de exploitatie van zijn onderneming pas na het faillissement is overgegaan. Om die reden zou de datum waarop de overeenkomst tot de overgang is gesloten niet bepalend zijn. Daarbij dient opgemerkt te worden dat de overeenkomst over de verkooptransactie in de nacht van 28 januari op 29 januari 2014, dus na het faillissement, tot stand is gekomen. Daar komt bij dat de afspraken uit die overeenkomst zijn gebaseerd op een faillissementssituatie.

Tot slot weerlegt Heiploeg ook het standpunt van de bonden omtrent het gebrek aan transparantie bij een pre-pack-procedure.⁹⁰ Daardoor zou de procedure gevoelig kunnen zijn voor misbruik. Ten aanzien van dit standpunt benadrukt Heiploeg dat er geen sprake is geweest van misbruik. Daarbij wordt aangevoerd dat meerdere partijen de gelegenheid hebben gekregen een bod uit te brengen. Tevens zouden de stille bewindvoerders toezicht hebben gehouden op de voorbereiding van het faillissement. Ten slotte zou met de pre-pack-procedure een hogere opbrengst voor de schuldeisers gegenereerd kunnen worden, waarbij tegelijkertijd meer werkgelegenheid behouden blijft.

Beslissing van de kantonrechter

De bonden hebben een aantal standpunten aan de kantonrechter voorgelegd.⁹¹ De kantonrechter heeft deze standpunten vervolgens stapsgewijs aan de relevante wet- en regelgeving getoetst. Nadien heeft de kantonrechter zijn beslissing omtrent het al dan niet slagen van de beroepen en verweren gemotiveerd. De motivatie van deze beslissing is relevant voor interpretatie van de regelgeving aangaande de pre-pack-procedure. Derhalve wordt de beslissing van de kantonrechter uitvoerig besproken.

Ten aanzien van het standpunt omtrent het niet van toepassing verklaren van artikel 7:666 BW, oordeelt de rechter dat dit beroep niet kan slagen.⁹² De bonden voerden aan dat artikel 7:666 BW niet van toepassing zou zijn, omdat materieel gezien van een faillissement geen sprake zou zijn. Daarbij speelt dat het doel van de pre-pack-procedure in kwestie niet zou zijn gericht op liquidatie, maar op continuïteit van de onderneming. Voor de volledigheid heeft de kantonrechter de bestanddelen die in artikel 7:666 BW zijn vermeld, onder de aandacht gebracht. Daarbij acht de

⁸⁷ Rechtbank Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.

⁸⁸ Rechtbank Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.

⁸⁹ HvJ EG 26 mei 2005, JAR 2005,205.

⁹⁰ Rechtbank Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.

⁹¹ Rechtbank Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.

⁹² Rechtbank Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.

kantonrechter voor de toepasbaarheid van artikel 7:666BW van belang dat de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Op grond daarvan oordeelt de kantonrechter dat geen verdere vereisten een rol spelen. In het onderhavige geval is het faillissement van de werkgevers op 28 januari 2014 uitgesproken. De kantonrechter merkt op dat de bonden geen verzet in de zin van artikel 10 Fw hebben ingesteld. Om die reden wordt aangenomen dat er sprake is van een faillissement, waarbij de ondernemingen van Heiploeg tot de failliete boedel behoren. Dit brengt met zich mee dat aan alle vereisten van artikel 7:666 BW is voldaan.

Daarnaast hebben de bonden zich beroepen op richtlijnconforme interpretatie.⁹³ Ten aanzien van dit standpunt oordeelt de kantonrechter dat een dergelijke interpretatie eveneens niet de toepasbaarheid van artikel 7:666BW in de weg zou staan. Daartoe heeft de kantonrechter de richtlijnconforme interpretatie van het begrip ‘vervreemder’ onder de aandacht gebracht, zoals reeds in hoofdstuk 3 is besproken. Vervolgens heeft de kantonrechter de bestanddelen uit artikel 5 lid 1 van de richtlijn in kwestie onder een vergrootglas gelegd. Blijkens het hiervoor genoemde artikel, is het van belang dat de vervreemder in een faillissementsprocedure is verwikkeld. Daar komt bij dat het doel van die procedure moet zijn gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder. De overige bestanddelen van artikel 5 van Richtlijn 2001/23/EG zijn minder relevant om te bespreken. In navolging van het voorgaande, is artikel 2 lid 1 onder a juncto artikel 1 lid 1 van de richtlijn tegen het licht gehouden. Zoals uit de voornoemde artikelen blijkt, is de uitzondering in artikel 5 van de richtlijn ook van toepassing in het geval dat de gehele onderneming wordt vervreemd. Een eventueel ongewijzigde voorzetting van de vervreemde onderneming belet de toepasbaarheid van artikel 7:666 BW niet.

Tevens namen de bonden het standpunt in dat er geen sprake zou zijn van liquidatie van de onderneming, maar slechts van een goedkope herstructurering.⁹⁴ De kantonrechter benadrukt het feit dat de ‘liquidatie van de vervreemder’ van belang is, terwijl de bonden betogen dat er geen sprake zou zijn van ‘liquidatie van de onderneming’. De onderneming van Heiploeg is slechts een economische entiteit die onderdeel vormt van de failliete boedel. Op grond van het vorenstaande concludeert de kantonrechter dat er is voldaan aan de vereisten van artikel 5 van de betreffende richtlijn en aan de vereisten van artikel 7:666 BW.

In de periode van 1911 tot en met 1998 zijn er diverse, relevante arresten geweest. De bonden leiden uit deze arresten af dat voor de toepasselijkheid van artikel 5 van de betreffende richtlijn het doel en de modaliteiten van de faillissementsprocedure van belang zijn.⁹⁵ De kantonrechter oordeelt dat in ieder geval de tekst van de richtlijn het uitgangspunt dient te zijn. Uit deze richtlijn blijkt niet dat er nadere eisen worden gesteld aan de toepasselijkheid van artikel 5 van de richtlijn. Voor de toepasbaarheid van artikel 5 vermeldt de richtlijn het volgende: “... *in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde overheidsinstantie...*”. Taalkundig gezien worden aan de faillissementsprocedure geen nadere eisen gesteld. De nadere eisen spelen namelijk een rol bij ‘een soortgelijke procedure’.

⁹³ Rechtbank Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.

⁹⁴ Rechtbank Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.

⁹⁵ Rechtbank Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.

Tot slot hebben de bonden aangevoerd dat het zwaartepunt van de verkoop van de onderneming vóór het faillissement zou hebben gelegen.⁹⁶ Daarom nemen de bonden wederom het standpunt in dat artikel 7:666 BW in onderhavig geval niet toepasbaar zou zijn. Ten aanzien van dit standpunt houdt de kantonrechter het uitgangspunt van het Celtec-arrest aan. Zoals reeds in hoofdstuk 4 is besproken, is bij dit arrest bepaald dat de datum van overgang van de exploitatie (lees: change of control) van belang is. In dat verband heeft het Hof van Justitie beslist dat het moment van leveren niet afhangt van de instemming van de vervreemder, verkrijger of van de werknemers en vakbonden. De kantonrechter heeft deze norm in zijn overweging meegenomen. In de onderhavige zaak heeft de kantonrechter beslist dat het moment van 'change of control' na faillissementsdatum viel. Deze opvatting zou tevens aansluiten bij de term 'overgang'. Het feit dat de verkoopovereenkomst voor de faillissementsdatum zou zijn voorbereid, doet daaraan geen afbreuk. Dat geldt te meer, omdat Heiploeg de overeenkomst niet zelf kon nakomen. De overeenkomst is namelijk gesloten onder de voorwaarde van een nog uit te spreken faillissement.

Nadat het faillissement was uitgesproken, kon Heiploeg de overeenkomst wederom niet nakomen, omdat Heiploeg na faillietverklaring beschikkingsonbevoegd was.⁹⁷ Na faillissement is het immers de curator, die met toestemming van de rechter-commissaris, de verkoopovereenkomst bekrachtigt en uitvoert. De kantonrechter komt dan ook tot de conclusie dat van een contractuele benadering van de 'overgang' geen sprake kan zijn.

Het bovenstaande heeft de kantonrechter in het voordeel van Heiploeg doen beslissen.⁹⁸ De bonden zijn in het geheel in het ongelijk gesteld. Tegen deze beslissing, hebben de bonden hoger beroep ingesteld.

5.2 | Schoenenreus B.V.

Schoenenreus B.V. (hierna: Schoenenreus) is een van de grootste schoenenretailers van Nederland. Vanwege een teruglopende omzet is Schoenenreus in financieel zwaar weer geraakt.⁹⁹ Om die reden heeft het bestuur van Schoenenreus de beslissing genomen de rechtbank te verzoeken een stille bewindvoerder te benoemen. Dat verzoek is uiteraard ingediend met het vooruitzicht op een faillissement of surseance van betaling. Het faillissement van Schoenenreus is uiteindelijk op 24 januari 2013 uitgesproken.

In het faillissement van Schoenenreus hebben 500 werknemers hun baan verloren.¹⁰⁰ De oud-werknemers zijn van mening dat het faillissement is aangewend om, zonder arbeidsrechtelijke obstakels, van duur personeel af te komen.

⁹⁶ Rechtbank Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.

⁹⁷ Rechtbank Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.

⁹⁸ Rechtbank Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.

⁹⁹ 'Winkelketen Schoenenreus failliet verklaard', www.nu.nl (zoek op *schoenenreus failliet*).

¹⁰⁰ 'Curator verdedigt afslanking Schoenenreus' www.nu.nl (zoek op *curator Schoenenreus*).

5.2.1 | Het faillissement van Schoenenreus B.V.

Hoger beroep tegen de machtiging van de rechter-commissaris

Zoals eerder is besproken, vindt de doorstart in een faillissementssituatie plaats als de curator ervan overtuigd is dat hiermee het best haalbare resultaat kan worden bereikt.¹⁰¹ In dat verband heeft de rechter-commissaris op 24 januari 2013 aan de curator een machtiging verleend om de arbeidsovereenkomsten van Schoenenreus op te zeggen. Uit de faillissementsverslagen van Schoenenreus blijkt dat een aantal oud-werknemers tegen deze machtiging hoger beroep heeft ingesteld.¹⁰² De beroepen van de oud-werknemers zijn op 15 februari 2013 behandeld. De beroepen van de oud-werknemers hebben niet tot resultaat geleid. Voorafgaand aan de zitting zijn enkele beroepen van de oud-werknemers ingetrokken. Daarnaast is een aantal van deze beroepen niet-ontvankelijk verklaard vanwege het verstrijken van de beroepstermijn. De overige beroepen zijn ongegrond verklaard. Daarmee zijn de voornoemde procedures tot een eind gekomen.

Inhoudelijke informatie over de beroepen van de oud-werknemers is niet aanwezig. Daardoor is de onderbouwing van het standpunt van de oud-werknemers niet kenbaar. Uitgangspunt is dat de oud-werknemers het standpunt hebben ingenomen dat het faillissement in deze kwestie misbruik van recht oplevert.

Stichting IPP

Op initiatief van de oud-werknemers is later in 2013 stichting IPP (Investigating Pre-Pack) opgericht. De stichting IPP heeft als doel de belangen te behartigen van de personen die als gevolg van het faillissement van Schoenenreus schade hebben geleden dan wel in hun belangen zijn aangetast.¹⁰³ Deze stichting heeft op 2 oktober 2013 een verzoekschrift ex artikel 186 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: RV) ingediend. Hierin verzoekt IPP de rechtbank een getuigenverhoor in te lassen. Als getuigen wil IPP een aantal oud-werknemers oproepen.

Op 5 januari 2015 heeft de mondelinge behandeling van het hierboven genoemde verzoekschrift plaatsgevonden.¹⁰⁴ De rechtbank heeft geoordeeld dat het verzoek, op één punt na, moet worden afgewezen. Uit de tussenbeschikking van de rechtbank blijkt dat het verzoek van Stichting IPP niet aan de wettelijke vereisten voldoet. Stichting IPP heeft een groot aantal vragen voorbereid die zij aan een groot aantal getuigen wil voorleggen. Over deze vragen heeft de rechtbank geoordeeld dat deze een open karakter hebben, waardoor deze te beschouwen zijn als een zoektocht naar feiten en omstandigheden; meer specifiek naar de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op het faillissement van Schoenenreus en de onrechtmatigheid daarvan. Dit brengt met zich mee dat het getuigenverhoor onvoldoende doelgericht is.

Ten aanzien van het standpunt van de stichting IPP dat het faillissement is aangewend om van duur personeel af te komen, stemt de rechtbank in met een getuigenverhoor.¹⁰⁵ Daarbij geldt wel dat het getuigenverhoor zich moet richten op de vraag hoe bij de doorstart onderscheid is gemaakt

¹⁰¹ *Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 3, p. 5.*

¹⁰² 'Faillissement Schoenenreus Bv' www.faillissementsdossier.nl (zoek op *Faillissementsverslag Schoenenreus B.V.*, 31 augustus 2015, blz 29.)

¹⁰³ Rb. Oost-Brabant, 16 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:785.

¹⁰⁴ 'Faillissement Schoenenreus Bv' www.faillissementsdossier.nl (zoek op *Faillissementsverslag Schoenenreus B.V.*, 31 augustus 2015, blz 29.)

¹⁰⁵ Rb. Oost-Brabant, 16 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:785.

tussen werknemers die wel of niet opnieuw in dienst traden bij de afgeslankte variant van Schoenenreus. Inmiddels zijn enkele getuigen gehoord en heeft de Stichting IPP hoger beroep ingesteld tegen de onderhavige tussenbeschikking. De uitkomst van zowel het getuigenverhoor als van het hoger beroep is vooralsnog onbekend. De overige getuigenverhoren zijn namelijk, in afwachting van het hoger beroep, opgeschort.

5.3| Tussenconclusie

Geconcludeerd kan worden dat de pre-pack-procedure op zichzelf niet per definitie misbruik van recht oplevert. Daartoe zijn meer feiten en omstandigheden nodig die misbruik van recht kunnen rechtvaardigen. De vakbonden hebben de pre-pack-procedure bij Heiploeg en de pre-pack-procedure in het algemeen ter discussie voorgelegd aan de rechter. Daartoe hebben de vakbonden diverse feiten en omstandigheden aangevoerd, echter tevergeefs. De rechter heeft in deze kwesties bepaald dat de pre-pack-procedure geen misbruik van recht oplevert. Dit geldt tevens voor de pre-pack-procedure in het algemeen.

Voor de toepasbaarheid van artikel 7:666 BW is van belang dat de werkgever in staat van insolventie is verklaard. Daar komt bij dat de onderneming tot de failliete boedel dient te behoren. Verder bestaan geen nadere vereisten voor de toepasbaarheid van artikel 7:666 BW. Het hiervoor genoemde sluit aan op artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG. Conform de richtlijn is de uitzonderingsregel in het laatst genoemde artikel namelijk van toepassing in het geval van een faillissementsprocedure. De overige vereisten die in deze artikelen worden genoemd, zien niet toe op de faillissementsprocedure. Dat de onderneming vervolgens middels een doorstart wordt gecontinueerd, doet daaraan geen afbreuk.

Voor de toepasbaarheid van artikel 7:666 BW is tevens het zwaartepunt van de verkoop van de onderneming van belang. Daarvoor wordt het uitgangspunt van het Celtec-arrest aangehouden. In dat arrest wordt het zwaartepunt van de verkooptransactie omschreven als het moment waarop de feitelijke ondernemingsmacht van de vervreemdende rechtspersoon aan de verkrijgende rechtspersoon wordt overgedragen. Het feit dat een verkooptransactie voorafgaand aan het faillissement wordt voorbereid, belet de toepasbaarheid van artikel 7:666 BW niet. Bij de pre-pack-procedure van Schoenenreus wordt de rechtmatigheid van de pre-pack-procedure opnieuw in twijfel getrokken. Wederom wordt het standpunt ingenomen dat sprake zou zijn van misbruik van recht. Meer specifiek zou het faillissement worden aangewend om van duur personeel af te komen. Om het faillissement van Schoenenreus aan te vechten, heeft een aantal oud-werknemers hoger beroep ingesteld tegen de machtiging van de rechter-commissaris. Deze machtiging is aan de curator verleend, opdat het dienstverband van de werknemers van Schoenenreus kan worden opgezegd. De oud-werknemers zijn in het ongelijk gesteld, waardoor het hoger beroep is afgewezen.

De oud-werknemers hebben hun krachten gebundeld, waardoor Stichting IPP is ontstaan. Deze stichting heeft een verzoekschrift ex artikel 186 lid 1 RV ingediend. Met dit verzoekschrift verzoekt Stichting IPP om een getuigenverhoor. Daarbij dient opgemerkt te worden dat het in dit verzoekschrift aan doelgerichtheid ontbreekt. Om die reden is het verzoek grotendeels afgewezen. Stichting IPP mag zich met het getuigenverhoor slechts richten op de vraag hoe onderscheid is gemaakt in de selectie van werknemers die voor een nieuwe arbeidsovereenkomst in aanmerking kwamen. Gelet op het bovenstaande heeft de pre-pack-procedure toetsing aan de huidige wet- en regelgeving doorstaan.

Zoals eerder is besproken, kent de pre-pack-procedure vooralsnog geen wettelijke grondslag.¹⁰⁶ Om de pre-pack-procedure van een wettelijke grondslag te voorzien, zijn diverse wetsvoorstellen gepubliceerd. De Wet continuïteit ondernemingen I richt zich op de codificering van de pre-pack-procedure.¹⁰⁷ De overige wetsvoorstellen richten zich op bestrijding van faillissementsfraude en modernisering van de faillissementsprocedure. Gezien het werkveld van deze scriptie komt alleen de Wet continuïteit ondernemingen I hieronder aan bod.

6.1 | Invoering van de Wet continuïteit ondernemingen I

In de voorgaande hoofdstukken is de pre-pack-procedure uitvoerig behandeld. De bevindingen uit deze hoofdstukken laten zien dat reorganisatie van een onderneming middels een pre-pack-procedure niet strijdig is met de relevante wet- en regelgeving. Op grond daarvan kan e-Legal incasso advocaten, onder bepaalde omstandigheden, het traject van de pre-pack-procedure aan haar klanten adviseren. Met ‘bepaalde omstandigheden’ wordt bedoeld dat een onderneming over rendabele bedrijfsonderdelen moet beschikken. Ook kan onder ‘bepaalde omstandigheden’ worden verstaan dat de onderneming, ondanks gezonde bedrijfsonderdelen, in financieel zwaar weer verkeert. Minister van Opstelten (voormalig minister van Veiligheid en Justitie) was voornemens om middels het onderhavige wetsvoorstel de reorganisatie voor bedrijven met financiële problemen te versoepelen.¹⁰⁸

Het vorengaande doet onmiddellijk de vraag rijzen of e-Legal incasso advocaten, na invoering van de voorgestelde wet, alsnog de pre-pack-procedure aan cliënten kan adviseren die in financieel zwaar weer verkeren. In dat verband is het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I tegen het licht gehouden. Uit de memorie van toelichting van dat wetsvoorstel blijkt dat de pre-pack-procedure aansluit bij de ontwikkelingen die het insolventierecht de laatste jaren heeft doorgemaakt.¹⁰⁹ Ten behoeve van de rechtszekerheid is codificatie van de pre-pack-procedure dan ook noodzakelijk.

Het wetsvoorstel in kwestie geeft in ieder geval duidelijkheid over wanneer om de aanwijzing van een beoogd curator kan worden gevraagd en hoe dit dient te gebeuren.¹¹⁰ Daarnaast wordt uiteengezet onder welke omstandigheden de rechtbank een verzoek om een pre-pack-procedure dient in te willigen. Daarbij worden ook de daarbij behorende voorwaarden uiteengezet. Tevens wordt duidelijkheid verschaft over de beëindiging van de pre-pack-procedure. Daarnaast worden de regels omtrent de taken en bevoegdheden van de betrokken actoren toegelicht. Onder ‘betrokken actoren’ worden verstaan de schuldenaar, de rechtbank, de beoogd curator, de beoogd rechter-commissaris en de schuldeisers, onder wie ook de werknemers.

Relevant om te benoemen zijn de procedurevoorschriften rond het verzoek om een pre-pack-procedure. Zo is in het wetsvoorstel bepaald dat de schuldenaar bij zijn verzoek om een pre-pack-procedure aannemelijk moet maken dat een pre-pack-procedure in zijn geval een meerwaarde

¹⁰⁶ ‘Vier vragen over de stille bewindvoerder’, www.Rechtspraak.nl (zoek op *pre-pack procedure*).

¹⁰⁷ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, nr. 2.

¹⁰⁸ ‘Opstelten faciliteert doorstart bedrijven’, www.rijksoverheid.nl (zoek op *Opstelten faciliteert doorstart*).

¹⁰⁹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, nr. 3, p.1.

¹¹⁰ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, nr. 3, p.2.

heeft.¹¹¹ Deze meerwaarde dient dusdanig van aard te zijn, dat het daarmee gemoeide belang prevaleert boven de belangen die bij een normaal faillissement worden behartigd. In dat geval kan de schuldenaar aanvoeren dat er werkgelegenheid behouden kan blijven. Daarom dient een verzoek voor een pre-pack-procedure goed te worden onderbouwd. Middels dit onderbouwde verzoek dient de schuldenaar voldoende inzicht te geven in de beoogde uitkomsten van pre-pack-procedure. Tevens moet voldoende inzicht worden gegeven omtrent effecten die de pre-pack-procedure zal hebben op de schuldeisers en de werknemers van de schuldenaar. In dat kader dient aannemelijk te worden gemaakt dat de pre-pack-procedure het hoogst haalbare resultaat zal zijn voor de schuldeisers en werknemers.

6.2 | Herstructureren middels de pre-pack-procedure

Met de invoering van de Wet continuïteit I lijkt de pre-pack-procedure te worden verscherpt. Op het moment dat een curator constateert dat een schuldenaar de pre-pack-procedure oneigenlijk heeft gebruikt, kunnen de bestuurders of feitelijk leidinggevendens aansprakelijk worden gesteld voor de daaruit voortvloeiende schade.¹¹² Daarom dient het verzoek om een pre-pack-procedure van een deugdelijke motivering te worden voorzien.

Zoals reeds aangegeven, is het van belang voldoende inzicht te geven in de huidige (financiële) situatie van de schuldenaar en in de verwachtingen ten aanzien van de pre-pack-procedure. Onderzoek laat zien dat advocaten en juristen met een herstructurering op basis van de pre-pack-procedure adverteren. In dat verband spreekt advocatenkantoor Dorhout van een 'overlevingsscenario bij zwaar weer'.¹¹³ Daarbij dient opgemerkt te worden dat dit advocatenkantoor als curator de pre-pack-procedure rondom Heiploeg heeft begeleid. Blijkens een advies op de website van Dorhout Advocaten is het soms raadzaam de onderneming te liquideren en de activiteiten daarvan in een nieuw op te richten bedrijf onder te brengen.

Kerstholt Bedrijfsadviseurs adverteert eveneens met een herstructurering middels een pre-pack-procedure.¹¹⁴ Laatstgenoemde geeft een volledige uiteenzetting van mogelijke valkuilen die een eventuele doorstart kunnen bemoeilijken. Uit deze uiteenzetting blijkt dat de pre-pack-procedure in ieder geval goed en tijdig moet zijn voorbereid. Daarnaast dienen de rendabele bedrijfsonderdelen goed tegen het licht te worden gehouden, zodat de kans op een succesvolle doorstart wordt vergroot.

Gezien het bovenstaande lijkt de pre-pack-procedure al zijn entree te hebben gemaakt op de commerciële markt. Deze mogelijkheid kan e-Legal incasso advocaten eveneens aan zijn dienstverlening toevoegen. e-Legal incasso advocaten is gespecialiseerd in business-to-business-incasso (B2B) en verleent onder meer juridische bijstand op het gebied van faillissementsrecht en contractenrecht.¹¹⁵ In dat kader kan e-Legal incasso advocaten zijn dienstverlening met de advisering van een reorganisatie op basis van een pre-pack-procedure aanvullen. Als het dat doet, kan e-Legal incasso advocaten slechts een adviserende en begeleidende rol spelen. E-Legal incasso advocaten kan dan de mogelijkheden voor een eventuele pre-pack-procedure inventariseren. Afhankelijk van die inventarisatie, kan het vervolgens een begeleidende rol spelen in de

¹¹¹ *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, nr. 3, p.11.

¹¹² *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, nr. 3, p.22.

¹¹³ 'Insolventierecht', www.dorhout.nl (zoek op *insolventierecht*).

¹¹⁴ 'Valkuilen bij doorstart', www.doorstart.nl (zoek op *valkuilen bij doorstart*).

¹¹⁵ 'Dé incasso advocaat voor het MKB', www.e-legal-incasso-advocaten.nl (zoek op *B2B*).

voorbereiding van de pre-pack-procedure. In de pre-pack-procedure zelf zal de leidende rol door de curator worden gespeeld.

6.3 | Tussenconclusie

Nadere bestudering van de wet continuïteit ondernemingen I laat zien dat de pre-pack-procedure thuis hoort in het Nederlandse insolventierecht. Bij het wetsvoorstel daarvoor is een kleine verscherping van de pre-pack-procedure waar te nemen. Die verscherping hangt samen met de rechtszekerheid die bij pre-pack-procedures wordt verlangd. Opvallend aan het wetsvoorstel zijn de procedurevoorschriften bij het verzoek om een pre-pack-procedure. Zo dient de partij die verzoekt om een pre-pack-procedure, aannemelijk te maken dat er aan een groter belang wordt tegemoetgekomen bij een pre-pack-procedure dan bij een normaal faillissement. Daarbij kan het behouden van werkgelegenheid een belangrijke rol spelen. De curator dient ervan te worden overtuigd dat met een pre-pack-procedure het hoogst haalbare resultaat zal worden bereikt. Om die reden dient het verzoek om een pre-pack-procedure van een deugdelijke motivatie te worden voorzien.

Andere advocaten en juristen laten zien dat reorganisatie middels een pre-pack-procedure aan cliënten kan worden aangeraden. Een aandachtspunt daarbij is dat in ieder geval voldoende inzicht moet worden gegeven in de (financiële) situatie van de schuldenaar. Daarnaast dienen ook de verwachtingen van een eventuele pre-pack-procedure te worden uiteengezet. Gezien het bovenstaande, is het voor e-Legal incasso advocaten wel degelijk mogelijk reorganisatie op basis van het insolventierecht aan haar klanten te adviseren.

7.1 | Conclusie

In deze scriptie is de Faillissementswet met betrekking tot de pre-pack-procedure tegen het licht gehouden. In beginsel heeft de Faillissementswet als doel het vermogen van een schuldenaar te gelde te maken, zodat uit de opbrengst daarvan aan de vorderingen van de gezamenlijke schuldeisers kan worden voldaan. Anno 2015 lijkt de Faillissementswet op bepaalde onderdelen een wijziging nodig te hebben; meer specifiek ten aanzien van de mogelijkheid tot voortzetting van een gefailleerde onderneming. Thans maken gefailleerde ondernemingen een doorstart middels een pre-pack-procedure. De rechtspraak heeft voortsnog geen eenstemmigheid bereikt over de pre-pack-procedure. Zo blijkt dat 'slechts' acht van de elf rechtbanken de pre-pack-procedure toepassen.

De uitvoering van de pre-pack-procedure vindt al voorafgaand aan het faillissement plaats. Alvorens een onderneming bij de rechtbank verzoekt om een stille bewindvoerder te benoemen, kan deze onderneming zelf een verkooptransactie voorbereiden. Een onderneming kan in dat geval zelf met geïnteresseerde partijen in onderhandeling treden. Op het moment dat de voorbereidingshandelingen zijn afgerond, verzoekt de onderneming aan de rechtbank een stille bewindvoerder te benoemen. Op dat moment is het aan de stille bewindvoerder om te beslissen of nakoming van de verkooptransactie mogelijk is. Bij de nakoming van een dergelijke verkooptransactie is het van belang dat hiermee het hoogst haalbare resultaat kan worden bereikt voor de schuldeisers. Daarbij komt dat bij een doorstart de loonvorderingen van de werknemers kunnen worden beperkt. Dit geldt slechts voor de werknemers die in dienst treden bij de verkrijgende onderneming (lees: koper).

Daarnaast doet de stille bewindvoerder ook onderzoek naar de financiële positie van de vervreemdende onderneming, waardoor de financiële situatie van deze onderneming in kaart wordt gebracht. Op het moment dat het faillissement van een onderneming wordt uitgesproken, gaat de stille bewindvoerder verder aan de slag als curator. Een curator voert zijn werkzaamheden uit onder het bewind van de rechter-commissaris. Laatstgenoemde is namelijk belast met het toezicht op het handelen van de curator.

Praktisch gezien, wordt bij de pre-pack-procedure de gefailleerde onderneming verkocht. In dat geval spreekt men van een 'bedrijfsovername'. Dat is een ondernemingsrechtelijk begrip. Het begrip bedrijfsovername kent op zichzelf diverse vormen waarin de overname van een bedrijf tot stand kan komen. De volgende smaken van een bedrijfsovername zijn te onderscheiden: een juridische fusie, aandelentransactie en activa-passivatransactie.

Vanuit de praktijk wordt veel kritiek geuit op de pre-pack-procedure. In beginsel geldt dat bij een bedrijfsovername de arbeidsovereenkomsten van rechtswege worden overgedragen aan de verkrijgende rechtspersoon. In dat geval spreekt men van een overgang van onderneming. Bij een gefailleerde onderneming is dit niet het geval. Ter implementatie van Europese Richtlijn 2001/23/EG geldt in het geval van een faillissementsprocedure een uitzondering op de bovengenoemde regel. Door deze uitzonderingsregel wordt een groot deel van de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers buiten toepassing verklaard. De gedachte hierachter is dat de kans op voortzetting van gefailleerde ondernemingen wordt vergroot. In

dat verband staat het behoud van werkgelegenheid voorop. Middels de pre-pack-procedure wordt de vervreemdende onderneming in een afgeslankte variant voortgezet.

De pre-pack-procedure heeft de nodige jurisprudentie teweeggebracht. Zoals bekend, ontnemen werknemers hun arbeidsrechtelijke bescherming aan diverse wetten- en regels. Tegenover de werknemersbelangen staat het belang van een gefailleerde onderneming om een doorstart te realiseren. Meer in het bijzonder komt het arbeidsrecht hier lijnrecht tegenover het insolventierecht te staan. In dat verband speelt Europese Richtlijn 2001/23 een centrale rol. De uitzonderingsregel van deze richtlijn is middels artikel 7:666 BW in de Nederlandse wetgeving gecodificeerd. Deze uitzondering betreft in beginsel artikel 7:662 BW e.v.

Uit nader onderzoek blijkt dat andere wet- en regelgeving die bescherming van arbeidsrechten regelt, automatisch ook zijn rechtskracht verliest. Dit geldt eveneens voor de regels aangaande de transitievergoeding. Logischerwijs komt bij een faillissementsprocedure deze verplichting te vervallen. Naast de arbeidsrechtelijke bescherming op grond van artikel 7:662 BW e.v. ontleent de werknemer tevens rechten uit de Wet melding collectief ontslag, de collectieve arbeidsovereenkomst en het Besluit fusiegedragsregels. Vanzelfsprekend druisen bepalingen uit de deze wet- en regelgeving in tegen het doel van het insolventierecht, waarbij de voortzetting van een gefailleerde onderneming centraal staat. Daarbij prevaleert het insolventierecht. Het belang om werkgelegenheid te behouden, weegt zwaarder dan de rechten van een relatief kleine groep werknemers.

Voor wat betreft de vraag of een pre-pack-procedure de rechterlijke toets kan doorstaan, is in de jurisprudentie het een en ander uiteengezet. Voor de toepasbaarheid van de uitzonderingsregel is het moment van overgang van de vervreemdende onderneming van belang. Dit moment speelt namelijk een cruciale rol bij het bepalen of de rechten van de werknemers wel of niet van rechtswege overgaan naar de verkrijgende rechtspersoon. Blijkens de literatuur is het moment dat de feitelijke ondernemingsmacht overgaat, het beslissende moment. In de jurisprudentie wordt gesproken over 'change of control'. Bij de pre-pack-procedure van Heiploeg waren de voorbereidingshandelingen voorafgaand aan het faillissement uitgevoerd. Deze voorbereidingshandelingen zijn niet te kwalificeren als 'change of control'. Daarbij speelt ook dat Heiploeg de voorbereide verkooptransactie niet zelf kon nakomen, omdat het uitspreken van het faillissement een van de voorwaarden was die voor de verkooptransactie golden. Daardoor ligt het zwaartepunt van de verkoop na het uitspreken van het faillissement.

Als aan de hierboven genoemde vereisten is voldaan, is artikel 7:666 BW van toepassing indien tot liquidatie van de onderneming wordt overgegaan. 'Liquidatie van de onderneming' is eveneens een begrip waarvan de rechtsopvattingen over de interpretatie ervan zijn verdeeld. Artikel 7:666 BW vermeldt slechts '*... en de bewindvoerders overgaan tot liquidatie*'. Relevant is om te benoemen dat er geen nadere eisen worden gesteld aan de liquidatie van een onderneming. Uit jurisprudentie blijkt dat 'liquidatie van de vervreemder' van belang is. Daarbij komt dat een onderneming een economische entiteit is die tot de boedel behoort.

Los van het vorengaande is artikel 5 van de richtlijn 2001/23/EG vermeldenswaardig. Dit artikel vermeldt twee verschillende situaties waarop de betreffende uitzonderingsregel toepasbaar is. Voor de toepasbaarheid van deze uitzonderingsregel is de onderneming of verwickeld in een faillissementsprocedure, of in een soortgelijke procedure waarbij liquidatie van het vermogen van de vervreemder voorop staat. Dat wil zeggen dat ten aanzien van de faillissementsprocedure geen nadere eisen worden gesteld.

Al met al wil dat zeggen dat de pre-pack-procedure zich ertoe leent om een reorganisatie te realiseren. De jurisprudentie heeft laten zien dat de pre-pack-procedure de rechterlijke toets kan

doorstaan. Om die reden hoeft de gebruiker van een pre-pack-procedure zich geen zorgen te maken over arbeidsrechtelijke claims. De invoering van de Wet continuïteit ondernemingen I zal hierop geen invloed hebben. Wel zal de pre-pack-procedure enigszins worden verscherpt. Deze verscherping hangt samen met de rechtszekerheid waaraan het de pre-pack-procedure ontbreekt. Daarom dient de aanvraag voor een pre-pack-procedure goed te worden onderbouwd. Op grond van deze onderbouwing moet het voor de curator duidelijk zijn dat met de pre-pack-procedure het hoogst haalbare resultaat zal worden bereikt voor schuldeisers en werknemers.

Daarnaast staat transparantie voorop. In dat verband dient voldoende inzicht te worden gegeven in de huidige (financiële) situatie van de aanvrager van de pre-pack-procedure. Daarnaast dient ook duidelijkheid te worden verschaft over de verwachtingen ten aanzien van de pre-pack-procedure. Vanwege de leidende rol van de curator bij een pre-pack-procedure, zijn de mogelijkheden van e-Legal incasso advocaten beperkt. In feite kan e-Legal incasso advocaten de mogelijkheden tot een pre-pack-procedure inventariseren. Afhankelijk van die inventarisatie, kan de pre-pack-procedure door e-Legal incasso advocaten worden voorbereid. Vervolgens gaat de curator verder met de afwikkeling van de pre-pack-procedure.

7.2 | Aanbevelingen

Voor ondernemingen die in financieel zwaar weer verkeren, kan de pre-pack-procedure dé oplossing zijn. Dat geldt meer in het bijzonder voor ondernemingen die over rendabele bedrijfsonderdelen beschikken, maar waarvan de onderneming in zijn geheel onvoldoende winst genereert. Het feit dat een onderneming die structureel onvoldoende winst genereert, weinig belangstellenden voor een verkooptransactie zal aantrekken, behoeft geen betoog. Om die reden kan de voortzetting van een afgeslankte onderneming een laatste redmiddel zijn.

Gelet op de bevindingen uit dit onderzoek, bestaat voor e-Legal incasso advocaten de mogelijkheid een pre-pack-procedure aan zijn cliënten te adviseren. In dat verband kan worden gesproken over een 'overlevingsscenario' bij financieel zwaar weer. Daarbij is het van belang dat een onderneming beschikt over rendabele bedrijfsonderdelen die voorwerp van een verkooptransactie kunnen zijn. De overige bedrijfsonderdelen blijven in de failliete boedel achter.

Op het moment dat een onderneming zich voor een pre-pack-procedure leent, kan de verkooptransactie worden voorbereid. Gezien de specialismen van e-Legal incasso advocaten, kan het de begeleiding en advisering bij de voorbereiding verzorgen. Op het moment dat de geschikte overnamekandidaat is gevonden, kan de verkooptransactie worden voorbereid. Nadat dit stadium voorbij is, kan aan de rechtbank worden verzocht een stille bewindvoerder te benoemen, waardoor het mechanisme van de pre-pack-procedure op gang komt.

| Literatuurlijst

Geraadpleegde Jurisprudentie

Het Hof van Justitie

- HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985, 900.
- HvJ EU 3 maart 2011, JAR 2011/93.

De Hoge Raad

- HR 27 juli 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1792.

Rechtbanken

- Rb. Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.
- Rb. 's-Hertogenbosch 22 februari 2011, JOR 2011/375.
- Rb. Oost-Brabant, 16 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:785.

Geraadpleegde Kamerstukken

- *Kamerstukken II* 1890/91, 100, nr. 3.
- *Kamerstukken II* 2000/01. 27649, nr. 61.
- *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, nr. 2.
- *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, nr. 3

Geraadpleegde documenten

- **Hufman 2015**
P. Huffman, *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking* (proefschrift Amsterdam UvA), 2015.

Geraadpleegde literatuur

- **Beltzer 2008**
R.M. Beltzer, *Monografieën sociaal recht, overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008.
- **Van Buchem-Spapens & Pouw 2013**
A.M.J. van Buchem-Spapens & Th.A. Pouw, *Faillissement, surseance van betaling en schuldsanering*, Deventer: Kluwer 2013.
- **Grinsven, Geugjes en Soemers 2011**
P.M.H.J. Grinsven, H.C. Geugjes en H.N.M. Soemers, *Arbeidsrecht begrepen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2011.
- **Harmsen & Schaink 2012**
K. Harmsen & P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012.
- **Kroeze, Timmerman & Wezeman 2013**
M.J. Kroeze, L. Timmerman & J.B. Wezeman, *De kern van het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013.
- **Meijer & Wessels 2009**
B. Wessels en S.Y.Th. Meyer, *Bedrijfsovername*, Deventer: Kluwer 2009.
- **Van Schaaik 2011**
G.A.F.M. van Schaaik, *Praktijkgericht juridisch onderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.
- **Warmerdam 2004**
J. Warmerdam, *145 vragen en antwoorden over bedrijfsopvolging*, Deventer: Kluwer 2004.

Geraadpleegde tijdschriften

- **Even 2009**
J.H. Even, 'Van overgang van onderneming en doelredeneringen: twee recente uitspraken van Hof van Justitie', *TAP* 2009/5, p. 174.
- **Tollenaar 2011**
N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrechters van Nederland: geef ons de pre-pack', *TvI* 2011/23.
- **Van Zanten 2015**
M.R. van Zanten, 'De pre-pack, (aan)winst voor de insolventiepraktijk', p. 19.

Geraadpleegde elektronische bronnen

- **Arbeidsrecht.declercq.com**
'Van overgang van onderneming en doelredeneringen: twee recente uitspraken van het Hof van Justitie' www.Arbeidsrecht.declercq.com (zoek op *overgang van onderneming*).
- **Ar-updates.nl**
'De ontslagen werknemer en (misbruik van) faillissementsrecht: einde oefening?' www.ar-updates.nl (zoek op *misbruik faillissementsrecht*).
- **companyrescue.co.uk**
Our company is really struggling but the business could be viable', www.companyrescue.co.uk (zoek op *pre-pack*).
- **Doorstart.nl**
'Valkuilen bij doorstart', www.doorstart.nl (zoek op *valkuilen bij doorstart*).
- **Dorhout.nl**
'Insolventierecht' www.dorhout.nl (zoek op *insolventierecht*).
- **Dorhout.nl**
'Faillissementen' www.dorhout.nl (zoek op *faillissementsverslag Seafood B.V.*)
- **e-Legal-incasso-advocaten.nl**
'Dé incasso advocaat voor het MKB', www.e-legal-incasso-advocaten.nl (zoek op *B2B*).
- **Faillissementsdossier.nl**
'Faillissement Schoenenreus Bv' www.faillissementsdossier.nl (zoek op *Faillissementsverslag Schoenenreus B.V.*)
- **FNV.nl**
'FNV in hoger beroep na uitspraak rechter in zaak pre-pack faillissement Heiploeg', www.FNV.nl (zoek op *pre-pack faillissement Heiploeg*).
- **Nu.nl**
'Failliet Heiploeg maakt direct doorstart', www.nu.nl (zoek op *Heiploeg failliet*).
- **Nu.nl**
'Winkelketen Schoenenreus failliet verklaard', www.nu.nl (zoek op *Schoenenreus failliet*).
- **Nu.nl**
'Curator verdedigt afslanking Schoenenreus' www.nu.nl (zoek op *curator Schoenenreus*).
- **Rechtspraak.nl**
'Vier vragen over de stille bewindvoerder', www.Rechtspraak.nl (zoek op *pre-pack procedure*).
- **Rijksoverheid.nl**
'Opstellen faciliteert doorstart bedrijven', www.rijksoverheid.nl (zoek op *Opstellen faciliteert doorstart*).

- **Ser.nl**
‘Fusiegedragregels’, www.ser.nl (zoek op *Fusiegedragsregels 2000*).
- **Slaughterandmay.com**
‘An introduction to English insolvency law’, www.slaughterandmay.com (zoek op *insolvency law*).
- **Telegraaf.nl**
Luchtje aan faillissement Schoenenreus’, www.telegraaf.nl (zoek op *faillissement Schoenenreus*).
- **Transitievergoeding.nl**
‘Van werk naar werk met hulp van een outplacementbureau’ www.transitievergoeding.nl (zoek op *transitievergoeding*).
- **Wijnenstael.nl**
‘Wettelijk kader voor beoogd curator’, www.wijnenstael.nl (zoek op *stille curator*).