



## Het einde van de pre-pack?

Hof van Justitie van de Europese Unie, 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489

---

Op 22 juni 2017 heeft het Europese Hof van Justitie (het "Hof") zich uitgelaten over de positie van werknemers in de Nederlandse pre-pack praktijk.

---

### Het einde van de pre-pack?

Het arrest beantwoordt de door de rechtbank Midden-Nederland gestelde prejudiciële vragen inzake de doorstart van Kinderopvangbedrijf Estro. Deze doorstart is gerealiseerd door middel van een pre-pack. Het FNV stelt zich op het standpunt dat alle werknemers dienden te worden overgenomen door de koper omdat er bij een pre-pack sprake zou zijn van overgang van onderneming. Het oordeel van Hof sluit hierbij aan.

### Bescherming van werknemers

Normaal gesproken worden werknemers op grond van het Europese recht (Richtlijn 2001/23) beschermd bij een overgang van onderneming.<sup>1</sup>

Hierin is bepaald dat werknemers bij overgang van onderneming automatisch mee overgaan naar de koper als deze onderneming zijn identiteit behoudt. De werknemers behouden in dat geval hun baan met behoud van al hun rechten. Voor faillissementssituaties is hierop een uitzondering gemaakt in artikel 5 van de richtlijn (in het Nederlandse BW staat deze uitzondering in artikel 7:666 BW). Dit artikel bepaalt dat bovengenoemde regel niet van toepassing is als er sprake is van een doorstart uit faillissement. In dat geval is namelijk sprake van een liquidatieprocedure die niet is gericht op het voortzetten van de onderneming.

---

<sup>1</sup> In het Nederlandse BW is dit neergelegd in artikel 7:663 BW.

## De pre-pack praktijk

Bij gebruikmaking van de pre-pack, wordt een faillissement en mogelijk een verkoop van activa vanuit faillissement voorafgaand aan het faillissement voorbereid. Na het uitspreken van het faillissement vindt de verkoop van activa plaats. Dit alles gebeurt onder toezicht van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris.

Aangezien er formeel sprake is van een faillissement, werd in de praktijk aangenomen dat artikel 7:666 BW ook geldt voor de pre-pack. Dit wordt als een groot voordeel van de pre-pack gezien omdat een doorstart hierdoor meer kans van slagen heeft. Hierdoor worden ook banen behouden. Zonder een doorstart zouden immers alle banen verloren gaan.

## Oordeel van het Hof van Justitie

Het Hof van Justitie heeft in haar arrest geoordeeld dat een pre-pack echter niet onder de faillissementsuitsondering valt. Bij een pre-pack is dus wél sprake van een overgang van onderneming en het personeel treedt dus wél automatisch in dienst bij de koper. Het Hof benadrukt daarbij dat de uitzondering voor faillissementssituaties bestaat omdat deze (faillissements) procedure is gericht op de liquidatie van het vermogen van de vennootschap. De pre-pack is volgens het Hof niet gericht op liquidatie maar op de voortzetting van de onderneming. Daarmee komt het Hof tot de conclusie dat de pre-pack geen liquidatieprocedure is in de zin van de richtlijn en dus niet onder de faillissementsuitsondering valt.

## Gevolgen voor de praktijk

Als de Nederlandse rechter het oordeel van het Hof in de Estro-zaak toepast en oordeelt dat de faillissementsuitsondering niet van toepassing is, dan betekent dat dat de werknemers in het faillissement van Kinderopvang Estro met de doorstart automatisch in dienst zijn getreden bij de koper Smallsteps. De werknemers zouden dan onder meer tewerkstelling kunnen vorderen, en met terugwerkende kracht loonbetaling (vanaf het moment van de doorstart). Daarnaast kunnen de werknemers die bij de doorstart wél zijn overgenomen mogelijk met terugwerkende kracht naleving van hun oorspronkelijke arbeidsvoorwaarden vorderen.

Ook voor andere ondernemingen kan dit arrest grote gevolgen hebben. Ondernemingen die in het verleden met behulp van een pre-pack zijn doorgestart kunnen mogelijk worden geconfronteerd met claims van oud-werknemers en van werknemers die na de doorstart tegen slechtere arbeidsvoorwaarden door de doorstarter zijn overgenomen.

## Het einde van de Nederlandse pre-pack?

De behandeling van het aanhangige Wetsvoorstel continuïteit ondernemingen I (WCO I) die beoogt de pre-pack van een wettelijke grondslag te voorzien, is eerder door de Eerste Kamer in afwachting van dit arrest stilgelegd. Het is afwachten of en zo ja in welke vorm de pre-pack nu – rekening houdend met dit arrest – een wettelijke basis zal krijgen. De Nederlandse wetgeving dient immers in overeenstemming te zijn met de Europese richtlijnen.

Dit arrest kan het einde van de pre-pack betekenen. Potentiële kopers zullen immers minder snel bereid zijn via een pre-pack een failliete onderneming te kopen als zij daarbij verplicht worden om ook alle werknemers (met behoud van al hun rechten) over te nemen. Het gevolg hiervan is ook dat mogelijk minder doorstarts zullen worden gerealiseerd en daarmee werkgelegenheid verloren gaat. De vraag is dan ook of dit arrest uiteindelijk wel in het voordeel van werknemers gaat uitpakken.

Het arrest van het Hof kan voor de wetgever aanleiding zijn om de WCO I aan te passen. De wetgever zal de wettelijke basis van de pre-pack in dat geval nog duidelijker in overeenstemming moeten brengen met de Europese richtlijn door te bepalen dat een pre-pack tot doel heeft om het vermogen van de failliet zo efficiënt mogelijk te liquideren.

Deze uitspraak is na de uitspraak over het adviesrecht van de Ondernemingsraad in faillissementssituaties de tweede uitspraak in korte tijd die werknemers tracht te beschermen. Van belang is wel dat doorstarts vanuit faillissement op zeer korte termijn kunnen blijven plaatsvinden omdat anders de werknemers juist de dupe worden omdat dan alle werkgelegenheid verloren gaat.

## Contactpersoon

Robin de Wit

T: +31(0)88 - 407 0449

E: robin.de.wit@hvglaw.nl

## HVG Law

### Over HVG Law

HVG Law LLP (HVG Law) is een toonaangevend advocaten- en notarissenkantoor met hoogwaardige juridische dienstverlening. Onze advocaten en (kandidaat-)notarissen zijn actief op alle rechtsgebieden die voor het bedrijfsleven, aandeelhouders en overheden relevant zijn. Met vestigingen in Amsterdam, Den Haag, Eindhoven, Rotterdam, Utrecht, Brussel en New York zijn wij in staat u passende oplossingen te bieden voor al uw juridische vraagstukken. In Nederland heeft HVG Law LLP een strategische alliantie met Ernst & Young Belastingadviseurs LLP en maakt onderdeel uit van het global EY Law netwerk.

[hvglaw.nl](http://hvglaw.nl)

HVG Law LLP is een limited liability partnership opgericht naar het recht van Engeland en Wales en geregistreerd bij Companies House onder registratienummer OC335658 en is geregistreerd bij het Nederlandse handelsregister van de Kamer van Koophandel onder nummer 24433164.

© 2017 HVG Law LLP

Deze publicatie is met grote zorgvuldigheid samengesteld. Voor mogelijke onjuistheid en/of onvolledigheid van de hierin verstrekte informatie aanvaardt HVG Law geen aansprakelijkheid, evenmin kunnen aan de inhoud van deze publicatie rechten worden ontleend.