

31 juli 2018

Law Alert

Corporate & Commercial

Toch geen einde van de pre-pack?

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden,
17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6539

Toch geen einde van de pre-pack?

Er lijkt toch geen definitief einde te komen aan de pre-pack praktijk in Nederland. Dit leek het geval te zijn na het arrest van het Europese Hof van Justitie (het "Hof") van 22 juni 2017 inzake de pre-pack van Kinderopvangbedrijf Estro. In dit arrest oordeelde het Hof dat er bij een pre-pack sprake is van overgang van onderneming en dat alle werknemers derhalve van rechtswege mee over hadden moeten gaan naar de koper (Smallsteps). Sinds dit arrest bestaat er onzekerheid over de toepassing van de pre-pack in haar huidige vorm. Ook de verankering van de pre-pack in de Nederlandse wetgeving laat op zich wachten. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (het "Gerechtshof") heeft deze onzekerheid nu voor een deel weggenomen met haar arrest van 17 juli 2018 inzake de pre-pack van garnalenbedrijf Heiploeg en de rechtbank Noord-Holland eerder al met de uitspraak inzake het faillissement van uitvaartkistenbouwer Bogra.

De pre-pack praktijk

Bij gebruikmaking van de pre-pack, wordt een faillissement en een mogelijke verkoop van de 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.

Bescherming van werknemers

Normaal gesproken worden werknemers op grond van het Europese recht (Richtlijn 2001/23) beschermd bij een overgang van onderneming.¹ 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. Artikel 5 van de richtlijn (artikel 7:666 BW) bepaalt echter dat de 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.

Het Hof oordeelde in de Estro-zaak dat deze uitzondering strikt dient te worden uitgelegd en slechts van toepassing is als aan de volgende voorwaarden is voldaan:

1. de vervreemder is verwickeld in een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure,
2. deze procedure moet gericht zijn op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, en
3. onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.

Volgens het Hof was de pre-pack procedure inzake Estro niet gericht op liquidatie maar op voortzetting en was de uitzondering daarom niet van toepassing. Het personeel had daarom van rechtswege mee over moeten gaan naar Smallsteps.

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Op 17 juli jl. oordeelde het Gerechtshof over de pre-pack van garnalenbedrijf Heiploeg. Als gevolg van de gerealiseerde doorstart konden circa 210 van de 300 werknemers aan de slag bij de koper, maar volgens de vakbond met minder goede arbeidsvoorwaarden. De vakbond startte daarom een procedure bij de rechtbank Overijssel met een beroep op de richtlijn en het arrest van Hof van 22 juni 2017.

De rechtbank Overijssel oordeelde in eerste aanleg dat de doorstart van Heiploeg geen overgang van onderneming opleverde. In hoger beroep bekrachtigd het Gerechtshof dit vonnis. Het Gerechtshof stelt voorop dat uit het arrest van het Hof niet kan worden opgemaakt dat een voor de faillietverklaring voorbereide en na de faillietverklaring uitgevoerde doorstart, al dan niet in de vorm van een pre-pack, in geen geval onder de uitzondering van artikel 5 van de richtlijn kan vallen. In ieder geval zal steeds moeten worden nagegaan of aan de drie voorwaarden is voldaan. Daarbij dient rekening te worden gehouden met alle omstandigheden van het geval.

Het Gerechtshof oordeelde inzake Heiploeg dat uit de omstandigheden kon worden opgemaakt dat de pre-pack wel gericht was op de liquidatie van de onderneming. Het doel van de verkoop van Heiploeg was volgens het Gerechtshof het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, zoals vastgelegd in de brief van de rechtbank bij het aanstellen van de curator. Bovendien bereikten de partijen pas overeenstemming over de verkoop, nadat het faillissement was uitgesproken en na goedkeuring van de rechter-commissaris. Aangezien volgens het Hof aan alle drie de voorwaarden van artikel 5 was voldaan, was er geen sprake van overgang van onderneming.

¹ In het Nederlandse BW is dit neergelegd in artikel 7:663 BW.

Bogra

Op 12 oktober 2017 oordeelde de rechtbank Noord-Holland inzake de pre-pack van uitvaarkistenbouwer Bogra reeds eerder dat de pre-pack procedure in dit geval was gericht op liquidatie en dat er geen sprake was van overgang van onderneming.² Volgens de rechtbank wekt de situatie bij Bogra namelijk wezenlijk af van de situatie bij Estro omdat Bogra Uitvaarkisten B.V. o.a. de bedrijfsactiviteiten pas drie weken na het faillissement heeft overgenomen.

Gevolgen voor de praktijk

Het arrest van het Gerechtshof en het vonnis van de rechtbank Noord-Holland laten zien dat het realiseren van een snelle doorstart door middel van een pre-pack nog steeds mogelijk is. Niet elke pre-pack levert per definitie overgang van een onderneming op. De omstandigheden van het geval zullen bepalen in hoeverre er is voldaan aan de voorwaarden van artikel 5 van de richtlijn en of het personeel derhalve van rechtswege mee over gaat naar de koper.

Van belang is dat:

1. de verkoop van activa tot doel heeft de liquidatie van het vermogen van failliet met een zo hoog mogelijke opbrengst,
2. het bereiken van finale overeenstemming over de verkoop pas plaatsvindt na de datum van het faillissement, en
3. de rechter-commissaris na de datum van het faillissement haar goedkeuring verleent. Al met al biedt het arrest van het Hof weer mogelijkheden voor de pre-pack en zal het mogelijk ook de wetgever aanleiding geven tot het bespoedigen van het wetgevingsproces voor de pre-pack.

² Rechtbank Noord-Holland, 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (Bogra).

Contactpersonen:

Robin de Wit
T: +31 88 407 04 49
E: robin.de.wit@hvglaw.nl

Vera Janszen
T: +31 88 407 04 27
E: vera.janszen@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 (HVG BVCVBA), New York en San Jose (desks bij Donahue & Partners LLP) 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

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.

© 2018 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.