

28 juli 2015 voor zover de kantonrechter de vordering onder A heeft afgewezen; in zoverre opnieuw recht doende: verklaart voor recht I. dat op de doorstart van [geïntimeerden]-oud in [geïntimeerden]-nieuw de Richtlijn 2001/23/EG van toepassing is en II. dat de werknemers van [B.V. 3], [B.V. 5] en [B.V. 6] op basis van richtlijnconforme interpretatie van de artikelen 7:662 e.v. BW per 29 januari 2014, met behoud van hun arbeidsvoorwaarden, in dienst zijn gekomen bij [International B.V. 5] (dit geldt voor de werknemers van [B.V. 3] en [B.V. 5]), respectievelijk [International B.V. 6]; compenseert de proceskosten in eerste aanleg en in hoger beroep, in die zin dat iedere partij de eigen proceskosten draagt; bekrachtigt het vonnis waarvan beroep voor het overige; wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

1. Met bovenstaand arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch is na tien jaar een einde gekomen aan de Heiploeg-procedure. De feiten zijn inmiddels genoegzaam bekend. Ik verwijs hiervoor naar r.o. 2.1 van het arrest van het hof en naar r.o. 2.1 van HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954. Heel kort: op 16 januari 2014 wijst de rechtbank twee beoogd curatoren en een beoogd rechter-commissaris aan voor het Heiploeg-concern in het kader van een pre-pack. Op 27 januari 2014 is er op de meeste punten een akkoord over de activa-overeenkomst met Parlevliet. Op 28 januari 2014 worden de faillissementsinstellingen uitgesproken. Om 12:30 uur gaat er een persbericht uit waarin bekend werd gemaakt dat met Parlevliet tot overeenstemming was gekomen. Van de circa driehonderd Nederlandse werknemers van Heiploeg-oud kwamen er 210 in dienst van Heiploeg-nieuw. De ondernemingsactiviteiten zijn vergelijkbaar en worden verricht vanuit hetzelfde adres.

2. De Heiploeg-procedure begon bij de Rechtbank Overijssel, waarin het FNV vorderde voor recht te verklaren dat (i) op de doorstart Richtlijn 2001/23/EG van toepassing is en (ii) dat de werknemers van de Heiploeg-oud vennootschappen op grond van een richtlijnconforme interpretatie van art. 7:662 e.v. BW bij Heiploeg-nieuw in dienst zijn getreden met behoud van hun ar-

beidsvoorwaarden. De rechtbank oordeelde dat art. 7:666 BW van toepassing was en wees de vorderingen af (Rb. Overijssel 28 juli 2015, «JOR» 2015/283, m.nt. Loesberg).

3. Het Hof Arnhem-Leeuwarden bekrachtigde het vonnis bij arrest van 17 juli 2018 «JOR» 2018/265, m.nt. Loesberg) en overwoog, onder verwijzing naar het inmiddels gewezen Smallsteps-arrest HvJ EU 22 juni 2017, «JOR» 2017/217, m.nt. Verburg, dat de in art. 5 lid 1 van de Richtlijn omschreven uitzondering strikt moet worden uitgelegd. De uitzondering is slechts van toepassing als voldaan is aan alle drie de in art. 5 omschreven voorwaarden, te weten: I) de vervreemder moet verwickeld zijn in een faillissementsprocedure of een gelijksoortige procedure; II) deze procedure moet zijn ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de onderneming; III) de procedure moet onder toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie. Het hof concludeerde dat aan alle drie de voorwaarden was voldaan.

4. In zijn tussenarrest van 17 april 2020, «JOR» 2022/162, m.nt. Schaink heeft de Hoge Raad prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie EU, die in essentie neerkomen op de vraag of overdracht van een onderneming ná de faillietverklaring onder de uitzondering van art. 7:666 lid 1 sub a BW valt, indien die overgang vóór de faillietverklaring is voorbereid in een “pre-pack”.

5. Het Hof overwoog in zijn arrest van 28 april 2022, «JOR» 2022/219, m.nt. Verburg dat aan voorwaarde II is voldaan, wanneer de overgang van (een deel van) een onderneming is voorbereid, voorafgaand aan het inleiden van een faillissementsprocedure die de liquidatie van het vermogen van de vervreemder beoogt en gedurende welke deze overgang plaatsvindt, in het kader van een pre-packprocedure die ertoe strekt in de faillissementsprocedure een liquidatie van de onderneming te vergemakkelijken, waarbij een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers wordt bereikt en de werkgelegenheid zo veel mogelijk wordt behouden, mits een dergelijke pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen. Aan voorwaarde III is volgens het Hof voldaan wanneer de overgang van (een deel van) een onderneming voorafgaand aan de faillietverklaring in het kader van een pre-packprocedure is voorbereid door een “beoogd curator”, die onder toezicht staat van een “beoogd rech-

ter-commissaris”, en de overeenkomst inzake deze overgang is gesloten en uitgevoerd na de faillietverklaring met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, mits een dergelijke pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.

6. Het Hof overwoog ten aanzien van voorwaarde II verder dat wanneer het primaire doel van een pre-packprocedure, gevolgd door een faillissementsprocedure, erin bestaat om na de vaststelling van de insolventie van de vervreemder en na diens liquidatie de hoogst mogelijke uitbetaling aan zijn gezamenlijke schuldeisers te verkrijgen, deze procedures samen in beginsel voldoen aan voorwaarde II (r.o. 52). Volgens het Hof moet in elke afzonderlijke situatie worden nagegaan of de betrokken pre-packprocedure en faillissementsprocedure (primair) gericht zijn op de liquidatie van de onderneming nadat is vast komen te staan dat de vervreemder insolvent is, en niet *enkel* op een reorganisatie van die onderneming. Het doel is aldus om de na de uitspraak van het faillissement aangestelde curator in staat te stellen de kans te vergroten dat de schuldeisers worden uitbetaald (r.o. 53).

7. De Hoge Raad oordeelde daarop in zijn arrest van 6 oktober 2023, («JOR» 2024/23, m.nt. Loesberg dat de posities van de beoogd curatoren en de beoogd rechter-commissaris niet in de wet zijn geregeld (en dat dus niet is voldaan aan voorwaarde III) en verwees de zaak naar het Hof 's-Hertogenbosch.

8. Het hof concludeert nu dat de (driehonderd) werknemers van Heiploeg-oud op grond van de hoofdregel van art. 7:663 BW met behoud van hun arbeidsvoorwaarden in dienst zijn gekomen bij Heiploeg-nieuw. In een overweging ten overvloede heeft het hof een nieuw verweer van Heiploeg-nieuw, dat de overeenkomst die heeft geleid tot de doorstart nog niet was gesloten en zelfs niet uitonderhandeld was op het moment van faillietverklaring, verworpen. De omstandigheid dat er niet vóór of op de faillissementsdatum overeenstemming was bereikt, maakt volgens het hof niet dat er geen sprake was van een (geslaagde) pre-pack.

9. De wettelijke basis zou alsnog aan de pre-pack procedure kunnen worden gegeven door WCO I in te voeren (al dan niet met novelle). Met de Wet *continuïteit* onderneming moet dan worden aangetoond dat sprake is van een procedure “met het oog op *liquidatie* van het vermogen”. Maar

met alleen een wettelijke basis zijn wij er niet.

Zoals blijkt uit het Heiploeg-arrest van het Hof van 28 april 2022, moet in elke afzonderlijke situatie worden nagegaan of de betrokken pre-packprocedure en faillissementsprocedure gericht zijn op de liquidatie van de onderneming. In het Wibra-arrest van HvJ EU van 3 april 2025, «JOR» 2025/148, m.nt. Bakker heeft het Hof daaraan toegevoegd dat het aan de verwijzende rechter is om, rekening houdend met alle relevante gegevens, na te gaan of de procedures, afzonderlijk dan wel globaal, er (kortgezegd) toe strekken de uitbetaling van de gezamenlijke schuldeisers te maximaliseren dan wel er primair toe strekken het operationele karakter van (onderdelen van) de onderneming te waarborgen. De onzekere uitkomst van deze toets en de mogelijk verstrekende gevolgen, zullen vermoedelijk veel ondernemers afschrikken om via een pre-pack faillissement een onderneming door te starten.

10. Vrij naar Tollenaar ('Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de prepack!', *TvI* 2011/23) zal wellicht menig Nederlandse curator verzuchten “geef ons de klassieke doorstart back!”. Maar ook bij een (klassieke) doorstart vanuit faillissement die niet vooraf wordt gegaan door een pre-pack, lijkt het beoordelingskader gewijzigd te zijn. Met Loesberg (zie noot onder «JOR» 2024/23) ben ik van mening dat ook dan van geval tot geval zal moeten worden beoordeeld of is voldaan aan de door het Hof in het Heiploeg-arrest van 28 april 2022 geformuleerde criteria. Op basis van de jurisprudentie daarover sinds 2018 lijkt echter geconcludeerd te kunnen worden dat in dat geval de uitzondering van art. 7:666 BW van toepassing blijft. Voor toepassing van de uitzondering van art. 7:666 BW pleiten o.a. dat de onderneming niet is verkocht aan een gelieerde partij en dat meerdere belangstellenden de gelegenheid hebben gehad om deel te nemen aan het koopproces (vgl. in dit verband ook de *Insolad Praktijkregels beoogd curator* van september 2015). Nuttig in dit verband is de suggestie van Loesberg in «JOR» 2024/23 dat de rechter-commissaris bij verlening van toestemming voor een doorstart motiveert dat de doorstart verwezenlijking van het primaire doel (een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de schuldeisers) van het faillissement mogelijk maakt.

11. Ten aanzien van een doorstart vanuit faillissement die niet vooraf wordt gegaan door een pre-pack, maar door een surseance of WHOA, is van

belang dat het Hof in het Wibra-arrest heeft overwogen dat, indien er aan de faillietverklaring een procedure vooraf is gegaan die op zichzelf niet kwalificeert als een faillissementsprocedure of soortgelijke procedure als bedoeld in art. 5 lid 1 van de Richtlijn, de “gehele procedure” kan worden beschouwd als een faillissementsprocedure of soortgelijke procedure (net als bij de pre-pack, zie het Smallsteps-arrest van Hof). Dat kan het geval zijn indien (zoals in de Wibra-zaak) in de procedure die voorafging aan de faillietverklaring, sprake was van een overnameplan dat tijdens de faillissementsprocedure is uitgevoerd en moet worden beschouwd als één en dezelfde verrichting, waarbij de vennootschap van meet af aan failliet zou worden verklaard wegens haar bewezen insolventie. De surseance-regeling en de WHOA-procedure (met beide als hoofddoel behoud van de onderneming) kwalificeren niet als een faillissementsprocedure of soortgelijke procedure als bedoeld in art. 5 lid 1 van de Richtlijn. Maar indien een overnameplan tijdens surseance van betaling of een WHOA-procedure is voorbereid en er een faillissement volgt waarin dat overnameplan wordt uitgevoerd, kan de “gehele procedure” derhalve worden beschouwd als een faillissementsprocedure of soortgelijke procedure, waarmee een overgang van onderneming in beeld komt die valt onder de uitzondering van art. 7:666 BW. Dat geldt met name indien de vennootschap van meet af aan failliet zou worden verklaard “wegens haar bewezen insolventie”. Bij surseance is sprake van een procedure die onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie als bedoeld in art. 5 lid 1 Richtlijn, maar bij een WHOA-procedure is dat niet het geval. Indien een surseance wordt omgezet in een faillissement of indien een WHOA-akkoord niet wordt gehomologeerd, dan wel anderszins mislukt en een faillissement volgt, verdient het (teneinde toepasselijkheid van de uitzondering van art. 7:666 BW te bewerkstelligen) aanbeveling dat de onderneming door de curator opnieuw (en breed) in de verkoop wordt gezet en dat niet wordt voortgeborduurd op een eerder overnameplan.

mr. drs. H.H. Kreikamp
advocaat bij Blauw Tekstra Uding Advocaten te Amsterdam

197

WHOA-aspectenverzoek over gevolgen van een door werkzaamheden van schuldenaar ontstane brand

Rechtbank Zeeland-West-Brabant zp Breda
22 april 2025, rekestnr. C/02/433346 HO RK
24-204, ECLI:NL:RBZWB:2025:2652
(mr. De Kwant, mr. Leppens, mr. Bosch)
Noot mr. drs. N.B. Pannevis

WHOA. Aspectenverzoek ex art. 378 Fw. Gevolgen voor het akkoord en de schadevorderingen van gelaedeerden en hun verzekeraars van een door werkzaamheden van de schuldenaar ontstane brand. Gevolgen voor het akkoord voor deze vorderingen. Verwijzing naar HR 25 februari 2022, «JOR» 202/163, m.nt. Heumakers (X/Pensioenfonds).

[Fw art. 369 lid 4 aanhef en onder a, 374 lid 2, 375, 378; BW art. 3:287, 7:658 lid 4, 7:954, 7:962]

Tijdens werkzaamheden van verzoekster bij belanghebbende 4 is brand ontstaan. Daarbij is er ook schade ontstaan aan de opstallen van belanghebbende 5 en is belanghebbende 2, een door verzoekster ingehuurd uitzendkracht, gewond geraakt. Voor dit schade(on)geval is verzoekster aansprakelijk gesteld door: belanghebbende 2, de zorgverzekeraar van belanghebbende 2 (belanghebbende 3), belanghebbende 4 en 5 en de brandverzekeraars (belanghebbende 6). De vorderingen van belanghebbenden 4 t/m 6 zijn door verzoekster meegenomen in het WHOA-traject. De hoogte van deze vorderingen staat niet vast.

Aspect 1: dienen belanghebbende 4 en 5 en de brandverzekeraars toegelaten te worden tot de stemming?

Uit art. 3:287 BW volgt dat de vorderingen van de benadeelden bevoorrecht zijn op de vordering van de aansprakelijke partij op diens verzekeraar. Uit art. 7:954 lid 5 BW volgt dat – indien de verzekerde som niet de totale schade dekt – de verzekeringsuitkeringen verdeeld moeten worden naar evenredigheid van de schadevergoedingen. De brand-