

It takes Smallsteps to pre-pack: een analyse

MR. M.R. VAN ZANTEN¹

Het Smallsteps arrest van het Hof van Justitie van de EU (“HvJ”) brengt ons naar de kern van het spanningsveld tussen het faillissementsrecht en het arbeidsrecht. Omdat spanningsvelden vaak springplanken zijn naar de juiste balans van belangen, onderzoek ik of de recente ontwikkelingen in het kader van de pre-pack kunnen leiden tot een ‘win-win’ situatie voor de betrokkenen bij een faillissement. In deze bijdrage breek ik een lans voor de toekomst van de pre-packpraktijk in Nederland.

Deze bijdrage geeft een analyse van de voor dit onderwerp relevante rechtspraak van het HvJ over overgang van onderneming. Ik pas de criteria die uit die rechtspraak volgen eerst toe op de huidige pre-packpraktijk. Vervolgens pas ik deze criteria toe op de Smallsteps zaak. De conclusies die uit deze analyse volgen worden gebruikt voor een oordeel over de toekomst van de pre-pack in Nederland. Ik concludeer dat die toekomst er nog is, dit in lijn met wetgeving en rechtspraak.

In het zicht van WCO I doe ik ten slotte enkele suggesties om te komen tot (praktische) invulling van dit wetsvoorstel opdat het alle betrokken belangen, na zorgvuldige en correcte afweging, in onze samenleving zal kunnen behartigen. Het Smallsteps arrest maakt duidelijk dat invoering van WCO I van groot belang is voor de behartiging van deze belangen. Met Smallsteps komt de invoering van WCO I dan ook een stapje dichterbij.

I. Inleiding

Het faillissement is volgens Molengraaff te beschouwen als een gerechtelijk beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers.² De curator is degene die de boedel vereffent³ “en

1. Marc van Zanten is advocaat bij CMS in Amsterdam. Hij verricht onderzoek naar de pre-pack als buitenpromovendus aan de Rijksuniversiteit Groningen. De tekst is afgesloten op 6 november 2017. De auteur is veel dank verschuldigd aan zijn kantoorgenote Anna Francesca Mancosu, die een eerdere versie van deze bijdrage van zeer nuttig commentaar heeft voorzien.
2. Kortmann/Faber, *Geschiedenis van Faillissementswet heruitgave Van der Feltz I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 339. Dit beginsel is gecodificeerd in art. 20 Fw.
3. Art. 68 Fw.

in het algemeen voor den goeden afloop van het liquidatie-proces waakt.”⁴ De Faillissementswet bevat diverse bepalingen die een ordentelijke afwikkeling van het faillissement mogelijk maken en ertoe bijdragen dat de paritas creditorum niet wordt doorbroken. Rechten van derden worden daartoe in de insolventierechtelijke regelgeving vaak rücksichtslos teruggebracht tot niets meer dan de bevoegdheid de vordering ter verificatie aan te melden. Een faillissement heeft dus grote gevolgen voor contractspartijen van de schuldenaar. Het HvJ heeft dit als volgt verwoord in het Abels arrest: “Het faillissementsrecht wordt gekenmerkt door bijzondere procedures die tot doel hebben de diverse belangen, vooral die van de verschillende categorieën schuldeisers, met elkaar in evenwicht te brengen. Daartoe bestaan er in alle lidstaten bijzondere voorschriften, die ertoe kunnen leiden, dat althans gedeeltelijk wordt afgeweken van andere bepalingen van algemene aard, waaronder die van het sociale recht.”⁵

Uit deze passage blijkt dat er een spanningsveld bestaat tussen het arbeidsrecht en het faillissementsrecht en dat inbreuk zal (moeten) worden gemaakt op rechten van werknemers. Beide rechtsgebieden gaan uit van gelijkheid of gelijkgerechtigdheid. Binnen het insolventierecht is het uitgangspunt een gelijke behandeling van de (vorderingen van) crediteuren, uiteraard met inachtneming van hun (wettelijke) rang. Binnen het arbeidsrecht kan gewezen worden op de ongelijkheidscompensatie die bij de invoering van de Wet op de Arbeidsovereenkomst in 1907 binnen de arbeidsrelatie zijn entree heeft gemaakt. Ongelijkheidscompensatie moest de verhouding tussen de werkgever en de werknemer gelijk trekken. Grapperhaus heeft er op gewezen dat ongelijkheidscompensatie tegenwoordig over iets anders gaat. Tegenwoordig gaat het meer om gelijkheid: gelijke toegang tot de arbeidsmarkt, gelijke participatiemogelijkheden, gelijke ontwikkelingsmogelijkheden en tenslotte: gelijke verbetering of verslechtering of verlies van positie.⁶ Dit streven heeft geleid tot de, gerechtvaardigde, wens van werknemers en vakbonden tot erkenning van medezeggenschapsrechten van werknemers bij doorstart na faillissement.⁷

4. Kortmann/Faber, *Geschiedenis van Faillissementswet heruitgave Van der Feltz II*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 11.

5. HvJ EG 7 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:55 (*H.B.M. Abels/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie*), r.o. 15.

6. F.B.J. Grapperhaus, *Heden, verleden en toekomst van de arbeidsovereenkomst*, Bijdrage Justitie/SZW/SER-symposium d.d. 6 november 2007, p. 1, te vinden via: www.ser.nl/~media/files/internet/congressen/2007/20071106_grapperhaus.ashx.

7. HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982 (*DA*). Zie voor dit onderwerp ook o.a: W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal & D.M.A. Bij de Vaate, *Werknemers en insolventie: een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever*, Vrije Universiteit Amsterdam, maart 2015, p. 65-76.

Uit dit streven is de stelling voortgekomen dat een doorstart na faillissement moet worden beschouwd als overgang van onderneming. Zeker wanneer dat faillissement is voorafgegaan door een stille voorbereidingsfase waarin met de pre-pack methode een doorstart is voorbereid. De positie van de werknemer bij overgang van onderneming moet in die opvatting dan binnen en buiten faillissement gelijk zijn. Parallel aan deze discussie loopt ook de discussie over misbruik van de pre-pack methode door de schuldenaar. De schuldenaar zou zich namelijk op een weinig transparante wijze kunnen ontdoen van zijn personeel om (zelf of via een bevriende partij) in afgeslankte vorm een doorstart te kunnen maken.

De behoefte aan een doorstart na faillissement in het algemeen, en de voorbereide doorstart via de pre-pack methode in het bijzonder, vloeit overigens voort uit het Nederlandse ontslagrecht. Dit is er de oorzaak van dat reorganisatie buiten faillissement, zelfs via de daarvoor ontworpen surseance van betaling, vaak (financieel) niet mogelijk is. De invoering van de Wvz heeft de mogelijkheid van reorganisatie buiten faillissement alleen maar moeilijker gemaakt. Sinds 1 juli 2015 is de transitievergoeding ook bij ontslag op grond van bedrijfseconomische gronden verschuldigd.⁸ Zodra het ontslagrecht op dit punt zal worden aangepast zal er veel minder behoefte zijn aan een (al dan niet met de pre-pack methode voorbereide) doorstart na faillissement, omdat het onderliggende probleem dan is opgelost.

In deze bijdrage bespreek ik de betekenis van het leerstuk van overgang van onderneming bij een al dan niet ‘gepre-packt’ faillissement. In hoofdstuk II zal ik de ontwikkeling van de regelgeving en jurisprudentie over overgang van onderneming en faillissement behandelen. In hoofdstuk III zal ik de ontwikkeling bespreken met betrekking tot overgang van onderneming en de pre-pack. In hoofdstuk IV zal ik ingaan op de consequenties van het Smallsteps arrest (naar aanleiding van het faillissement van Estro) voor de pre-pack -en doorstartpraktijk. In hoofdstuk V zal ik de gevolgen van het arrest voor het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I (hierna: “WCO I”)⁹ bespreken.

8. Voor 1 juli 2015 leidde de ontslagroute via het UWV bij bedrijfseconomisch ontslag niet tot een verplichting tot betaling van een ontslagvergoeding. Wel kon de werkgever eventueel een vergoeding verschuldigd zijn op grond van kennelijk onredelijk ontslag.

9. Wijziging van de Faillissementswet in verband met de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de afwikkeling van een eventueel faillissement en vergroting van de kansen van voortzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen (Wet continuïteit ondernemingen I), thans aanhangig bij de Eerste Kamer (*Kamerstukken I* 34 218, A).

II. Overgang van onderneming en faillissement

2.1 Richtlijn 77/187/EEG

Het doel van Richtlijn 77/187/EEG (hierna: “Richtlijn 77/187”)¹⁰ is: “*de werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen, in het bijzonder om het behoud van hun rechten veilig te stellen.*” Art. 3 lid 1 bepaalt dat de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst door deze overgang op de verkrijger overgaan. Art. 4 lid 1 verzekert de bescherming van de betrokken werknemers tegen ontslag door de vervreemder of door de verkrijger, behalve in geval van ontslag wegens economische, technische of organisatorische redenen. Nederland heeft met de invoering van art. 1639aa-dd BW¹¹ uitvoering gegeven aan Richtlijn 77/187. De Richtlijn bepaalde niets over de rechten van werknemers bij overgang na faillissement. Het HvJ heeft een aantal uitspraken gedaan, waarna de richtlijn is aangepast.

2.2 *Abels*:¹² *Faillissementsprocedure; Richtlijn niet van toepassing bij overgang in geval van faillissement*

In een zaak die door de Raad van Beroep te Zwolle aan het HvJ was voorgelegd, moest het HvJ voor het eerst oordelen over de toepasselijkheid van de regels van Richtlijn 77/187 in faillissement of surseance van betaling. De AG wijst er in zijn conclusie op dat toepassing van de richtlijn in faillissement een averechtse werking heeft omdat deze een risico kan vormen voor een verkoop. De bedoeling van de richtlijn was dan ook de bepalingen niet op failliete ondernemingen toe te passen. De AG acht overgang na de verlening van een definitieve surseance van betaling ook uitgesloten van de richtlijn.

Het HvJ overweegt: “*Te zamen met het feit, dat het faillissementsrecht zowel in de rechtsstelsels van de lidstaten als in de communautaire rechtsorde bijzondere regels kent, laat dit de slotsom toe, dat de richtlijn, indien zij ook van toepassing had moeten zijn op de overgang van ondernemingen in het kader van dergelijke procedures, een uitdrukkelijke bepaling van die strekking zou hebben bevat.*”¹³

10. *PbEG* 1977, L 061/26-28 betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van vestigingen. Het doel is opgenomen in de considerans.

11. Wet van 15 mei 1981, *Stb.* 1981, 400.

12. Vindplaats in noot 5.

13. R.o. 17.

Verder concludeert het HvJ: *“Een ernstig risico van een tegen de sociale doelstellingen van het Verdrag ingaande algemene verslechtering van de levens- en de arbeidsomstandigheden van de werknemers valt derhalve niet uit te sluiten. Men kan dus niet concluderen dat richtlijn nr. 77/187 de Lid-staten verplicht haar voorschriften ook toe te passen bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, die plaatsvinden in het kader van een faillissement, dat gericht is op een vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde rechterlijke instantie (onderstr. MvZ).”*¹⁴

Faillissement valt niet onder de richtlijn. Het HvJ overweegt dat een faillissement is gericht op een vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde instantie. Anders dan de AG concludeert het HvJ vervolgens dat de richtlijn in het geval van de Nederlandse surseance van betaling wel van toepassing is: *“Een procedure van het type ‘surseance van betaling’ heeft enkele kenmerken gemeen met de faillissementsprocedure; zo is zij evenals deze laatste gerechtelijk van aard. Anderzijds onderscheidt zij zich ervan, doordat het toezicht van de rechter op de aanvang en het verloop van de procedure primair gericht is op het behoud van de boedel en, zo mogelijk, de voortzetting van de onderneming (onderstr. MvZ); door middel van een collectieve opschorting van de betalingsverplichtingen wordt beoogd een regeling te vinden die deze voortzetting voor de toekomst verzekert. Komt een dergelijke regeling niet tot stand dan kan de procedure uitlopen op faillietverklaring van de debiteur, zoals i.c. is gebeurd.”*¹⁵ (...) *“De argumenten die zich verzetten tegen de toepassing van de richtlijn op de overgang van ondernemingen in geval van faillissement, gaan bijgevolg niet op bij een procedure van dit type, die in een eerdere fase plaatsvindt.”*¹⁶

In Abels beoordeelde het HvJ dus een *andere procedure dan de faillissementsprocedure*. Uit deze overweging blijkt het onderscheid tussen (andere dan faillissements)procedures die wel en (insolventie)procedures die niet onder de werkingssfeer van de richtlijn vallen. Als de (andere) procedure primair is gericht op het behoud van de boedel (waaraan ik wil toevoegen: ten behoeve van de huidige eigenaar) dan wijkt deze te zeer af van de faillissementsprocedure. Deze is juist gericht op liquidatie van de boedel. In die laatste situatie kan nooit gesproken worden van ‘behoud van de boedel’.¹⁷

14. R.o. 23.

15. R.o. 28.

16. R.o. 29.

17. Stein wijst er in zijn noot (NJ 1985/900) op dat tijdens surseance boedelbestanddelen door de ondernemer zelf worden vervreemd, zij het dat voor de vervreemding ex art. 228 Fw medewerking van de bewindvoerder is vereist.

2.3 *Happé/Scheepstra*:¹⁸ *Faillissementsprocedure; tijdstip overgang vóór of na faillissement?*

Zwaartepunt verkoop onderneming

De HR heeft in dit arrest overwogen¹⁹ dat de artikelen 1639aa e.v. BW niet van toepassing zijn in de situatie dat de vervreemder in staat van faillissement is verklaard. De HR overweegt dat er geen reden is aan te nemen dat aan art. 1639aa BW een verdergaande reikwijdte toekomt dan volgens het oordeel van het HvJ in de Abels-zaak aan de desbetreffende richtlijn moet worden toegekend. Daarbij wijst de HR er wel op dat de bepalingen van afdeling 5A BW algemeen zijn geformuleerd. Dit in die zin dat zij geen uitzondering bevatten voor een overgang in een faillissementssituatie. Maar dat levert voor de HR onvoldoende grond aan te nemen dat Nederland gebruik heeft gemaakt van de bevoegdheid de beginselen van de richtlijn op een dergelijke overgang toe te passen. Door het gestelde in r.o. 3.1 staat vast dat in de Nederlandse implementatie Richtlijn 77/187 niet geldt als sprake is van faillissement van de werkgever.²⁰

Met betrekking tot het tijdstip van de overgang overweegt de HR²¹ dat uit het vonnis van de rechtbank blijkt dat de belangrijkste van de betreffende transacties is een verkoop van na faillissement. Deze transactie is volgens de rechtbank aan te duiden als het zwaartepunt van de overname. De HR overweegt vervolgens dat, daarvan uitgaande, de overgang van de onderneming van KPS BV naar Scheepstra inderdaad heeft plaatsgevonden ten tijde van het faillissement van KPS BV.

2.4 *d'Urso*:²² *'Andere dan faillissementsprocedure'; focus op het primaire doel van de procedure*

In deze procedure moest het HvJ beoordelen of een andere dan de faillissementsprocedure, namelijk de Italiaanse procedure van bijzonder bewind, ook valt onder de werkingssfeer van de richtlijn. Het HvJ verwijst naar de nuancering op de richtlijn uit Abels: *"Het Hof oordeelde in dat arrest, dat de richtlijn niet van toepassing was op een overgang in het kader van een faillissements-*

18. HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0033 (*L.M. Happé/Ulke Scheepstra, h.o.d.n. Scheepstra's Handelsonderneming*), NJ 1998/191, m.nt. P.A. Stein.

19. R.o. 3.1.

20. Zie ook: P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht (Recht en Praktijk nr InsR4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 170.

21. R.o. 3.2.

22. HvJ EG 25 juli 1991, ECLI:EU:C:1991:326 (*G. d'Urso, A. Ventadori e.a./Ercole Marelli Elettromeccanica Generale SpA (onder bijzonder bewind), Ercole Marelli Nuova Elettromeccanica Generale SpA (thans ABB Tecnomasio SpA en ABB Industria Srl) e.a.*).

procedure (Engelse tekst: “bankruptcy proceedings”, opm. MvZ) *die ertoe strekt, het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde rechterlijke autoriteit te vereffenen.*²³ (...) *In hetzelfde arrest oordeelde het Hof evenwel, dat de richtlijn wel van toepassing was in een procedure als die van ‘surséance van betaling’, ook al heeft deze enkele kenmerken gemeen met de faillissementsprocedure* (Engelse tekst: “liquidation proceedings”, opm. MvZ). *Volgens het Hof gingen immers de redenen om de richtlijn bij een faillissement* (Engelse tekst: “liquidation proceedings”) *niet toe te passen, niet op wanneer de betrokken procedure een rechterlijk toezicht van meer beperkte draagwijdte inhield dan een faillissement* (Engelse tekst: “liquidation proceedings”, opm. MvZ) *en wanneer zij in de eerste plaats gericht was op het behoud van de boedel* (Engelse tekst: “to safeguard the assets”, opm. MvZ) *en, zo mogelijk, op voortzetting van de activiteit van de onderneming door middel van een collectieve opschorting van de betalingsverplichtingen, ten einde een regeling te vinden die die voortzetting voor de toekomst verzekert (r.o. 28).*²⁴

Dat brengt het HvJ tot de (tussen)conclusie²⁵ dat het doel dat met de betrokken procedure wordt beoogd dus het beslissende criterium is dat in aanmerking moet worden genomen. Het HvJ bespreekt vervolgens²⁶ de Italiaanse procedure van bijzonder bewind uit de wet van 3 april 1979. Deze wettelijke regeling heeft verschillende kenmerken al naar gelang het besluit waarbij de gedwongen administratieve vereffening wordt gelast, al dan niet in voortzetting van de werkzaamheid van de onderneming voorziet. Als niet tot voortzetting is of wordt besloten dan zijn doel en consequenties van deze procedure van gedwongen administratieve vereffening volgens het HvJ vergelijkbaar met het doel en de consequenties van de procedure die het HvJ in de Abels-zaak tot zijn oordeel brachten. Dus dat art. 1 lid 1 van de richtlijn niet van toepassing is bij overgang van een onderneming in een situatie waarin de vervreemder in staat van faillissement is verklaard.²⁷ Maar als het besluit ook voorziet in voortzetting van de werkzaamheid onder leiding van een commissaris die met het bijzonder bewind (Engelse vertaling: “*the special administra-*

23. R.o. 23.

24. R.o. 24.

25. In r.o. 26.

26. In r.o. 27-33.

27. Zie r.o. 31: “*Evenals het faillissement* (Engelse vertaling: “insolvency proceedings”, opm. MvZ) *strekt de procedure dan tot vereffening van het vermogen van de schuldenaar met het oog op uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers, en op een in dat juridisch kader tot stand gekomen overgang is de richtlijn derhalve niet van toepassing. Zoals het Hof opmerkte in voornoemd arrest Abels van 7 febr. 1985, zou, indien de richtlijn wel van toepassing was, een ernstig risico van een tegen de doelstellingen van het verdrag ingaande algemene verslechtering van de levens- en arbeidsomstandigheden van de werknemers niet zijn uit te sluiten.*”

tion procedure”) is belast, dan heeft die procedure tot primair doel de onderneming in een zodanig evenwicht te brengen dat haar werkzaamheid voor de toekomst is verzekerd. In dat geval is er geen rechtvaardiging voor de ontneming van de rechten van de werknemers die de richtlijn hen bij overgang van onderneming toekent. Het HvJ geeft aan dat het met name van belang is dat het doel van deze procedure er dan in bestaat de in wezen gezonde onderdelen van de onderneming te redden.²⁸

Na Abels en d’Urso is mijns inziens duidelijk dat het (Nederlandse) faillissement volgens het HvJ een procedure is die, per definitie strekt tot vereffening van het vermogen de schuldenaar met het oog op uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers. Daarnaast, aldus het HvJ, rechtvaardigt een dergelijke procedure een uitzondering op art. 1 lid 1 van de richtlijn, daar waar andere procedures dat wellicht ook kunnen. Een voorbeeld daarvan is de procedure van gedwongen administratieve vereffening. Dit geldt slechts als het primaire doel van zo een ‘andere procedure’ niet voortzetting van de onderneming is.

2.5 *Spano*:²⁹ ‘Andere dan faillissementsprocedure’; liquidatie of voortzetting van de onderneming in verband met latere overgang?

In deze zaak moest het HvJ beoordelen of de Italiaanse procedure waarbij wordt vastgesteld dat een onderneming in moeilijkheden verkeert,³⁰ onder de werkingssfeer van de richtlijn valt. Het HvJ overweegt dat voor het antwoord op de vraag of een bepaalde overgang van een onderneming die het voorwerp uitmaakt van een administratieve of gerechtelijke procedure binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt, het beslissende criterium het doel is dat met de betrokken procedure wordt beoogd (d’Urso).³¹ Vervolgens overweegt het HvJ: blijkens de rechtspraak van het Hof is de richtlijn niet van toepassing op overgangen in het kader van procedures strekkende tot liquidatie van de goederen van de vervreemder, zoals de faillissementsprocedures (Engelse

28. Mijns inziens wordt hier gewezen op redden in de zin van voortzetting van de activiteiten binnen de huidige vennootschap dan wel verkoop door de huidige aandeelhouders, zoals ook een redding kan plaatsvinden in bijvoorbeeld een surseance procedure.

29. HvJ 7 december 1995, ECLI:EU:C:1995:421 (*L. Spano e.a./Fiat Geotech SpA en Fiat Hitachi Excavators SpA (voorheen Fiat Hitachi Construction Equipment SpA)*).

30. Wet van 1977 betreffende de coördinatie van het industriebeleid, de herstructurering, de omschakeling en de ontwikkeling van de sector.

31. R.o. 24.

vertaling: “*insolvency proceedings*”, opm. en onderstr. MvZ), maar is zij wel van toepassing op de overgang van ondernemingen die het voorwerp uitmaken van procedures strekkende tot voortzetting van de activiteit van de onderneming. Hieronder vallen de Nederlandse procedure van surséance van betaling of de Italiaanse procedure van bijzonder bewind van grote ondernemingen in moeilijkheden, wanneer besloten is tot voortzetting van de werkzaamheid van de onderneming, en zolang deze beslissing van kracht blijft.³² Immers die procedures hebben niet het oog op de liquidatie van die onderneming.³³ Integendeel: die procedures strekken ertoe de voortzetting van de activiteit van de onderneming te verzekeren met het oog op een latere overname.³⁴ Vervolgens overweegt het HvJ dat anders dan bij faillissementsprocedures (Engelse vertaling: “*insolvency proceedings*”) (onderstr. MvZ) de procedure waarbij wordt vastgesteld dat de onderneming in moeilijkheden verkeert, niet inhoudt dat zij onder rechterlijk toezicht wordt geplaatst of dat maatregelen inzake vermogensbeheer worden genomen, en voorziet zij niet in uitstel van betaling.³⁵

2.6 Dethier:³⁶ ‘Andere dan de faillissementsprocedure’; doel en modaliteiten van de procedure

In deze zaak werd het HvJ verzocht te oordelen of de Belgische procedure tot gerechtelijke of vrijwillige vereffening onder de werkingssfeer van de richtlijn valt. Het HvJ oordeelt slechts in een concrete zaak en geeft hier dus slechts een oordeel over de gerechtelijke vereffening.³⁷ De richtlijn is niet van toepassing op de overgang van een onderneming in het kader van een faillissementsprocedure (Engelse vertaling: “*insolvency proceedings*”).³⁸ Voorts overweegt het HvJ dat de richtlijn daarentegen wel van toepassing is op een procedure als de surséance van betaling, ook al heeft deze met de faillissementsprocedure enkele kenmerken gemeen. Immers, de argumenten die zich verzetten tegen de toepassing van de richtlijn op de overgang van ondernemingen in geval van faillissement gingen niet op wanneer in de betrokken procedure het toezicht van

32. R.o. 25.

33. R.o. 27.

34. R.o. 28.

35. R.o. 29.

36. HvJ 12 maart 1998, ECLI:EU:C:1998:99 (*Jules Dethier Équipement SA/Jules Dassy, Sovam SPRL, in vereffening*).

37. R.o. 19.

38. R.o. 21.

de rechter een meer beperkte draagwijdte had dan bij faillissement, en de procedure primair gericht was op het behoud van de boedel alsook, zo mogelijk, op de voortzetting van de onderneming door middel van een collectieve opschorting van de betalingsverplichtingen teneinde een regeling te vinden om deze voortzetting voor de toekomst te verzekeren.”³⁹ Het beslissende criterium bij de bepaling of een overgang al dan niet onder de richtlijn valt is het doel van die procedure. Echter, het doel van gerechtelijke vereffening kan soms verwant zijn aan dat van faillissement (Engelse vertaling: “*insolvency proceedings*”). Maar dit hoeft niet zo te zijn.⁴⁰ Het HvJ wijst hier op de uiteindelijke belanghebbende van de overgang van onderneming bij een andere procedure dan de faillissementsprocedure. Bij gerechtelijke vereffening is de belanghebbende de onderneming zelf. Het doel kan in deze zaak dus geen uitsluitel geven. Daarom wijst het HvJ erop dat in zo een geval ook moet worden gekeken naar de modaliteiten van deze (niet faillissements)procedure.⁴¹

Het HvJ overweegt dat de situatie van een vennootschap in gerechtelijke vereffening derhalve aanzienlijke verschillen vertoont ten opzichte van die van een vennootschap in staat van faillissement (Engelse vertaling: “*an undertaking subject to insolvency proceedings*”), en dat de redenen op grond waarvan het Hof de toepassing van de richtlijn in laatstbedoeld geval heeft uitgesloten, in het geval van een onderneming die in gerechtelijke vereffening verkeert, niet hoeven te gelden.⁴² Het HvJ spreekt over de curator die *als een derde ten opzichte van de vennootschap* kan worden beschouwd. De curator is immers vertegenwoordiger van de schuldeisers. Het HvJ concludeert dat deze procedure niet onder de werkingssfeer van de richtlijn valt. Daarbij is van beslissend belang geweest de vergelijking van de modaliteiten van de betreffende procedure met de modaliteiten van de faillissementsprocedure.

39. R.o. 22.

40. R.o. 26-27.

41. R.o. 29: “Dienaangaande blijkt uit het verwijzingsarrest, dat in geval van vereffening de vereffenaar, ofschoon hij door de rechter wordt benoemd, een orgaan van de vennootschap is dat overgaat tot verkoop van de activa (onderstr. MvZ) onder toezicht van de algemene vergadering, dat er geen bijzondere procedure bestaat voor de vaststelling van het passief onder toezicht van de rechtbank, en dat een schuldeiser in beginsel zijn vordering tegen de vennootschap ten uitvoer kan doen leggen en veroordeling kan vorderen. Bij faillissement (Engelse vertaling: “an insolvency”) daarentegen is de curator, als vertegenwoordiger van de schuldeisers, een derde ten opzichte van de vennootschap; hij gaat over tot de vaststelling van het actief onder toezicht van de rechter, het passief van de vennootschap wordt vastgesteld volgens een bijzondere procedure en individuele uitwinningshandelingen zijn verboden.”

42. R.o. 30.

2.7 *Europièces*.⁴³ ‘Andere dan de faillissementsprocedure’: doel van de richtlijn; doel van de procedure; voortzetting van de werkzaamheid van de onderneming

In deze zaak moest het HvJ oordelen of in het geval van de Belgische procedure tot vrijwillige vereffening een overdracht van activa onder de werkingssfeer van de richtlijn valt.⁴⁴ Het HvJ herhaalt de lijn van de jurisprudentie: de richtlijn is niet van toepassing op de overgang van een onderneming in het kader van een faillissementsprocedure (Engelse vertaling: “*insolvency proceedings*”)⁴⁵ en het beslissende criterium is het doel dat met de betrokken procedure wordt beoogd (d’Urso en Spano). Daarnaast moet rekening worden gehouden met de modaliteiten van de betrokken procedure (Dethier). Het gaat daarbij met name om de vraag in hoeverre de werkzaamheid van de onderneming wordt voortgezet dan wel wordt gestaakt.

De jurisprudentie van het HvJ is op dit punt dus consistent. Faillissement is uitgezonderd van de werkingssfeer van de richtlijn. Bij andere (administratieve of gerechtelijke) procedures spelen doel en modaliteiten een rol en ook het al dan niet voortzetten of staken van de activiteiten. Vervolgens concludeert het HvJ met betrekking tot de vrijwillige vereffening dat deze nog meer van faillissement verschilt dan de gerechtelijke vereffening. Bij vrijwillige vereffening besluit de algemene vergadering van aandeelhouders van de vennootschap en niet de rechter om tot vereffening over te gaan, benoemt zij vereffenaars en bakent zij hun bevoegdheden af.⁴⁶ Ook hier speelt een rol dat het in beginsel de vennootschap zelf is die de procedure controleert. Dit vormt dan een modaliteit die zorgt dat de procedure minder gelijkenis met het faillissement vertoont. Vervolgens concludeert het HvJ dat art. 1 lid 1 van de richtlijn zo moet worden uitgelegd dat deze bepaling van toepassing is ingeval een vennootschap in vrijwillige vereffening haar activa geheel of gedeeltelijk overdraagt aan een andere vennootschap, die een werknemer vervolgens opdrachten geeft die conform de verklaring van de vennootschap in vereffening moeten worden uitgevoerd.⁴⁷

43. HvJ 12 november 1998, ECLI:EU:C:1998:532 (*Europièces SA, in vereffening/W. Sanders en Automotive Industries Holding Company SA, in faillissement*).

44. Een overgang in geval van vereffening was in de Belgische wetgeving niet gelijkgesteld met een overgang in geval van faillissement.

45. R.o. 27, op grond van het Abels arrest.

46. R.o. 33-34.

47. R.o. 36.

2.8 *Aanpassing(en) richtlijn; codificatie rechtspraak HvJ*

De jurisprudentie is gecodificeerd in Richtlijn 98/50/EG.⁴⁸ Vervolgens is deze richtlijn vervangen door, de huidige, Richtlijn 2001/23/EG (hierna: “Richtlijn 2001/23”).⁴⁹ Met betrekking tot de aanpassing van Richtlijn 77/187 heeft de President van de Commissie onder meer het navolgende gesteld: “*The following are the main changes proposed by the Commission:(...) – to make provision for greater flexibility for transfers carried out in the context of insolvency* (onderstr. MvZ) *proceedings.*”⁵⁰

Het voorstel voor Richtlijn 98/50/EG⁵¹ bevatte de overweging dat de Lid-Staten uitdrukkelijk moet worden toegestaan de artikelen 3 en 4 van de richtlijn niet toe te passen op overgangen in het kader van liquidatieprocedures, en dat bepaalde afwijkingen van de algemene bepalingen van de richtlijn moeten worden toegestaan in het geval van overgangen in het kader van aan liquidatie voorafgaande insolventieprocedures. Dit met het doel het voortbestaan van insolvente ondernemingen veilig te stellen.

In de definitieve tekst is deze overweging als volgt opgenomen: “(7) *Overwegende dat het de lidstaten, teneinde het voortbestaan van insolvente ondernemingen te verzekeren, uitdrukkelijk moet worden toegestaan de artikelen 3 en 4 van Richtlijn 77/187/EG niet toe te passen op een overgang in het kader van een liquidatieprocedure en dat op de algemene bepalingen van de richtlijn sommige uitzonderingen moeten worden toegestaan in geval van overgang in het kader van insolventieprocedures.*”

Art. 3 bevat het beginsel dat rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst door deze overgang overgaan op de verkrijger. Art. 4 bevat het beginsel dat een overgang van onderneming op zichzelf voor de vervreemder geen reden tot ontslag oplevert. In Richtlijn 98/50/EG is vervolgens art. 4bis toegevoegd waarmee de jurisprudentie en de in de overweging aangegeven doelstelling zijn gecodificeerd. Dit is vervolgens als volgt, en ongewijzigd, opgenomen als art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23 (was art. 4bis lid 2 Richtlijn 98/50/EG): “*Tenzij de lidstaten anders bepalen, zijn de artikelen 3 en 4 niet van toepassing op een overgang van onderneming, vestiging of een*

48. Richtlijn 98/50/EG, *PbEG*, L 201/88-92.

49. Richtlijn 2001/23/EG, *PbEG*, L 82/16. Deze bevat geen inhoudelijke wijzigingen ten opzichte van Richtlijn 98/50/EG maar een doorlopende tekst en vernummering.

50. 19940203 (CNS)- 29/06/1995 Debate in Council.

51. Voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (94/C 274/08), ingediend door de Commissie op 8 september 1994 (COM (1994)300).

onderdeel van een onderneming of vestiging wanneer de vervreemder verwikkeld is in een faillissementsprocedure (Engelse vertaling: “bankruptcy proceedings”, opm. MvZ) of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen (Engelse vertaling: “or any analogous insolvency proceedings which have been instituted with a view to the liquidation of the assets”, opm. MvZ) van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door de overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn).”

Op grond van art. 5 lid 2 Richtlijn 2001/23 kunnen de lidstaten, ongeacht het doel van de procedure, bepalen dat, als beide artikelen door hen toch van toepassing worden verklaard in een insolventieprocedure onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie: a) bepaalde verplichtingen van de vervreemder niet overgaan op de verkrijger onder de in dat artikel genoemde omstandigheden, of b) dat in bepaalde situaties wijzigingen worden aangebracht in de arbeidsvoorwaarden van de werknemer. Uit een verslag van de Commissie over Richtlijn 2001/23 d.d. 18 juni 2007⁵² blijkt dat artikel 5 van de richtlijn is bedoeld om het voortbestaan van insolvente ondernemingen te verzekeren. Voortbestaan van de insolvente onderneming is voor de Europese regelgever dus een (uiteindelijk in art. 5) nadrukkelijk erkende mogelijkheid. Het leerstuk van overgang van onderneming speelt uiteraard uitsluitend een rol als de onderneming na faillissement wordt voortgezet. De Commissie heeft een onderzoek verricht naar de implementatie van de richtlijn. Een van de vragen aan de lidstaten was de volgende: *“Do your national provisions implementing Articles 3 and 4 apply to transfers of undertakings where the transferor is the subject of bankruptcy proceedings or any analogous insolvency proceedings?”* Hierop werd door zeventien lidstaten geantwoord dat deze artikelen niet van toepassing zijn bij overgang na faillissement.⁵³ Slechts in vier van de 28 lidstaten zijn de regels onverkort van toepassing.⁵⁴ Andere landen maken gebruik van de mogelijkheden van art. 5 lid 2 van de richtlijn.

52. Verslag d.d. 18 juni 2007 van de Commissie over Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, [SEC (2007)812] onder 16.

53. Te weten: België, Griekenland, Frankrijk, Ierland, Italië, Cyprus, Letland, Malta, Nederland, Oostenrijk, Slovenië, Slowakije, Finland, Zweden, IJsland, Liechtenstein en Noorwegen.

54. Te weten: Tsjechië, Denemarken, Hongarije en Portugal. In deze landen kan sprake zijn van een soepeler ontslagregime buiten faillissement waardoor de gevolgen van onverkorte toepasselijkheid minder groot zijn.

2.9 *Art. 7:666 BW*

Ter uitvoering van de Richtlijn 98/50/EG is met ingang van 1 april 1997 een nieuw art. 7:666 lid 1 BW opgenomen dat bepaalt dat de artikelen 662 tot en met 665, en artikel 670, lid 8, niet van toepassing zijn op de overgang van een onderneming als de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort.

2.10 *Celtec*:⁵⁵ *tijdstip overgang onderneming; objectieve toets; overgang exploitatie van de betrokken entiteit met behoud van identiteit*

De Engelse rechter heeft gevraagd of er een specifiek tijdstip bestaat waarop de overgang van de betrokken onderneming wordt geacht plaats te vinden. En zo ja, hoe dat specifieke tijdstip kan worden bepaald. Deze uitspraak is van belang, omdat in de discussie rond de pre-pack ook een rol speelt het antwoord op de vraag wanneer de overgang plaatsvindt: in de stille voorbereidingsfase of in het daarna uitgesproken faillissement. Immers, dat kan consequenties hebben voor de toepasselijkheid van de richtlijn.

Het HvJ overweegt⁵⁶ onder verwijzing naar de arresten *Spijkers*⁵⁷ en *Rygaard*⁵⁸ dat om vast te stellen of sprake is van een overgang moet worden beoordeeld of de identiteit van de betrokken entiteit bewaard blijft. Dit kan met name hieruit blijken dat de exploitatie ervan in feite door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet of wordt hervat met dezelfde of met soortgelijke bedrijfsactiviteiten. Het beslissende criterium is dus of de nieuwe ondernemer de exploitatie van de betrokken entiteit voortzet of hervat en daarbij de identiteit ervan bewaart. Vervolgens overweegt het HvJ dat in die omstandigheden het begrip “tijdstip van de overdracht” in artikel 3, lid 1, van richtlijn 77/187 aldus moet worden opgevat, dat het ziet op het tijdstip waarop de hoedanigheid van ondernemer die de betrokken entiteit exploiteert, van de vervreemder op de verkrijger overgaat.⁵⁹ Volgens het HvJ⁶⁰ gaat het daarbij om een precies tijdstip dat niet naar goeddunken van de vervreemder of de verkrijger naar later kan worden verschoven. Het tijdstip van overgang wordt bepaald op de hiervoor

55. HvJ 26 mei 2005, ECLI:EU:C:2005:321 (*Celtec Ltd/John Astley and Others*).

56. R.o. 34.

57. HvJ 18 maart 1986, ECLI:EU:C:1986:127 (*J.M.A. Spijkers/Gebroeders Benedik Abattoir C.V., Alfred Benedik en Zonen BV*).

58. HvJ 19 september 1995, ECLI:EU:C:1995:290 (*Ledernes Hovedorganisation, namens O. Rygaard/Dansk Arbejdsgiverforening, namens Stro Molle Akustik A/S*).

59. R.o. 36.

60. R.o. 39.

genoemde wijze, ongeacht de in dat verband tussen vervreemder en verkrijger overeengekomen regeling.⁶¹ Dit is ook voor de pre-pack methode van belang. Het is niet een eventuele overeenstemming tot overgang van onderneming die het tijdstip bepaalt. Het is de daadwerkelijke overgang van de hoedanigheid van vervreemder naar verkrijger die het tijdstip bepaalt. Partijen kunnen het tijdstip niet naar eigen goeddunken beïnvloeden.

Hierna spiegel ik het hier beschreven wettelijk kader op de werkingssfeer van de Richtlijn 2001/23 in geval van een overdracht van onderneming die na het faillissement plaatsvindt en die is voorbereid met de pre-pack methode.

III. Overgang van onderneming en pre-pack

3.1 *Literatuur; verdeeldheid over al dan niet toepasselijkheid van de richtlijn bij pre-pack*

Vrij snel nadat voor de eerste keer in Nederland in 2012 een faillissement was voorafgegaan door een stille voorbereidingsfase hebben diverse auteurs gepleit voor toepasselijkheid van Richtlijn 2001/23.⁶² Kort gezegd stellen deze auteurs, dat art. 7:666 BW slechts geldt als sprake is van een procedure die op liquidatie is gericht. Volgens deze auteurs kan de pre-pack, die bedoeld is via faillissement een voortzetting van de onderneming voor te bereiden, niet worden beschouwd als een zodanige procedure. Voorts stellen zij dat de overeenstemming met betrekking tot de doorstart feitelijk al vóór het faillissement is bereikt en vervolgens pas daarna wordt uitgevoerd. Ook op grond daarvan zou geen beroep kunnen worden gedaan op art. 7:666 BW. Naar mijn idee houdt de discussie over de werking van Richtlijn 2001/23 ingeval van een 'gepre-packt' faillissement vooral sterk verband met de vrees voor misbruik. Deze kritiek raakt veelal de doorstart na faillissement in het algemeen. Want de

61. R.o. 43.

62. Zie bv.: R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming en faillissement: over een blinde vlek bij curatoren of wishful thinking onder arbeidsrechtjuristen', *FIP* 2014/360; R.M. Beltzer, 'Continuïteit van ondernemingen en pre-pack: hoe een idee een Europese richtlijn mist', *Onderneming en Financiering* 2015 (23) 1, p. 32-43; R.J. van der Ham, 'Liever failliet dan doorgaan met slecht personeel: over het risico van misbruik van de pre-pack', *ArbeidsRecht* 2014/28; P. Huffman/I. Zaal, 'Insolventie en arbeid: tijd voor een integrale benadering', *Tijdschrift voor Arbeid en Onderneming*, nr. 2, juni 2014, p. 47-487; P. Huffman/I. Zaal, 'De toepasselijkheid van de Richtlijn overgang van onderneming bij insolvente ondernemingen', *TAP* 2014/98; P. Huffman, *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking* (diss UvA), Den Haag: SDU 2015, p. 105-107; J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap- een nieuw begin of toch niet?', *ArbeidsRecht* 2013/38; B.J. Tideman, 'Reactie mr. B.J. Tideman: wetgever van Nederland geef ons de pre-pack+', *FIP* 2013, p. 234-237.

(kwaadwillende) ondernemer kan hetzelfde proberen te arrangeren zonder pre-pack door een geregisseerd faillissement met een voorbereide doorstart. Een aantal auteurs is dan ook van mening dat de richtlijn ook van toepassing zou moeten zijn bij een (gewone, niet 'gepre-packte') doorstart na faillissement. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft in 2015 nog geoordeeld dat geen sprake hoeft te zijn van misbruik (of oneigenlijk gebruik) van faillissementsrecht als een doorstart is voorbereid.⁶³ Immers een vennootschap kan alsnog in een toestand van te hebben opgehouden te betalen verkeren, ongeacht het antwoord op de vraag of de bedrijfsactiviteiten in een andere onderneming worden voortgezet. Van oneigenlijk gebruik is volgens het hof pas sprake als de betalingsonmacht opzettelijk wordt georkestreerd met als doel op deze wijze na de faillietverklaring te kunnen profiteren van de lichtere arbeidsrechtelijke bescherming. Huffman en Zaal vinden deze maatstaf te streng.⁶⁴ Met betrekking tot de pre-pack methode speelt de vrees voor misbruik doordat schuldenaren in stilte een doorstart zouden kunnen arrangeren (met een gelieerde partij) en vervolgens het eigen faillissement zouden kunnen aanvragen met het uitsluitende doel de werknemers te beroven van hun bescherming die buiten faillissement wel geldt. Misbruik is ook een belangrijk (en het eigenlijke) punt in de discussie die gevoerd is rond de doorstart door Smallsteps in het faillissement van kinderopvangorganisatie Estro. Zo werd op de dag van het arrest van het HvJ in de Smallsteps zaak op de website van het FNV de volgende reactie van vice-voorzitter mevrouw K. Jong gepubliceerd: *"Uit het onderzoek van het FNV voorafgaand aan de rechtszaak blijkt dat onder een dekmantel van faillissement de overname maandenlang tot in de puntjes geregisseerd is. Het faillissement was puur een middel om op een goedkope manier van personeel en kosten af te komen en de buitenlandse durfkapitalisten te pleasen. Ze hebben duidelijk misbruik gemaakt van de pre-packconstructie. Zo deden ze er alles aan om de deur gesloten te houden voor andere overnamepartijen en onderhandelden ze alleen met zichzelf."*⁶⁵

De kritiek op de pre-pack heeft dus voornamelijk betrekking op de misbruik-gevoeligheid van deze methode. Die vrees is, door de stilte van de procedure, begrijpelijk. Tal van zaken waar de vakbonden misbruik vermoeden worden nu aan de rechter voorgelegd via de weg van toepasselijkheid van de richtlijn en, naar mijn idee, niet via de geëigende weg bij misbruik. Reparatie van misbruik moet dan plaatsvinden door toepasselijkheid van Richtlijn 2011/23. De juiste

63. Hof 's-Hertogenbosch 26 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1079 (*Zorginstelling Thebe*).

64. P. Huffman/I. Zaal, 'Pre-packperikelen: tijd voor een update', *ArbeidsRecht* 2015/34, onder 2.

65. Vindplaats: www.fnv.nl/sector-en-cao/alle-sectoren/zorg-en-welzijn/nieuws/FNV-krijgt-ge-lijk-van-Europees-Hof-Personeel-dumpen-na-flitsfaillissement-kan-niet-meer/.

oplossing voor het opgeworpen probleem van misbruik is het instellen van verzet ex art. 10 Fw. Hierna kan het faillissement worden vernietigd. Na de vernietiging wordt de opzegging van een arbeidsovereenkomst door de curator ex art. 13a Fw met terugwerkende kracht beheerst door de wettelijke regels die van toepassing zijn op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst buiten faillissement.⁶⁶ Vaak zal echter de korte termijn voor het instellen van verzet een probleem zijn en is dat de oorzaak van de actie op grond van overgang van onderneming.⁶⁷ De stelling dat de richtlijn toepasselijk is bij een doorstart na faillissement die is voorbereid met de pre-pack methode is door verschillende auteurs bestreden.⁶⁸ De in de literatuur veelvuldig besproken (on)mogelijkheid van toepasselijkheid van de richtlijn heeft voor onduidelijkheid in de praktijk gezorgd. Dit heeft geleid tot een tweetal procedures naar aanleiding van de doorstarts in de faillissementen van Heiploeg en Estro.

3.2 Procedure Heiploeg; art. 7:666 BW van toepassing; appel aanhangig

Het Groningse garnalenverwerkingsbedrijf Heiploeg was door vraaguitval en een boete van de Europese Commissie in ernstige financiële problemen geraakt. Er moest een keuze gemaakt worden tussen onmiddellijk faillissement aanvragen of eerst in alle rust zoeken naar een doorstarter. Bij een enkele stopzetting van de leveranties van dagverse producten zouden de klanten zich dadelijk (moeten) wenden tot een andere leverancier. Daarna zou een doorstart door het verlies van klanten niet gemakkelijk meer zijn. Heiploeg vraagt de rechtbank dan ook om de aanwijzing van een beoogd curator. Na een intensief traject bleef een (externe) partij over. Na faillissement wordt met deze partij overeenstem-

66. Zie ook: P.R.W. Schaink, 'Ter Visie: De Heiploeg-uitspraak, een ontzuivering', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming*, nr. 3, september 2015, p. 110.

67. Verzet ex art. 10 lid 1 Fw moet binnen acht dagen na de dag van de faillietverklaring worden ingesteld.

68. N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!', *TvI* 2011/23, p. 144-145; E. Loesberg, 'Pre-pack in het Nederlandse faillissementsrecht. Heiligt het doel de middelen?', *TOP* 2013, nr. 1, p. 31; S.S.M. Peters, 'Overgang van onderneming en faillissement - van schot in de roos tot koude douche', *Annotaties AR* 2014-0822; P.R.W. Schaink, 'Werknemers en hun failliete werkgever, door de bril van de doorstarter', *TvI* 2015/16; P.R.W. Schaink, 'Doorstart Heiploeg na pre-pack: een arbeidsrechtelijke piketpaal', *TvI* 2015/47; P.R.W. Schaink, 'Ter Visie: De Heiploeg-uitspraak, een ontzuivering', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* nr. 3, september 2015, p. 109-110; L.G. Verburg, 'De doorstart in faillissement en het debiet van '662'', *FIP* 2014/361; F.M.J. Verstijlen, 'Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack, in: *Pre-advies van de Vereniging 'Handelsrecht' Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2014, p. 53-61; M.R. van Zanten, 'Aan het werk met de pre-pack!', *ArbeidsRecht* 2013/47, p. 9; M.R. van Zanten, 'De beoogd curator, uitgegroeid van fly on the wall tot spin in het web', *TvI* 2015/35, p. 235-239; M.R. van Zanten, 'De pre-pack, (aan)winst voor de insolventiepraktijk- deel 2', *FIP* 2015, p. 22-25.

ming bereikt. Door de voortzetting behielden in Nederland 300 van de 378 werknemers hun baan.⁶⁹

De kantonrechter wijst de vordering van de vakbonden tot verklaring voor recht dat de werknemers van rechtswege in dienst zijn getreden bij de doorstarter, af.⁷⁰ De kantonrechter overweegt: *“Artikel 7:666 BW is van toepassing als ‘de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort’. Nadere voorwaarden worden niet gesteld. Het faillissement van de werkgevers, de vennootschappen Heiploeg-oud, is op 28 januari 2014 door de rechtbank Noord-Nederland uitgesproken. Gesteld noch gebleken is dat daartegen door belanghebbenden ingevolge artikel 10 Faillissementswet (Fw) verzet is ingesteld. Derhalve dient als vaststaand te worden aangenomen dat er sprake is van faillissement van de verschillende werkgevers, terwijl de ondernemingen die aan gedaagden zijn overgedragen deel uitmaakten van de boedels van de gefailleerde vennootschappen. Daarmee is aan de voorwaarden van artikel 7:666 BW voldaan.”*⁷¹

Ook Richtlijnconforme interpretatie kan volgens de kantonrechter er niet toe leiden dat art. 7:666 BW niet van toepassing is. Nog daargelaten de vraag of de rechtszekerheid daaraan niet in de weg staat en dit contra legem zou zijn, gelet op de duidelijke tekst van art. 7:666 BW.⁷² Ingevolge art. 5 lid 1 van de Richtlijn zijn de artikelen 3 en 4 niet van toepassing wanneer: *“de vervreemder verwikkeld 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.”* Dat de overgang going concern heeft plaatsgevonden en reeds voor faillissement was voorbereid staat aan toepasselijkheid van art. 5 van de Richtlijn en/of art. 7:666 BW evenmin in de weg.

De bonden stellen op grond van de arresten d’Urso, Spano, Dethier en Europièces dat voor de toepasselijkheid van art. 5 van de Richtlijn moet worden gekeken naar het doel en de modaliteiten van de betreffende insolventieprocedure, ook in het geval van een faillissementsprocedure. De kantonrechter volgt deze stelling niet en overweegt als volgt: *“Nu deze arresten zijn gewezen voor respectievelijk in het jaar waarin de, in het arrest Abels geformuleerde, uitzondering in de Richtlijn (toen, in 1998, artikel 4bis, thans artikel 5 Richtlijn 2001/23/EG) werd opgenomen, dient de tekst van de Richtlijn uitgangspunt te zijn. Uit de tekst van artikel 5 van de Richtlijn kan niet worden afgeleid dat voor de toepasselijkheid van dit artikel in geval van een faillissementsprocedure nadere eisen worden gesteld. In dit artikel staat ‘in een faillissementsprocedure*

69. Wereldwijd behielden circa 3.200 werknemers hun baan als gevolg van de doorstart.

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

71. R.o. 4.4.

72. R.o. 4.5.

of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde overheidsinstantie' (onderstrepingen kantonrechter). De andere eisen zien niet op de faillissementsprocedure maar op de 'soortgelijke procedure'."⁷³

De kantonrechter wijst erop dat de procedures na het Abels arrest betrekking hadden op andere insolventieprocedures dan de faillissementsprocedure. Dit doet dus niet af aan het uitgangspunt dat door het HvJ in het arrest Abels ten grondslag is gelegd aan het oordeel omtrent de niet-toepasselijkheid van de regels van overgang van onderneming in geval van een doorstart vanuit de faillissementsprocedure, aldus de kantonrechter. De kantonrechter geeft aan dat de (prejudiciële) vraag zou kunnen worden gesteld of die concrete faillissementsprocedure wel onder de uitzondering van art. 5 van de richtlijn valt. De kantonrechter overweegt ten aanzien van dit punt: *"Anders dan de bonden betogen is van een dergelijke situatie in het onderhavige geval geen sprake. Ten onrechte nemen zij tot uitgangspunt dat de voorwaarde van liquidatie betrekking heeft op de onderneming in plaats van op de vervreemder, de natuurlijke of rechtspersoon die de onderneming drijft. Dat een faillissement te voorkomen c.q. niet nodig was is niet gesteld. Evenmin is (voldoende onderbouwd) gesteld dat de vervreemdende vennootschappen niet zijn geliquideerd, de opbrengst van de verkoop van de ondernemingen niet is aangewend ten behoeve van de schuldeisers en/of aan de voorwaarde van overheidstoezicht niet is voldaan. Dat de onderhandelingen over de overgang al voor de faillissementen zijn gevoerd en (nagenoeg) zijn afgerond, doet daaraan niet af."*⁷⁴

Met betrekking tot het antwoord op de vraag naar het tijdstip van de overgang van onderneming (voor of na datum faillissement) houdt de kantonrechter vast aan het in het Celtec arrest door het HvJ bepaalde criterium en verwijst zij ook naar het arrest Happé/Scheepstra. Het tijdstip van overgang valt samen met het moment waarop de verkrijger de exploitatie van de onderneming van de vervreemder overneemt. Dat is dus het moment van levering, welk moment veelal niet samen zal vallen met het moment waarop de overeenkomst strekkende tot de overneming tot stand komt.⁷⁵ Concluderend overweegt de kantonrechter op dit punt: *"De kantonrechter houdt vast aan de norm zoals door het HvJ in het Celtec-arrest verwoord. De datum van de overgang van de exploitatie, de 'change of control', is bepalend. Die lag na faillissementsdatum. Dat sluit ook aan bij de term 'overgang'. Bovendien kon Heiploeg-oud, zo de overeenkomst met Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. al voor faillissementsdatum (nagenoeg) rond was, de overeenkomst zelf niet nakomen. Na*

73. R.o. 4.5.4.

74. R.o. 4.5.5.

75. R.o. 4.6.

faillissementsdatum was zij immers beschikkingsonbevoegd. Voor faillissement kon niet worden nagekomen omdat de overeenkomst werd gesloten onder de voorwaarde van (nog) uit te spreken faillissement(en). Die moet dan door de curator met toestemming van de rechter-commissaris, bekrachtigd en uitgevoerd worden. Van een contractuele benadering van de 'overgang' kan derhalve geen sprake zijn."⁷⁶

Art. 7:666 BW is dus volgens de kantonrechter van toepassing. De bonden zijn van dit vonnis in appel gegaan. De zaak is ten tijde van de afsluiting van deze bijdrage nog aanhangig bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

3.3 *Smallsteps*

Naar aanleiding van het faillissement van Estro is het FNV nog een procedure gestart met dezelfde inzet als in de Heiploeg zaak. Deze procedure heeft uiteindelijk geleid tot de eerste voor het HvJ gevoerde procedure over pre-pack en overgang van onderneming. Het arrest in deze zaak is van groot belang voor de praktijk.⁷⁷ Na een bespreking van de procedure(s) in deze zaak zal ik onderzoeken wat de gevolgen zijn van deze uitspraak.

3.3.1 *Achtergrond*

Estro was het grootste kinderopvangbedrijf in Nederland met ongeveer 380 vestigingen en ongeveer 3.600 werknemers. Circa 30.000 kinderen werden door Estro opgevangen. In november 2013 werd voorzienbaar dat Estro zonder additionele financiering in de zomer van 2014 niet meer aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen. Er werd gezocht naar additionele financiering, wat niet lukte. Parallel daaraan werd een doorstartplan uitgewerkt voor 243 van de 380 centra en behoud van werkgelegenheid voor 2.500 van de 3.600 werknemers. Op 10 juni 2014 wordt Wouter Jongepier door de Rechtbank Amsterdam aangewezen als beoogd curator. Uit zijn verslag blijkt dat de opdracht van de rechtbank aan hem, anders dan verzocht door Estro, uitsluitend was: a) voorbereiding op een insolventie van de Estro groep en b) kennisname van beoogde doorstarts, zonder daarover- behoudens nadere instructies van de "stille rechter-commissaris"- een standpunt in te nemen.⁷⁸

76. R.o. 4.6.

77. Hoewel de zaak ook bekend is geworden als de "Estro zaak" zal ik in deze bijdrage spreken over de "Smallsteps zaak", omdat niet Estro, maar doorstarter Smallsteps partij was in deze procedure.

78. Zie: W.J.P. Jongepier, Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 - Periode stille bewindvoering, sub 1.6, te raadplegen via: <https://dentons.boekel.com/en/~media/34680064c8c04c679290ba218b975d5e.ashx>.

De beoogd curator geeft in zijn verslag aan dat er in eerste instantie slechts sprake is van één mogelijke koper, te weten HIG. HIG was zowel de belangrijkste financier als de belangrijkste aandeelhouder van Estro. HIG onderhandelde dus met zichzelf.⁷⁹ De beoogd curator heeft het bestuur van Estro daarom met klem verzocht de enige twee andere mogelijke overnamepartijen alsnog te benaderen. Deze waren niet geïnteresseerd. De eerdere bieding van HIG werd niet verhoogd en HIG trok zich op 25 juni 2014 terug als bidder. Vervolgens werd KKR benaderd die op 26 juni 2014 een bieding heeft gedaan die de beoogd curator met de beoogd rechter-commissaris heeft besproken en die met enige verbeteringen als goed verdedigbaar moest worden beschouwd. Een paar uur later ontving de beoogd curator van HIG een sterk verbeterd voorstel dat in lijn was met de bieding van de KKR. Dit herziene voorstel is vervolgens op verschillende punten verbeterd. Daarna heeft de beoogd curator op 27 juni 2014 aan de beoogd rechter-commissaris verzocht om aanpassing van zijn mandaat om nader met HIG over het voorstel te kunnen spreken.⁸⁰

In een voor een openbaar verslag ongekend transparante uitwerking van een drietal scenario's heeft de beoogd curator inzicht gegeven in de financiële consequenties die elk van deze scenario's voor de boedel zou hebben.⁸¹ Scenario 1 zou leiden tot een negatieve boedel van € 12,5 miljoen; scenario 2 tot een negatieve boedel van € 17,1 - € 21,1 miljoen en scenario 3 tot een positieve boedel van € 7 - € 12 miljoen. De conclusie van deze berekeningen is dat het verschil in de geschatte opbrengsten en kosten tussen scenario's 1 en 2 enerzijds en 3 anderzijds zo groot is dat wel zeer onaannemelijk moet worden geacht dat de andere scenario's tot een beter resultaat zouden hebben geleid.⁸²

Op zaterdag 5 juli 2014 om 9.15 uur wordt het faillissement uitgesproken. De werknemers worden op deze dag tijdens een bijeenkomst tussen 10.00-12.00 uur mondeling door de curator ontslagen. De ontslagbrieven worden op maandag 7 juli 2014 aan de werknemers verzonden, ter bevestiging van het op

79. Zie: W.J.P. Jongepier, Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 - Periode stille bewindvoering, sub 5.5.

80. Zie: W.J.P. Jongepier, Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 - Periode stille bewindvoering, sub 7.1-7.10.

81. Scenario 1 zou het scenario zijn geweest indien op datum faillissement géén beoogd koper zou zijn gevonden voor een belangrijk deel van de onderneming en geen boedelkrediet zou zijn verstrekt, hetgeen zou hebben geleid tot een noodzakelijke directe sluiting van alle locaties (een *melt down*). Scenario 2 is het scenario dat de situatie weergeeft indien de curator in faillissement onderdelen van Estro groep aan de hoogste bidder zou kunnen verkopen. Dit scenario veronderstelde dat per datum faillissement voor voortzetting van de exploitatie gedurende 4 tot 6 weken een boedelkrediet van € 5 miljoen beschikbaar zou zijn, hetgeen niet het geval was. Scenario 3 is de uitwerking van de financiële gevolgen van de transactie met Smallsteps.

82. Zie: W.J.P. Jongepier, Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 - Periode stille bewindvoering, sub 8.6-8.7.

zaterdag 5 juli 2014 mondeling gegeven ontslag. Op 5 juli 2014 wordt de doorstartovereenkomst met HIG om 12.30 uur ondertekend. In het kader van de doorstart heeft Smallsteps (de vennootschap die door HIG naar voren is geschoven als koper) aan circa 2.600 werknemers een nieuwe overeenkomst aangeboden. Ongeveer 1.000 werknemers zijn na ontslag door de curator niet in dienst gekomen van de doorstarter. Er vinden overigens nog tientallen andere, kleinere, doorstarts met andere partijen plaats.

3.3.2 *Procedure Kantonrechter te Almere*

FNV is samen met vier voormalige Estro werknemers bij de Kantonrechter van de Rechtbank Midden-Nederland, locatie Almere, een procedure begonnen tegen Smallsteps. Zij stellen primair dat Richtlijn 2001/23 (hierna: “de Richtlijn”) van toepassing is en subsidiair dat de uitzondering van art. 7:666 BW niet van toepassing is omdat de overgang voor faillissement plaatsvond. De kantonrechter stelt vier prejudiciële vragen aan het HvJ:

1. *“Verdraagt de Nederlandse faillissementsprocedure, in geval van overdracht van de gefailleerde onderneming waar het faillissement is voorafgegaan door een door de rechter gecontroleerde pre-pack, die expliciet is gericht op het voortbestaan van (delen van) de onderneming, zich met het doel en strekking van de richtlijn 2001/23/EG en is art. 7:666 lid 1 aanhef en onder a BW in dat licht (nog) wel richtlijn conform?”*
2. *Is richtlijn 2001/23/EG van toepassing in het geval een door de rechtbank aangestelde zogenaamde ‘beoogd curator’ zich al voor aanvang van het faillissement op de hoogte stelt van de situatie van de schuldenaar en de mogelijkheden onderzoekt van een mogelijke doorstart van de activiteiten van de onderneming door een derde partij en zich tevens voorbereidt op handelingen die kort na het faillissement moeten geschieden teneinde die doorstart te realiseren door middel van een activa transactie waarbij de onderneming van de schuldenaar of een gedeelte daarvan per datum faillissement of kort daarna wordt overgedragen en die activiteiten geheel of gedeeltelijk (vrijwel) ononderbroken worden voortgezet?”*
3. *Maakt het daarbij nog verschil of voortzetting van de onderneming het primaire doel is van de pre-pack, dan wel of de (beoogd) curator met de pre-pack en de verkoop van de activa in de vorm van een ‘going concern’ direct na het faillissement, primair beogen te komen tot maximalisatie van de opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers dan wel dat in het kader van de pre-pack vóór het faillissement wilsovereenstemming voor de activaoverdracht (voortzetting van de*

onderneming) is bereikt en de uitvoering daarvan ná het faillissement wordt geformaliseerd en/of geëffectueerd? En hoe moet dit worden gezien indien zowel voortzetting van de onderneming, als opbrengst-maximalisatie wordt beoogd?”

4. *“Wordt het tijdstip van overgang van onderneming voor de toepasselijkheid van de richtlijn en art. 7: 662 e.v. BW in het kader van een pre-pack voorafgaand aan het faillissement van de onderneming bepaald door de feitelijke wilsovereenstemming tot overdracht van de onderneming van vóór het faillissement of wordt dat tijdstip bepaald door het moment waarop de hoedanigheid van de ondernemer die de betrokken entiteit exploiteert van de vervreemder daadwerkelijk overgaat op de verkrijger?”*

3.3.3 Opmerkingen Europese Commissie/Nederlandse regering

Op 26 mei 2016 heeft de Europese Commissie (hierna: “Commissie”) schriftelijke opmerkingen geplaatst. Op 8 juni 2016 heeft de Nederlandse regering schriftelijke opmerkingen ingediend.⁸³ De Richtlijn is volgens de Commissie van toepassing als voorafgaand aan een doorstart na faillissement een beoogd curator zich op de hoogte stelt van de situatie, mogelijkheden onderzoekt van een doorstart en zich voorbereidt op handelingen die kort na faillissement moeten plaatsvinden om de doorstart te realiseren via een activaovereenkomst. De Commissie maakt een onderscheid tussen enerzijds insolventieprocedures die gericht zijn op de *liquidatie van het vermogen* van de vervreemder en anderzijds procedures die gericht zijn op de *voortgang van de bedrijfsuitoefening*. Bij de eerste categorie kan er sprake zijn van verkoop van bepaalde delen van het bedrijf, die vervolgens worden voortgezet. Maar het eerste doel blijft volgens de Commissie dan de liquidatie. De Commissie is van mening dat de aan haar voorgelegde pre-packregeling ontegenzeggelijk en “meer dan duidelijk” een procedure van de tweede categorie is. De Commissie is dan ook van mening dat de pre-pack niet kan vallen onder de uitzondering van art. 5 lid 1 van de Richtlijn. Hierbij wordt gewezen op het risico van misbruik van faillissementsrecht, waarbij de doelstelling van ‘bestrijding van misbruik van faillissementsrecht’ weer samen komt met de eerder door mij al genoemde oplossing, namelijk de toepasselijkheid van de Richtlijn. Zij overweegt: “*Iedere andere benadering heeft immers tot resultaat dat de Lidstaten in strijd zouden*

83. Zowel de opmerkingen van de Europese Commissie als die van de Nederlandse regering zijn niet openbaar gemaakt. De inhoud van de opmerkingen is af te leiden uit: P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht (Recht en Praktijk nr InsR4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 189-190 en P.R.W. Schaink, ‘Arbeidsrecht in opmars in het insolventierecht’, *TvI* 2017/2, p. 6-7.

handelen met de in artikel 5, lid 4, neergelegde verplichting misbruik van insolventieprocedures met het doel de werknemers van de in die richtlijn bedoelde rechten te beroven, te voorkomen.”⁸⁴

3.3.4 Conclusie Advocaat-Generaal P. Mengozzi van 29 maart 2017⁸⁵

De AG wijst er op,⁸⁶ dat onderscheiden moet worden tussen aan de ene kant procedures, die gelet op hun doelstelling en modaliteiten, beogen het vermogen van de onderneming te liquideren en aan de andere kant procedures die de continuïteit van de exploitatie van de onderneming beogen. Die laatste procedures rechtvaardigen dan niet dat aan de werknemers bij de overgang van de onderneming hun rechten worden ontnomen. De AG ziet ook dat de waarde bij een voortzetting hoger kan zijn voor de schuldeisers. In de procedure van voortzetting vormt het behoud van de onderneming “*echter het centrale element, het ultieme doel van de procedure als zodanig of van de toepassing daarvan in concreto. In procedures die de vereffening beogen dient dat behoud daarentegen louter ter uitbetaling van de schuldeisers* (onderstr. MvZ).”⁸⁷

De AG ziet het voorbereidingsproces en de verkoop na faillissement als één procedure, met twee fases: een voorbereidende fase vóór de faillietverklaring en een gelijktijdig of onmiddellijk op de faillietverklaring volgende fase. De AG constateert dat de overdracht in de voorbereidende fase tot in detail wordt voorbereid.⁸⁸ De verkoopovereenkomst komt inhoudelijk tot stand. Na de uitspraak van het faillissement en de benoeming van de beoogd curator tot curator in het faillissement, vraagt en ontvangt de curator toestemming om de pre-pack uit te voeren. Alle elementen van de overdracht zijn dan al overeengekomen. Om snel toestemming te kunnen geven moet de rechter-commissaris uiteraard ook al erg goed op de hoogte zijn.⁸⁹ De bevoegdheden van de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris zijn niet in de wet geregeld. Maar omdat zij direct na faillietverklaring gaan handelen, beschikken zij in de stille voorbereidingsfase wel over een zekere informele bevoegdheid die het verloop van de overgang kan beïnvloeden.⁹⁰

De AG stelt dat de pre-pack duidelijk een procedure is die in haar geheel bezien de overgang van de onderneming (of de nog levensvatbare onderdelen daarvan) beoogt om ervoor te zorgen dat zij zonder onderbreking en onmiddellijk

84. Zie: P.R.W. Schaink, ‘Arbeidsrecht in opmars in het insolventierecht’, *TvI* 2017/2, p. 7.

85. ECLI:EU:C:2017:241.

86. R.o. 53.

87. R.o. 58.

88. R.o. 70.

89. R.o. 71.

90. R.o. 73.

na de faillietverklaring een doorstart kan maken. Het doel is een voortzetting te garanderen door de meerwaarde te behouden die uit de voortzetting van de exploitatie daarvan voortvloeit.⁹¹ Daarbij gaat het bij een pre-pack volgens de AG in wezen niet om een echt faillissement maar om een ‘technisch faillissement’.⁹² Zo kan een pre-pack ook wel eens niet tot een faillissement leiden. Als er dan een overdracht plaatsvindt gelden natuurlijk de artikelen 3 en 4 van de Richtlijn. De AG wijst erop dat de verwijzende rechter naar voren heeft gebracht dat de faillissementsprocedure in de praktijk vaak wordt gebruikt voor reorganisatie. In die gevallen beoogt zij niet de liquidatie van de onderneming, aldus de verwijzende rechter.⁹³ Vervolgens merkt de AG op dat, ondanks het feit dat de procedure die tot een pre-pack leidt ten dele kan plaatsvinden in het kader van een faillissementsprocedure, het geen twijfel lijdt dat zij niet kan worden ingedeeld bij de klassieke procedures die gericht zijn op de liquidatie van de onderneming. Fijntjes verwijst de AG naar de naam van wet, te weten Wet *continuïteit ondernemingen* I.⁹⁴ De AG overweegt verder dat rekening gehouden moet worden met de concrete modaliteiten van de procedure die in Nederland leidt tot sluiting van een pre-pack. Een dergelijke procedure verschilt volgens de AG op verschillende punten van een klassieke faillissementsprocedure.⁹⁵

De AG concludeert: “*dat een procedure (...) die tot de sluiting van een pre-pack leidt, rekening houdend met het beoogde doel en de uitvoeringswijze ervan en ofschoon deze ten dele kan plaatsvinden in het kader van een faillissementsprocedure, niet kan worden aangemerkt als een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23.*”⁹⁶

Dus valt deze volgens de AG niet onder de uitzondering van die bepaling en gelden de artikelen 3 en 4 van de Richtlijn: “*Uit de omstandigheid dat de activiteit van de onderneming of van de levensvatbare onderdelen daarvan na die overgang wordt voortgezet volgt immers dat kan worden verklaard noch gerechtvaardigd dat de werknemers van die onderneming of van de overgedragen onderdelen daarvan de rechten worden ontnomen die deze richtlijn toekent.*”⁹⁷

91. R.o. 75.

92. R.o. 75.

93. R.o. 77.

94. In noot 35 van de conclusie.

95. R.o. 79.

96. R.o. 84.

97. R.o. 84.

Dit leidt tot de navolgende beantwoording van de prejudiciële vragen door de AG:

Vraag 1: een Nederlandse faillissementsprocedure zoals die door bepaalde rechtbanken wordt toegepast in het geval van overgang van een onderneming in het kader van een pre-pack is niet in overeenstemming met de Richtlijn voor zover deze er niet in voorziet dat de werknemers van de overgedragen onderneming de bescherming genieten van de artikelen 3 en 4 van de Richtlijn.⁹⁸ Het staat aan de verwijzende rechter vrij om tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met het door de richtlijn nagestreefde doel. Dit met inachtneming van het gehele nationale recht en onder toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden. Zo moet het nationale recht ervoor zorgen dat bij de overgang van een onderneming of van bepaalde onderdelen daarvan in het kader van een pre-pack de bij de richtlijn geboden bescherming wordt verzekerd voor de werknemers van de overgedragen onderdelen van de onderneming.⁹⁹

Vraag 2: een procedure die tot sluiting van een pre-pack leidt, ondanks het feit dat deze ten dele kan plaatsvinden in het kader van een faillissementsprocedure, valt niet onder de uitzondering van art. 5 lid 1 van de Richtlijn. Daarom is de bescherming van de artikelen 3 en 4 van toepassing bij de overgang van een onderneming of van een onderdeel daarvan in het kader van een dergelijke pre-pack.¹⁰⁰

Vraag 3: De omstandigheid dat de toepassing van die procedure ook kan leiden tot een maximalisatie van de uitbetaling van de schuldeisers, kan niet tot gevolg hebben dat de bescherming die de richtlijn de werknemers biedt niet van toepassing is bij een overgang die in het kader van een pre-pack plaatsvindt.¹⁰¹ Dit omdat de pre-pack de voortzetting van de onderneming (of overgedragen onderdelen daarvan) beoogt.

3.3.4 Arrest HvJ van 22 juni 2017¹⁰²

Het HvJ herformuleert de eerste drie vragen van de kantonrechter aldus dat de rechter: *“in wezen wenst te vernemen of richtlijn 2001/23, en met name artikel 5, lid 1, ervan, aldus moet worden uitgelegd dat de door de artikelen 3 en 4 van die richtlijn gegarandeerde bescherming van werknemers blijft gehandhaafd in een situatie zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin de overgang van onderneming plaatsvindt na een faillietverklaring in de context*

98. R.o. 88.

99. R.o. 90.

100. R.o. 87.

101. R.o. 91.

102. ECLI:EU:C:2017:489 (FNV c.s./Smallsteps BV).

*van een daarvóór voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde pre-pack, in het kader waarvan een door de rechtbank aangestelde “beoogd curator” met name de mogelijkheden onderzoekt van een eventuele voortzetting van de activiteiten van die onderneming door een derde en zich voorbereidt op handelingen die onmiddellijk na de faillietverklaring moeten worden verricht teneinde die voortzetting te verwezenlijken. Voorts wenst de verwijzende rechter te vernemen of het in dat geval van belang is dat met de pre-pack zowel de voortzetting van de activiteiten van de onderneming als de maximalisatie van de opbrengst van de overdracht voor alle schuldeisers in die onderneming wordt beoogd.”*¹⁰³

Vooraf kan de vraag gesteld worden of het antwoord op deze vragen ook betekenis kan hebben in andere zaken. Het HvJ acht zich namelijk volgens vaste jurisprudentie niet bevoegd een uitspraak te doen in het kader van een prejudiciële procedure, wanneer de gestelde vragen geen verband houden met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding. Immers dan zijn deze niet objectief noodzakelijk voor de beslechting van dat geschil.¹⁰⁴ Het gaat hier dus naar mijn idee zuiver om een oordeel van het HvJ over de pre-pack methode zoals toegepast in het Estro faillissement en wel zoals deze door de verwijzende rechter is beschreven in de verwijzingsbeslissing. Dat blijkt uit het feit dat pre-pack consequent cursief wordt opgenomen in het arrest en ook uit de volgende passages: *“in casu wordt de in het geding aan de orde zijnde pre-pack”* (r.o. 46); *“in casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat een pre-pack zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is”* (r.o. 49); *“onder deze omstandigheden”* (r.o. 50); *“een pre-pack zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is”* (r.o. 58); *“in een situatie zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is”* (dictum).

Strikte uitleg

Het HvJ overweegt, zonder deugdelijke onderbouwing, dat de uitsluitingsregel van art. 5 lid 1 van de Richtlijn strikt moet worden uitgelegd.¹⁰⁵ Alleen als is voldaan aan alle volgende drie criteria mag een inbreuk worden gemaakt op de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers bij overgang van onderneming, te weten: i) de vervreemder is verwickeld in een faillissementsprocedure, ii) deze procedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van

103. R.o. 37.

104. Zie met name de arresten van het HvJ van 16 juni 1981, ECLI:EU:C:1981:136 (*Salonia*), punt 6; 16 juli 1992, ECLI:EU:C:1992:327 (*Lourenco Dias*), punt 20; 17 mei 1994, ECLI:EU:C:1994:195 (*Corsica Ferries*), punt 14; 5 oktober 1995, ECLI:EU:1995:308 (*Centro Servizi Spediporto*), punt 45; 12 maart 1998, ECLI:EU:C:1998:99 (*Dethier*), punt 19.

105. R.o. 45.

de vervreemder en iii) deze procedure staat onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (wat ook een curator kan zijn).

Faillissementsprocedure

Het HvJ stelt om te beginnen vast dat de pre-pack weliswaar wordt voorbereid vóór de faillietverklaring, maar pas daarna wordt uitgevoerd. Volgens het HvJ, anders dan de AG had overwogen,¹⁰⁶ kan een dergelijke transactie, die daadwerkelijk het faillissement impliceert, dus onder het begrip van “faillissementsprocedure” in de zin van de Richtlijn vallen.¹⁰⁷ Althans dit volgt uit de Nederlandse vertaling van het arrest. De Engelse vertaling luidt op dit punt als volgt: “*Such a procedure, in fact entailing insolvency, may therefore be covered by the concept of ‘bankruptcy proceedings or any analogous insolvency proceedings’, within the meaning of Article 5(1) of Directive 2011/23.*” Uit de Engelse vertaling blijkt dat deze uitspraak in lijn is met de eerdere jurisprudentie. De pre-pack kan vallen onder een faillissementsprocedure of onder een soortgelijke (andere) procedure. Volgens het HvJ voldoet de pre-pack dus aan het eerste vereiste van art. 5 lid 1 van de Richtlijn.

Liquidatie van vermogen

Het HvJ wijst erop dat art. 5 lid 1 van de Richtlijn ook vereist dat de faillissementsprocedure moet worden ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Althans dat wordt gesteld in de Nederlandse versie. De Engelse versie is op dit punt als volgt: “*In the second place, Article 5 (1) of Directive 2011/23 requires the bankruptcy proceedings or any analogous proceedings to be instituted with a view to liquidation of the assets of the transferor.*”

Het HvJ stelt dat uit d’Urso en Spano blijkt dat een procedure die de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt, vanzelfsprekend niet aan die voorwaarde voldoet.¹⁰⁸ Zoals uit de eerdere beschrijving van deze zaken blijkt ging het in die zaken om een andere procedure dan de faillissementsprocedure. In de Smallsteps zaak is mijns inziens sprake van een faillissementsprocedure binnen welke procedure de overgang van onderneming plaatsvond. Dan geldt naar mijn mening de hoofdregel van het Abels arrest en art. 5 lid 1 van de Richtlijn. Het HvJ stelt vervolgens dat een procedure de voortzetting van de activiteit beoogt wanneer zij bedoeld is het operationele karakter van de onderneming of van de levensvatbare onderdelen daarvan veilig te stellen. Daarentegen zorgt een procedure die de liquidatie van het vermogen

106. In r.o. 84.

107. R.o. 46.

108. R.o. 47.

beoogt, voor een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers. Een procedure die de voortzetting van de activiteit van de onderneming beoogt zorgt voor een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de schuldeisers. Ook al is niet uitgesloten dat er een zekere mate van overlapping kan zijn tussen die twee doelen die een bepaalde procedure nastreeft, hoofddoel van een procedure die voortzetting van de onderneming beoogt, blijft in elk geval het behoud van de betrokken onderneming.¹⁰⁹ Deze overweging van het HvJ lijkt mij in het algemeen juist. Maar deze overweging is nu juist niet van toepassing op deze casus: het hoofddoel van (de voorbereiding van) het faillissement van Estro is vanzelfsprekend niet de voortzetting van de activiteiten. Er was sprake van een faillissementstoestand. De exploitatie kon vanaf juli 2014 niet meer worden voortgezet. Een faillissement en een mogelijk daarop volgende doorstart zijn voorbereid. Vervolgens is een faillissement uitgesproken en de doorstart gerealiseerd. Uit het openbaar verslag over de stille voorbereidingsfase blijkt dat Estro eind juli een liquiditeitstekort van € 3,1 miljoen en eind augustus van € 5,1 miljoen zou hebben. Volgens de curator stond dan ook vast dat Estro op enig moment zou failleren.¹¹⁰ Er kon dus niet gekozen worden voor de optie van voortzetting van de activiteiten (en reorganisatie) buiten faillissement. In de Estro zaak was de faillissementsprocedure dan ook onvermijdelijk. Daarmee is het doel van de procedure gelijk aan het wettelijke doel van de Nederlandse faillissementsprocedure, te weten de vereffening van het actief ten gunste van de gezamenlijke crediteuren. Dit doel is door het HvJ erkend in de Abels zaak.

Op basis van de verwijzingsbeslissing stelt het HvJ dat een pre-pack, zoals die in de Smallsteps zaak aan de orde is, tot in de kleinste details de overdracht van de onderneming beoogt voor te bereiden om na de faillietverklaring een snelle doorstart mogelijk te maken van de levensvatbare onderdelen van de onderneming. Dit alles om ervoor te zorgen dat er geen onderbreking van de activiteiten zal plaatsvinden. De waarde van de onderneming en de werkgelegenheid zullen dan behouden blijven.¹¹¹ Naar mijn idee is van belang dat dit behoud van de onderneming niet plaatsvindt ten behoeve van de (oude) aandeelhouders/de vennootschap, maar dient ter vergroting van de opbrengst voor een nieuwe partij. Namelijk de gezamenlijke crediteuren of een crediteur met zekerheidsrechten ten aanzien van de verkochte activabestanddelen. Als voor die nieuwe partij(en) de onderneming behouden blijft, zie ik minder rechtvaardiging voor het zwaarder laten wegen van de bescherming van oude

109. R.o. 48.

110. Zie: W.J.P. Jongepier, Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 - Periode stille bewindvoering, sub 2.2, te vinden via: <https://dentons.boekel.com/en/~media/34680064c8c04c679290ba218b975d5e.ashx>.

111. R.o. 49.

rechten van werknemers dan het belang van de crediteuren bij een hogere opbrengst na faillissement.

Het HvJ komt vervolgens tot het oordeel dat de in de Smallsteps zaak beschreven transactie (de Engelse vertaling spreekt op dit punt overigens weer over ‘*procedure*’), in strijd met het in de Richtlijn gestelde vereiste, uiteindelijk niet de liquidatie van de onderneming beoogt. Dit oordeel geeft het HvJ onder voorbehoud van verificatie door de Rechtbank Midden-Nederland. Op grond van deze overweging kan het economische en sociale doel daarvan noch verklaren noch rechtvaardigen dat bij een volledige of gedeeltelijke overgang van de betrokken onderneming haar werknemers worden beroofd van de rechten die de Richtlijn hun toekent. De enkele omstandigheid dat de pre-pack ook gericht kan zijn op een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de schuldeisers, kan volgens het HvJ niet tot gevolg hebben dat de pre-pack hierdoor een procedure wordt die is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder in de zin van de Richtlijn.¹¹² Deze overwegingen zijn opmerkelijk. Daar waar het HvJ in r.o. 47 het bepaalde in art. 5 lid 1 van de Richtlijn nog juist weergeeft en aangeeft dat relevant is dat er een procedure wordt ingeleid met het oog op de ‘*liquidatie van het vermogen*’ van de vervreemder, stelt het HvJ in r.o. 50 (opeens) dat moet worden vastgesteld dat de transactie uiteindelijk niet de ‘*liquidatie van de onderneming*’ beoogt. En in r.o. 51 wordt bij de conclusie weer de juiste terminologie gebruikt van ‘*liquidatie van vermogen*’. Door deze overwegingen zou onduidelijkheid kunnen worden gecreëerd voor iedere doorstart na faillissement. Ook in dat geval zou dan immers de vrees kunnen bestaan voor een gelijk oordeel van het HvJ: namelijk dat er slechts *geen* sprake is van risico van toepasselijkheid van de artikelen 3 en 4 van de Richtlijn, als er na faillissement *geen* voortzetting van de activiteiten plaatsvindt. Maar in dat geval speelt de problematiek van overgang van onderneming niet. Immers er wordt dan niets voortgezet en er is geen onderneming meer die overgaat.

Toezicht overheidsinstantie

Wat betreft de voorwaarde dat de procedure onder toezicht van een overheidsinstantie moet staan, stelt het HvJ ten slotte vast dat de fase van de pre-pack die voorafgaat aan de faillietverklaring geen enkele grondslag in de betrokken Nederlandse wettelijke regeling heeft. Die transactie wordt volgens het HvJ dus niet uitgevoerd onder toezicht van de rechtbank, maar, zoals uit het dossier bij het HvJ blijkt, door de leiding van de onderneming, die de onderhandelingen voert en de besluiten neemt die de verkoop van de failliete onderneming

112. R.o. 50-51.

voorbereiden. Volgens het HvJ bestaat dan ook het risico dat elk eventueel toezicht van een bevoegde overheidsinstantie op de faillissementsprocedure grotendeels wordt uitgehold. Daarom zou niet kunnen worden voldaan aan de voorwaarde van toezicht door een dergelijke instantie zoals genoemd in de Richtlijn.¹¹³

Aan de huidige pre-packpraktijk ligt inderdaad (nog) geen wettelijke basis ten grondslag. De acht rechtbanken hebben hun eigen beleid geformuleerd en daarnaast bestaan de “Praktijkregels beoogd curator” van INSOLAD.¹¹⁴ Maar de wettelijke basis wordt pas na inwerkingtreding van WCO I gegeven. Desondanks doet de beschrijving van het HvJ geen recht aan de feitelijke gang van zaken bij de pre-pack. Ik meen dat de betrokkenheid van de beoogd curator en van de beoogd rechter-commissaris in de voorfase wel degelijk kan worden beschouwd als een vorm van toezicht. Dit ondanks het feit dat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris formeel geen wettelijke bevoegdheden hebben. Alle in de voorfase opgedane kennis kan door hen na faillietverklaring worden gebruikt met de bevoegdheden die hen dan worden gegeven. Ook uit het faillissementsverslag in het faillissement van Estro blijkt dat de beoogd curator wel degelijk heeft gezorgd voor een vorm van toezicht op het verkoopproces. Dit heeft hij bijvoorbeeld gedaan door aan te sturen op uitnodiging door het bestuur van Estro van twee andere partijen tot het doen van een bieding. De betrokkenheid en het toezicht van de rechtbank en van de beoogd rechter-commissaris blijkt juist duidelijk uit het verslag. Zo heeft de rechtbank bij de aanwijzing in Estro nadrukkelijk aangegeven dat de beoogd curator zich niet mocht bezighouden met de voorbereiding van de doorstart, maar uitsluitend met de voorbereiding van het faillissement. Met de inwerkingtreding van WCO I zal overigens ook op dit punt worden voldaan aan de vereisten van het HvJ voor de toepasselijkheid van art. 5 lid 1 van de Richtlijn.

Dat de voorwaarden van liquidatie van vermogen en overheidstoezicht volgens het HvJ uitsluitend betrekking kunnen hebben op de ‘soortgelijke procedure’ blijkt ook uit het volgende: *“Dienaangaande preciseert artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 op cumulatieve wijze dat de vervreemder verwikkeld moet zijn in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure. Voorts moet deze procedure worden ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en moet deze onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staan.”*¹¹⁵ De faillissementsprocedure staat immers altijd onder overheidstoezicht, dat ook kan bestaan uit de betrokkenheid van een door de overheidsinstantie gemachtigde curator. Dat is bij faillissement uiteraard

113. R.o. 53-57.

114. Praktijkregels beoogd curator INSOLAD, september 2015, te vinden via: www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/.

115. R.o. 44.

altijd het geval. De voorwaarde van overheidstoezicht en de andere belangrijke voorwaarde met betrekking tot het doel kunnen dan ook niet anders dan betrekking hebben op de soortgelijke procedure.

Anders dan de kantonrechter¹¹⁶ en de AG¹¹⁷ gaat het HvJ niet mee in een van de twee pijlers onder de vordering van de werknemers, namelijk dat sprake is van een doorstart die vóór faillissement tot stand is gekomen. Daardoor zou sowieso geen sprake kunnen zijn van de toepasselijkheid van art. 5 lid 1 van de Richtlijn. Het gaat voor Smallsteps volgens het HvJ wel mis bij de tweede pijler onder de vordering. Deze pijler ziet op de aard van de procedure. Het HvJ komt namelijk tot de slotsom dat een pre-pack als hier aan de orde bij Estro, niet voldoet aan alle voorwaarden van de Richtlijn. Daarom kan niet worden afgeweken van de daarin voorziene beschermingsregeling.¹¹⁸ Het HvJ formuleert het antwoord op de eerste drie vragen (net als de AG, ziet ook het HvJ geen aanleiding meer vraag 4 te beantwoorden) als volgt: *“Richtlijn 2001/23/EG (...), en met name artikel 5, lid 1, ervan, moet aldus worden uitgelegd dat de door de artikelen 3 en 4 van die richtlijn gegarandeerde bescherming van werknemers behouden blijft in een situatie zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin de overgang van een onderneming plaatsvindt na een faillietverklaring in de context van een vóór de faillietverklaring voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde pre-pack, in het kader waarvan een door een rechtbank aangestelde “beoogd curator” met name de mogelijkheden onderzoekt van een eventuele voortzetting van de activiteiten van die onderneming door een derde en zich voorbereidt op handelingen die onmiddellijk na de faillietverklaring moeten worden verricht teneinde die voortzetting te verwezenlijken. In dat verband is niet relevant dat de pre-pack tevens de maximalisatie van de opbrengst van de overdracht voor alle schuldeisers van die onderneming beoogt.”*

Het arrest is door een groot aantal auteurs besproken.¹¹⁹ Bovendien vormde de uitspraak het onderwerp van een door de RUG georganiseerd congres op

116. In r.o. 5.9.

117. R.o. 70.

118. R.o. 58.

119. O.a.: F.M.J. Verstijlen, ‘De dubbele natuur van de doorstart’, *TvI* 2017/20, p. 131-134; J.R. Hurenkamp, ‘Ondergang van onderneming door de pre-pack?’, *TvI* 2017/21, p. 135-139; Jordy Hurenkamp en Koen Rutten, ‘Nederlandse Staat betaalt mogelijk de rekening voor flitsfaillissementen’, *Het Financieel Dagblad* 10 juli 2017, p. 9; P.R.W. Schaink, ‘Het arrest van het Hof van Justitie inzake *FNV c.s./Smallsteps*’, *TvI* 2017/22, p. 140-147; P.R.W. Schaink, ‘Het Smallsteps arrest: de pre-pack voorbij, maar wat volgt?’, *ArbeidsRecht* 2017/34; *JAR* 2017/189, m.nt. E. Loesberg; *JOR* 2017/217, m.nt. L.G. Verburg; *NJ* 2017/369, m.nt. F.M.J. Verstijlen; L.G. Verburg, ‘Smallsteps: over de vraag of de gewone doorstart uit faillissement →

22 september 2017. Daarnaast is inmiddels de eerste Nederlandse uitspraak over een doorstart na een pre-pack gewezen na het Smallsteps arrest.¹²⁰ De zaak is na het Smallsteps arrest van het HvJ voortgezet bij de kantonrechter te Almere voor verdere beslissing van het geschil. In het volgende hoofdstuk zal ik aangeven welke gevolgen het arrest naar mijn mening heeft voor de pre-packpraktijk, de doorstart na faillissement en WCO I. Daarbij zal ik ook ingaan op de door diverse auteurs gemaakte opmerkingen. Deze bespreking zal worden voorafgegaan door een korte inventarisering van de huidige pre-packpraktijk.

IV. Pre-pack, doorstart en WCO I na Smallsteps

4.1 De huidige Nederlandse pre-packpraktijk juli 2012 - juni 2017

Voordat ik overga tot een bespreking van de gevolgen van het Smallsteps arrest voor de huidige pre-packpraktijk is het zinvol deze praktijk te schetsen.

Er bestaat geen centrale registratie bij de rechtbanken van alle aanwijzingen van beoogd curatoren. Lang was dan ook onbekend hoe vaak de pre-pack methode in Nederland is toegepast. In september 2014 heeft Jordy Hurenkamp een analyse gemaakt van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden.¹²¹

Ten behoeve van mijn promotieonderzoek wilde ik kunnen beschikken over de actuele gegevens. In april 2017 kon worden gezocht in 76.000 faillissementsverslagen, dit met behulp van de software die door Raimond Dufour van immix advocaten is ontwikkeld. Wij verkregen van hem een bestand van 183

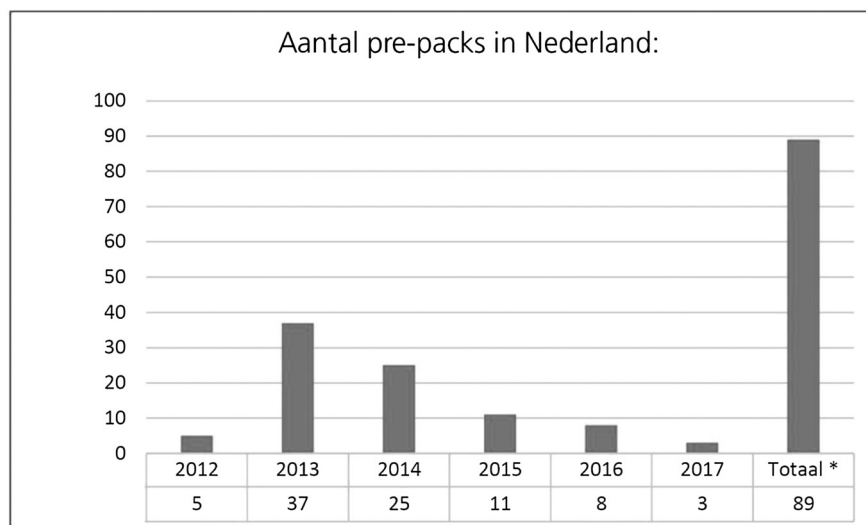
nog toekomst heeft', FIP 2017/334; RI 2017/70, met wenk van M.P. van Eeden-van Harskamp; M.A. Vieira, 'Hof van Justitie EU: werknemers behouden hun bescherming in geval van een pre-pack', *Bb* 2017/60; Siem Eikelenboom/Jan Verbeek, 'Flitsfaillissement onzeker na uitspraak Europees Hof', *Het Financieele Dagblad* 23 juni 2017, p. 1 en 3; B.H.E. Veldmaat en F. van Assendelft de Coningh, 'Arbeidsrechtelijke aspecten in faillissement- een update', *Bb* 2017/62; M.L.G. Otto, 'De pre-pack als package deal: ook de werknemers gaan mee!', *JutD* 2017/0099; N.M.Q. van der Neut, 'Pre-pack is overgang van onderneming: hoe nu verder?', *TRA* 2017/88; M. Kullmann, 'Bezint eer ge begint: de gevolgen van de pre-pack die als overgang van onderneming kwalificeert', *TRA* 2017/95; J. van der Pijl, 'Annotatie. Het Smallsteps-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie-ECLI:EU:C:2017:489', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2017, nr 3, p. 118-128; F.B.J. Grapperhaus, 'De pre-pack-vlinder die een rups bleef', *Ondernemingsrecht* 2017/124; R.C.M. van Moorsel, 'Food for thought. Over het dwingende arrest van het Hof van Justitie inzake FNV c.s./Smallsteps', *TvI* 2017/32; P. Huffman, 'Overgang van onderneming bij de pre-pack: een blik vooruit', *Tijdschrift voor Ontslagrecht*, nr. 4, p. 183-188.

120. Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (*Bogra*).

121. J.R. Hurenkamp, *De pre-pack in de praktijk. Een analyse van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden*, Celsus juridische uitgeverij: Amersfoort 2014; J.R. Hurenkamp, 'Failliet of fast forward? Een analyse van de pre-pack in de praktijk', *TvI* 2015/20.

faillissementsdossiers die mogelijk waren voorafgegaan door een stille voorbereidingsfase. Het bestand is samengesteld op basis van een gericht digitaal onderzoek met behulp van specifieke zoektermen. Dit bestand is vervolgens door mijn kantoorgenoten Wilmy Westerhof, Brigitta Jakic en Anna Francesca Mancosu verder onderzocht op een aantal kerngegevens. Sommige faillissementsverslagen bevatten de informatie dat er geen pre-pack is geweest, zodat verder onderzoek achterwege kon blijven. Daarnaast waren er veel verslagen in faillissementen van groepsvennootschappen. De pre-pack in een dergelijke groep is als één zaak verwerkt. De door ons gehanteerde onderzoeksmethode gaat uit van een aantal premissen. Zo is een aantal keer een pre-pack methode toegepast in een zaak die niet eindigde met een faillissement, en dus niet met een faillissementsverslag. Die zaken zijn alleen meegenomen als de betreffende rechtbank ons daarvan in kennis heeft gesteld. Het bleek niet mogelijk dat in alle gevallen te achterhalen. De hieronder vermelde aantallen betreffen dan ook minimum aantallen. Er zullen dan ook, naast de achterhaalde pre-packs, nog enkele pre-packs zijn geweest.

Aantal pre-packs in Nederland



*voor zover achterhaald zijn er 6 pre-packs geweest die niet eindigden in faillissement, inbegrepen in de hier genoemde 89 gevallen.

It takes Smallsteps to pre-pack

De uitkomst van dit onderzoek laat zien dat er in de periode juli 2012 tot en met mei 2017 in tenminste 83 gevallen sprake is geweest van een faillissement (waaronder van groepen vennootschappen) dat is voorafgegaan door een stille voorbereidingsfase met de aanwijzing van een of meerdere beoogd curatoren. In dertig gevallen hiervan is er sprake van groepen van vennootschappen zodat er meer vennootschappen betrokken zijn bij de pre-pack dan het door ons genoemde aantal van 89. De daling in het aantal vanaf 2014 staat niet in gelijke verhouding tot de vanaf dat jaar ingezette daling van het totaal aantal faillissementen van bedrijven en instellingen.

Aantal faillissementen van bedrijven en instellingen en daling ten opzichte van het voorgaande jaar:

2014: 6.645; 20,6%

2015: 5.271; 20,7%

2016: 4.396; 16,6%

Daling pre-packs:

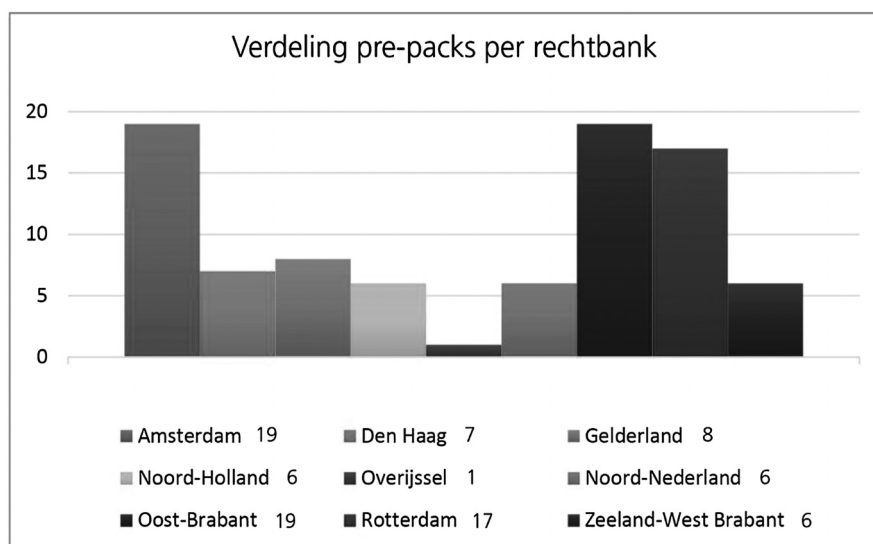
2014: 32%

2015: 56%

2016: 27,3%

Onze inschatting is dat er met betrekking tot deze sterkere daling van pre-packs vanaf 2014 een verband bestaat met de Estro en Heiploeg zaken. Overigens merk ik op dat het aantal faillissementen dat is voorafgegaan door een pre-pack uiterst klein is ten opzichte van het aantal uitgesproken faillissementen. In de onderzochte periode van 1 januari 2012 – 1 juni 2017 zijn circa 32.355 bedrijven en instellingen failliet verklaard. In diezelfde periode zijn slechts 89 pre-packs geteld, dat wil zeggen in 0,28% van de gevallen. Er zijn 59 verschillende aangewezen beoogd curatoren door ons geïdentificeerd. Daarvan zijn er drie die vier keer, zes die drie keer, 14 die twee keer en 36 die één keer zijn aangewezen als beoogd curator. In sommige gevallen zijn er twee beoogd curatoren in een zaak aangewezen. De gemiddelde duur van de aanwijzing bedraagt 16,5 dag. De kortste duur was 4 dagen (*Patientline*) en de langste duur was 169 dagen (*Zinvest*).

Verdeling naar rechtbank



Doelstelling aanwijzing

Uit de onderzochte verslagen blijkt dat de aanwijzing de navolgende doelen moest dienen:

- continuïteit onderneming en voorkomen van afbreukrisico;
- behoud waarde onderneming;
- beperking schade stakeholders;
- het in relatieve rust verrichten van onderzoek naar een doorstart;
- het onderzoek naar het behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid;
- het faciliteren van een gestructureerde en doelmatige afwikkeling van het aanstaande faillissement;
- het tijdig kunnen kennisnemen van overwegingen van curator en rechter-commissaris en daarop kunnen inspelen;
- een gedegen oordeelsvorming van de curator met betrekking tot de door management en investeerders voorgestelde doorstart; en
- gelegenheid geven aan curator tot een gedegen voorbereiding van het faillissement.

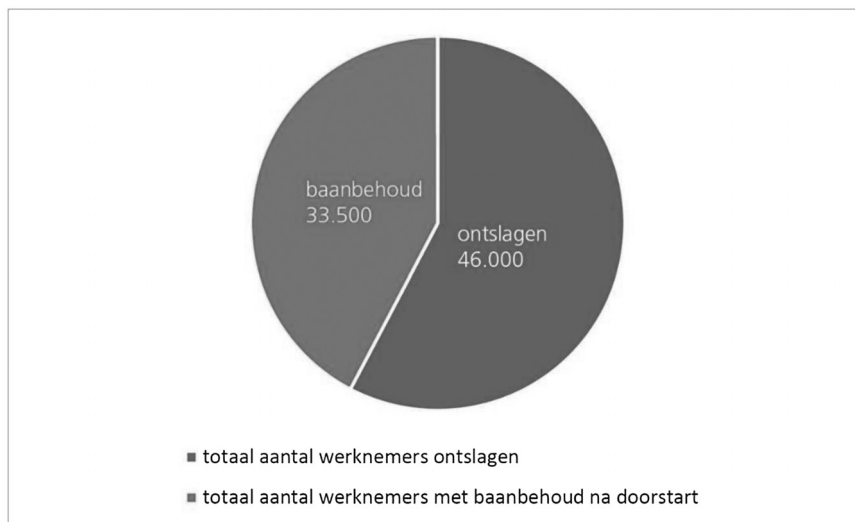
Doorstart

In 73 gevallen (te weten 88%) is achterhaald dat na faillissement sprake is geweest van een (al dan niet beperkte) doorstart. In tien gevallen is dit niet gebeurd danwel niet bekend geworden. Voor zover bekend is geworden is in 26

It takes Smallsteps to pre-pack

gevallen een doorstart gerealiseerd met een externe partij en in 18 gevallen met een gelieerde partij. In de overige gevallen is niet achterhaald of de doorstarter kan worden beschouwd als een gelieerde of als een externe partij. In 50 gevallen heeft de beoogd curator gedurende de stille voorbereidingsfase een marktverkenning uitgevoerd dan wel laten uitvoeren door een derde partij.

Effecten werkgelegenheid/betrokkenheid OR en vakbonden



Totaal zijn voor zover kon worden onderzocht ongeveer 46.000 werknemers ontslagen in alle faillissementen die volgden op de stille voorbereidingsfase. Hiervan zijn overigens ongeveer 26.000 werknemers afkomstig van de Imtech groep van vennootschappen waardoor het beeld wat vertekend zou kunnen tonen. Het totaal aantal werknemers dat een baan behield door een doorstart na faillissementen, waarbij sprake is geweest van een aanwijzing, bedraagt ongeveer 33.500 (waarvan ongeveer 23.700 voormalige Imtech werknemers). In twee gevallen is bekend geworden dat de OR in de stille voorbereidingsfase is betrokken. In tien gevallen is bekend geworden dat de vakbond betrokken is in de stille voorbereidingsfase.

Uit het door ons verrichte onderzoek blijkt dat de afgelopen jaren slechts op zeer kleine schaal gebruik is gemaakt van de mogelijkheid die de 8 rechtbanken hebben geboden een beoogd curator aan te wijzen. Verder blijkt dat in een groot aantal van die gevallen het mogelijk is gebleken (een of meerdere) activiteiten voort te laten zetten door een doorstarter. Dat heeft ertoe geleid dat 73% van de

betrokken werknemers direct na faillissement en ontslag weer aan de slag kon. Verder is duidelijk geworden dat een groot aantal van de doorstarts is gerealiseerd door externe partijen. De uitkomsten van dit onderzoek maken het mogelijk de pre-packpraktijk te schetsen. Dit is van groot belang met het oog op de afwegingen die gemaakt zullen moeten gaan worden met betrekking tot de toekomst van deze praktijk.

Hierna zullen de gevolgen van het Smallsteps arrest voor de lopende procedure bij de kantonrechter en de afwikkeling van het faillissement van Estro, de pre-packpraktijk, de gewone doorstartpraktijk en de WCO I worden besproken.

4.2 *De lopende procedure bij de kantonrechter en de afwikkeling van het faillissement Estro*

De inhoud van de uitspraak van het HvJ is door een aantal auteurs (hiervoor in noot 119 geciteerd) bekritiseerd. Dit is met name zo omdat het HvJ de Nederlandse situatie heeft beschreven op een wijze die onjuist kan voorkomen. Met name wordt de beschrijving van de pre-packpraktijk door de kantonrechter, de AG en het HvJ niet dadelijk als werkelijkheid herkend. Daardoor ontstaat een verkeerd beeld. Ook de mogelijke gevolgen van het arrest worden door veel auteurs als ongewenst beschouwd. In het verlengde hiervan wordt gewezen op de (ongewenste) onduidelijkheid die het arrest met zich brengt voor de praktijk. Deze onduidelijkheid zal kunnen leiden tot diverse nieuwe procedures. Andere auteurs onderschrijven het oordeel van het HvJ. Zij hebben reeds eerder gewezen op de mogelijke toepasselijkheid van de Richtlijn bij een doorstart die is voorafgegaan door een pre-pack en wijzen er op dat deze uitspraak te verwachten was.

Het HvJ beslecht met dit arrest niet de procedure bij de kantonrechter.¹²² Het doel van de faillissementsprocedure wordt op zichzelf door het arrest niet aangetast. De faillissementsprocedure is gericht op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Volgens Verburg verliest het doel van het faillissement bij de pre-pack zoals hier in het hoofdgeding aan de orde zoveel zelfstandigheid dat het wordt overruled door het hoofddoel van de voorbereidende fase. Het oordeel hierover ligt nog ter verificatie door de verwijzende rechter. Volgens Verburg is deze verificatie door de verwijzende rechter nog een hele kluit. Feitelijk kan de kwestie nog alle kanten op. Ik ben het hiermee eens.

122. P.R.W. Schaink, 'Het arrest van het Hof van Justitie inzake *FNV c.s./Smallsteps*', *TvI* 2017/22, p. 141; P.R.W. Schaink, 'Het Smallsteps arrest: de pre-pack voorbij, maar wat volgt?', *ArbeidsRecht* 2017/34, sub 1.3.

Verburg wijst er ook op dat art. 7:662 e.v. BW bij een activa-transactie die slechts een onderdeel betreft, alleen betrekking heeft op het bij dit onderdeel werkzame personeel. Ook op dit punt hangt het dus nog af van de beoordeling door de kantonrechter van de feitelijke situatie welke werknemers er al dan niet mee over zouden zijn gegaan.¹²³

Schaink vraagt zich af wat er moet gebeuren als de toetsing van de kantonrechter leidt tot een bevinding die contra legem is. Hij wijst daarbij op het feit dat art. 7:666 BW slechts als voorwaarde voor de uitzondering op de beschermende regels van art. 7:662 e.v. BW vereist dat sprake is van het faillissement van de werkgever en dat de onderneming tot de boedel behoort. Een Europese richtlijn heeft geen directe werking jegens burgers. Deze moeten, als wetgeving in strijd is met een Europese richtlijn, de staat aanspreken wegens onrechtmatige wetgeving. Schaink wijst echter ook op het feit dat de rechter terzake van zijn verplichte richtlijnconforme uitleg van art. 7:666 BW een grote beoordelingsruimte heeft. Daarbij verwijst hij naar het Albron arrest van de HR.¹²⁴ Hij stelt dat het denkbaar is dat in de Smallsteps zaak art. 7:666 BW, ondanks zijn beperkte tekst, door de Nederlandse rechter wordt uitgelegd conform art. 5 lid 1 van de Richtlijn.¹²⁵

Het arrest leidt tot vele vragen met betrekking tot de rechtspositie van overgenomen en niet overgenomen werknemers van Estro en kan tot veel nieuwe procedures aanleiding geven. Ik meen dat alleen bepaalde werknemers zich zouden kunnen wenden tot Smallsteps met een vordering in verband met onvervulde loonaanspraken. Het betreft die werknemers die werkzaam waren bij de vestigingen van Estro die door Smallsteps zijn voortgezet en die zich actief beschikbaar hebben gesteld voor arbeid nadat ze door de curator waren ontslagen en die toen vervolgens niet tot het werk zijn toegelaten. Terecht wijst Hurenkamp ook op de vraag of er inkomsten zijn gemist en of eventueel ontvangen uitkeringen in het kader van de Werkloosheidswet hierop in mindering moeten worden gebracht. Met betrekking tot de wel overgenomen werknemers kan ook de vraag worden gesteld of door hen met terugwerkende kracht naleving van de oorspronkelijke arbeidsvoorwaarden kan worden gevorderd. Of hadden zij het ontslag tijdig moeten vernietigen?¹²⁶ Van der Pijl wijst erop dat, gelet op de wijze waarop het HvJ de cumulatieve voorwaarden formuleert, de stelling dat “met het oog op liquidatie” slechts

123. JOR 2017/217, m.nt. L.G. Verburg, onder 7-8.

124. HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780 (*Albron*).

125. P.R.W. Schaink, ‘Het arrest van het Hof van Justitie inzake *FNV c.s./Smallsteps*’, *TvI* 2017/22, p. 141-142; P.R.W. Schaink, ‘Het Smallsteps arrest: de pre-pack voorbij, maar wat volgt?’, *ArbeidsRecht* 2017/34, sub 1.3.

126. J.R. Hurenkamp, ‘Ondergang van onderneming door de pre-pack?’, *TvI* 2017/21, p. 135-136.

betrekking heeft op soortgelijke procedures niet meer verdedigbaar is. Van der Pijl stelt vervolgens dat het HvJ niet uitgaat van de presumptie dat de gewone faillissementsprocedure per definitie is gericht op liquidatie.¹²⁷ Hij meent dat de verwijzende rechter art. 7:666 BW richtlijnconform kan interpreteren en de procederende werknemers (en FNV) dus beet hebben. Hij vraagt zich af of dat ook voor de overige achtergelaten Estro-medewerkers geldt nu zij de vernietigbaarheid van de opzegging door de curator niet zullen hebben ingeroepen. Met betrekking tot hun eventuele loonvorderingen is de vraag volgens Van der Pijl relevant of zij zich beschikbaar hebben gesteld voor het verrichten van deze arbeid. De curator hoeft volgens Van der Pijl het UWV in geval van nabetalingen niet als crediteur te erkennen. In verband met haar regresvordering dient UWV zich met haar loonaanspraken te wenden tot Smallsteps.¹²⁸

4.3 *De post-Smallsteps pre-packpraktijk in Nederland*

Volgens de meeste auteurs voldoet de huidige pre-packpraktijk niet aan de voorwaarden van art. 5 lid 1 van de Richtlijn zoals uitgelegd door het HvJ in de Smallsteps zaak. Naar hun mening is daarbij niet zozeer de eerste voorwaarde (faillissementsprocedure of soortgelijke procedure) de reden. Het zijn juist de tweede (gericht op liquidatie) en de derde (toezicht) die ernstige problemen opleveren voor continuïteit van deze praktijk.¹²⁹ Deze auteurs¹³⁰ zijn in meerderheid van mening dat het arrest van het HvJ het einde zal betekenen voor de huidige pre-packpraktijk. Om die reden wordt ook wel gesproken over *pre-packxit*.¹³¹

Het HvJ heeft naar mijn mening niet meer, en ook niet minder, overwogen dan dat er geen sprake is van toepasselijkheid van de uitzondering in art. 5 lid 1 van de Richtlijn bij een procedure waarin de beoogd curator: “*met name de mogelijkheden onderzoekt van een eventuele voortzetting van de activiteiten van die onderneming door een derde en zich voorbereidt op handelingen die onmiddellijk na de faillietverklaring moeten worden verricht teneinde die voortzetting te verwezenlijken* (onderstr. MvZ).” Dat betekent dat wanneer in een bepaalde zaak door de aanwijzende rechtbank in de aanwijzingsbrief *met*

127. J. van der Pijl, ‘Het Smallsteps-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie-ECLI:EU:C:2017:489’, *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2017, nr 3, p. 122.

128. J. van der Pijl, ‘Het Smallsteps-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie-ECLI:EU:C:2017:489’, *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2017, nr 3, p. 125.

129. F.M.J. Verstijlen, ‘De dubbele natuur van de doorstart’, *TvI* 2017/20, p. 132.

130. Zie noot 119.

131. Bijvoorbeeld gebruikt door de Rijksuniversiteit Groningen als onderdeel van de titel van het op 22 september 2017 georganiseerde seminar over de gevolgen van Smallsteps.

name een andere doelstelling ten grondslag wordt gelegd aan de betrokkenheid van de beoogd curator, dan de (gebruikelijke) doelstelling ‘voorbereiding van het faillissement’, de vraag kan worden gesteld of deze pre-pack dan, net als die in *Estro*, door het HvJ zal (kunnen) worden ondergebracht in de categorie ‘hoofddoel continuering’. Ik meen dat daarnaast nog steeds óók de mogelijkheid van een verkoop van activa kan worden onderzocht. Zolang dit maar niet het *hoofddoel* van de aanwijzing is. Hierbij moet uiteraard worden gewaakt voor misbruik. Feitelijk moet daadwerkelijk sprake zijn van *met name* een hoofddoel dat anders is dan de voorbereiding van een doorstart. Dat zal niet in alle gevallen kunnen, maar er zullen zeker zaken zijn (geweest) waarin dat absoluut het geval was.¹³² Van der Pijl heeft een andere opvatting. Volgens hem is de bedoeling van zo’n pre-pack nu juist snel na de faillietverklaring te komen tot een operationele voortzetting van de onderneming. Als partijen door daar enige tijd na faillietverklaring mee te wachten tegen de gevolgen van het Smallsteps arrest worden beschermd, wordt de principiële benadering van het onderscheid voortzetting/vereffening van het HvJ miskend.¹³³

Aan de nadelige gevolgen van het arrest voor de huidige pre-packpraktijk kan uiteraard worden ontkomen wanneer de doorstarter er voor zorgt dat niet voldaan is aan de (‘normale’) voorwaarden voor overgang van onderneming. Dit kan bijvoorbeeld in een arbeidsintensieve sector door niet het merendeel van het personeel maar slechts een minderheid van de werknemers een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Verder moet hij dan extern personeel aanstellen, als daarmee de exploitatie nog wel kan worden voortgezet. Dit leidt tot een prikkel die mij niet in het belang lijkt te zijn van het zittende personeel. En die overigens ook in strijd is met de doelstelling van de Richtlijn. Het zou echter wel in sommige gevallen een uitkomst kunnen bieden voor de doorstarter en voor de curator. Wat hier ook van zij, in de praktijk zal er geen (of heel weinig) animo meer zijn voor de (buitenwettelijke) beoogd curator. Zoals uit ons onderzoek blijkt, is door de 83 door ons achterhaalde pre-packs die hebben geleid tot een faillissement een groot deel van de werkgelegenheid na het daarop volgende faillissement behouden (73%). Mogelijk dat de komende periode nadelige effecten waar te nemen zijn ten aanzien van het behoud van werkgelegenheid na faillietverklaring. In deze periode zullen namelijk (vrijwel) geen buitenwettelijke pre-packs meer plaatsvinden. De door het HvJ gegeven maatstaf pleit voor het spoedig aannemen van WCO I. Daarmee wordt immers een wettelijke basis gegeven aan de pre-packpraktijk, die volgens mij Smallsteps-proof is. Dit punt bespreek ik verder in hoofdstuk V.

132. Zie hiervoor onder 4.1 voor een aantal doelstellingen van de pre-packs in de afgelopen jaren.

133. J. van der Pijl, ‘Het Smallsteps-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie- ECLI:EU:C:2017:489’, *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2017, nr 3, p. 125-126.

In de meeste faillissementen die volgden op de stille voorbereidingsfase zijn de werknemers, net als in Estro, eerst door de curator ontslagen. Pas daarna vond de doorstart plaats. Op grond van het Celtec arrest zullen de werknemers niet het gewenste voordeel hebben van toepassing van het Smallsteps arrest. Immers in dat geval zijn de werknemers wel rechtsgeldig ontslagen. De werknemers zijn dan, als geen sprake is van art. 5 lid 1, maximaal gedurende de periode van hun opzegtermijn vanaf de datum van de overgang van rechtswege in dienst bij de doorstarter gekomen. Maar wel met een reeds opgezegde arbeidsovereenkomst.

Het is helder dat de praktijk niet voor niets behoefte had aan de pre-pack. Die behoefte bestaat nog steeds. Het komt mij voor dat men misbruik wenst te voorkomen via het leerstuk van overgang van onderneming. Dit lijkt op het eerste gezicht behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid in de hand te werken. Iedereen behoudt namelijk zijn baan na de overgang na faillissement. Maar zoals we hebben gezien zal per saldo het tegenovergestelde effect worden bereikt. In het geval dat een faillissement onafwendbaar is verliezen alle werknemers hoe dan ook hun baan. Het is naar mijn idee juist dit inzicht dat ons een stap verder zal brengen in de bevordering van het behoud van werkgelegenheid. Goede observatie laat immers zien dat de tendens ook in Europa juist steeds meer is gericht op zoveel mogelijk behoud van de onderneming en zoveel mogelijk beperking van de schade.¹³⁴ Maar de doorstarter - zelfs de niet gelieerde - wordt nu juist gestraft. Hij mag zijn nek wel uitsteken en het nog een keer proberen met een onderneming die kort daarvoor ten onder is gegaan en daarmee een deel van het personeel uit de WW houden. Maar hij heeft dan wel van rechtswege iedereen in dienst gekregen. Daarmee wordt een zorgvuldig met de pre-pack methode voorbereide doorstart in veel gevallen helaas in economische zin geen haalbare kaart meer. In sommige branches, zoals bijvoorbeeld de zorg, is een zorgvuldige voorbereiding van het faillissement echter juist van groot belang. Een aantal curatoren heeft dan ook een oproep gedaan voor de mogelijkheid van de benoeming van een stille bewindvoerder in de zorg.¹³⁵

134. Zie o.a.: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU d.d. 22 november 2016 (COM(2016) 723 final).

135. Siem Eikelenboom/Marieke ten Katen, 'Omstreden constructie in zorg toch toestaan. Curatoren willen een pre-packregeling voor zorginstellingen in nood', *Het Financieele Dagblad* 27 juli 2017, p. 1. Zie ook: 'Benoem geheime manager in zorg', redactioneel commentaar, *Het Financieele Dagblad* 27 juli 2017, p. 2.

Een eerste toepassing van het Smallsteps arrest door de rechter is de eerdergenoemde Bogra zaak. De Rechtbank Noord-Holland heeft onder meer overwogen dat de reikwijdte van het Smallsteps arrest is beperkt tot het weergegeven geval in die uitspraak en met name niet ziet op de Nederlandse faillissementsprocedure in zijn algemeenheid.¹³⁶ In deze zaak was volgens de kantonrechter geen sprake van een pre-pack die tot in het kleinste detail de overdracht beoogde voor te bereiden of onmiddellijk na faillietverklaring is uitgevoerd. Pas na drie weken vond een overname plaats onder toezicht van de rechter-commissaris. Een richtlijnconforme uitleg van art. 7:666 lid 1 sub a BW brengt mee dat de artikelen 7:662-7:665 BW niet van toepassing zijn nu Bogra in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort.¹³⁷

4.4 *De gewone doorstart praktijk na faillissement post Smallsteps*

Verstijlen wijst op het vreemde resultaat van het Smallsteps arrest dat een doorstart zonder automatische overgang vanuit faillissement wel kan. De curator en de rechter-commissaris nemen hun beslissingen dan onvoorbereid, in de chaos die eigen is aan de eerste periode van het faillissement. Wij zijn dus weer helemaal terug bij af. Verstijlen vraagt zich af of na het ‘gepre-pakte’ faillissement ook het ‘*technisch faillissement*’ aan de beurt is. Een goed bestuurder zal de vennootschap niet onvoorbereid in een faillissement storten. Hij zal al ideeën hebben over een mogelijke koper na faillissement. Wat nu als een transactie met deze koper daadwerkelijk plaatsvindt omdat er geen betere kandidaat is? Komt deze transactie dan in de gevarenzone van het Smallsteps arrest?¹³⁸ Verstijlen stelt verder dat een faillissement dat volgt op een pre-pack in niets verschilt met een faillissement dat ‘uit de lucht komt vallen’. Immers ook in een gewoon faillissement zal de ondernemingsleiding een transactie kunnen voorkoken, uitonderhandelen en zelfs finaliseren. Uiteindelijk is het de curator die de transactie moet effectueren en de rechter-commissaris die de transactie moet goedkeuren. Verstijlen meent dat de effectiviteit bij het nemen van die beslissing door hun eerdere betrokkenheid wordt vergroot. De beslissingsmacht en het toezicht in de pre-packsituatie zullen eerder superieur zijn aan die in een gewoon faillissement dan het tegendeel.¹³⁹

Verburg wijst er op dat, als ook de gewone doorstart de toets uit het Smallsteps arrest niet zou doorstaan, in de praktijk nauwelijks nog partijen te vinden zullen zijn die een doorstart overwegen. Dit zal niet gunstig zijn voor de

136. Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (*Bogra*), r.o. 5.8.

137. R.o. 5.11-5.14.

138. F.M.J. Verstijlen, ‘De dubbele natuur van de doorstart’, *TvI* 2017/20, p. 133.

139. F.M.J. Verstijlen, ‘De dubbele natuur van de doorstart’, *TvI* 2017/20, p. 133.

werkgelegenheid. Verburg constateert dat het arrest niets zegt over de gewone doorstart en dat het doel van de faillissementsprocedure, ook na het Smallsteps arrest, nog steeds overeind staat. Als de gewone doorstart niet meer mogelijk zou zijn buiten de toepasselijkheid van de artikelen 3 en 4 van de Richtlijn dan trekt het HvJ het kleed onder 5 lid 1 van de Richtlijn vandaan. Niets wijst er volgens Verburg op dat het HvJ zou hebben bedoeld van art. 5 lid 1 van de Richtlijn een dode letter te maken. Na analyse van de jurisprudentie van het HvJ concludeert Verburg dat Abels nog steeds geldt. Volgens Verburg kan niet gesteld worden dat de omstandigheid dat er faillissementen zijn waarin een doorstart plaatsvindt tot gevolg heeft dat de faillissementsprocedure niet langer als doel heeft de liquidatie van het vermogen. Ook een doorstart uit een faillissement na een eerdere surseance loopt naar de mening van Verburg op grond van Smallsteps geen ‘662-gevaar’. Dit zolang uit de feiten blijkt dat het tijdens de surseance niet is gelukt met deze surseance het beoogde doel te behalen met gevolg dat de surseance uitliep op een faillissement.¹⁴⁰ Ook Schaink stelt de vraag of sprake kan zijn van een uitstralingseffect op andere doorstartscenario's, ondanks het feit dat het HvJ zijn betoog, anders dan de AG, beperkt tot de gepre-packte doorstart. Schaink noemt daarbij het faillissement voorafgegaan door een (voorlopige) surseance waarin het faillissement wordt voorbereid. Van der Pijl ziet ook voor de doorstart na faillissement die uit de lucht komt vallen een risico. Immers het gaat om het oogmerk waarmee de procedure is ingeleid: of wel of niet uitgebreide voorbereidingen aan het formele faillissement zijn voorafgegaan is naar zijn mening niet doorslaggevend.¹⁴¹

Mijn inschatting is dat het HvJ zijn oordeel beperkt tot: *“een situatie zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin de overgang van een onderneming plaatsvindt na een faillietverklaring in de context van een vóór de faillietverklaring voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde pre-pack (onderstr. MvZ).”* Het HvJ beperkt deze overweging nadrukkelijk tot specifiek de situatie in de Smallsteps casus. Zoals aangegeven, geeft de Engelse tekst van het arrest ook meer aanleiding tot de conclusie dat het HvJ hier heeft geoordeeld over een ‘soortgelijke procedure’ en niet over een faillissementsprocedure. Bovendien is het criterium van overheidstoezicht niet begrijpelijk als dit niet uitsluitend zou gelden bij ‘soortgelijke procedures’ maar ook bij faillissement. Een faillissementsprocedure zonder overheidstoezicht (door een curator) bestaat namelijk niet. Naar mijn idee moet dan ook slechts bij soortgelijke procedures gekeken worden naar het doel. Namelijk in hoeverre

140. L.G. Verburg, ‘Smallsteps: over de vraag of de gewone doorstart uit faillissement nog toekomst heeft’, *FIP* 2017/334.

141. J. van der Pijl, ‘Het Smallsteps-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie-ECLI: EU:C:2017:489’, *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2017, nr 3, p. 126.

dat lijkt op het doel van een faillissementsprocedure. Als mijn opvatting wordt gevolgd is de uitspraak in lijn met de eigen jurisprudentie van het HvJ van Abels tot *Europièces*. Van een koerswijziging zou naar mijn idee dus geen sprake hoeven zijn. Bij een voorbereiding in de *surseance*, of als sprake is van een faillissement gevolgd door ontslag van de werknemers en doorstart, al dan niet (buiten een pre-pack om) voorbereid, kan nog steeds met succes een beroep worden gedaan op art. 5 lid 1 van de Richtlijn. Er is dan sprake van een faillissementsprocedure en voor die procedure is art. 5 lid 1 van de Richtlijn nu juist geschreven.

Wij zijn nu terug bij het begin van dit artikel: het hoofddoel van een Nederlandse faillissementsprocedure is liquidatie van het vermogen van de schuldenaar/vervreemder onder toezicht. Zou dit anders moeten worden gezien dan zou het HvJ art. 5 lid 1 van de Richtlijn feitelijk hebben afgeschaft. Maar daarvoor bestaat geen aanleiding op basis van de tekst van het arrest in *Smallsteps*. Als de gedachte juist zou zijn dat de gewone doorstart na faillissement, of de doorstart na faillissement voorafgegaan door een *surseance*, weleens zou kunnen worden geraakt door *Smallsteps*¹⁴² dan leidt dit tot grote onzekerheid voor de praktijk. Het gevolg hiervan zal namelijk zijn dat het doel dan onzeker is en wellicht ook aan wijziging onderhevig. Wat als bij de aanwijzing onderzoek naar een (bepaalde) doorstart bedoeld was, maar deze (bepaalde) doorstart gaat niet door? Of er volgt helemaal geen doorstart? Of andersom: er was bij aanwijzing geen enkele doorstart gewenst of bedoeld maar gaandeweg in de stille voorbereidingsfase doet zich de gelegenheid voor. Wie toetst dan (tussentijds de wijziging van) het doel?

Als gevolg van het *Smallsteps* arrest zullen potentiële doorstartkandidaten zich waarschijnlijk vaker terughoudend opstellen. Dit zal er hoogstwaarschijnlijk toe leiden dat de ontslagen werknemers van een failliet vaker met lege handen achterblijven en niet in dienst zullen kunnen treden bij een doorstarter. Naar mijn idee is het dus economisch niet denkbaar dat deze uitleg zal leiden tot een voortzetting van de doorstartpraktijk als voorheen met behoud van volledige werkgelegenheid in verband met de toepasselijkheid van de Richtlijn. En als dit het resultaat is van de rechtsontwikkeling op dit terrein vanaf Abels dan kan het *Smallsteps* arrest als een pyrrusoverwinning worden beschouwd voor werknemers. Voor de praktijk is van belang dat de Rechtbank Noord-Holland recent in de Bogra zaak heeft overwogen dat de Nederlandse faillissementsprocedure tot (hoofd)doel heeft de liquidatie van het vermogen van de

142. Zie in deze zin bv.: J. van der Pijl, 'Het *Smallsteps*-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie-ECLI:EU:C:2017:489', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2017, nr 3, p. 126.

schuldenaar. Dat in een faillissement bedrijfsactiviteiten (voorlopig) worden voortgezet door de curator kan niet afdoen aan het hoofddoel. Die voortzetting is dan ook gericht op de liquidatie van het vermogen, het verkrijgen van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de schuldeisers. De kantonrechter ziet dan ook geen grond te oordelen dat uit de Smallsteps-uitspraak zou volgen dat de Nederlandse faillissementsprocedure, los van de pre-pack, als zodanig niet (meer) zou voldoen aan de eis van art. 5 lid 1 van de Richtlijn. Overigens ziet de kantonrechter, als er wel vanuit zou moeten worden gegaan dat de Nederlandse faillissementsprocedure als zodanig in zijn algemeenheid niet (meer) voldoet aan art. 5 lid 1 van de Richtlijn, geen ruimte voor richtlijnconforme uitleg van art. 7:666 lid 1 sub a BW. Dat zou immers leiden tot een uitleg contra legem.¹⁴³

V. Toekomst voor WCO I

5.1 *Stand van zaken en lessons learnt*

Naar aanleiding van het Smallsteps arrest is door velen dadelijk de vraag gesteld of de behandeling van WCO I in de Eerste Kamer nog wel voortgezet moet worden, of dat een nieuw wetsvoorstel moet worden ingediend. Anderen zijn van mening dat het Smallsteps arrest de invoering van een beoogd curator voorgoed verhindert.

Verburg stelt dat het Smallsteps arrest de toepasselijkheid van art. 7:662 BW bepaalt, onafhankelijk van de vraag of WCO I nu wel of niet wordt aangenomen in de Eerste Kamer. Aangezien WCO I geen regeling bevat van de toepasselijkheid van art. 7:662 BW rijdt dit arrest het wetsvoorstel volgens hem dus niet in de wielen. Verburg vraagt zich daarbij wel af welk nuttig effect er nog voor het wetsvoorstel in de huidige vorm resteert. Hij geeft in overweging dit punt nu eerst, voordat de Eerste Kamer over het wetsvoorstel stemt, in overleg met de praktijk tot klaarheid te brengen.¹⁴⁴ Verder wijst Verburg op de gedachte die door de opstellers van het rechtsvergelijkend onderzoek van de VU uit 2015 is geopperd, namelijk de regelgeving omtrent overgang van onderneming met een verlicht regime van toepassing te verklaren op een doorstart uit faillissement. Dit is bijvoorbeeld het geval in Duitsland. Die mogelijkheid wordt in art. 5 lid 2 van de Richtlijn geboden aan de Lidstaten. Verburg wijst er daarbij op dat deze suggestie waardevol is, maar dat er nog wat harde noten onbesproken worden gelaten. Hij is van mening dat het onderzoek

143. Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (*Bogra*), r.o. 5.22-5.25.

144. *JOR* 2017/217, m.nt. L.G. Verburg, onder 16.

naar deze mogelijke oplossing wel evenwichtig moet plaatsvinden en zonder cherry picking. Als men bij art. 7:662 BW het Duitse model wil overwegen, moet volgens Verburg ook het daarbij passende Duitse ontslagrecht onder ogen worden gezien. In die discussie moet dan ook betrokken worden het antwoord op de vraag of de betrokken spelers in het betreffende land tevreden zijn met de werkbaarheid van het gekozen systeem. Dat vergt nader onderzoek.¹⁴⁵

Ik wijs in dit verband op het rapport van de Stichting van de Arbeid (“STAR”) van eind 2016. Dit rapport geeft aan dat het onderzoek dat is gepubliceerd in het rapport van de VU de arbeidsrechtelijke positie betreft van de werknemers wiens werkgever in een insolventieprocedure is geraakt. Het rapport gaat in op de stand van zaken in de landen België, Duitsland, Engeland en Frankrijk. Hoewel deze buurlanden op de een of andere manier de Richtlijn toepassen zijn de uitwerkingen verschillend. Dit ook bij een doorstart na faillissement. De STAR wijst erop dat deze landen de effecten van overgang van onderneming op verschillende manieren mitigeren. Om de gevolgen te beperken: i) geldt bijvoorbeeld een verlicht ontslagregime, ii) gaan bestaande schulden niet over, iii) zijn er mogelijkheden tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, iv) geschiedt de selectie van personeel op basis van objectieve criteria, v) en vindt over aanpassing van de arbeidsvoorwaarden overleg plaats of vi) geldt een keuzemogelijkheid waarbij de werkgever kan kiezen of hij de werknemers en de arbeidsvoorwaarden al dan niet overneemt. Voorts wijst de STAR er op dat de vergelijking met de omringende landen alleen het al dan niet van toepassing zijn van regelgeving betreffende de overgang van werknemers bij een doorstart na faillissement inhoudt. Dat betekent dat andere regelingen zoals de (uitwerkingen van de) loongarantieregeling, het uitkeringspercentage voor concurrente schuldeisers en de hoogte en duur van de WW-uitkering niet zijn meegenomen.¹⁴⁶ Er is geen rechtsvergelijkend onderzoek gedaan naar het ontslagregime in het algemeen en naar het ontslagregime bij bedrijven in moeilijkheden in het bijzonder. Dat is relevant omdat als in een land een soepel ontslagregime (voor bedrijven in moeilijkheden) heerst, de toepasselijkheid van de regelgeving over overgang van werknemers veel minder gevolgen heeft dan wanneer sprake is van een ontslagregime waarbij bijvoorbeeld slechts na betaling van een ontslagvergoeding afscheid genomen kan worden van de werknemers.

Schaink meent dat WCO I van de baan is. Hij geeft aan dat er wellicht nog wel iets te repareren valt. Dit met name naar aanleiding van de kritiek van het HvJ ten aanzien van de derde voorwaarde (toezicht). Wat volgens Schaink

145. JOR 2017/217, m.nt. L.G. Verburg, onder 17.

146. Stichting van de Arbeid, *Verkenning: Overgang van werknemers en hun arbeidsvoorwaarden bij aanbesteding, uitbesteding en (schijn)faillissement*, Den Haag, 16 december 2016, p. 29.

evenwel zou moeten verdwijnen uit WCO I is het doelbewuste streven naar het behoud van de onderneming. Dat is volgens hem een niet te repareren element omdat het eigen is aan de pre-packprocedure zelf. Volgens hem is er dan ook geen toekomst meer weggelegd voor WCO I. Naar zijn mening kan deze wet uiteraard worden ingevoerd maar dan moet men de werknemersbescherming op de koop toe nemen.¹⁴⁷ Ook Schaink bespreekt de mogelijkheid van invoering van verzachtende maatregelen bij de toepasselijkheid van de beschermende regels zoals door art. 5 lid 2 van de Richtlijn geboden. Daarbij raadt hij aan dat onderzoek wordt gedaan naar de wijze waarop andere jurisdicties omgaan met het ontslagrecht in brede zin waarvan de toepassing van art. 5 van de Richtlijn in het betreffende land deels uitmaakt.¹⁴⁸

Ook Verstijlen pleit voor het van toepassing verklaren van de normale regels van overgang van ondernemingen ook in het faillissement, ‘gepre-packt’ of niet. Daarbij pleit hij voor het creëren van een mogelijkheid snel en efficiënt het personeelsbestand toe te snijden op de economische situatie. Dit zowel binnen als buiten de drie formele insolventieprocedures.¹⁴⁹

Beltzer heeft meermalen gepleit voor invoering van een verlicht regime. Hij pleit ervoor wettelijk te regelen dat partijen bij de pre-pack kunnen overeenkomen dat oude schulden (zoals loonvorderingen) niet mee overgaan en/of dat de arbeidsvoorwaarden na doorstart, naar beneden, kunnen worden aangepast. Verder wijst Beltzer erop dat het mogelijk is en blijft na een overgang van onderneming het overgenomen personeel te ontslaan wegens economische, technische of organisatorische redenen (“ETO-redenen”). Van deze mogelijkheid kan ook gebruik worden gemaakt door een onderneming die een doorstart na een pre-pack maakt.¹⁵⁰

Hurenkamp is van mening dat het Smallsteps arrest het einde betekent van WCO I. Immers het wetsvoorstel verliest haar meerwaarde door dit arrest. Dat valt niet te repareren. De aanwijzing is naar zijn mening hoofdzakelijk gericht op continuïteit en het voorbereiden van een doorstart. Hij ziet geen oplossing in de wijziging van art. 7:666 BW. Immers weliswaar bestaat dan ruimte de over te nemen schulden te beperken en de arbeidsvoorwaarden te versoberen, maar de

147. P.R.W. Schaink, ‘Het arrest van het Hof van Justitie inzake *FNV c.s./Smallsteps*’, *TvI* 2017/22, p. 142-143; P.R.W. Schaink, ‘Het Smallsteps arrest: de pre-pack voorbij, maar wat volgt?’, *ArbeidsRecht* 2017/34, sub 2.

148. P.R.W. Schaink, ‘Het arrest van het Hof van Justitie inzake *FNV c.s./Smallsteps*’, *TvI* 2017/22, p. 144; P.R.W. Schaink, ‘Het Smallsteps arrest: de pre-pack voorbij, maar wat volgt?’, *ArbeidsRecht* 2017/34, sub 6.

149. F.M.J. Verstijlen, ‘De dubbele natuur van de doorstart’, *TvI* 2017/20, p. 134.

150. Zie bv. R.M. Beltzer, ‘Continuïteit van ondernemingen en pre-pack: hoe een idee een Europese richtlijn mist’, *Onderneming en Financiering* 2015 (23) 1, p. 42-43 en meer recent: Ronald Beltzer/Eva Grosheide/Ilse Zaal, ‘Bij pre-pack meer balans nodig tussen belang van bedrijf en van werknemers’, *Het Financieele Dagblad* 2 mei 2017, p. 9.

doorstarter blijft wel verplicht om het gehele personeelsbestand over te nemen. Dat zal in de meeste gevallen de doorstarter afschrikken en alleen dan geen probleem opleveren wanneer het overnemen van het gehele personeelsbestand minder bezwaarlijk is. Volgens Hurenkamp is nu nog het enige alternatief het daags voor het faillissement op informele wijze betrekken van een curator die alvast meekijkt met de ondernemer om een ongecontroleerde afwikkeling van het faillissement te voorkomen. Niets meer en niets minder. Dan zijn we ook volgens Hurenkamp weer terug bij af. Daarbij wordt de curator voor de keuze gesteld te tekenen bij het kruisje voor een door de ondernemer gepresenteerd doorstartplan of zelfstandig een doorstart te onderzoeken. Bij deze laatste optie noemt hij het risico dat de waarde van de onderneming vliegensvlug verdampt en belangrijke leveranciers, klanten en werknemers weglopen. Het zal duidelijk zijn dat werknemers, noch schuldeisers hierbij zijn gebaat.¹⁵¹

Van der Pijl stelt dat het nut van WCO I is geminimaliseerd. Uitsluitend in gevallen waarin maatschappelijke onrust moet worden beperkt of waarin het personeel zonder problemen geheel kan overgaan kan de pre-pack nog interessant zijn.

Dix is van mening dat de pre-pack misschien wel stervende is, maar dat de stille bewindvoering nog springlevend is. Hij vindt de eerste berichten boven de krantenartikelen na het Smallsteps arrest¹⁵² louter droevig gestemd, kortzichtig en onnodig negatief. Hij stelt dat het doorzetten van WCO I tot de mogelijkheden behoort. Naar zijn mening zal de zuivere pre-pack, een doorstart op de dag van het faillissement, met het arrest nog zeldzamer worden. Maar dat geldt niet voor de stille bewindvoering. Deze optie, die volgens hem ook onder het begrip ‘pre-pack’ valt, blijft noodzakelijk en is nog springlevend, zeker wanneer dit gecombineerd wordt met WCO III. Dix wijst op de mogelijkheid van de voorbereiding van het faillissement via WCO I. De beoogd curator wordt enkele dagen of weken voor het faillissement al betrokken waardoor hij zich in stilte kan voorbereiden op wat komen gaat. Hij richt zich daarbij uitsluitend op de voorbereiding van het faillissement en op het na datum faillissement direct in gang zetten van een doorstartproces. Informatie wordt verzameld over de onderneming, communicatiemiddelen worden voorbereid en een lijst van kandidaat-kopers wordt opgesteld met een planning voor het doorstartproces. Derden kunnen betrokken worden bij het voortraject, bijvoorbeeld om een boedelkrediet zeker te stellen. Voorts kunnen met sleutel-personeel afspraken worden gemaakt. WCO III zal in de toekomst ook moeten zorgen voor aanpassing danwel versteviging van de juridische positie van

151. J.R. Hurenkamp, ‘Ondergang van onderneming door de pre-pack?’, *TvI* 2017/21, p.138-139.

152. Hij doelt op: “Het is gedaan met het flitsfaillissement in Nederland”, “Death of a Pre Pack” en “Het wetsvoorstel WCO I kan naar de prullenbak”.

werknemers bij faillissement. WCO I en WCO III kunnen dan samen zorgen voor het creëren van een bruikbaar instrument ter bevordering van de continuïteit van ondernemingen met aandacht voor de positie van werknemers in faillissement.¹⁵³

Naar mijn mening is invoering van WCO I na het Smallsteps arrest juist van groot belang. En voor de praktijk nog steeds zeer wenselijk. Het is de enige manier waarop na het Smallsteps arrest een (doorstart na) faillissement nog op een zorgvuldige wijze kan worden voorbereid. Zo zou je kunnen stellen dat we met het Smallsteps arrest een stapje dichterbij WCO I zijn gekomen.

Het HvJ heeft in r.o. 46 overwogen dat een doorstart die is voorbereid door middel van de pre-pack methode kan voldoen aan het eerste criterium, namelijk dat de vervreemder is verwikkeld in een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure (zie met name de Engelse vertaling). Ook is in het in te voeren art. 363 Fw pas sprake van de mogelijkheid tot aanwijzing van een beoogd curator op het moment dat het bedrijf bijna failliet is en wel ter voorbereiding van het aanstaande faillissement. De aanvraag wordt ingediend bij de faillissementsgriffie. In de gedachtegang van het HvJ is het vervolgens van belang te onderzoeken wat het hoofddoel is van de voorbereidingsfase van het faillissement die via WCO I een wettelijke basis zal krijgen. In het nieuwe art. 363 lid 1 Fw zal worden geregeld dat, als de schuldenaar in een situatie dreigt te raken waarin hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, de rechtbank “*ter voorbereiding van een dreigend faillissement een of meer personen [kan] aanwijzen die in geval van faillietverklaring zullen worden aangesteld als curator.*”

Uit deze bepaling volgt al dat de aanwijzing tot doel heeft het dreigende faillissement voor te bereiden. Dus niet bijvoorbeeld een doorstart of een voortzetting van de onderneming. Het doel van de voorbereiding van het faillissement is: “*de uit het faillissement voortvloeiende schade bij schuldeisers (waaronder ook de werknemers) en andere betrokkenen zoveel mogelijk te beperken onder meer (onderstr. MvZ) door de kansen op een verkoop en daarop volgende doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen tegen een maximale opbrengst en met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid te vergroten.*”¹⁵⁴ Schadebeperking en opbrengstmaximalisatie zijn dus het hoofddoel van de voorbereidingsfase van het faillissement. Daarbij geeft de minister aan dat dit doel *onder meer* (en niet *met name*) bereikt kan worden door een verkoop en daaropvolgende doorstart. Ter voorkoming van oneigenlijk gebruik

153. F.P.G. Dix, ‘De pre-pack is misschien stervende, maar de stille bewindvoering is nog springlevend!’, blog van 18 juli 2017, www.turnaroundadvocaten.nl/blog/235-de-pre-pack-is-misschien-stervende-maar-de-stille-voorbereiding-is-nog-springlevend.

154. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3 (*Memorie van Toelichting*), p. 9-10.

bepalen de artikelen 363-365 Fw dat de voorbereiding van het faillissement plaatsvindt onder het toezicht van de rechtbank, de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris. WCO I biedt hen daarvoor middelen en geeft hen de mogelijkheid, wanneer nodig, bij te sturen. Of om ervoor te zorgen dat het voorbereidingstraject wordt beëindigd (art. 366 lid 1, onder a Fw).¹⁵⁵ De verzoeker moet bij de aanvraag voor de rechtbank aannemelijk maken dat een scenario waarin het aanstaande faillissement (er wordt op deze plaats niet gesproken van: de doorstart) in stilte wordt voorbereid voor de betrokkenen een dusdanige meerwaarde heeft in het kader van de afwikkeling van het faillissement dat dit te verkiezen is boven een regulier faillissement.¹⁵⁶ Met de doelomschrijving bepaalt de rechtbank meteen ook het mandaat aan de beoogd curator.¹⁵⁷ De beoogd curator wordt als toekomstig beheerder en vereffenaar van de failliete boedel (ex art. 68 lid 1 Fw) betrokken bij de door de schuldenaar ingezette voorbereiding van het mogelijk aanstaande faillissement. Hij treedt daarbij op als behartiger van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Dus niet van de belangen van de schuldenaar. Daarbij houdt de beoogd curator *ook* rekening met belangen van de schuldenaar en met belangen van maatschappelijke aard, zoals continuïteit van de werkgelegenheid, kennis en productiviteit.¹⁵⁸ Er kunnen in dit traject wel degelijk ook voorbereidingshandelingen worden verricht in verband met een mogelijke doorstart na faillissement. Maar dit is en blijft niet het primaire doel van de aanwijzing. Daarnaast kan met de voorbereidingsfase ook een bijdrage worden geleverd aan de bestrijding van faillissementsfraude en aan het misbruik van faillissementsrecht. Immers de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris zijn al voor de faillietverklaring betrokken en kunnen in dit kader waardevolle informatie vergaren.¹⁵⁹ De beoogd rechter-commissaris wordt als toekomstig toezichthouder bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel ex art. 64 Fw betrokken bij de voorbereiding van het faillissement. Hij kijkt kritisch mee ter compensatie van het gebrek aan transparantie voor de betrokkenen en houdt toezicht op het functioneren van de beoogd curator. Op grond van art. 365 lid 2 Fw moet de beoogd rechter-commissaris ervoor zorgen dat de beoogd curator goed opkomt voor de belangen van de betrokkenen.¹⁶⁰

De door het HvJ genoemde maatstaf geeft niet veel houvast. Het is duidelijk dat wanneer een bepaalde procedure wordt ingezet *met name* om een voortzetting

155. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3 (*Memorie van Toelichting*), p. 10.

156. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3 (*Memorie van Toelichting*), p. 10-11.

157. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3 (*Memorie van Toelichting*), p. 13.

158. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3 (*Memorie van Toelichting*), p. 17.

159. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3 (*Memorie van Toelichting*), p. 21.

160. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3 (*Memorie van Toelichting*), p. 23-24.

te realiseren het gevaar dreigt van toepasselijkheid van de artikelen 3 en 4 van de Richtlijn. Dit op grond van de uitlegging van het HvJ in de Smallsteps zaak, over de juistheid waarvan getwijfeld kan worden. Voor een faillissements-procedure geldt immers niet het vereiste dat moet worden gekeken naar doel en modaliteiten (zie de aan het begin van deze bijdrage beschreven analyse van de jurisprudentie van het HvJ). Verder blijkt hieruit dat het door art. 363 Fw genoemde doel van de aanwijzing ‘Smallsteps proof’ is. In sommige gevallen zal de voorbereiding onder andere als doel hebben te onderzoeken of ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers een verkoop van de gezamenlijke activa kan plaatsvinden. Dan is dat niet bedoeld om de continuïteit te waarborgen voor de huidige eigenaren totdat zij (in hun belang) kunnen verkopen en overdragen. Dit was wel het geval in de jurisprudentie van het HvJ bij sommige andere dan faillissementsprocedures. Maar dan om voor derden (de schuldeisers) een betere opbrengst te kunnen realiseren. Dit punt is in de Smallsteps zaak ten onrechte te weinig aan de orde gekomen. Maar dat maakt naar mijn idee juist het wezenlijke verschil. De voortzetting, voorbereid in de stille voorbereidingsfase, en geëffectueerd na faillissement is in het belang van de schuldeisers. Daaronder vallen met name de werknemers van de schuldenaar, die immers anders na ontslag (en zonder doorstart) werkloos achter worden gelaten.

De doelstelling van de aanwijzing in WCO I lijkt in veel opzichten op wat het HvJ noemt als vereiste voor de toepasselijkheid van art. 5 lid 1 van de Richtlijn. Met de invoering van WCO I wordt duidelijk dat het doel van de aanwijzing het voorbereiden van het faillissement is.

Uit de hiervoor beschreven commentaren op het Smallsteps arrest blijkt dat het merendeel van de auteurs pleit voor invoering van verzachtende bepalingen in het kader van overgang van onderneming als bedoeld in art. 5 lid 2 van de Richtlijn.

Van der Pijl ziet een oplossing in aanvaarding van toepasselijkheid van de Richtlijn (afschaffing art. 7:666 lid 1 sub a BW) met de volgende wijziging van het arbeidsrecht. Hij pleit ervoor dat moet worden bepaald dat een opzegging door de curator nietig moet zijn als na opzegging een doorstart plaatsvindt ex art. 7:662 e.v. BW. De werknemer wordt dan geacht van rechtswege in dienst te zijn gekomen van de verkrijger. Deze verkrijger is niet hoofdelijk verbonden voor de oude schulden die zijn ontstaan voor het tijdstip van de overgang (ex art. 5 lid 2 Richtlijn). Gedurende zes maanden vanaf de overgang geldt de herplaatsingsverplichting van art. 7:669 lid 1 BW. De verkrijger kan gedurende zes maanden na de overgang de arbeidsovereenkomsten opzeggen op grond van de ETO-redenen. Tenslotte zou moeten worden geregeld dat in een periode van zes maanden na de overgang een verzoek wordt gedaan aan de vakbonden tot

neerwaartse aanpassing van de arbeidsvoorwaarden en dat, als dit voorstel niet wordt aanvaard, de kantonrechter de voorwaarden geheel of gedeeltelijk moet kunnen aanpassen.¹⁶¹ In dit voorstel heeft Van der Pijl geen regeling opgenomen met betrekking tot de transitievergoeding die bij het ETO-ontslag verschuldigd blijft voor de verkrijger.

Met een groot aantal auteurs ben ik van mening dat een oplossing via invoering van verzachtende bepalingen duidelijkheid kan geven aan de koper. Immers, het regime van overgang van onderneming geldt, maar verlicht. Maar een dergelijke invoering kan naar mijn idee slechts plaatsvinden na onderzoek van de totale wettelijke context. Daarbij kan een vergelijkend onderzoek nuttig zijn van de wettelijke context in de landen die worden genoemd bij de onderbouwing van deze oplossing. In het bijzonder zal het ontslagrecht in aanmerking moeten worden genomen. Als het in die landen überhaupt gemakkelijker en goedkoper is in bepaalde situaties over te gaan tot ontslag van werknemers, dan is de invoering van een vorm van overgang van onderneming na faillissement in vergelijking met Nederland niet zo'n grote stap. Dit is in Nederland anders. Het ontslagrecht is hier nog steeds niet erg flexibel en bij ieder ontslag moet in beginsel een transitievergoeding worden betaald. Dit is sinds 1 juli 2015 zelfs het geval als sprake is van een ontslag om bedrijfseconomische redenen. Ik deel dan ook de mening van Verstijlen dat een regime ex art. 5 lid 2 sub a en c, juncto art. 5 lid 3 van de Richtlijn kan worden ingevoerd na faillissement, mits tegelijkertijd ontslag gemakkelijker wordt, en in ieder geval de verplichting tot betaling van een transitievergoeding in deze context zou vervallen.

Deze laatste voorwaarde is van essentieel belang. Ik vraag mij dan ook af of uitsluitend het invoeren van een verlicht regime ex art. 5 lid 2 van de Richtlijn met een mogelijkheid van ontslag om ETO-redenen daadwerkelijk een oplossing biedt. Het gaat dan om het geval van een doorstart na faillissement zoals in de Smallsteps zaak dat anders onder de reikwijdte van de Richtlijn zou worden gebracht. Ik denk dat de doorstart ondanks deze wijziging toch nog te duur en daardoor onmogelijk zal blijken. Het gevolg daarvan is dat de ontslagen werknemers geen kans krijgen in dienst te treden bij een doorstarter. Naar mijn mening moet dan ook naast de aanpassing van art. 7:666 BW tegelijkertijd een verdere aanpassing plaatsvinden van het arbeidsrecht. In art. 7:666 BW wordt een verlicht regime ingevoerd waarbij de doorstarter niet aansprakelijk is voor oude schulden van de vervreemder en hij nieuwe arbeidsvoorwaarden kan overeenkomen. De arbeidsrechtelijke aanpassing van art. 7:673c BW houdt dan in dat geen transitievergoeding verschuldigd is als de doorstarter na overgang

161. J. van der Pijl, 'Annotatie. Het Smallsteps-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie-ECLI:EU:C:2017:489', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2017, nr 3, p. 126-127.

van de onderneming na faillissement op grond van ETO-redenen overgaat tot ontslag van sommige van de werknemers die bij hem van rechtswege in dienst zijn getreden. Wil men op korte termijn voordat deze ingrijpende aanpassing van het arbeidsrecht is doorgevoerd (zoveel mogelijk) banen kunnen behouden na een (onvermijdelijk) faillissement, dan moet de mogelijkheid die WCO I de praktijk biedt om conform de lijn in de jurisprudentie van het HvJ te handelen met beide handen worden aangegrepen. Anders zal een doorstart de komende jaren niet (goed) mogelijk blijven.

Zoals gezegd leidde ontslag om bedrijfseconomische redenen via het UWV vóór 1 juli 2015 ook niet tot de verschuldigdheid van een ontslagvergoeding. Als van werknemerszijde bezwaar zal worden gemaakt tegen de mogelijkheid van ETO-ontslag zonder transitievergoeding is het zinvol te kijken naar de verschillende doelen van WCO I. Ik wil ook inzichtelijk maken wat de gevolgen van bepaalde keuzes kunnen zijn. Uiteindelijk moet dan de politiek, samen met de sociale partners, een keuze maken welke conflicterende belangen moeten prevaleren. Om belangenafweging inzichtelijk te krijgen kan het nuttig zijn een *impact assessment chart* te maken. In een recent artikel heeft Reumers geschreven over hoe deze charts kunnen faciliteren bij het maken van een gerichte en evenwichtige belangenafweging.¹⁶² Zij geeft aan dat het streven van de EU voor behoud van ondernemingen een middel is voor het bereiken van verschillende doelen. Daaronder vallen bijvoorbeeld het bevorderen van ondernemerschap, de maximalisatie van de recovery rates van crediteuren en het behoud van banen. De doelen zullen vaak met elkaar conflicteren. En omdat niet alle doelen tegelijkertijd via een bepaalde wettelijke regeling kunnen worden gediend, vindt per definitie een afweging van belangen plaats en een uitruil van verschillende doelen. Echter om die uitruil zorgvuldig te kunnen maken moet eerst bij iedere wet duidelijk worden gemaakt wat het primaire politieke doel is dat door die wet wordt gediend en welke andere belangen, die niet tegelijkertijd kunnen worden gediend, een rol spelen.

In het hiernavolgende wordt een analyse gemaakt van WCO I, waarna ik zal afronden met een conclusie.

Alleen al in de Kamerstukken onderscheid ik de volgende doelen die genoemd worden in het kader van WCO I:

1. Fraudebestrijding (Pijler I Programma Herijking Faillissement);

162. M.L.H. Reumers, 'The Business Rescue Craze in European Insolvency Law. You can't always have your cake and eat it too', *Ondernemingsrecht* 2017/95.

It takes Smallsteps to pre-pack

2. Versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven (Pijler II Programma Herijking Faillissementsrecht, de reorganisatiepijler);
3. Modernisering van de faillissementsprocedure (Pijler III Programma Herijking Faillissementsrecht);
4. Stimulering van ondernemers om tijdig hulp te zoeken bij een dreigende betalingsonmacht (Pijler II Programma Herijking Faillissementsrecht; MvT WCO I, p. 3);
5. Beperking van de uit het faillissement voortvloeiende schade (Pijler II Programma Herijking Faillissementsrecht; MvT WCO I p. 3-4);
6. Voorkoming van faillissementen¹⁶³ (Programma Herijking Faillissementsrecht; MvT WCO I p. 4; WCO II);
7. Facilitering van tijdelijke voortzetting van de onderneming tijdens faillissement (Programma Herijking Faillissementsrecht; MvT WCO I, p. 4; WCO III);
8. Behartiging van de belangen van schuldeisers door de curator (Programma Herijking Faillissementsrecht; MvT WCO I, p. 4; WCO III);
9. Vergroting van de kansen op een doorstart van de onderneming (of onderdelen daarvan) uit faillissement (Programma Herijking Faillissementsrecht; MvT WCO I, p. 4; WCO III);
10. Behoud van de werkgelegenheid (MvT WCO I, p. 4);
11. Vereffening van de failliete boedel; liquidatie van de ondernemingen, verkoop van bedrijfsonderdelen ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers (MvT WCO I, p. 4);
12. Voorbereiding van het faillissement (MvT WCO I, p. 5);
13. Beantwoording aan de behoefte van ondernemers, curatoren en rechters om het mogelijke faillissement in relatieve rust voor te bereiden (MvT WCO I, p. 6);
14. Belang van het bestuur van de vennootschap;
15. Belang van de curator (MvT WCO I, p. 5-6);
16. Scheppen van een wettelijk kader voor de reeds bestaande pre-pack-praktijk (MvT WCO I, p. 9);
17. Belang van de aandeelhouders van de vennootschap;
18. Promoten van het ondernemerschap, de economie en bevordering van het investeringsklimaat;
19. Maatschappelijk belang (MvT WCO I, p. 4);
20. Bij doorstart kan een levering van producten en diensten aan afnemers worden gecontinueerd (MvT WCO I, 4);

163. Inmiddels heeft dit onderdeel de nieuwe naam Wet homologatie onderhands akkoord gekregen.

21. Reductie van de risico's voor schade voor afnemers en reductie van de daaruit voortvloeiende claims (MvT WCO I, p. 4);
22. Dienen van financiële belangen van de faillissementsboedel (MvT WCO I, p. 4); en
23. Totstandkoming van het dwangakkoord buiten faillissement (Pijler II Programma Herijking Faillissementsrecht, WCO II)

Uit dit overzicht blijkt niet alleen de grote hoeveelheid geformuleerde doelen waaraan één enkele wet zou moeten beantwoorden, maar ook dat het doel van de pre-pack zoals de wetgever het bedoelt niet alleen – en zeker niet *met name* – is gelegen in de voorbereiding van een voortzetting van de onderneming door een doorstart. Vele andere belangrijke doelen kunnen (en zullen) worden gediend met WCO I. Dan kunnen meteen ook verschillende belangenconflicten worden geïdentificeerd. Tussen de belangen zal een afweging moeten worden gemaakt: welke van deze belangen moet(en) het zwaarst wegen? En hoe gaan wij die keuze vervolgens in de wet (WCO I) of de pre-packpraktijk verankeren? Ik kom tot het volgende overzicht:

1. De bestrijding van misbruik versus de kans van slagen van de voortzetting van de onderneming (bij doel 1);
2. Het belang van de schuldeisers versus het belang van de werknemers en het belang van de investeerders (bij doel 2);
3. Het belang van de schuldeisers versus dat van de werknemers, aandeelhouders, potentiële kopers, het belang van het bestuur en het economische/maatschappelijk belang (bij doel 3);
4. Het mogelijk belang van de schuldeisers versus het belang van de werknemers (bij doelen 4, 5 en 9)
5. Het mogelijk belang van de schuldeisers versus het belang van de werknemers en investeerders (bij doel 8)
6. Het belang van de schuldeisers en van de aandeelhouders versus het belang van de werknemers (bij doel 10);
7. Het belang van de schuldeisers staat voorop (bij doel 11, 12, 15, 22 en 23);
8. Het mogelijk strijdig belang van het bestuur met het belang van de schuldeisers, de werknemers, en/of de aandeelhouders (bij doel 14);
9. Het mogelijk strijdig belang van de aandeelhouders met het belang van de schuldeisers, de werknemers en/of het bestuur van de vennootschap (bij doel 17);
10. Het economisch en het maatschappelijk belang (bij doel 19);
11. Het economisch en het maatschappelijk belang en het belang van de investeerders en de schuldeisers en tenslotte ook het belang van de werknemers (doel 20); en

12. Het belang van de boedel, van contractuele partijen, van de investeerders en van de schuldeisers en tenslotte ook het belang van de werknemers (doel 21).

Als op grond van het Smallsteps arrest WCO I niet zou worden aangenomen en als er geen mogelijkheid zou zijn een doorstart voor te bereiden, is duidelijk dat ten voordele van de (volledige) belangen van alle werknemers¹⁶⁴ een politieke keuze moet worden gemaakt. Dit scenario zou zich voor kunnen doen bijvoorbeeld omdat een transitievergoeding bij een ETO-ontslag na een al dan niet gepre-packte doorstart na faillissement verschuldigd zal blijven. Uit het hiervoor weergegeven overzicht van belangenconflicten wordt wel duidelijk dat een politieke keuze die uitsluitend is gericht op de bescherming van de volledige belangen van alle werknemers, bijvoorbeeld door vast te houden aan de verschuldigdheid van een transitievergoeding, met zich brengt dat dan vele andere belangen niet kunnen worden gediend. Ik meen inclusief de belangen van de werknemers zelf. Dit omdat doorstarten in de meeste gevallen juist daarom geen optie meer zal zijn en zuiver ontslag voor hen dus in het verschiet ligt. Als men het met die belangenafweging eens is, is het uiteraard goed. Echter men is het daarover nu juist niet eens. Uitgaande van een nieuwe situatie, waarin sprake zou zijn van toepassing van een verlicht regime van overgang van onderneming bij een (al dan niet gepre-packte) doorstart na faillissement pleit ik voor een integrale aanpassing ook via wijziging van art. 7:673c BW.¹⁶⁵ Dogmatisch kan bij deze oplossing een kanttekening geplaatst worden. Maar het bevordert de voor de praktijk noodzakelijke rechtszekerheid en houdt een doorstart na faillissement mogelijk. Als die mogelijkheid zou worden geboden, zou een doorstarter via een ETO-ontslag (een deel van de) na faillissement overgenomen werknemers kunnen ontslaan zonder dat een transitievergoeding aan hen verschuldigd is. In de belangenafweging wordt deze aanpassing ten nadele van de werknemers na faillissement gerechtvaardigd doordat hiermee de onderneming kan worden voortgezet. En

164. Immers bij een doorstart na faillissement worden belangen van de meegenomen werknemers al behartigd. Uitsluitend de belangen van de niet meegenomen werknemers worden niet gediend bij een doorstart. De problematiek van gewijzigde arbeidsvoorwaarden laat ik hier rusten omdat iedereen het er over eens is, dat bij toepasselijkheid van de bescherming op grond van overgang van onderneming de uitzondering van art. 5 lid 2 van de Richtlijn moet worden ingevoerd onder meer inhoudende aanpassing arbeidsvoorwaarden.

165. Art. 7:673c lid 1 BW bepaalt dat geen transitievergoeding verschuldigd is als de werkgever in staat van faillissement is verklaard, aan hem surseance van betaling is verleend of op hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is. Hieraan moet dan worden toegevoegd het geval dat sprake is van een ontslag om economische, technische of organisatorische redenen na een overgang van onderneming na faillissement al dan niet voorbereid met de pre-pack methode.

daarmee kan een deel van de werkgelegenheid juist nog worden gered en zullen diverse betrokkenen (schuldeisers, waaronder afnemers, leveranciers, contractspartijen) minder schade leiden dan bij een faillissement zonder doorstart. Bedacht moet worden dat bedrijfseconomisch ontslag via het UWV tot 1 juli 2015 ook inderdaad geen recht gaf op een ontslagvergoeding. Een terugkeer naar die situatie, die lange tijd heeft bestaan, zou dus ook niet per se een trendbreuk zijn. Bij een faillissement, en ook bij een faillissement dat is voorbereid met de pre-pack methode, is meer balans nodig tussen de diverse stakeholders. Meer dan aangegeven in de uitspraak van het HvJ in de Smallsteps zaak.

5.2 *Suggesties voor aanpassingen WCO I*

De Smallsteps uitspraak laat zien dat enige heroverwegingen nuttig zijn ten aanzien van de pre-pack methode. En daarmee ten aanzien van de insteek van het wetgevingstraject van WCO I. Omdat in de praktijk onzekerheid en onduidelijkheid is ontstaan moet actie worden ondernomen. In de kern bestaat voornamelijk de vrees dat de pre-pack methode zal worden aangewend voor gevallen waarvoor deze niet is bedoeld. Dat wil zeggen bij wijze van een verkapte overgang van onderneming met het doel op een goedkope wijze de werknemers van hun arbeidsrechtelijke bescherming te beroven. En dat zou misbruik en/of fraude (kunnen) opleveren, ofwel in de hand (kunnen) werken. De vraag rijst of de pre-pack methode ook op bezwaren zou stuiten als er geen vrees voor misbruik zou zijn. Is dan alle weerstand tegen de pre-pack methode weg? En, bevat WCO I voldoende bepalingen tegen misbruik? Dat laatste is naar mijn mening het geval.

Diverse conclusies zijn hier mogelijk. Geconcludeerd zou kunnen worden dat de pre-pack methode niet thuishoort in ons rechtstelsel. Of juist wel. Oorspronkelijk is in de praktijk in ieder geval een sterke behoefte geweest aan een constructie zoals de pre-pack methode. De zuivere pre-pack methode wordt immers gehanteerd met als doel in die gevallen waarin het faillissement aanstaande is, naast het faillissement toch ook nog een doorstart van de mogelijk rendabele onderdelen te bewerkstelligen. Het voordeel daarvan is dat nog een aantal werknemers een baan kan behouden. Hier geldt dus in zekere zin: redden wat er te redden valt, en daarvoor het beste scenario te kiezen. Werknemers die anders hun baan blijvend zouden verliezen zouden toch vrij snel na faillissement voor de doorstarter weer door kunnen met hun werkzaamheden. Zij behouden op die manier hun bron van inkomsten. Zij hoeven dan geen beroep te doen op het UWV. De prijs die zij daarvoor moeten betalen is wellicht het accepteren van iets mindere arbeidsvoorwaarden. Maar het alternatief zou zijn geweest dat zij op zoek hadden moeten gaan naar een nieuwe baan. Daarnaast wordt de schade uit het faillissement beperkt. Afnemers, leveranciers en klanten kunnen hun relatie

voortzetten waardoor hun schade beperkt kan worden. Om die reden is de pre-pack praktijk ook ontstaan: het beantwoorden aan de behoefte van ondernemers, curatoren en rechters-commissarissen een mogelijk aanstaand faillissement in relatieve rust voor te bereiden om daarmee opbrengst te maximaliseren en schade te beperken.¹⁶⁶

De vraag kan worden gesteld of wij deze mogelijkheid die WCO I gaat bieden moeten laten varen wegens vrees voor misbruik of fraude. Voor de beantwoording van deze vraag wijs ik op de 23 hiervoor geïdentificeerde doelen van WCO I, van het Programma Herijking Faillissementsrecht en van WCO II en WCO III. De vraag die moet worden gesteld is op welk doel wij voornamelijk de aandacht moeten richten. Wat willen we nu precies bereiken met deze wetgeving? Duidelijk zien we dus dat, gelet op de veelheid aan doeleinden, verschillende belangen een rol spelen. Deze belangen van schuldeisers, werknemers, investeerders, aandeelhouders, (potentiële) kopers, bestuur, economische en maatschappelijke belangen, curator, boedel en contractuele partijen kunnen niet altijd tegelijkertijd worden gediend. Zoals gesteld zullen sommige belangen boven andere moeten worden gesteld. Heldere keuzes zullen nu moeten worden gemaakt!

In de gevallen waarin het faillissement het enige alternatief is zal het helaas niet mogelijk zijn om bij het redden van een onderdeel alle werknemers te behouden onder dezelfde arbeidsomstandigheden. Dat kan de vennootschap immers nu juist niet betalen. Ook een verlicht regime zal lastig worden aangezien de doorstarter na de overgang bij ontslag wegens ETO-redenen ook een transitievergoeding is verschuldigd. Eerst zal art. 7:673c lid 1 BW dus moeten worden aangepast om de deur te openen voor een verlicht regime. Als dan de keuze is dat dan maar een onvoorbereid faillissement moet volgen waarin vervolgens pas kan worden onderzocht of een doorstart (met behoud van werkgelegenheid en beperking van de schade) mogelijk is, kan de vraag gesteld worden of dat wenselijk is. Dan wordt namelijk een waardevolle methode weggegooid. Immers, de op een juiste wijze in het juiste geval gebruikte pre-pack methode is voor alle belanghebbenden – ook voor de werknemers - een ‘win-win’ situatie. Als nu de vrees voor misbruik in het huidige WCO I is weggenomen na alle aanpassingen van de eerdere versie op advies van de Raad van State bestaat er dan geen weerstand meer tegen de pre-pack methode?

Weer terug naar de kern van het insolventierecht: het uitgangspunt van de faillissementswetgeving is in geval van insolventie een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke crediteuren te realiseren. In beginsel is het streven van de curator dan ook slechts gericht op dat doel, ook al mag hij op

166. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3 (*Memorie van Toelichting*), p. 6.

grond van de jurisprudentie van de HR daarbij ook rekening houden met belangen van maatschappelijke aard.¹⁶⁷

Nadat dit kader is geschetst is het nuttig wederom te formuleren wat wij nu echt willen bereiken met de pre-pack methode. Naar mijn inzicht gaat het bij de pre-pack methode om het scheppen van de mogelijkheid om in die gevallen waarin anders hoe dan ook een faillissement zou volgen, nog een deel te redden met de middelen die er wel zijn. Als dat ons doel is, zullen we moeten en kunnen accepteren dat die methode niet voor alle belanghebbenden op de meest optimale voorwaarden kan geschieden. Als de vrees voor misbruik overheerst en dat ertoe leidt dat de pre-pack methode onacceptabel is, dan moeten en kunnen wij aan de andere kant ook accepteren dat de pre-pack als mogelijk alternatief wegvalt. Ik meen dat keuzes gebaseerd op angst meestal de minste kansen bieden.

Hoe dan nu verder? Welke oplossingen kunnen we nu concreet aanreiken? Het streven is te komen tot een wettelijk systeem waarin de pre-pack wordt gebruikt waarvoor deze is bedoeld en de kans op misbruik zoveel mogelijk wordt uitgesloten.

Ik doe de volgende suggesties

1. *Focus: voorstel voor herformulering doel WCO I*

Herformuleren in het lopende wetgevingstraject bij de EK welk doel de pre-pack methode heeft, namelijk om in die gevallen waarin het faillissement aanstaande is, over te kunnen gaan tot een zorgvuldige voorbereiding van het faillissement. Daarin moet het ook mogelijk zijn nog een doorstart van de mogelijk rendabele onderdelen te bewerkstelligen. Het moet geheel duidelijk zijn dat dat het doel is dat wordt nagestreefd. Vervolgens moet de rechtbank bij de aanwijzing exact aangeven welke doelen uit WCO I worden beoogd bij de betreffende aanwijzing.

2. *Heldere verslaglegging: voorstel voor een model aanvraag aanwijzing beoogd curator*

Om de vrees voor misbruik weg te nemen zouden (nog) hogere eisen gesteld moeten worden aan de aanvraag voor de aanwijzing van een beoogd curator. Uit de aanvraag zal moeten blijken dat het faillissement op niet al te lange termijn onafwendbaar is. De aanvraag moet alle voor de beoordeling relevante informatie bevatten. De praktijk zal moeten kunnen beschikken over een modelaanvraag die hetzij in het kader van

167. HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643 (*Sigmacom II*); HR 19 april 1995, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (*Maclou en Provoust*).

het wetgevingstraject van WCO I, hetzij door RECOFA/INSOLAD moet worden vastgesteld. Dat laatste ligt meer in de lijn van de opzet van WCO I als kaderregeling en gelet op de stand van het wetgevingsproces.

3. *Meetbaarheid: voorstel voor meetbaarheid van de kans op faillissement: uitgangspunt meer dan 50%*

Hoe meet je of een faillissement al dan niet onafwendbaar is? Een mogelijke methode is om een uitgangspunt te kiezen als referentiekader. Bijvoorbeeld: het moet uit de aan de rechtbank bij de aanvraag ter beschikking gestelde financiële stukken duidelijk blijken dat er meer dan 50% kans bestaat op faillissement. Immers, in die gevallen is de kans objectief het grootst dat de pre-pack methode wordt aangewend voor het doel waarvoor deze is bedoeld. Bij een kans minder dan 50% op faillissement is de mogelijkheid juist het grootst dat sprake kan zijn van een vorm van misbruik van de pre-pack methode.

4. *Heldere verslaglegging: voorstel voor een model verslag stille voorbereidingsfase*

Er zouden ook hogere eisen gesteld kunnen worden aan de openbare verslaglegging over de stille voorbereidingsfase en aan de motivering van de aanwijzing van de beoogd curator. De praktijk zal moeten kunnen beschikken over een modelverslag dat hetzij in het kader van het wetgevingstraject van WCO I door de minister, hetzij door RECOFA/INSOLAD moet worden vastgesteld. Dat laatste ligt zoals gezegd meer in de lijn van de opzet van WCO I als kaderregeling en gelet op de stand van het wetgevingsproces. Op basis van dat verslag moet het voor de stakeholders duidelijk worden wat de rechtvaardiging was een beoogd curator aan te wijzen en op welke wijze gewerkt is aan de uitvoering van de doelstelling van de pre-pack.

5. *Externe partij(en): voorstel voor een check dat externe partijen voor de doorstart zijn benaderd*

Om de vrees voor misbruik weg te nemen, moet duidelijk blijken bij de aanvraag dat (minimaal) één externe partij in de marktverkenningfase is benaderd voor een onderzoek naar een doorstart na faillissement.

5.3 *Beantwoording kamervragen*

De minister heeft bij brief van 28 september 2017 de vragen van de EK commissie voor Veiligheid & Justitie van 7 juni 2017 beantwoord. Over de zaak Smallsteps geeft de minister aan dat het nu aan de rechtbank is om in het concrete geval van Smallsteps te oordelen. Bij de beantwoording beperkt de

minister zich tot de gevolgen die het arrest heeft voor de praktijk in algemene zin en WCO I.

De uitspraak van het HvJ gaat over de arbeidsrechtelijke positie van werknemers bij een doorstart in faillissement waarin de pre-packpraktijk is toegepast (lees: de huidige pre-pack). De minister stelt dat de uitspraak niet in de weg staat aan WCO I, omdat WCO I een algemene regeling geeft voor de voorfase van het faillissement. Het biedt daarvoor een wettelijk kader en ziet niet op arbeidsrechtelijke bescherming. De regel van art. 7:666 BW, waarvan de reikwijdte door het HvJ in de Smallsteps uitspraak nader is verduidelijkt, blijft van toepassing en wordt met WCO I niet gewijzigd. WCO I biedt volgens de minister ook na de uitspraak nog meerwaarde voor de praktijk. Dat geldt ook voor andere gevallen dan de gevallen waarbij de pre-pack leidt tot een doorstart. In die gevallen kan met de aanwijzing een plotseling waardeverlies door faillissement worden beperkt doordat de nadelige gevolgen van een faillissement tevoren kunnen worden beoordeeld. Zo nodig kunnen maatregelen worden getroffen om deze te beperken of te voorkomen.¹⁶⁸ De minister wijst er voorts op dat ook in de situatie van een voorbereide doorstart WCO I meerwaarde biedt doordat zij een wettelijk kader introduceert met de benoeming van een beoogd curator en toezicht door de beoogd rechter-commissaris op de beoogd curator. Bovendien kan de rechter bij de opening voorwaarden stellen om de belangen van de verschillende partijen te waarborgen, zoals de betrokkenheid van de OR en werknemers. Of in voorkomende gevallen een beroep kan worden gedaan op art. 7:666 lid 1 sub a BW zal de (beoogd) curator en uiteindelijk de rechter volgens de minister aan de hand van de uitspraak van het HvJ moeten beoordelen. De minister stelt dat niet het bestuur van de onderneming leidend is tijdens de stille voorbereidingsfase maar “de curator”. Hier bedoelt de minister de beoogd curator. Dit lijkt mij wel een (behoorlijke) wijziging ten opzichte van eerdere parlementaire stukken, waarin het bestuur meer als nog leidend werd beschouwd. Het is wel in lijn met de praktijk. Zodra er een beoogd curator is aangewezen heeft deze de facto wel meer macht dan waar de minister eerder in de parlementaire stukken van uit ging. Deze verduidelijking is wenselijk en maakt de toezichtcomponent sterker. De beoogd curator lijkt dus toch meer op de curator dan eerst werd aangenomen. Hiermee wordt nog duidelijker voldaan aan het Smallsteps arrest. Aanpassing van WCO I op dit punt is dan ook niet (meer) nodig. Of in voorkomende gevallen een beroep kan worden gedaan op art. 7:666 BW lid 1 sub a zullen volgens de minister de (beoogd) curator en uiteindelijk de rechter aan de hand van

168. De minister wijst op het treffen van voorzieningen om bederfelijke goederen op te slaan of maatregelen bij zorginstellingen om onnodige onrust te voorkomen na faillissement zonder dat een doorstart is beoogd.

Smallsteps moeten beoordelen. Ik begrijp deze passage als volgt: de aanwijzing van de beoogd curator moet niet *met name* bedoeld zijn voor de doorstart. Naar mijn idee zal de rechtbank daarmee rekening moeten houden bij de aanwijzing en het mandaat van de beoogd curator zodanig moeten formuleren dat het doel zo helder wordt omschreven dat geen twijfel bestaat over wat het doel *met name* is. Dit zal wel kunnen zijn bijvoorbeeld “de voorbereiding van een naderend faillissement” en “de beperking van schade van de bij het faillissement betrokkenen.”

De minister stelt dat art. 7:666 BW niet hoeft te worden aangepast. De rechter heeft de mogelijkheid om de bepaling overeenkomstig de richtlijn en de uitspraak te interpreteren.¹⁶⁹ Hiervoor is geen wetswijziging nodig. De wettekst voldoet volgens de minister aan de Richtlijn. Ten aanzien van eerdere pre-packsituaties zal, als er schadeclaims worden ingediend, per geval bekeken moeten worden of deze zijn afgehandeld in overeenstemming met de uitleg van het HvJ. Dat hangt af van de omstandigheden van het geval. Eventueel kunnen in bepaalde gevallen de werknemers de doorstarter in rechte aanspreken. Of en in welke mate hun vordering kans van slagen heeft is van geval tot geval verschillend en ter beoordeling aan de rechter.

De minister voert overleg met de praktijk. Hij geeft daarbij aan dat er bij partijen een wens is om tot aanpassing te komen van de rechtspositie van de werknemer in faillissement, al zijn de meningen verdeeld over de wijze waarop dit moet gebeuren. Dit wordt meegenomen bij WCO III en door het (volgende) kabinet verder opgepakt. De minister concludeert dus dat WCO I niet hoeft te worden aangepast. Maar als WCO I wordt toegepast met het oog op (dat is dus de Nederlandse vertaling van de “met name” uit het arrest) een doorstart dan zal conform de uitspraak van het HvJ rekening moeten worden gehouden met de toepasselijkheid van de regels van overgang van onderneming. Bij brief van 27 oktober 2017 heeft de Eerste Kamer aan de minister gevraagd te antwoorden op brieven van FNV/CNV van 19 oktober 2017 en van de NOvA van 20 oktober 2017.¹⁷⁰

VI. Conclusie

De pre-pack methode als zorgvuldige voorbereiding van een faillissement lijkt tot het Smallsteps arrest te voldoen aan het bepaalde in art. 5 lid 1 van de Richtlijn en aan de in de jurisprudentie van het HvJ geformuleerde voorwaarden voor uitsluiting van toepassing van de Richtlijn.

169. Zie als eerste voorbeeld: Rb. Noord Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (*Bogra*).

170. Ten tijde van de afronding van deze bijdrage had de minister deze brief nog niet beantwoord.

Het oordeel van het HvJ in de Smallsteps zaak dat pre-pack en faillissement als één procedure moeten worden beschouwd, maakt het lastiger voor een doorstarter in de huidige (nog niet wettelijk gereguleerde) pre-packpraktijk te voldoen aan het bepaalde in art. 5 lid 1 van de Richtlijn. Na Smallsteps is niet te verwachten dat er nog veel gebruik zal worden gemaakt van de pre-pack. Echter, ik meen dat het arrest geen uitstralingseffect heeft naar de gewone doorstartpraktijk. Immers de uitspraak is zuiver casuïstisch en ziet niet op een (gewone) doorstart na faillissement of surseance. Na zorgvuldige analyse van de Smallsteps uitspraak lijkt mij ook dat deze op onjuiste feiten is gebaseerd.¹⁷¹ Daarom is het van groot belang om het juiste zicht te blijven houden op rechtspraak en wetgeving. Pas dan kan de pre-pack in Nederland een gezonde toekomst hebben. De toepassing van het Smallsteps arrest door de Nederlandse rechter in de Bogra zaak geeft aan dat de rechter hiermee uit de voeten kan. Uit de parlementaire geschiedenis van WCO I blijkt dat dit wetsvoorstel vele doelstellingen heeft, en de belangrijkste doelstelling is de voorbereiding van het faillissement. Na invoering van WCO I kan een doorstarter zich op grond hiervan beroepen op art. 5 lid 1 van de Richtlijn na een via de pre-pack methode voorbereid faillissement. Een andere uitkomst schaadt vele belangen ernstig. Wij moeten de keuze maken die de meest positieve uitkomst voor alle betrokkenen tot gevolg heeft. Onder de betrokken partijen vallen zeker ook de werknemers. En het zijn juist de werknemers die niet gebaat zijn bij het onmogelijk worden van een doorstart na een (onvermijdelijk) faillissement. De suggestie voor invoering van een verlicht regime op grond van art. 5 lid 2 van de Richtlijn kan slechts een oplossing bieden als tegelijkertijd art. 7:673c lid 1 BW wordt aangepast in die zin dat geen transitievergoeding verschuldigd zal zijn bij ontslag om ETO-redenen na overgang van onderneming na faillissement. Hiermee wordt snel alle onduidelijkheid weggenomen. Wij hoeven dan ook geen nieuwe proefprocedures af te wachten. Deze optie zou kunnen gelden voor die gevallen waarin de aanwijzing van de beoogd curator met name het onderzoek van een doorstart als doel heeft.

Naar mijn inzicht is de rechtszekerheid van alle bij het faillissement en de doorstart betrokken partijen niet gebaat bij de verwachte (uitkomsten van de) Smallsteps uitspraak: de in de literatuur gesignaleerde effecten van het Smallsteps arrest leiden tot een onontwarbare kluwen van conflicten, effecten met terugwerkende kracht, uitlegging contra legem en onwerkbare en onop-

171. In de Smallsteps zaak wordt immers een oordeel gegeven over een procedure die volgens vaste jurisprudentie valt onder de categorie "soortgelijke procedure" die teveel verschilt van de faillissementsprocedure om een uitzondering onder de Richtlijn te rechtvaardigen. Echter, een dergelijke procedure deed zich in de Smallsteps zaak juist niet voor omdat sprake was van faillissement.

It takes Smallsteps to pre-pack

losbare problemen met de werknemers die op grond van art. 40 Fw rechtsgeldig door de curator waren ontslagen en tegen dit ontslag geen verzet hebben ingesteld. De gevolgen hiervan zijn voor de doorstarter wellicht desastreus met als gevolg dat ook de wel overgenomen werknemers (wederom) werkloos worden. Wanneer WCO I om redenen van het Smallsteps arrest niet zou worden aangenomen door de Eerste Kamer, heeft dat als nadelig gevolg dat er - door dit ene arrest - zeer waarschijnlijk minder (tot geen) pre-packs meer in Nederland zullen zijn. In de praktijk zullen er namelijk weinig schuldenaren zijn die nog een verzoek zullen doen om aanwijzing van een beoogd curator met het oog op een zorgvuldige voorbereiding van hun faillissement en doorstart. Daarmee is de kans ook kleiner geworden op behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid na faillissement. Die kans is juist groter als met behulp van een pre-pack een doorstart plaatsvindt. Er zou voor ondernemingen in moeilijkheden niets anders resteren dan onvoorbereid hun faillissement aan te vragen en te hopen dat er toch een doorstart kan plaatsvinden. De kansen daarop worden er zeker niet groter op: een te snelle voorbereiding en de hectiek in sommige branches zal zorgen dat de mogelijkheden voor een doorstart met het uur kleiner worden of dat de prijs aanzienlijk lager zal worden. En dat was nu juist de reden dat de pre-pack in de praktijk is ontwikkeld.

De vraag is of de doorstarts die in de Nederlandse pre-packs zijn gerealiseerd wel zouden hebben kunnen plaatsvinden als de doorstarter alle personeelsleden van de failliete onderneming tegen gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden na de doorstart in dienst zou moeten nemen. Dat lijkt mij zeker niet het geval. Dit betekent dan ook dat de overwinning van de vakbond bij het HvJ in de Smallsteps zaak wel eens een pyrrusoverwinning kan blijken te zijn als de EK niet over gaat tot aanvaarding van WCO I. In dat geval zal de pre-packpraktijk vermoedelijk eindigen en zal daarmee de kans op een zorgvuldig voorbereide doorstart met behoud van werkgelegenheid in een groot aantal faillissementen wellicht niet meer mogelijk zijn. Dat zou voor de betrokken werknemers juist een grote teleurstelling zijn en grote gevolgen voor hen hebben. Op het moment van schrijven van deze bijdrage is de behandeling in de EK nog niet afgerond.

Ik hoop dat WCO I spoedig wordt aangenomen door de EK en in werking kan treden waarbij de betrokken ministers dienovereenkomstige en spoedige aandacht zullen moeten gaan besteden aan bijpassende arbeidsrechtelijke regelgeving. Het is dan vervolgens aan de praktijk de mogelijkheden die WCO I biedt optimaal te benutten. WCO I is dan tenslotte met Smallsteps een (grote) stap dichterbij gekomen.

