

FNV/Smallsteps; door overgang van onderneming, naar ondergang van ondernemingen?

Mr. drs. M. Hoogendoorn en mr. D. Ninck Blok*

In zijn – door de FNV als historisch bestempelde – arrest van 22 juni 2017 heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat werknemers in beginsel ook bij een door een pre-pack voorafgegaan faillissement een beroep kunnen doen op de beschermingsbepalingen ter zake van de overgang van onderneming. Hoewel de Nederlandse rechter de casus nog in concreto dient te beoordelen bestaat voor partijen die een doorstart realiseren in een faillissement dat is voorafgegaan door een pre-pack het risico/de kans dat zij alle werknemers van de gefailleerde werkgever tegen ongewijzigde voorwaarden in dienst krijgen. De auteurs bespreken waarom het arrest naar hun mening niet past in de eerdere jurisprudentie van het Hof van Justitie en gaan in op mogelijke gevolgen.

HvJ 22 juni 2017, zaak C-126/16, FNV c.s./Smallsteps BV, ECLI:EU:C:2017:489

Het arrest van het Hof van Justitie

Feitelijke achtergronden

Tot haar faillissement was Estro Groep BV de grootste kinderopvangorganisatie van Nederland met circa 380 vestigingen en circa 3.600 werknemers. Eind 2013 werd voorzien dat de onderneming, als additionele financiering zou uitblijven, nog slechts circa een half jaar aan haar financiële verplichtingen zou kunnen voldoen.

Gelet daarop trad Estro Groep in overleg met haar (belangrijkste) financiers en aandeelhouders, alsmede met mogelijke andere investeerders, over additionele

financiering. Tegelijkertijd werkte Estro Groep een ander plan uit, genaamd 'Project Butterfly', gericht op de verkoop van een groot deel van de onderneming van Estro Groep uit faillissement. In het kader van 'Project Butterfly' heeft Estro Groep uitsluitend gesproken met H.I.G. Capital, een zusterverenootschap van haar belangrijkste aandeelhouder, als potentiële koper. Met de voorgenomen verkoop werd beoogd de dienstverlening door te starten met 243 van de 380 kindercentra en met circa 2500 van de 3600 werknemers.¹

Op 10 juni 2014 heeft Rechtbank Amsterdam op verzoek van Estro Groep (in een zogenoemde pre-pack) een beoogd curator benoemd.² Vervolgens is op 5 juli 2014 op eigen verzoek het faillissement van Estro Groep uitgesproken, waarbij de eerder benoemde beoogd curator als curator werd aangesteld. Op 5 juli 2014 zijn de curator en Smallsteps (een met het oog op de doorstart door H.I.G. Capital opgerichte verenootschap) een overeenkomst aangegaan in het kader waarvan Smallsteps de activiteiten van 250 vestigingen overnam en zich verbond om circa 2.600 werknemers een baan aan te bieden. De werknemers zijn op 7 juli 2014 ontslagen door de curator, waarna een groot deel van de werknemers een nieuwe arbeidsovereenkomst werd aangeboden door Smallsteps.

Vier voormalige werknemers van Estro Groep aan wie door Smallsteps geen nieuwe arbeidsovereenkomst is

1. Hurenkamp stelt dat bij de door hem onderzochte prepacks gemiddeld 68 procent van de werkgelegenheid werd behouden, zie: J.R. Hurenkamp, 'Failliet of fast forward? Een analyse van de pre-pack in de praktijk', *Tvl* 2015/20. Het aantal in dit geval behouden werknemers ligt rond dit percentage.
2. Ter toelichting geldt dat de pre-pack in Nederland nog geen wettelijke basis heeft, maar een informele (door eigen richtlijnen van de rechtbanken gereguleerde) procedure is. De rechtbank geeft hierbij aan wie zij bij een eventueel faillissement vermoedelijk als rechter-commissaris zal benoemen en als curator zal aanstellen. Hoewel de beoogd curator officieel nog geen functie heeft, kan tijdens de pre-pack o.a. worden onderzocht of een doorstart mogelijk is en hoe de beoogd curator daar tegenover staat. Veelal wordt een pre-pack gevolgd door een faillissement waarin een doorstart wordt gerealiseerd.

* Mr. drs. M. (Rien) Hoogendoorn is als advocaat ondernemings- en insolventierecht werkzaam bij Windt Le Grand Leeuwenburgh te Rotterdam. Mr. D. (Doortje) Ninck Blok is als advocaat Europees en mededingingsrecht werkzaam bij Windt Le Grand Leeuwenburgh te Rotterdam.

aangeboden, hebben, tezamen met FNV, een verklaring voor recht gevorderd – kort gezegd – inhoudende dat op de tijdens de prepack voorbereide en direct na het faillissement gerealiseerde doorstart de beschermingsbepalingen voor werknemers uit (laatstelijk) Richtlijn 2001/23/EG betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen (hierna: de Richtlijn³) van toepassing zijn c.q. sprake is van een zogenoemde ‘overgang van onderneming’. Rechtbank Midden-Nederland, die over de vorderingen dient te oordelen, overigens een van de rechtbanken die een prepack op dat moment kritisch bejegende en niet faciliteerde, heeft voor haar beoordeling van deze vordering – vanwege de Europeesrechtelijke achtergrond van de kwestie – vier prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie gesteld.⁴

Toetsingskader

De Richtlijn beoogt de rechten van werknemers te beschermen bij de overgang van een onderneming (OVO).⁵ De kern van deze bescherming is dat bij een OVO alle werknemers van de ‘vervreemder’ van rechtswege in dienst treden bij de ‘verkrijger’ waarbij de rechten en verplichtingen die voor de ‘vervreemder’ voortvloeien uit de op het tijdstip van de OVO bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking overgaan. Uit artikel 5 lid 1 Richtlijn blijkt dat deze bescherming – tenzij lidstaten anders bepalen – niet van toepassing is bij een OVO wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van diens vermogen onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie. De implementatie van (de voorlopers van) de Richtlijn heeft plaatsgevonden in de artikelen 7:662 tot en met 7:670 BW. In uitzondering op de normaliter door deze bepalingen geboden werknemersbescherming bepaalt artikel 7:666 BW dat de beschermingsbepalingen 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 (...)’.

3. Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001, inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, *PbEG* 2001, L 82/16, laatstelijk gewijzigd door Richtlijn (EU) 2015/94 van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 2015, *PbEU* 2015, L 263/1.
4. Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954. Opgemerkt zij dat zowel in de literatuur als daarbuiten discussie bestaat over de wenselijkheid van de prepack. Voorstanders wijzen met name op het behoud van werkgelegenheid en het behouden/creëren van waarde voor de crediteuren, doordat deze in mindere mate verdampt bij het faillissement. Tegenstanders wijzen veelal op het gebrek aan transparantie en het feit dat hiermee falende ondernemers worden gefaciliteerd om op goedkope wijze van werknemers af te komen.
5. Uit de Richtlijn blijkt dat deze toepasselijk is op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen en dat sprake is van een overgang bij ‘de overgang, met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan’ (art. 1 lid 1 Richtlijn). Er is (vanzelfsprekend) de nodige jurisprudentie over de vraag wanneer daadwerkelijk sprake is van een ‘overgang’.

Prejudiciële vragen

Het Hof van Justitie herformuleert de prejudiciële vragen.⁶ De kern van de vier prejudiciële vragen is volgens het Hof van Justitie of de door de Richtlijn gegarandeerde bescherming van werknemers van kracht blijft in een situatie

‘waarin de overgang van een onderneming plaatsvindt na een faillietverklaring in de context van een daarvoor 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.’ (punt 37).

Voorts legt de verwijzende rechter, aldus het Hof van Justitie, de vraag voor of het in dat verband van belang is dat met de prepack zowel de voortzetting van de activiteiten van de onderneming als opbrengstmaximalisatie ten behoeve van de schuldeisers wordt beoogd.

Beantwoording van de prejudiciële vragen door het Hof van Justitie

Het Hof van Justitie overweegt dat de Richtlijn ‘de werknemers beoogt te beschermen’, dat de uitzondering van artikel 5 lid 1 Richtlijn afwijkt van het hoofddoel van de Richtlijn en dat daarom die bepaling noodzakelijkerwijs strikt moet worden uitgelegd.⁷ Dit betekent volgens het Hof van Justitie dat de uitzondering van artikel 5 lid 1 Richtlijn van toepassing is op de onderhavige zaak ‘op voorwaarde echter dat de bedoelde procedure voldoet aan de in die bepaling genoemde voorwaarden’. Deze voorwaarden houden in dat (1) de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure (of in een soortgelijke procedure), (2) deze procedure ingeleid is met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder én (3) de procedure onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie.⁸

Gelet op het feit dat de prepack werd gevolgd door het faillissement van Estro, is het Hof van Justitie van oordeel dat deze onder het begrip faillissementsprocedure (in de zin van voorwaarde (1)) kan vallen. Met betrekking tot punt (2) is het Hof van Justitie van oordeel dat

6. Dat is niet ongebruikelijk. Het Hof van Justitie verwijst naar het karakter van de prejudiciële procedure (samenwerking tussen nationale rechter en Hof van Justitie) die erop is gericht een ‘nuttig antwoord’ op de vragen te formuleren (zie r.o. 36).
7. Zie HvJ 22 juni 2017, zaak C-126/16, *FNV c.s./Smallsteps BV*, *JOR* 2017/217 m.nt. L.G. Verburg, ECLI:EU:C:2017:489, r.o. 38-41, waarin het Hof van Justitie verwijst naar zijn eerdere jurisprudentie, te weten HvJ 4 juni 2002, zaak C-164/00, *Beckmann*, ECLI:EU:C:2002:330, punt 29.
8. Zie *FNV c.s./Smallsteps BV*, punten 43-44.

de pre-pack, onder deze omstandigheden⁹ en onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, uiteindelijk niet de liquidatie van het vermogen, maar – als hoofddoel – de voortzetting van de onderneming beoogt. Om die reden kunnen het economische en sociale doel van de transactie naar het oordeel van het Hof van Justitie verklaren noch rechtvaardigen dat bij een volledige of gedeeltelijke overgang van de onderneming werknemers de bescherming van de Richtlijn zou worden onthouden. Het Hof van Justitie is van oordeel dat aan de derde voorwaarde evenmin is voldaan. Het overweegt in dat kader dat er geen wettelijke basis is voor de voorbereiding van de (doorstart)transactie tijdens de prepack. Gelet op de timing van de transactie ‘moet de rechter-commissaris bovendien vóór de faillietverklaring op de hoogte zijn gesteld en in feite hebben aangegeven daartegen geen bezwaar te hebben’.¹⁰ Deze handelwijze kan naar het oordeel van het Hof van Justitie ‘elk eventueel toezicht van een bevoegde overheidsinstantie op de faillissementsprocedure grotendeels uithollen’,¹¹ waardoor dit niet voldoet aan de voorwaarde van overheids-toezicht van artikel 5 Richtlijn.

Volgend op de hiervoor (verkort) weergegeven overwegingen beantwoordt het Hof van Justitie de vragen van de kantonrechter bevestigend; de bescherming van de Richtlijn komt werknemers ook toe bij een tijdens een pre-pack voorbereide OVO die onmiddellijk na faillietverklaring plaatsvindt. In dat verband is niet relevant dat de pre-pack tevens de maximalisatie van de opbrengst beoogt. Overigens was de advocaat-generaal in zijn conclusie tot dezelfde beantwoording van de prejudiciële vragen gekomen.¹² Smallsteps zag toen waarschijnlijk de bui al hangen. Zij verzocht in de gelegenheid te worden gesteld om te mogen reageren op de conclusie hetgeen door het Hof van Justitie – naar vaste rechtspraak en beleid – in rechtsoverwegingen 29–30 wordt geweigerd.¹³

9. Welke omstandigheden het Hof van Justitie in punt 49 omschrijft als: ‘een pre-pack zoals die welke in het hoofdgeding 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, teneinde op die manier de onderbreking te vermijden die het gevolg zou zijn van de plotselinge stopzetting van de activiteiten van die onderneming op de datum van de faillietverklaring, zodat de waarde van de onderneming en de werkgelegenheid behouden blijven’.

10. Zie *FNV c.s./SmallSteps BV*, punt 56.

11. Zie *FNV c.s./SmallSteps BV*, punt 57.

12. Conclusie advocaat-generaal P. Mengozzi van 29 maart 2017, zaak C-126/16, ECLI:EU:C:2017:241.

13. Het Hof van Justitie verwijst naar HvJ 4 september 2014, zaak C-162/13, *Vnuk*, ECLI:EU:C:2014:2146, punt 30. Die praktijk is door het EHRM niet in strijd geacht met het EVRM; EHRM 20 januari 2009 (ontv.), nr. 13645/05, *Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij e.a. t. Nederland*, EHRC 2009/56 m.nt. M. Bulterman, AB 2009, 310 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, NJ 2010, 266 m.nt. E.A. Alkema.

Duiding arrest

Voorafgaand aan onze duiding van het arrest, merken wij op dat daaruit niet duidelijk blijkt wat het Hof van Justitie nu onder de ‘pre-pack’ verstaat. Het Hof van Justitie gebruikt de termen ‘transactie’ en ‘procedure’ op een onduidelijke wijze door elkaar.¹⁴ Volgens Verburg leert een vergelijking met andere taalversies dat het Hof van Justitie niet slechts met de term ‘procedure’, maar ook met de term ‘transactie’ op de pre-packprocedure doelt. Uit de zinsneden ‘een pre-pack ondertekend tussen de curator en Smallsteps’ (punt 25), ‘de tussen de Estro Groep en Smallsteps gesloten pre-pack’ (punt 27) en de opmerking dat de ‘aan de orde zijnde pre-pack’ weliswaar is voorbereid vóór de faillietverklaring, maar daarna wordt uitgevoerd, lijkt echter te volgen dat het Hof van Justitie zowel de voorbereidingen van de doorstarttransactie, de transactie zelf als de procedure en/of deze gezamenlijk als de ‘pre-pack’ aanduidt. Dit komt de duidelijkheid van het arrest niet ten goede. Waar wij over de ‘pre-pack’ schrijven, doelen wij slechts op de (niet-wettelijke) procedure vanaf de aanwijzing van een beoogd curator en rechter-commissaris tot het moment van beëindiging daarvan, al dan niet door de faillietverklaring van de schuldenaar.¹⁵

Voor een goede duiding van het arrest is een blik op de voorgangers van de Richtlijn en de aan invoering van artikel 5 Richtlijn voorafgaande relevante jurisprudentie (deels door het Hof van Justitie genoemd in punt 47) onontbeerlijk. De tekst van artikel 5 lid 1 Richtlijn is:

‘Tenzij de lidstaten anders bepalen, zijn de artikelen 3 en 4 niet van toepassing op een overgang van een onderneming, vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn).’

Voorgangers Richtlijn

De eerste voorganger van de Richtlijn dateert van 14 februari 1977.¹⁶ Deze richtlijn trad relatief kort na de oliecrisis van 1973 in werking en bepaalde dat de rechten en verplichtingen van werknemers bij een overgang van onderneming, vestigingen of onderdelen daarvan overgaan op de ‘verkrijger’. Pas meer dan twintig jaar

14. Zie *FNV c.s./SmallSteps BV*. Overigens kan de vraag worden gesteld of dit het Hof van Justitie valt te verwijten nu (ook) de verwijzende rechter niet geheel duidelijk is en bijv. in r.o. 2.4 de activatransactie als de pre-pack omschrijft.

15. Dit sluit aan bij de voorgestelde bepalingen in het wetsvoorstel Wet continuïteit onderneming I (*Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 2). Zie o.a. het voorgestelde art. 363 lid 1, art. 365 lid 1 en art. 366.

16. Richtlijn 1977/187/EEG, *PbEG* 1977, L 61/26, herhaaldelijk gewijzigd, en ingetrokken door Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001, *PbEG* 2001, L 82/16.

later, in Richtlijn 98/50/1998/EG,¹⁷ die strekte tot wijziging van Richtlijn 77/187/EEG, werd het begrip ‘overgang van een onderneming’ uitgelegd en werd de uitzonderingsbepaling van het huidige artikel 5 lid 1 Richtlijn ingevoerd. Aan deze wijzigingen, die in de Richtlijn onveranderd zijn overgenomen, is de hierna te behandelen jurisprudentie van het Hof van Justitie voorafgegaan.

Voorafgaande jurisprudentie

De bedoelde jurisprudentie begon met de prejudiciële vragen die door de Raad van Beroep te Zwolle werden gesteld in de zaak *Abels*.¹⁸ In dit arrest oordeelde het Hof van Justitie over een situatie waarin eerst sprake was van een negen maanden durende surseance van betaling, die vervolgens werd omgezet in een faillissement. Een dag na de faillietverklaring werden de activa overgenomen door een partij die de onderneming voortzette en de meeste werknemers daarbij in dienst nam. In het kader van deze procedure hebben de Commissie en de Nederlandse regering erop gewezen dat de toepassing van de richtlijn tijdens faillissement en surseance ongunstige gevolgen voor werknemers heeft, omdat het een potentiële verkrijger kan weerhouden de ‘onderneming’ over te nemen, waardoor niet slechts een deel, maar alle arbeidsplaatsen in de onderneming verloren zouden gaan.¹⁹ Gelet daarop oordeelt het Hof van Justitie:

‘Men kan dus niet concluderen dat richtlijn nr. 77/187 de lidstaten 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.’

Met betrekking tot de surseance overweegt het Hof van Justitie dat deze vooral gericht is ‘op het behoud van de boedel en, zo mogelijk, de voortzetting van de onderneming’ en oordeelt het om die reden: ‘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.’

Van de daarna gewezen arresten van het Hof van Justitie zijn met name het *d’Urso*-arrest,²⁰ het *Spano*-arrest²¹ en het *Dethier Équipement*-arrest²² (die door de advocaat-generaal uitvoerig worden besproken in zijn conclusie²³)

17. Richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 tot wijziging van Richtlijn 77/187/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van de vestigingen, *PbEG* 1998, L 201/88 e.v.

18. HvJ 7 februari 1985, zaak C-135/83, *Abels*, ECLI:EU:C:1985:55.

19. *Abels*, r.o. 21.

20. HvJ 25 juli 1991, zaak C-362/89, *d’Urso*, ECLI:EU:C:1991:326.

21. HvJ 7 december 1995, zaak C472/93, *Spano e.a.*, ECLI:EU:C:1995:421.

22. HvJ 12 maart 1998, zaak C-319/94, *Dethier Équipement*, ECLI:EU:C:1998:99.

23. Conclusie A-G P. Mengozzi van 29 maart 2017, zaak C-126/16, ECLI:EU:C:2017:241.

relevant voor de uitleg van de uitzondering van artikel 5 lid 1 Richtlijn. Opmerking verdient dat de ‘herstructureringsprocedures’ die centraal stonden in deze arresten geen faillissementsprocedures waren. In het *d’Urso*-arrest overweegt het Hof van Justitie dat de daar beoordeelde procedure (in de eerste fase) voorzag ‘in voortzetting van de werkzaamheid van de onderneming onder leiding van een commissaris’ en ‘heeft die procedure primair tot doel, de onderneming in een zodanig evenwicht te brengen, dat haar werkzaamheid voor de toekomst verzekerd is’. In die (fase van de) procedure komt werknemers een beroep op de bescherming van de Richtlijn toe. Het Hof van Justitie overweegt echter ook dat de uitzondering wél van toepassing is ‘wanneer niet tot voortzetting is besloten of na afloop van de periode waarvoor toestemming tot voortzetting is verleend’, aangezien dan het doel, de consequenties en de risico’s van de procedure vergelijkbaar zijn met het faillissement.

In het *Spano*-arrest was sprake van een overlegprocedure met de vakbonden, ten aanzien waarvan het Hof van Justitie overweegt dat deze niet het oog heeft op de liquidatie van die onderneming, maar er juist toe strekt ‘de voortzetting van haar activiteit te verzekeren met het oog op een latere overname’. Verder overweegt het Hof van Justitie:

‘Anders dan bij faillissementsprocedures, houdt de procedure waarbij wordt vastgesteld dat de onderneming in moeilijkheden verkeert, niet in dat zij onder rechterlijk toezicht wordt geplaatst of dat maatregelen inzake vermogensbeheer worden genomen, en voorziet zij niet in uitstel van betaling.’

Met het oog hierop oordeelt het Hof van Justitie dat werknemers ook bij een overgang tijdens deze procedure om die reden een beroep op de bescherming van de Richtlijn kunnen doen.

In het *Dethier Équipement*-arrest is sprake van een vrijwillige vereffening van een vennootschap. Het Hof van Justitie overweegt dat het in het *Abels*-arrest oordeelde dat ‘de richtlijn niet van toepassing is op de overgang van een onderneming, een vestiging of een onderdeel daarvan in het kader van een faillissementsprocedure’. Vervolgens somt het Hof van Justitie de diverse verschillen tussen de vereffening van een vennootschap en een faillissementsprocedure op en komt tot het oordeel dat de Richtlijn van toepassing is in geval van overgang van een onderneming tijdens de vereffening, zeker ‘wanneer de werkzaamheid van de onderneming wordt voortgezet’.

In vervolg op deze jurisprudentie is de uitzondering van artikel 4b Richtlijn 98/50/EG, het huidige artikel 5 lid 1 Richtlijn, opgenomen; hiermee werd een verduidelijking van de werkingssfeer beoogd, zoals deze in feite reeds door de beschreven jurisprudentie nader was bepaald, en geen wijziging.²⁴

24. Zie punt 4 van de preambule van Richtlijn 98/50/EG, *PbEG* 1998, L 201/88.

Liquidatie vs. Continuïteit

Zoals hiervoor weergegeven stelt het Hof van Justitie in het *Smallsteps*-arrest drie cumulatieve voorwaarden aan de toepasselijkheid van artikel 5 lid 1 Richtlijn. Daarbij springt allereerst in het oog dat het Hof van Justitie overweegt dat zowel bij de faillissementsprocedure als bij de ‘soortgelijke procedure’ dient te worden getoetst of (en vereist is dat deze) op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder is gericht. Deze lezing van het Hof van Justitie wijkt af van de tekst van het artikel, die nu juist bepaalt dat sprake dient te zijn van een faillissementsprocedure óf van een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Uit (de tekst van) het artikel blijkt dus niet dat (ook) bij een faillissementsprocedure apart dient te worden getoetst of hierbij het oogmerk van liquidatie van het vermogen van de vervreemder aanwezig is; naar het lijkt juist omdat ervan wordt uitgegaan dat een faillissement (vrijwel) steeds is gericht op liquidatie van het vermogen. Als was beoogd de uitzondering slechts ook voor een faillissementsprocedure te laten gelden indien deze gericht is op liquidatie van het vermogen van de vervreemder, had onzes inziens kunnen worden volstaan met een tekst als: ‘een insolventieprocedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder’. Belangrijker dan alleen de tekst van het artikel is dat de hiervoor omschreven toepassing/uitleg van het artikel aansluit bij de hiervoor genoemde en geciteerde jurisprudentie van het Hof van Justitie. Dit blijkt het meest sprekend uit het *Dethier Équipement*-arrest, waarin het Hof van Justitie als kern van zijn eerdere jurisprudentie herhaalt dat ‘de richtlijn niet van toepassing is op de overgang van een onderneming, een vestiging of een onderdeel daarvan in het kader van een faillissementsprocedure’. Er wordt geen nader vereiste gesteld aan die faillissementsprocedure. Ook in het *Abels*-arrest, waarin de omzetting van een surseance van betaling van negen maanden in een faillissement binnen een dag resulteerde in een doorstart, blijkt niet van nader aan de faillissementsprocedure te stellen eisen. In de rede ligt dat in die situatie – net als in de onderhavige – de doorstart voorafgaand aan het faillissement gedegen zal zijn voorbereid. Door op die doorstart de Richtlijn niet van toepassing te achten – vanwege het feit dat sprake was van een tijdens faillissement gerealiseerde doorstart – en deze wél van toepassing te achten op de doorstart tijdens een door pre-pack voorafgegaan faillissement, lijkt het Hof van Justitie geen consistente lijn te volgen, in dit geval op het oog ten faveure van de werknemers. Zou aan het faillissementsverzoek van Abels, een dag voor de doorstart, een andere bedoeling ten grondslag hebben gelegen dan aan het faillissementsverzoek in de zaak *Smallsteps*?

Van groot belang bij deze beoordeling lijkt dat het Hof van Justitie – anders dan in het *Abels*-arrest met betrekking tot de surseance en het daaropvolgende faillissement – het op de pre-pack volgende faillissement niet als ‘separate’ (insolventie)procedure ziet, maar de pre-pack ziet als het gehele traject vanaf de voorbereidingsfase tot het deel van het traject (de realisatie van de

doorstart) dat na de faillietverklaring ligt. Of een faillissement wordt voorafgegaan door een pre-pack verandert naar onze mening echter niet het (door de Richtlijn veronderstelde) doel van het faillissement; dit blijft de liquidatie van het vermogen van de vervreemder (waarover hierna meer).

Door feitelijk geen acht te slaan op het feit dat in de *Smallsteps*-casus sprake is van een (separaat) faillissement – waardoor de Richtlijn überhaupt toepassing mist – oordeelt het Hof van Justitie naar onze mening niet in lijn met de eerdere jurisprudentie en met de tekst van artikel 5 Richtlijn én zorgt het Hof van Justitie voor aanzienlijke onnodige onduidelijkheid.

Onderneming vs. vermogen vervreemder

Niet alleen is onduidelijk wat het Hof van Justitie bedoelt als het de term ‘pre-pack’ gebruikt, ook de overwegingen van het Hof van Justitie over het doel van de pre-pack zijn terminologisch onzuiver. Het Hof van Justitie overweegt in punten 48–51 van het arrest dat als de pre-pack als hoofddoel ‘het behoud van de onderneming’ van de gefailleerde heeft, deze niet onder artikel 5 lid 1 Richtlijn kan vallen. Dat volgt echter niet uit (de tekst van) artikel 5 lid 1 Richtlijn; doorslaggevend is of sprake is van een procedure gericht op ‘liquidatie van het vermogen van de vervreemder’. Bijgevolg hanteert het Hof van Justitie opnieuw een strengere maatstaf dan nodig voor een beroep op de uitzondering. Er is immers een belangrijk verschil tussen de liquidatie van ‘het vermogen’ en de liquidatie van ‘de onderneming’. In het *d’Urso*-arrest en het *Spano*-arrest was sprake van voortzetting van de onderneming binnen dezelfde entiteit; daar was dus geen sprake van liquidatie van het vermogen van die entiteit noch van een voortzetting van de activiteit/onderneming na overdracht aan een andere (rechts)persoon. Juist een overdracht van de onderneming en de daarmee samenhangende activa (die deels of geheel het vermogen van de vervreemder vormen) kan/zal onderdeel zijn van de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Met die overdracht wordt immers (deels of geheel) het vermogen overgedragen aan de verkrijger. De overdracht van de onderneming is dan onderdeel van de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en staat daar niet mee in tegenstelling.²⁵ Ook als een pre-pack en faillissement mede als doel of zelfs als hoofddoel ‘het behoud van de onderneming van de gefailleerde’ hebben, kunnen deze dus voldoen aan het door artikel 5 lid 1 Richtlijn vereiste dat deze gericht zijn op ‘liquidatie van het vermogen van de vervreemder’.

Toezicht

Uit de tekst van artikel 5 lid 1 Richtlijn volgt het vereiste dat de daar bedoelde procedure onder toezicht staat

25. Dit volgt overigens ook duidelijk uit het feit dat een dergelijke overdracht (in faillissement) uiteindelijk normaliter leidt tot ontbinding van de vennootschap ex art. 2:19 lid 1 sub c BW. Ter illustratie wijzen we erop dat het percentage faillissementen dat door een akkoord eindigt al sinds de jaren zestig tussen de 1,5 en 5 procent ligt (B. Wessels, *Insolventierecht nr. VI*, Deventer: Kluwer 2013/6003).

van een overheidsinstantie. De overweging van het Hof van Justitie dat de pre-pack (nog) geen wettelijke grondslag heeft, is uiteraard juist.²⁶ Dat daarmee in abstracto het risico bestaat van gebrekkig toezicht (tijdens de pre-pack voorafgaand aan het faillissement) van een bevoegde overheidsinstantie, is eveneens juist. Met zijn oordeel dat het toezicht ‘niet kan voldoen’ aan de in artikel 5 lid 1 Richtlijn gestelde vereisten gaat het Hof van Justitie echter geheel voorbij aan de (deels interne) richtlijnen die worden gehanteerd door de rechtbanken die de pre-pack toepassen. Tevens gaat het Hof van Justitie daarmee voorbij aan het feit dat de rechter-commissaris op het moment dat rechterlijke toestemming aan de doorstart wordt gegeven over de wettelijke bevoegdheden en instrumenten voor toezicht beschikt die de rechter-commissaris in een faillissement toekomt. Opmerkelijk is ten slotte dat het Hof van Justitie met betrekking tot het doel van de pre-pack ruimte laat voor ‘verificatie door de verwijzende rechter’, terwijl het daarvoor ten aanzien van dit (derde) criterium geen ruimte laat nu het oordeelt dat het toezicht ‘niet kan voldoen aan de voorwaarde van toezicht’. Het Hof van Justitie oordeelt hiermee categorisch, zonder dat het daarbij voldoende oog lijkt te hebben voor de concrete omstandigheden, waaronder de gewetensvolle invulling van het toezicht door de beoogd rechter-commissaris, en de context van de pre-pack.

Nu het Hof van Justitie zijn oordeel in dit kader baseert op de veronderstelling dat de rechter-commissaris vóór de faillietverklaring op de hoogte zal zijn gesteld en in feite zal hebben aangegeven geen bezwaar te hebben tegen de overdracht van de onderneming, kan een nationale rechter mogelijk alleen nog tot een ander oordeel over het vereiste toezicht komen als wordt aangetoond dat de rechter-commissaris eerst na de faillietverklaring is betrokken.²⁷ Dit staat juist tegenover het idee – dat wij onderschrijven – dat de rechter-commissaris beter toezicht kan houden door reeds tijdens de pre-pack te worden geïnformeerd over de mogelijke plannen voor een doorstart/overname. Overigens is dit punt naar onze mening relatief eenvoudig te ‘repareren’, indien de pre-pack (alsnog) van een wettelijke basis wordt voorzien.

Vervolg van de procedure

Rechtbank Midden-Nederland zal met inachtneming van de antwoorden van het Hof van Justitie op haar vragen tot een oordeel dienen te komen in de bodemprocedure. Hoewel het Hof van Justitie met betrekking tot het doel van de procedure beperkt ruimte lijkt te bieden voor het oordeel van de Nederlandse rechter (‘onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter’), lijkt deze niet te bestaan voor de vraag of is voldaan aan de voorwaarde van toezicht door een bevoegde

overheidsinstantie. Naar onze mening is niet onwaarschijnlijk dat de aanname van het Hof van Justitie over de rol van de (beoogd) rechter-commissaris juist is. Nu daarmee zal vaststaan dat aan in ieder geval een van de cumulatieve voorwaarden – toezicht door een bevoegde overheidsinstantie – niet is voldaan, heeft Rechtbank Midden-Nederland geen ruimte om te oordelen dat de uitzondering van artikel 5 lid 1 Richtlijn geldt voor de onderhavige overgang, waardoor de werknemers van Estro in beginsel een beroep op de bescherming van de Richtlijn toekomt.²⁸ De Richtlijn heeft geen directe horizontale werking ten opzichte van burgers, zodat de werknemers een beroep dienen te doen op de richtlijnconforme uitleg van de codificatie van de Richtlijn in artikelen 7:662-7:670 BW.

Uit het *Albron*-arrest volgt dat de rechter bij zijn verplichting tot richtlijnconforme uitleg weliswaar een grote beoordelingsruimte heeft, maar dat deze wordt begrensd door de algemene rechtsbeginselen – met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht – en niet kan dienen als grondslag voor een uitleg *contra legem* van het nationale recht.²⁹ Nu artikel 7:666 BW bepaalt dat geen beroep op de bescherming van de OVO-artikelen kan worden gedaan ‘als de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort’, lijkt een oordeel van Rechtbank Midden-Nederland aan de hand van de maatstaven van het Hof van Justitie *contra legem* te zijn. Mogelijk zal Rechtbank Midden-Nederland echter oordelen dat met de term ‘faillissement’ in artikel 7:666 BW – in lijn met de beantwoording van de vragen door het Hof van Justitie – slechts wordt bedoeld op faillissementen waarvan het hoofddoel de liquidatie van de onderneming is.³⁰

Misbruik van faillissement(srecht)

Een van de belangrijkste negatieve geluiden rond de pre-pack is dat deze misbruik van faillissementsrecht in de hand zou werken doordat met de pre-pack op een oneigenlijke, goedkope wijze van werknemers kan worden afgekomen. Hoewel dergelijk misbruik van een faillissement uiteraard dient te worden voorkomen, is het niet zo dat bij een tevoren voorbereide doorstart van de onderneming steeds sprake is van oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht. In het arrest zien wij aanwijzingen dat het Hof van Justitie bij de beoordeling van deze kwestie vooral naar de concrete kwestie heeft gekeken en vanuit de – al dan niet gegronde indruk – dat

26. Overigens is de behandeling van het wetsvoorstel dat voor een wettelijke basis diende te zorgen, de Wet continuïteit ondernemingen I, *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 2, aangehouden, zodat voorzienbaar is dat de pre-pack voorlopig ook nog geen wettelijke verankering zal krijgen.

27. Overigens zal deze aanname van het Hof van Justitie naar onze verwachting voor een belangrijk deel van de pre-packs juist zijn.

28. De bescherming van de Richtlijn komt in beginsel alle werknemers van Estro van rechtswege toe. Ook degenen die een nieuw contract aangeboden hebben gekregen, hebben recht op de arbeidsvoorwaarden uit de op het tijdstip van de OVO bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking. De toepassing van de Richtlijn zal in principe ook de aanspraak van werknemers met een achterstallig salaris (art. 7:663 BW) over doen gaan naar de ‘verkrijgende’ onderneming.

29. Zie HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, als vervolg op HvJ 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:625.

30. Opgemerkt zij dat dit een beperktere uitleg is dan ‘faillissementen waarvan het hoofddoel de liquidatie van het vermogen van de vervreemder is’. Dit nu het Hof van Justitie voor het beroep op de uitzondering van art. 5 lid 1 Richtlijn niet de liquidatie van het vermogen, maar de liquidatie van de onderneming relevant acht.

hier sprake is van een misbruiksituatie de verwijzende rechter duidelijk richting heeft willen geven voor diens beoordeling ten gronde. Het oordeel van het Hof van Justitie spitst zich toe op een pre-pack die ‘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’ (punt 49), waarbij het Hof van Justitie er bovendien van uitging dat ‘geen enkele andere potentiële optie’ (punt 20) is onderzocht dan de verkoop aan een gelieerde entiteit. Het Hof van Justitie oordeelt specifiek over ‘een dergelijke transactie’ (bijv. punt 50 en 52).

Deze (mogelijke) beschermingsgedachte kan op sympathie rekenen en lijkt aan te sluiten bij de gedachte achter de Richtlijn. Men kan zich echter ook afvragen of deze beschermingsgedachte een goede grond voor het arrest vormt. In artikel 5 lid 4 van de Richtlijn wordt bepaald dat de lidstaten de nodige maatregelen dienen te treffen om misbruik van insolventieprocedures met het doel de werknemers van de in de Richtlijn bedoelde rechten te beroven, te voorkomen. Het Nederlandse recht biedt werknemers in dat kader verschillende mogelijkheden om misbruik tegen te gaan. Zo kunnen werknemers verzet instellen tegen de faillietverklaring (ex art. 10 Fw). Bij een vernietiging van het faillissement kunnen werknemers de vernietigbaarheid van de opzegging door de curator inroepen en met terugwerkende kracht een beroep doen op de bescherming van artikel 7:662 e.v. BW.³¹ Werknemers kunnen daarnaast in hoger beroep gaan tegen de machtiging van de rechter-commissaris (ex art. 67 lid 2 Fw). Daarnaast toont de jurisprudentie een aantal voorbeelden van werknemers die met succes de bestuurder en/of aandeelhouder aansprakelijk hielden voor hun schade door het misbruik.³² Ten gevolge van het recente arrest van de Hoge Raad in het faillissement van DA heeft bovendien de ondernemingsraad (mits deze er is) een positie als een (beoogd) curator overweegt om een doorstartovereenkomst aan te gaan.³³ Mocht de curator het advies van de ondernemingsraad niet volgen, dan kan de ondernemingsraad hiertegen in

beroep gaan bij de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam (ex art. 26 lid 1 WOR).

Voor zover ons bekend is in de onderhavige kwestie door de werknemers geen verzet of hoger beroep noch beroep door de OR ingesteld. De vraag kan worden gesteld of die routes niet meer voor de hand hadden gelegen om het mogelijke misbruik te keren dan dat het Hof van Justitie dit feitelijk doet aan de hand van de vraag of het doel van de procedure liquidatie of voorzetting van de onderneming is. Naar onze mening is het zuiverder om een eventueel misbruik van het faillissement(srecht) te toetsen binnen de kaders die hiervoor zijn besproken.

Verdere gevolgen – andere doorstarts

Hoewel het Hof van Justitie in het *Smallsteps*-arrest expliciet ingaat op de Nederlandse pre-pack kan dit naar onze mening ook gevolgen hebben voor ‘normale’ doorstarts. Voor dergelijke doorstarts zit de crux van de drie in het arrest door het Hof van Justitie gestelde voorwaarden in de vraag of de doorstart tijdens het faillissement mogelijk is gemaakt door deze voorafgaand aan het faillissement voor te bereiden.³⁴ Als vast komt te staan dat de tijdens faillissement gerealiseerde doorstart al voorafgaand aan het faillissement is voorbereid, kan een rechter met het *Smallsteps*-arrest in de hand oordelen dat de werknemers in het kader van die doorstart een beroep op de werknemersbescherming van de Richtlijn toekomt. Mogelijk is de strekking van het *Smallsteps*-arrest nog breder en zal vaker als een faillissement resulteert in een doorstart (met terugwerkende kracht) worden geoordeeld dat het hoofddoel van de procedure niet de liquidatie van de onderneming, maar de voortzetting daarvan is (waarmee de uitzondering van art. 5 lid 1 Richtlijn c.q. art. 7:666 BW niet geldt). Hiervoor hebben wij al uitvoerig aangegeven dat dit naar onze mening een onjuist oordeel zal zijn, maar dit laat onverlet dat de enkele onzekerheid in dit kader al sterk negatief kan zijn voor de aantrekkelijkheid van een doorstart en daarmee uiteindelijk voor het behoud van werkgelegenheid in faillissementssituaties. Verduidelikend in dit kader is de na het *Smallsteps*-arrest gewezen beschikking van Rechtbank Noord-Holland, die de strekking van het *Smallsteps*-arrest specifiek beperkt tot de pre-packsituatie en dan nog wel tot een pre-pack “die tot in de kleinste details de overdracht van de onderneming beoogde voor te bereiden”.³⁵ In het door de Rechtbank beoordeelde geval was geen sprake van een overgang van onderneming. Op dit moment is overigens onduidelijk onder welke precieze omstandigheden zal worden geoordeeld dat de liquidatie het hoofddoel van de ‘procedure’ is en wanneer dit hoofddoel de voortzetting van de onderneming is, waar-

31. Als inmiddels een doorstart zou zijn gerealiseerd blijft deze (ex art. 13 Fw) in stand, terwijl de werknemer (ex art. 13a Fw) een beroep op zijn ‘gewone’ arbeidsrechtelijke bescherming toekomt. Overigens is dit art. 13a Fw ingevoerd ter implementatie van Richtlijn 98/50/EG (thans Richtlijn 2001/23/EG).

32. Zie bijv. HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP0084 (*Digicolor*); Hof 's-Hertogenbosch 23 oktober 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB7389 (*Deco Tricot*); en Rb. Arnhem 19 oktober 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU7539.

33. HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982 (*DA*). De Hoge Raad oordeelt dat het adviesrecht van de ondernemingsraad in beginsel niet ziet ‘op (besluiten tot) verkoop van goederen op de voet van art. 176 Fw en op (besluiten tot) ontslag van werknemers op de voet van art. 40 Fw, ook niet als zodanige verkoop of zodanig ontslag tot gevolg heeft dat de onderneming wordt beëindigd’, aangezien de handelingen van de curator in dat geval zijn gericht op liquidatie van het (ondernemings)vermogen. De Hoge Raad oordeelt dat wél sprake is van een adviesplichtig besluit als ‘de verkoop van activa plaatsvindt in het kader van een voortzetting of doorstart van (delen van) de onderneming door dezelfde of een andere entiteit, waarbij het vooruitzicht bestaat van behoud van arbeidsplaatsen’.

34. Gelet op het feit dat in een dergelijke situatie sprake is van een faillissement, zal aan de eerste van de drie door het Hof van Justitie gestelde voorwaarden zijn voldaan. Tevens zal in een dergelijke situatie de rechter-commissaris niet voorafgaand aan het faillissement zijn geïnformeerd over de beoogde doorstart en hebben aangegeven geen bezwaar te hebben, zodat normaliter ook is voldaan aan de voorwaarde van toezicht.

35. Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423.

bij het Hof van Justitie bovendien heeft aangegeven dat er een overlap tussen die twee doelstellingen kan zijn.

Verdere gevolgen – Wet continuïteit ondernemingen I

Het wetsontwerp voor de Wet continuïteit ondernemingen I, dat voor een wettelijke basis van de pre-pack dient te zorgen, is sinds 21 juni 2016 in behandeling bij de Eerste Kamer.³⁶ De stemming over het wetsontwerp, die eerder gepland stond voor 4 april 2017, werd al aangehouden. Voorstelbaar is dat met een codificatie van de pre-pack tegemoet kan worden gekomen aan de overwegingen c.q. bezwaren van het Hof van Justitie bij de derde voorwaarde, die van toezicht door een overheidsinstantie. Minder gemakkelijk zal tegemoet kunnen worden gekomen aan de tweede voorwaarde, dat het hoofddoel van de pre-pack niet het behoud van de failliete onderneming dient te zijn, nu dit een van de wezenlijke elementen van het wetsvoorstel is. Doordat het Hof van Justitie de pre-pack, de transactie en de eerste fase van het faillissement in één adem noemt, zal dat element van behoud van de onderneming waarschijnlijk te veel zijn schaduw vooruitwerpen. Mogelijk zijn er wel vergelijkbare situaties en oplossingen te bedenken die wél ‘werken’,³⁷ bijvoorbeeld de benoeming van een tijdelijke bewindvoerder die wordt aangesteld om de continuïteit van de zorg na te streven, maar dergelijke situaties en oplossingen staan dermate ver af van de inhoud en strekking van het wetsontwerp WCO I dat voorzienbaar is dat dit wetsontwerp zal sneuvelen.³⁸

daat-kopers ervan weerhoudt om te investeren door (delen van) een onderneming uit de boedel over te nemen, in welk geval alle werknemers hun baan verliezen.

Zoals gesteld lijkt het erop dat het Hof van Justitie zich bij zijn oordeel sterk heeft laten leiden door de indruk dat met deze pre-pack mogelijk afbreuk wordt gedaan aan de werknemersbescherming. Naar onze mening is dat geen juiste grond voor het oordeel, nu het (nationale) recht voldoende mogelijkheden biedt om eventueel misbruik van (faillissements)recht tegen te gaan.

Conclusie

Werknemers kunnen volgens het Hof van Justitie in beginsel ook bij een faillissement dat is voorafgegaan door een pre-pack een beroep doen op de beschermingsbepalingen ter zake van de overgang van onderneming. Het Hof van Justitie stelt daarmee naar onze mening het doel bij het aanvragen van de faillissementsprocedure boven het juridische karakter daarvan (gericht op liquidatie). Het arrest zorgt daardoor voor de nodige onduidelijkheid en rechtsonzekerheid. Nu ook een faillissement niet aan de toepassing van de Richtlijn in de weg hoeft te staan, worden de situaties waarin de beschermingsbepalingen voor werknemers mogelijk van toepassing zijn uitgebreid.

Voor partijen bestaat bij een – al dan niet tijdens een pre-pack – voorbereide doorstart tijdens faillissement het risico dat zij alle werknemers van de gefailleerde werkgever tegen ongewijzigde voorwaarden in dienst krijgen. Deze op het eerste oog voor werknemers gunstige ontwikkeling kan averechts uitwerken als het kandi-

36. Wet continuïteit ondernemingen I, *Kamerstukken II* 2014/15, 34218, 2.

37. Zie bijv. S. Eikelenboom en M. ten Katen, 'Omstreden constructie in zorg toch toestaan. Curatoren willen een 'prepack-regeling voor zorginstellingen in nood', *FD* 27 juli 2017.

38. In België is een soortgelijk wetsontwerp overigens circa een week na het *Smallsteps*-arrest ingetrokken.