

Eerste Kamer der Staten-Generaal
t.a.v. de Vaste commissie voor Veiligheid en Justitie
Postbus 20018
2500 EA DEN HAAG

Den Haag, 19 oktober 2017
dossiernummer: 104306
uw kenmerk:
telefoonnummer: +31 (0)70 335 35 97
e-mail: r.post@advocatenorde.nl

Betreft: advies naar aanleiding van het arrest FNV c.s./Smallsteps (zaak C-126/16) (het "Smallsteps-arrest")

Geachte leden van de commissie,

De Nederlandse orde van advocaten (NOvA) heeft kennis genomen van arrest FNV c.s./Smallsteps (zaak C-126/16). Onderstaand advies, dat de adviescommissies insolventierecht en arbeidsrecht hebben uitgebracht naar aanleiding van het Smallsteps-arrest, wordt door de algemene raad omarmd. De NOvA plaatst de volgende kanttekeningen bij het arrest.

1. Inleiding

- 1.1. Op 22 juni 2017 heeft het Europese Hof van Justitie ("EHvJ") het zogenoemde Smallsteps-arrest¹ gewezen. Wij veronderstellen dat u met de inhoud hiervan bekend bent. Het arrest geeft de adviescommissie insolventierecht en de adviescommissie arbeidsrecht (hierna gezamenlijk ook wel aangeduid als "wij") aanleiding tot het doen van enkele aanbevelingen. Deze aanbevelingen vindt u in hoofdstuk 7.7. De aanbevelingen worden voorafgegaan door in een inhoudelijke bespreking van (een aantal aspecten van) het arrest.

2. Het Smallsteps-arrest is van algemene strekking

- 2.1. Wij zijn van oordeel dat het Smallsteps-arrest van algemene strekking is. De overwegingen van het EHvJ in het arrest kunnen naar onze mening niet anders worden geduid dan als een universeel geldende uitleg van artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23 in verband met den overdracht van ondernemingen in insolventiesituaties.
- 2.2. Daaraan doet niet af dat het EHvJ uitspraak doet in een bepaalde zaak. Alle nationale rechters in de EU-Lidstaten zullen artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23 moeten toepassen conform de door het EHvJ gegeven uitleg in het Smallsteps-arrest. Het betreft immers de uitleg van Unierecht, welk recht in

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35
Fax 070 - 335 35 31

¹ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, JOR 2017/217 m.nt. L.G. Verburg

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

alle EU Lidstaten hetzelfde is en de uitleg waarvan is voorbehouden aan het EHvJ. Het is vanzelfsprekend aan de Nederlandse rechter in de onderliggende Smallsteps-procedure om die zaak nu af te doen met inachtneming van het arrest van het EHvJ.²

3. **Gevolgen van het arrest voor een doorstart na faillissement waaraan al dan niet een "pre-pack" vooraf is gegaan**

Alvorens in te gaan op de gevolgen van het Smallsteps-arrest voor een (al dan niet klassieke) doorstart, staan wij kort stil bij de wettelijke regelingen en de vraag wat een doorstart in faillissement eigenlijk is.

Het bestaande wettelijke kader van de doorstart

- 3.1. Uitgangspunt van de Faillissementswet is dat in de eerste weken van het faillissement de boedel wordt geïnventariseerd en beveiligd (ook wel de conservatoire fase of beheerfase genoemd). Volgens de wet gaat in die fase de rechtbank over tot het bepalen van een datum en tijdstip van de verificatievergadering.
- 3.2. De verificatievergadering is een belangrijk kantelpunt in het faillissement, omdat tot aan die vergadering de schuldenaar een akkoord aan zijn schuldeisers kan aanbieden; en omdat in die vergadering de rechtspositie van de schuldeisers in het faillissement wordt geformaliseerd. Daarna stemt de vergadering over het eventueel aangeboden akkoord en over de benoeming van een commissie uit de schuldeisers.
- 3.3. De "vereffening des boedels" (ook wel: de liquidatiefase) vangt eerst aan op het moment dat vast staat dat op de verificatievergadering geen akkoord is aangeboden of dat definitief vast staat dat de homologatie ervan is geweigerd. Pas dan treedt de staat van insolventie in en kan de curator overgaan tot vereffening (artikel 173 Fw). De curator, maar ook elke schuldeiser, kan aan de vergadering voorstellen om de onderneming voort te zetten in plaats van deze aanstonds te liquideren. Voortzetting van de onderneming vereist de aanvaarding van het daartoe strekkende voorstel door de crediteurenvergadering (artikel 173 b - d Fw).
- 3.4. Wanneer de onderneming wordt voortgezet, kan deze alleen worden gestaakt na een daartoe strekkende beschikking van de rechter-commissaris (artikel 174 Fw).
- 3.5. Indien geen voorstel tot voortzetting wordt gedaan of aangenomen of nadat de onderneming wordt gestaakt, gaat de curator onmiddellijk over tot de vereffening en tegeldemaking van de gehele boedel (artikel 175 Fw). Wanneer de onderneming wel wordt voortgezet, is de curator bevoegd om de voor die voortzetting niet noodzakelijke baten te gelde te maken (art. 175 lid 3 Fw).
- 3.6. De curator dient de baten openbaar of, met toestemming van de rechter-commissaris, onderhands te verkopen. Wanneer baten niet voor een spoedige vereffening vatbaar zijn

² In dit verband wijzen wij op een recent vonnis van 12 oktober 2017 van de kantonrechter van de rechtbank Noord-Holland (ECLI:NL:RBNHO:2017:8423), die in rov. 5.8 - kort samengevat - oordeelt dat het Smallsteps-arrest alleen van toepassing zou zijn op "pre-packs" zoals in dat arrest zijn omschreven. Wij verwachten dat deze beperkte lezing van het arrest geen stand zal houden.

beschikt de curator daarover op een wijze zoals de rechter-commissaris zal goedkeuren (artikel 176 Fw).

- 3.7. De rechter-commissaris kan na het intreden van de staat van insolventie, de vergadering van schuldeisers bijeenroepen om deze te raadplegen over de wijze van vereffening van de boedel (artikel 178 Fw).
- 3.8. Zodra er voldoende liquide middelen in de boedel zijn, zal de rechter-commissaris de curator bevelen om een uitdeling aan de schuldeisers te doen (artikel 179 Fw).
- 3.9. Wanneer de curator tot uitdeling overgaat zal hij over de opbrengsten van de te gelde gemaakte baten de algemene faillissementskosten omslaan (artikel 182 Fw). Van die omslag zijn vrijgesteld de baten die door de pand- en hypotheekhouder met gebruikmaking van het recht van separatisme worden gerealiseerd.³
- 3.10. Tot zover de wet. Wanneer het systeem van de wet gevolgd wordt, kan er weinig twijfel over bestaan dat een verkoop van de onderneming door de curator geschiedt zonder dat Richtlijn 2001/23 (onverkort) van toepassing is.
- 3.11. In de praktijk wordt de hierboven beschreven wettelijke procedure (vrijwel) nooit toegepast.
- 3.12. In de praktijk worden (vrijwel) altijd de belangrijkste baten verkocht (lang) voordat een verificatievergadering wordt gehouden en meestal zonder dat een verificatievergadering plaatsvindt. De curator maakt daarbij gebruik van de bepalingen in artikel 101 Fw. In dat artikel is bepaald dat de curator bevoegd is om - in de beheerfase van het faillissement - goederen te vervreemden indien en voor zover die vervreemding noodzakelijk is ter bestrijding van de kosten van het faillissement of wanneer die goederen niet dan met nadeel voor de boedel bewaard kunnen blijven.
- 3.13. In het arrest van 27 augustus 1937, NJ 1938/9 (Nieuw Plancius), heeft de Hoge Raad beslist dat artikel 101 Fw zich niet verzet tegen de verkoop van het bedrijf van de schuldenaar in zijn geheel in de beheerfase van het faillissement. Dat arrest heeft de weg vrijgemaakt naar de "doorstart" in faillissement, dat wil zeggen een activatransactie waarbij bedrijfsonderdelen in hun geheel en going concern aan een koper worden verkocht en overgedragen en die plaats vindt kort na het uitspreken van het faillissement en in ieder geval voordat de staat van insolventie is ingetreden (zie ook hierna par. 0).
- 3.14. Voor zover ons bekend is nooit wetenschappelijk onderzoek gedaan naar de vraag waarom de praktijk zozeer afwijkt van de wettelijke regeling. Maar een aantal voor de hand liggende ontwikkelingen en omstandigheden is wel aan te wijzen:
 - a. De toename van de boedelschulden, waardoor veel faillissementen een zogenoemde "negatieve boedel" kennen.⁴ In dat geval kan een curator snel aannemelijk maken dat alle opbrengsten in de boedel noodzakelijk zijn ter

³ Ook de retentor kan onder omstandigheden als separatist worden voldaan uit de opbrengst van de door hem teruggehouden zaak.

⁴ Een "negatieve boedel" betekent dat het totaal van de boedelschulden het totaal van de in de boedel vallende opbrengsten van de baten overtreft.

bestrijding van de kosten van het faillissement, waarmee voldaan is aan een voorwaarde voor toepassing van artikel 101 Fw.

- b. De algemene faillissementskosten dienen - als gezegd - te worden omgeslagen over de opbrengsten van de activa. In het arrest van 30 juni 1995 ECLI:NL:HR:1995:ZC1782, NJ 1996/554 m.nt. S.C.J.J. Kortmann (MeesPierson/Mentink q.q.) heeft de Hoge Raad beslist dat onder "algemene faillissementskosten" niet alleen worden verstaan de door de curator ten behoeve van zijn werkzaamheden gedaan uitgaven en aangegane verplichtingen, maar tevens alle (overige) kosten die kwalificeren als boedelschuld, zoals de huur (artikel 39 Fw) en het loon (art 40 Fw).⁵
 - c. De omslag van de aldus steeds groter wordende algemene faillissementskosten over de opbrengsten van de baten vormt een sterke prikkel voor pand- en hypotheekhouders om hun rechten als separatist uit te oefenen opdat de opbrengsten buiten de omslag van de algemene faillissementskosten blijven.⁶ De faillissementsboedels blijven als gevolg daarvan vaak in omvang beperkt.
 - d. Mede als gevolg daarvan wordt de meerderheid van de faillissementen afgedaan zonder verificatievergadering, omdat er voor de concurrente schuldeisers niets te verdelen is. Het verificatieproces wordt in die gevallen ervaren als een nutteloze last voor de boedel en rechterlijke macht.
- 3.15. Wanneer de boedelschulden hoger zijn dan de door de boedel geïnde en behouden opbrengsten van de baten, voldoet de curator zoveel mogelijk de onbetaald gebleven boedelschulden waarna het faillissement wordt opgeheven bij gebrek aan baten, ("wegens de toestand van de boedel") ongeacht of er wel of geen verificatievergadering heeft plaatsgevonden (artikel 16 Fw).
- 3.16. Wanneer de opbrengsten hoger zijn dan de boedelschulden maar onvoldoende om de preferente schulden geheel te voldoen, voorziet de wet in een aparte procedure. In 2002 is in de Vijfde Afdeling A Fw (artikel 137a e.v.) de "vereenvoudigde afwikkeling" opgenomen, die erop neer komt dat de rechter-commissaris kan beslissen dat een verificatievergadering achterwege blijft, indien aannemelijk is dat er geen uitdeling zal plaats vinden aan de concurrente schuldeisers. Met een vereenvoudigde procedure worden vervolgens de preferente schulden geverifieerd. Met deze bepaling is beoogd om de wet in overeenstemming te brengen met de behoeften van de praktijk.
- 3.17. In artikel 137 c Fw is bepaald dat na de toepassing van de regeling van de vereenvoudigde afwikkeling de curator overgaat tot tegeldemaking van de boedel. De commissie signaleert dat ook deze bepaling in de praktijk wordt genegeerd, in die zin dat

⁵ Alleen de specifieke kosten die zijn gemaakt in verband met de verkoop van een specifieke bate (bijvoorbeeld notariskosten bij het verlijden van een overdrachtsakte van een onroerende zaak) worden uitsluitend ten laste van de opbrengst van die bate gebracht.

⁶ Deze ontwikkeling heeft (mede) geleid tot de praktijk van de "oneigenlijke aflossing", waarbij de curator - tegenover de toezegging van een boedelvergoeding - de met pand en hypotheek belaste baten te gelde maakt en de opbrengst aanwendt om de pand- en hypotheekhouder achteraf (gedeeltelijk) af te lossen waartegenover het pand- en hypotheekrecht worden vrijgegeven. Op die manier wordt ook bereikt dat de opbrengsten voor de pand- en hypotheekhouder buiten de omslag van de algemene faillissementskosten gehouden worden.

meestal éérs onder toepassing van artikel 101 Fw wordt verkocht en pas daarna de schuldenlast wordt geïnventariseerd en wordt beoordeeld of toepassing wordt gegeven aan de "vereenvoudigde afwikkeling".

- 3.18. Wij signaleren dat de wetgever beoogt dat de toepassing van artikel 101 Fw voortaan kan plaatsvinden zonder dat moet worden getoetst of een verkoop in de beheerfase van het faillissement geschiedt ter bestrijding van de kosten of ter voorkoming van waardeverlies (onderdeel S van het wetsvoorstel Modernisering faillissementsprocedure (34740)).

4. Richtlijn 2001/23 en faillissement

- 4.1. De voorganger van Richtlijn 2001/23 is Richtlijn 77/187 (EEG). Richtlijn 77/187 bepaalde niet of zij wel of niet van toepassing was in een faillissement.
- 4.2. Het antwoord op die vraag werd gegeven in het arrest van het EHvJ van 7 februari 1985, NJ 1985/900 (Abels), waarin het EHvJ besliste dat de Richtlijn 77/187 niet van toepassing was in een faillissement.
- 4.3. De Hoge Raad heeft "Abels" overgenomen in HR 30 oktober 1987, NJ 1988/191. Vervolgens is "Abels" door de wetgever in artikel 7:666 BW gecodificeerd en is bepaald dat de artikelen 7:662 e.v. BW niet van toepassing zijn bij de overgang van een onderneming in faillissement.
- 4.4. Maar de "Abels"-regel is achterhaald door Richtlijn 2001/23, welke richtlijn de "oude" Richtlijn 77/187 heeft vervangen. In artikel 5 lid 1 in Richtlijn 2001/23 is bepaald dat een overgang van een onderneming in het kader van 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"* is uitgezonderd van toepassing van de Richtlijn.
- 4.5. De invoering van Richtlijn 2001/23 heeft niet geleid tot een wetwijziging in Nederland.

Voor zover gedacht werd dat artikel 5 lid 1 van de Richtlijn bepaalt dat een faillissement als zodanig al kwalificeert als een procedure een "met het oog op liquidatie van het vermogen van de vervreemder" dan is deze opvatting zoals blijkt uit het Smallsteps-arrest onjuist. De relevante overwegingen uit het Smallsteps-arrest zijn de volgende:

"39. Daartoe bepaalt artikel 3, lid 1, eerste alinea, van die richtlijn dat de rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding, door deze overgang op de verkrijger overgaan. Artikel 4, lid 1, van die richtlijn beschermt werknemers tegen ontslag door de vervreemder of de verkrijger dat louter op basis van die overgang plaatsvindt.

40. In afwijking daarop bepaalt artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 dat de in de artikelen 3 en 4 voorziene bescherming niet geldt bij een overgang van een onderneming die plaatsvindt onder de in die bepaling genoemde omstandigheden, tenzij de lidstaten anders bepalen.

41. Aangezien artikel 5, lid 1, tot gevolg heeft dat de bescherming van werknemers in bepaalde gevallen van overgang van een onderneming in beginsel niet geldt en daarmee afwijkt van het hoofddoel van richtlijn 2001/23, moet die bepaling noodzakelijkerwijs strikt worden uitgelegd (zie met betrekking tot artikel 3, lid 3, van richtlijn 77/187, zoals gewijzigd bij richtlijn 98/50, arrest van 4 juni 2002, Beckmann, C-164/00, EU:C:2002:330, punt 29).

42. Ofschoon uit de bewoordingen van het eerste zinsdeel van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 volgt dat de lidstaten bevoegd zijn om in de omstandigheden die de toepassing van die bepaling rechtvaardigen, de in de artikelen 3 en 4 van die richtlijn opgenomen regeling ter bescherming van de werknemers wel toe te passen, heeft de betrokken lidstaat, zoals de Nederlandse regering ter terechtzitting heeft bevestigd, geen gebruik gemaakt van die bevoegdheid.

43. Dit betekent dat artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23, voor zover het de mogelijkheid biedt om af te wijken van de regeling ter bescherming van de werknemers, van toepassing is op een zaak zoals die in het hoofdgeding, op voorwaarde echter dat de bedoelde procedure voldoet aan de in die bepaling genoemde voorwaarden.

44. 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 zijn ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en moet deze onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staan.

45. Wat in de eerste plaats de voorwaarde betreft dat de vervreemder verwikkeld moet zijn in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure, moet worden opgemerkt dat die voorwaarde, gelet op het in punt 41 van dit arrest in herinnering gebrachte vereiste van strikte uitlegging, zich niet kan uitstrekken tot een transactie die het faillissement voorbereidt, maar niet daartoe leidt, zoals de advocaat-generaal in punt 76 van zijn conclusie heeft gesteld.

46. In casu echter wordt de in het hoofdgeding aan de orde zijnde pre-pack, zoals uit punt 14 van dit arrest blijkt, weliswaar voorbereid vóór de faillietverklaring, maar wordt deze daarna pas uitgevoerd. Een dergelijke transactie, die daadwerkelijk het faillissement impliceert, kan dus onder het begrip 'faillissementsprocedure' in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 vallen.

47. In de tweede plaats vereist artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 dat de faillissementsprocedure of de soortgelijke procedure wordt ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Zoals uit de rechtspraak van het Hof volgt, voldoet een procedure die de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt, vanzelfsprekend niet aan die voorwaarde (zie in die zin arresten van 25 juli 1991, d'Urso e.a., C-362/89, EU:C:1991:326, punten 31 en 32, en 7 december 1995, Spano e.a., C-472/93, EU:C:1995:421, punt 25).

48. Wat de verschillen tussen die twee soorten procedures betreft, moet worden opgemerkt dat, zoals de advocaat-generaal in de punten 57 en 58 van zijn

conclusie heeft gepreciseerd, een procedure de voortzetting van de activiteit beoogt wanneer zij bedoeld is om het operationele karakter van de onderneming of van de levensvatbare onderdelen daarvan veilig te stellen. Een procedure die de liquidatie van het vermogen beoogt, zorgt daarentegen voor een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers. Ook al is het niet uitgesloten dat er een zekere overlapping kan zijn tussen die twee doelen die een bepaalde procedure nastreeft, het hoofddoel van een procedure die de voortzetting van de activiteit van de onderneming beoogt, blijft in elk geval het behoud van de betrokken onderneming."

- 4.6. De uitzondering van de toepasselijkheid van Richtlijn 2001/23 is dus alleen mogelijk bij faillissementsprocedures die ingeleid zijn met het oog op de liquidatie van het vermogen. Wanneer de continuïteit van de door de schuldenaar geëxploiteerde onderneming door middel van een doorstart een hoofddoel is van het inleiden van de procedure, is die uitzondering niet van toepassing.
- 4.7. Het Smallsteps-arrest leert dat artikel 5 lid 1 van de Richtlijn strikt moet worden uitgelegd. Dat is niet de praktijk geweest in Nederland. Integendeel, de insolventiepraktijk is na 2001 steeds openlijker de continuïteit van de onderneming en de daarmee verbonden werkgelegenheid door middel van een doorstart als belangrijk doel van het faillissement gaan propageren.

Doorstart en Richtlijn 2001/23

- 4.8. De eenvoudige "doorstart" zonder vooropgezet verkoopplan, zonder beoogd curator en zonder WCO I komt kort samengevat op het volgende neer:
- 4.9.
 - a. Het faillissement wordt aangevraagd of aangegeven.
 - b. De curator onderzoekt na zijn benoeming of er middelen aanwezig zijn om de onderneming in de beheerfase te continueren (boedelkrediet) en besluit om het personeel ofwel te ontslaan ofwel geheel of gedeeltelijk in dienst te houden zolang als dat nodig is ter behoud van de waarde van de boedel, bijvoorbeeld omdat hij delen van de onderneming vooralsnog wil voortzetten.
 - c. Bij de meeste "doorstarts" zegt de curator het personeel vrijwel onmiddellijk na een eerste inventarisatie ontslag aan, tenzij hij mag aannemen dat hij de onderneming zal voortzetten voor een periode langer dan de opzegtermijn en dat hij financiële dekking heeft voor de daarmee gemoeide kosten.
 - d. De curator onderzoekt zelfstandig de mogelijkheden om de opbrengst voor de crediteuren te maximaliseren. Indien hij het aannemelijk vindt dat een verkoop van zelfstandige delen van de onderneming going concern de maximale opbrengst genereert, zal hij daartoe kunnen besluiten. Een dergelijk besluit impliceert dat de curator de onderneming voortzet met het doel om de liquidatieopbrengst te maximaliseren. Daaraan hoeft niet af te doen dat de verkoop vrijwel altijd op basis van artikel 101 Fw plaatsvindt.

- e. De curator verkoopt de zelfstandige delen doorgaans als een zelfstandige algemeenheid van goederen in de betekenis van artikel 37d OB, zodat geen BTW geheven wordt.
 - f. Soms draagt de curator ook lopende overeenkomsten over onder de opschortende voorwaarde van medewerking van de contractuele wederpartij. Soms zegt de curator zijn medewerking toe aan indeplaatsstelling van de koper als contractspartij. Maar meestal zal de curator lopende overeenkomsten niet gestand doen en waar nodig en mogelijk deze opzeggen.
 - g. Soms bedingt de curator dat de koper aan de ex-werknemers een aanbod tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst zal doen.
 - h. De curator draagt de activa over en incasseert de koopprijs.
 - i. De koper doet aan een aantal ex-werknemers een aanbod tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst.
- 4.10. Het kan ook zijn dat de bewindvoerder in surseance van betaling doet wat normaliter de curator in faillissement doet en tot dezelfde conclusies komt. In dat geval zal omzetting van de surseance in faillissement volgen, waarna de bewindvoerder tot curator wordt benoemd (dat is vrijwel altijd dezelfde persoon) en in die hoedanigheid vrijwel onmiddellijk overgaat tot verkoop, zoals gebeurde in de casus die aan het Abels-arrest ten grondslag lag.
- 4.11. Ook komt het voor dat de schuldenaar zelf - al dan niet samen met de pand- en hypotheekhoudende bank - een verkoop na faillissement verregaand voorbereidt en het faillissement aangeeft op het moment dat de voorbereidingen voltooid zijn en de curator eigenlijk geen andere keuze heeft dan om in te gaan op de voorbereide transactie. In die gevallen spreekt men wel van een "technisch faillissement". Voor de rechter die het faillissement uitspreekt is het meestal niet duidelijk dat sprake is van een dergelijk "technisch faillissement". De rechter toetst bij een aanvraag of aangifte tot faillietverklaring alleen of voldaan is aan de eisen van artikel 3 van de Europese Insolventieverordening, artikel 2 Fw en artikel 1 lid 1 Fw.
- 4.12. Artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23 stelt de eis dat het doel van het inleiden van de procedure gericht dient te zijn op liquidatie van de activa om de opbrengst te verdelen onder de schuldeisers. Wanneer een hoofddoel van de aangifte of aanvraag is gelegen in het veiligstellen van de continuïteit van de onderneming (door deze *going concern* te verkopen) is de uitzondering van artikel 5 lid 1 niet van toepassing.
- 4.13. Volgens de commissies voldoet de hierboven in par. 0 beschreven procedure in beginsel aan die criteria, zolang maar het doel van het inleiden van het faillissement in kwestie liquidatie is en niet continuïteit van de onderneming. In die gevallen is de continuïteit van de onderneming het gevolg van het realiseren van het doel: maximale opbrengst bij liquidatie van de baten.
- 4.14. Bij doorstarts die voor het faillissement zijn voorbereid en waarbij het faillissement wordt aangegeven c.q. aangevraagd in het belang van het realiseren van die doorstart, zal moeten worden aangenomen dat een hoofddoel van die aanvraag is gelegen in de

continuïteit van de onderneming, als gevolg waarvan de Richtlijn 2001/23 van toepassing is. De commissies menen dat dit niet anders is wanneer de doorstart tijdens een surseance van betaling wordt voorbereid door de bewindvoerder.⁷

- 4.15. In de afgelopen jaren hebben steeds meer schuldenaren en curatoren (en rechtbanken) de continuïteit van de onderneming als een hoofddoel voor het inleiden van het faillissement genoemd in plaats van de maximalisatie van opbrengsten. Deze trend ligt mede ten grondslag aan de praktijk van de "pre-pack" en heeft ertoe geleid dat de doelstelling van de continuïteit van de onderneming uitdrukkelijk als een (zo niet: hét) hoofddoel van de "pre-pack" genoemd is in WCO I.

5. De implicaties van het Smallsteps-arrest voor de doorstart: klassieke doorstart versus de doorstart waaraan een pre-pack vooraf is gegaan

- 5.1. De betekenis van het Smallsteps-arrest is vooral een "*wake-up call*" voor de Nederlandse insolventiepraktijk. De Nederlandse insolventiepraktijk heeft zich in de achterliggende jaren grensverleggend bewogen door het streven naar continuïteit van de onderneming in insolventiesituaties voorop te stellen zonder zich - ondanks waarschuwende signalen - voldoende rekenschap te geven van de arbeidsrechtelijke implicaties die voortvloeien uit de Richtlijn.
- 5.2. De commissies begrijpen het Smallsteps-arrest aldus dat de rechter die moet vaststellen of de uitzondering van artikel 5 lid 1 Richtlijn 2011/23 van toepassing is, het werkelijke doel van het inleiden van een faillissement behoort te stellen boven de wettelijke regeling van het faillissement als zodanig. Dit wijst op een *case by case* benadering, waarbij de rechter moet nagaan wat het werkelijke doel is van het inleiden van faillissement. Wordt een faillissement aangevraagd met als een hoofddoel om de continuïteit van de onderneming te bewaren door middel van een doorstart, dan zal de Richtlijn van toepassing zijn indien de onderneming (of zelfstandige delen ervan) *going concern* daarna door de curator word(t)(en) verkocht, ongeacht wie het faillissement aanvraagt: de schuldenaar, een schuldeiser of de bewindvoerder in surseance.
- 5.3. Vanuit de praktijk van de "klassieke" doorstart na faillissement zoals hierboven in par. 0 beschreven, zal dat geen verandering opleveren. De Richtlijn is dan niet van toepassing.
- 5.4. Dat neemt niet weg dat het Smallsteps-arrest blootlegt dat er veel onzekerheid bestaat, simpelweg omdat de praktijk nu eenmaal een andere is geworden en veel doorstarts in meer of mindere mate zijn voorbereid vóór het faillissement en het faillissement in verband met die doorstart wordt aangegeven/aangevraagd. De *case by case* benadering die uit het Smallsteps-arrest volgt, betekent dat elke verkoop door een curator van een (zelfstandig deel van een) onderneming van de schuldenaar aanleiding kan geven tot "Richtlijndiscussies".

⁷ Zoals opgemerkt zal de rechter bij een aangifte of aanvraag van het faillissement in de huidige praktijk niet kunnen vaststellen, dat daarmee iets anders dan liquidatie van het vermogen van de schuldenaar wordt beoogd. Dat is anders na een voorbereide doorstart in een pre-pack of in een surseance van betaling, in welke gevallen de rechtbank over die fase voor of tijdens de behandeling een verslag ontvangt.

- 5.5. Het verdient aanbeveling dat deze rechtsonzekerheid bij de poort wordt weggenomen, dus al bij de faillissementsaangifte c.q. aanvraag. Vanuit het bestaande wettelijke systeem is dat echter niet makkelijk, omdat het doel dat met de faillissementsaanvraag beoogd wordt - als gezegd - geen onderdeel uitmaakt van de toets door de rechter. Ook valt niet goed in te zien hoe de rechter die over de faillissementsaangifte/-aanvraag oordeelt (die op basis van een summier onderzoek moet kunnen vast stellen dat de faillissementstoestand daadwerkelijk bestaat; artikel 6 lid 3 Fw) in staat kan worden gesteld om een dergelijk diepgaand onderzoek bij de behandeling van de aanvraag of aangifte uit te voeren.
- 5.6. Verder bestaat onzekerheid over de rechtsgang die moet worden gevolgd indien werknemers bezwaar willen maken. Dienen zij zich te verzetten tegen het faillissement (artikel 10 Fw) of tegen het door de curator gegeven ontslag op grond van het ontslagverbod van artikel 7:670 lid 8 BW? Of moeten zij zich tot de koper van de onderneming wenden? Is Richtlijn 2001/23 van toepassing als het faillissement is ingeleid met het oog op een concrete doorstart en die doorstart vervolgens niet slaagt, waarna de curator uiteindelijk de onderneming *going concern* aan een andere partij verkoopt?
- 5.7. Faillissementen dienen voortvarend te worden afgewikkeld en die behoefte verdraagt zich niet met deze onzekerheid.

6. Implicaties t.a.v. de WCO I

- 6.1. WCO I stelt in artikel 363 lid 1 de "meerwaarde" eis, die inhoudt dat de schuldenaar moet kunnen aantonen dat de gewenste stille voorbereiding *"de schade voor de betrokkenen bij het eventuele faillissement in zodanige mate kan beperken of de kans op een verkoop van rendabele onderdelen van de door de schuldenaar gedreven onderneming na de eventuele faillietverklaring tegen een zo hoog mogelijke verkoopprijs en met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid in zodanige mate kan vergroten, dat dit opweegt tegen de omstandigheid dat de voorbereiding in stilte plaatsvindt."*
- 6.2. Dit criterium maakt duidelijk dat een pre-pack alleen kan worden toegepast indien de schuldenaar aantoont dat (i) de schade voor de betrokkenen kan worden beperkt of (ii) bij een verkoop van (zelfstandige delen van) de onderneming de daarmee gemoeide werkgelegenheid kan worden behouden. Uit de MvT (p. 9) volgt dat tussen voorwaarden (i) en (ii) geen wezenlijk verschil bestaat. In beide gevallen is de continuïteit van de werkgelegenheid een hoofddoel.
- 6.3. Indien op de stille fase een faillissement volgt waarin de onderneming (of zelfstandige delen daarvan) wordt verkocht moet worden aangenomen dat Richtlijn 2001/23 van toepassing is. Alleen als het faillissement volgt op een mislukte "pre-pack" en daarna de curator er alsnog gedurende het faillissement in slaagt om (zelfstandige delen van de) onderneming *going concern* te verkopen, zal de Richtlijn niet van toepassing zijn.
- 6.4. De commissie verwacht dat WCO I weinig praktische toepassing zal kennen omdat - anders dan is aangenomen bij het opstellen ervan - het gevolg ervan is dat bij de daarop volgende verkoop van de onderneming Richtlijn 2001/23 van toepassing is.
- 6.5. De adviescommissie Insolventierecht heeft zich in haar advies van 2014 kritisch getoond ten opzichte van WCO I om verschillende redenen. Zij heeft het wetsvoorstel ontraden. Bij

een verkoop van de onderneming in faillissement met toepassing van de Richtlijn 2001/23 zal het risico voor de schuldeisers op een te lage opbrengst alleen maar toenemen (zie hierna par. 7.3 - 7.6); en dat is bij een faillissement na toepassing van WCO I vrijwel zeker het geval.

- 6.6. Alles bijeen genomen ziet de commissie Insolventierecht geen reden om haar indertijd gegeven negatieve advies terug te nemen of te wijzigen.
- 6.7. De commissie Insolventierecht meent dat WCO I bevoegdheden in het leven roept waaraan weinig tot geen behoefte bestaat en die wellicht alleen in hoge uitzonderingssituaties nuttig kunnen zijn; dat vormt onvoldoende rechtvaardiging voor deze - op zichzelf beschouwd al controversiële - wetgeving.

7. Implicaties t.o.v. werknemers en verkrijgers van de onderneming

- 7.1. Zoals uit het Smallsteps-arrest volgt is voor de beantwoording van de vraag of Richtlijn 2001/23 van toepassing is, een (feitelijke) beoordeling nodig. Vastgesteld zal moeten worden of continuïteit een hoofddoel van de aangifte-/aanvraag is. De uitkomst van deze beoordeling zal niet altijd gemakkelijk te voorspellen zijn. Het Smallsteps-arrest brengt daarmee onzekerheid.
- 7.2. Duidelijk is dat in (veel) meer gevallen dan tot voor kort in brede kring werd aangenomen de Richtlijn van toepassing is. De gevolgen daarvan zijn - kort samengevat:
 - a. Het ontslagverbod van artikel 7:670 lid 8 BW is van toepassing op de werknemers die verbonden zijn aan de verkochte onderneming;⁸
 - b. De arbeidsovereenkomst en alle daarmee verbonden verplichtingen (voor zover niet door de wet uitgezonderd) gaan over op de koper.
 - c. De koper zal indien hij na de overname het personeelsbestand wil reorganiseren, gebonden zijn aan het daarvoor geldende commune arbeidsrecht.
 - d. Er zal frictie kunnen ontstaan bij de toepassing van de loongarantieregeling, omdat het UWV zich op het standpunt kan stellen dat door de overgang van de rechtsverhouding tussen werknemer en verkrijger er niet (langer) sprake is van betalingsonmacht bij de verkrijger.
- 7.3. Met uitzondering wellicht van het gevolg genoemd in par. 7.2.c zijn die gevolgen niet nieuw of anders dan in het commune arbeidsrecht.
- 7.4. In de media hebben verschillende partijen opgemerkt dat het Smallsteps-arrest per saldo slecht zal zijn voor de werkgelegenheid. Al in haar eerdere advies heeft de adviescommissie Insolventierecht erop gewezen dat het werkgelegenheidsbelang niet eenvoudig is vast te stellen, zolang niet duidelijk is over welk werkgelegenheidsbegrip wordt gesproken. Gaat het om de werkgelegenheid bij de onderneming van de gefailleerde

⁸ Zie P.R.W. Schaink, "Het Smallsteps arrest: de pre-pack voorbij, maar wat volgt?". Arbeidsrecht 2017/34 par. 3.1.

schuldenaar? Of gaat het om de werkgelegenheid in de bedrijfstak waarin de schuldenaar actief is, of de werkgelegenheid in een bepaalde plaats of regio?

- 7.5. De commissies zijn niet bekend met wetenschappelijk en empirisch onderzoek dat een doorslaggevend antwoord geeft op de vraag welke de gevolgen voor de werkgelegenheid in een van deze betekenissen zal zijn. De commissies wijzen erop dat Richtlijn 2001/23 strekt tot bescherming van de rechtspositie van werknemers die verbonden zijn aan een bepaalde onderneming.
- 7.6. Het gevolg van de toepasselijkheid van Richtlijn 2001/23 bij de overgang van ondernemingen na het faillissement van de vervreemder zal leiden tot andere afwegingen bij een koper dan in het geval van niet-toepasselijkheid daarvan. Dit zal gevolgen hebben voor de voorwaarden waaronder een koper bereid is de onderneming uit handen van de curator te kopen. Aannemelijk is dat dit per saldo zal leiden tot een lagere verkoopopbrengst. Daartegenover staat dat het aannemelijk is dat de boedelschulden lager zullen uitvallen indien het tot een doorstart komt. Hoe dit voor de schuldeisers uitpakt is te zeer afhankelijk van de omstandigheden van ieder geval om daar iets zinnigs over te zeggen. Wel ligt het voor de hand om aan te nemen dat in veel gevallen het risico van een lagere verkoopopbrengst primair bij de separatisten zal komen te liggen. De bedrijfsmiddelen zullen bij een doorstart veelal meer opbrengen dan bij een afzonderlijke verkoop bij liquidatie. In de regel zijn de bedrijfsmiddelen verpand of verhypothecerd. De hogere opbrengst die bij een doorstart kan worden gerealiseerd valt daarmee toe aan de pand- en hypotheekhouders.
- 7.7. Waar het op neerkomt is dat de toepasselijkheid van Richtlijn 2001/23 - binnen de context van de continuïteit van de onderneming door middel van een doorstart - betekent dat het financiële risico van de personeelsreorganisatie bij een doorstart verschuift van de werknemers naar de (overige) schuldeisers, in veel gevallen primair de separatisten. Daarbij moet wel opgemerkt worden dat zij het ook zijn die als gevolg van de doorstart in de regel een hogere opbrengst kunnen realiseren. De vraag is alleen of die hogere opbrengst niet (meer dan) tenietgedaan wordt door de korting die de koper zal bedingen vanwege de toepasselijkheid van de Richtlijn. Het zou dan voor de separatisten mogelijk voordeliger zijn om niet aan een doorstart in faillissement mede te werken.

8. Conclusie en aanbevelingen

- 8.1. Het belangrijkste gevolg van het Smallsteps-arrest lijkt te liggen in de *case by case* benadering die daaruit volgt. Die benadering kan en zal in de praktijk leiden tot rechtsonzekerheid omdat niet vooraf en in veel gevallen ook niet achteraf eenvoudig is vast te stellen met welk hoofddoel een faillissement is ingeleid met alle arbeidsrechtelijke gevolgen van dien.
- 8.2. Het belangrijkste is dat die onzekerheid zo spoedig mogelijk wordt weggenomen.
- 8.3. Gegeven die hierboven al gesignaleerde onzekerheden meent de commissie dat voorrang moet worden gegeven aan rechtszekerheid. Rechtszekerheid is alleen te bereiken wanneer Nederland alsnog opteert om Richtlijn 2001/23 in faillissement van toepassing te laten zijn.

- 8.4. Wanneer Nederland daartoe besluit, kan er tevens voor worden gekozen om gebruik te maken van de ruimte die artikel 5 lid 2 (a) en (b) Richtlijn 2001/23 biedt en te bepalen dat
- a. openstaande verplichtingen van de vervreemder met betrekking tot arbeidsovereenkomsten van voor de overgang/voor de inleiding van de insolventieprocedure, niet overgaan op de verkrijger;
 - b. de verkrijger en/of de vervreemder (dan wel de curator in diens plaats) enerzijds en vertegenwoordigers van de werknemers anderzijds wijzigingen in arbeidsvoorwaarden kunnen overeenkomen die bedoeld zijn om de werkgelegenheid veilig te stellen en het voortbestaan van de onderneming te verzekeren.
- 8.5. Kortom: er zal dan sprake zijn van overgang van onderneming zonder dat de verkrijger aansprakelijk wordt voor de bestaande schulden van zijn voorganger tegenover de overgenomen werknemers en/of derden (denk bijvoorbeeld aan achterstallige premies tegen uit hoofde van een verplicht gestelde bedrijfstakpensioenregeling waaraan de werknemers voor en na de overgang deelnemen). Verder kan een 'gemitigeerd' arbeidsvoorwaardelijk regime gelden voor de werknemers van de gefailleerde vervreemder die overgaan naar de verkrijger. In dat kader kan worden gedacht aan de harmonisering van arbeidsvoorwaarden van werknemers van de vervreemder met die van de verkrijger en het in overeenstemming brengen van de beloning; voorts aan het (niet of slechts beperkt) "meenemen" van anciënniteit van de werknemers die overgaan naar de verkrijger; alsmede aan het vaststellen van een datum die bepalend is voor (bijvoorbeeld) het vaststellen van de opzegtermijn voor de verkrijger; en de berekening van een transitievergoeding door de verkrijger ten aanzien van "overgenomen" werknemers.
- 8.6. Wij brengen in herinnering dat Richtlijn 2001/23 niet in de weg hoeft te staan aan een herstructurering (en daarmee gepaard gaande ontslagen), ook als dat gebeurt na een overgang van een onderneming. Hoewel de overgang van een onderneming (of een onderdeel daarvan) *an sich* geen reden tot ontslag mag zijn, staat de overgang niet in de weg aan ontslag wegens economische, technische of organisatorische redenen (artikel 4 lid 1 Richtlijn 2001/23).
- 8.7. De commissies bepleiten nader onderzoek naar de mogelijkheden voor een bijzonder ontslagregime dat geldt bij een van overgang van een onderneming van een in een insolventieprocedure betrokken vervreemder, waarbij met name aandacht wordt besteed aan (i) de ontslagvolgorde en het bij het vaststellen van de ontslagvolgorde in aanmerking te nemen personeelsbestand (ii) de vraag of de vervreemder of verkrijger al dan niet een transitievergoeding verschuldigd is alsmede naar de vraag of (iii) een herstructurering (en daarmee gepaard gaande gedwongen ontslagen) kan en mag plaatsvinden voorafgaand aan de overgang. Wij verwijzen in dit verband naar het rechtsvergelijkende onderzoek "Werknemers en insolventie - Een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie" dat in opdracht van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid is verricht door de Vrije Universiteit Amsterdam (Prof. mr. dr. W.H.A.C.M. Bouwens, Prof. mr. dr. W.L. Roozendaal en mr. dr. D.M.A. Bij de Vaate), gepubliceerd in maart 2015.

- 8.8. Wanneer besloten wordt om Richtlijn 2001/23 ook in faillissement van toepassing te laten zijn, zal dat ook gevolgen hebben voor de surseance van betaling. De surseance is in essentie geschikt als reorganisatieprocedure, maar is in de praktijk het meest effectief als het gaat om schuldsaneringen van ondernemingen zonder personeel (holdings en financieringsvennootschappen). Voor de reorganisatie van operationele bedrijven is de surseance minder effectief, omdat zij niet werkt tegen preferente schuldeisers en omdat het niet mogelijk is om tegen vooraf nauwkeurig te begroten vaste (en beperkte) kosten en binnen korte tijd een personeelsreorganisatie door te voeren. Om die laatste reden werd steeds vaker gekozen voor het "technisch faillissement" waarbij de onderneming uit handen van de curator gekocht werd door de (geheel of ten dele) dezelfde aandeelhouders als die van de gefailleerde ondernemer. Voor die gevallen zal de surseance in de toekomst aantrekkelijker zijn.
- 8.9. De commissie beveelt aan om in dat verband spoedig de regeling van de surseance aan te passen, zodat deze ook werkt tegen preferente schuldeisers en verbeterde mogelijkheden biedt om een akkoord of deelakkoorden aan te bieden, opdat de surseance aansluit op het ontwerp voorstel voor de Wet Homologatie van het Onderhandse Akkoord. De commissie wijst in dat verband ook op het voorstel van Insolad van januari 2015 om tot verbetering van de surseance te komen. De surseance zal een volwaardig instrument kunnen worden voor de schuldenaar om tot reorganisatie van zijn onderneming in betalingsproblemen te kunnen komen en de faillissementsprocedure dan meer dan nu het geval is een "echte" liquidatieprocedure kunnen zijn.
- 8.10. De commissies bevelen ook aan dat rechtszekerheid wordt geboden door in een bijzondere in de Faillissementswet op te nemen snelle procedure om de koper van een onderneming tijdens de surseance of het faillissement van de vervreemder in staat te stellen om op basis van zijn overnameplan een ontslagprocedure te voeren, die leidt tot zekerheid omtrent (i) identiteit en aantal van werknemers dat aan de onderneming verbonden zal zijn (ii) de arbeidsvoorwaarden waaronder die werknemers werkzaam zullen zijn en (iii) de kosten van beëindiging van de arbeidsovereenkomsten van de overige werknemers. Die zekerheid is in het belang van zowel de werknemers als de crediteuren.
- Zolang deze - ingrijpende - wetswijzigingen niet worden gerealiseerd, zal zoveel mogelijk zekerheid moeten worden gevonden in andere maatregelen. De rechtbanken kunnen voor dat doel de curator verplichten om voorafgaand aan het aanzeggen van ontslag aan de werknemers c.q. aan de verkoop van (zelfstandige delen van) de onderneming in een openbaar verslag zijn bevindingen te rapporteren met betrekking tot de vraag of en zo ja in welke mate de doorstart een doel van de faillissementsaangifte of -aanvraag was en welke betekenis zijn bevindingen hebben voor de toepasselijkheid van Richtlijn 2001/23.
- 8.11. Het Smallsteps-arrest geeft voorts aanleiding tot een politieke afweging over de vraag of WCO I (al dan niet gewijzigd) alsnog moet worden ingevoerd. De commissie Insolventierecht heeft - als gezegd - geen redenen om op haar eerdere negatieve advies over WCO I terug te komen. De bezwaren van de commissie Insolventierecht waren niet gericht tegen het gevolg dat de Richtlijn van toepassing zou zijn, maar heeft wel gewezen op de onzekerheid die daarover zou bestaan. Nu die onzekerheid is weggenomen, is het aannemelijk dat in de praktijk weinig tot geen behoefte zal bestaan aan WCO I, omdat WCO I niet zal kunnen worden toegepast zonder toepasselijkheid van de Richtlijn 2001/23,

in tegenstelling tot wat de wetgever heeft aangenomen. Dat is een omstandigheid die in de politieke afweging moet worden meegewogen.

De NOvA is uiteraard bereid het bovenstaande nader toe te lichten.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad

1/2

mw. mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris