
HOF VAN JUSTITIE 22 JUNI 2017

INSOLVENTIE

Grensoverschrijdende insolventie – Algemeen – Overdracht van onderneming – Pre-pack-faillissement (Nederland) – Toepassing richtlijn nr. 2001/23/EG – Behoud van de rechten van de werknemers – Uitzonderingen

Richtlijn nr. 2001/23/EG, en met name artikel 5, 1. ervan, moet worden uitgelegd in die zin, dat de door de artikelen 3 en 4 van die richtlijn gegarandeerde bescherming van werknemers behouden blijft in een situatie 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.

Federatie Nederlandse Vakvereniging, Karin van den Burg-Vergeer, Lyoba Tanja Alida Kukupessy, Danielle Paase-Teeuwen, Astrid Johanna Geertruda Petronelle Schenk / Smallsteps BV

Zet.: L. Bay Larsen (kamerpresident), M. Vilaras, J. Malenovský, rapporteur, M. Saffjan en D. váby (rechters)

OM: P. Mengozzi (advocaat-generaal)

Pl.: A. Simsek (advocaat) en B.F.H. Rumora-Scheltema, H.T. ten Have, R.J. van Galen (advocaten) en M. Bulterman (gemachtigde) en M. van Beek en M. Kellerbauer (gemachtigden)

Zaak: C-126/16

Arrest

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van de artikelen 3 tot en met 5 van richtlijn nr. 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 (*Pb.* 2001, L. 82, p. 16).

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding van de Federatie Nederlandse Vakvereniging (hierna: “FNV”), een Nederlandse vakbond, alsmede Karin van den Burg-Vergeer, Lyoba Tanja Alida Kukupessy, Danielle Paase-Teeuwen en Astrid Johanna Geertruda Petronelle Schenk tegen Smallsteps BV ter zake van de vaststelling van een overgang van de arbeidsverhoudingen naar die vennootschap.

INSOLVABILITÉ

Insolvabilité transnationale – Généralités – Transfert d’entreprise – Faillite « pré-pack » néerlandaise – Application de la directive n° 2001/23/EG – Maintien des droits des travailleurs – Exceptions

La directive n° 2001/23/CE, et notamment son article 5, 1., doit être interprétée en ce sens que la protection des travailleurs garantie par les articles 3 et 4 de cette directive est maintenue dans une situation où le transfert d’une entreprise intervient à la suite d’une déclaration de faillite dans le contexte d’un pré-pack, préparé antérieurement à celle-ci et mis en œuvre immédiatement après le prononcé de la faillite, dans le cadre duquel, notamment, un « curateur pressenti », désigné par un tribunal, examine les possibilités d’une éventuelle poursuite des activités de cette entreprise par un tiers et se prépare à passer des actes juste après le prononcé de la faillite afin de réaliser cette poursuite. Il n’est pas pertinent, à cet égard, que l’objectif poursuivi par cette opération de pré-pack vise également la maximalisation du produit de la cession pour l’ensemble des créanciers de l’entreprise en cause.

Toepasselijke bepalingen**Unierecht**

3. Richtlijn nr. 2001/23 vormt de codificatie van richtlijn nr. 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 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 (*Pb.* 1977, L. 61, p. 26), zoals gewijzigd bij richtlijn nr. 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 (*Pb.* 1998, L. 201, p. 88).

4. Overweging 3 van richtlijn nr. 2001/23 luidt:

“Voorzieningen zijn nodig om de werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen, in het bijzonder om het behoud van hun rechten veilig te stellen.”

5. Artikel 1, 1., onder a) van richtlijn nr. 2001/23 bepaalt:

“Deze richtlijn is van toepassing op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie.”

6. Artikel 3, 1. van deze richtlijn luidt:

“De rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, gaan door deze overgang op de verkrijger over.

[...]”

7. Artikel 4, 1. van deze richtlijn bepaalt:

“De overgang van de onderneming, vestiging of onderdeel van de onderneming of vestiging vormt op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag. Deze bepaling vormt geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen.

[...]”

8. Artikel 5 van deze richtlijn luidt:

“1. 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).

2. Indien de artikelen 3 en 4 van toepassing zijn op een overgang tijdens insolventieprocedures die zijn ingeleid ten aanzien van een vervreemder (ongeacht de vraag of deze procedures al dan niet zijn ingesteld met als doel de liquidatie van het vermogen van de vervreemder) en die onder toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie (die een door de nationale wetgeving omschreven curator mag zijn) kan een lidstaat bepalen dat:

a) onverminderd artikel 3, lid 1, de schulden van de vervreemder die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen en die verschuldigd zijn vóór de overgang of voor de inleiding van de insolventieprocedure, niet overgaan op de verkrijger, indien dergelijke procedures uit hoofde van de in de betrokken lidstaat geldende wetgeving een bescherming bieden die ten minste gelijkwaardig is aan die welke wordt voorgeschreven in situaties die vallen onder richtlijn 80/987/EEG van de Raad van 20 oktober 1980 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever (*Pb.* 1980, L. 283, p. 23),

en/of dat

b) de verkrijger, de vervreemder of de persoon (personen) die de functies van de vervreemder uitoefenen enerzijds en

de vertegenwoordigers van de werknemers anderzijds kunnen overeenkomen om, voor zover de geldende wetgeving of praktijk zulks mogelijk maakt, in de arbeidsvoorwaarden wijzigingen aan te brengen die bedoeld zijn om de werkgelegenheid veilig te stellen door het voortbestaan van de onderneming, de vestiging of onderdelen daarvan te verzekeren.

3. Een lidstaat kan lid 2, onder b), toepassen in geval van een overgang waarbij de vervreemder overeenkomstig de nationale wetgeving in ernstige economische moeilijkheden verkeert, mits de situatie door een bevoegde overheidsinstantie erkend is en onder voorbehoud van rechterlijke toetsing, op voorwaarde dat zulke bepalingen op 17 juli 1998 reeds in de nationale wetgeving bestonden.

[...]

4. De lidstaten treffen de nodige maatregelen om misbruik van insolventieprocedures met het doel de werknemers van de in deze richtlijn bedoelde rechten te beroven, te voorkomen.”

Nederlands recht

9. De bepalingen van nationaal recht die de rechten van werknemers bij de overgang van een onderneming regelen, zijn de artikelen 7:662 tot en met 7:666 en 7:670, achtste lid van het Burgerlijk Wetboek (hierna: “BW”).

10. Artikel 7:662, tweede lid, onder a) BW luidt:

“Voor de toepassing van deze afdeling wordt verstaan onder:

a) overgang: de overgang, ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt;

[...]”

11. Meer in het bijzonder bepaalt artikel 7:663 BW:

“Door de overgang van een onderneming gaan de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer van rechtswege over op de verkrijger. Evenwel is die werkgever nog gedurende een jaar na de overgang naast de verkrijger hoofdelijk verbonden voor de nakoming van de verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst, die zijn ontstaan vóór dat tijdstip.”

12. Artikel 7:666 BW luidt:

“De artikelen 7:662 tot en met 7:665 en 7:670, lid 8, zijn niet van toepassing op de overgang van een onderneming indien:

a) de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort [...]

13. Artikel 7:670 BW bepaalt:

[...]

8. De werkgever kan de arbeidsovereenkomst met de in zijn onderneming werkzame werknemer niet opzeggen wegens de in artikel 7:662, lid 2, onderdeel a), bedoelde overgang van die onderneming;

[...]"

14. Vanaf 2012 maakt een aantal Nederlandse rechtbanken gebruik van een zogenoemde *pre-pack*. Daarbij stelt een rechtbank een "beoogd curator" aan, die voorafgaand aan het faillissement meewerkt aan het voorbereiden van een activa-transactie, die deze curator direct na het uitspreken van het faillissement ten uitvoer brengt. In het kader van die *pre-pack* stelt de rechtbank tevens een beoogd rechter-commissaris aan.

15. Tot op heden is noch de voorbereidende fase noch de *pre-pack* als zodanig in Nederland in de wet geregeld, maar zijn deze het resultaat van de rechtspraktijk.

Hoofdgeding en prejudiciële vragen

16. Tot aan haar faillissement was de Estro Groep BV het grootste kinderopvangbedrijf in Nederland. Zij had circa 380 vestigingen op het gehele Nederlandse grondgebied en telde ongeveer 3.600 werknemers.

17. Vanaf november 2013 werd voorzienbaar dat de Estro Groep zonder additionele financiering in de zomer van 2014 niet meer aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen.

18. Op zoek naar die financiering heeft de Estro Groep in eerste instantie overlegd met haar belangrijkste financiers en aandeelhouders alsmede met andere financiers of eventuele andere investeerders over de verlening van additionele financiering. Dit overleg, door de Estro Groep aangeduid als "Plan A", heeft echter niets opgeleverd.

19. Parallel aan de onderhandelingen in het kader van Plan A heeft de Estro Groep een ander plan uitgewerkt, genaamd "Project Butterfly". Dit plan voorzag in de verkoop van een belangrijk deel van de onderneming van Estro Groep uit faillissement, derhalve na een *pre-pack*. Deze doorstart moest plaatsvinden op basis van een doorstart van 243 van de 380 centra, het behoud van de werkgelegenheid voor circa 2.500 van de in totaal circa 3.600 werknemers en de continuïteit van de dienstverlening in alle vestigingen in juli 2014.

20. Bij de uitvoering van het Project Butterfly heeft de Estro Groep uitsluitend contact gehad met H.I.G. Capital als potentiële koper, de zustervenootschap van haar belangrijkste aandeelhouder Bayside Capital. Er is geen enkele andere potentiële optie onderzocht.

21. Op 5 juni 2014 heeft de Estro Groep de rechtbank Amsterdam gevraagd om een beoogd curator aan te stellen. Deze is op 10 juni 2014 aangesteld.

22. Op 20 juni 2014 is Smallsteps opgericht om als doorstartende onderneming voor rekening van H.I.G. Capital in het

kader van het Project Butterfly een groot deel van de kinderopvangverblijven van de Estro Groep over te nemen.

23. Op 3 juli 2014 hebben alle medewerkers van de Estro Groep een e-mail ontvangen waarin was aangegeven dat op 4 juli 2014 het faillissement zou worden aangevraagd met daarbij de mededeling dat de medewerkers mogelijk voor een bijeenkomst vóór de faillissementsdatum zouden worden uitgenodigd.

24. Op 4 juli 2014 heeft de Estro Groep bij de rechtbank Amsterdam surseance van betaling aangevraagd. Op 5 juli 2014 is dit verzoek omgezet in een verzoek tot faillissementsverklaring, welk faillissement diezelfde dag is uitgesproken.

25. Eveneens op 5 juli 2014 is een *pre-pack* ondertekend tussen de curator en Smallsteps, volgens welke Smallsteps circa 250 vestigingen kocht en zich ertoe verbond om circa 2.600 medewerkers van de Estro Groep een dienstverband aan te bieden met ingang van de datum van het faillissement.

26. Op 7 juli 2014 zijn alle werknemers van de Estro Groep door de curator ontslagen. Aan circa 2.600 voormalige werknemers van de Estro Groep heeft Smallsteps een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden en meer dan 1.000 werknemers zijn uiteindelijk ontslagen.

27. De FNV en de vier medeverzoeksters, die werkzaam waren in door Smallsteps overgenomen kinderopvangverblijven maar aan wie na het faillissement van de Estro Groep geen nieuwe arbeidsovereenkomsten waren aangeboden, hebben een procedure aanhangig gemaakt bij de verwijzende rechter. In het kader daarvan verzoeken zij primair om vast te stellen dat richtlijn nr. 2001/23 van toepassing is op de tussen de Estro Groep en Smallsteps gesloten *pre-pack* en dat er dus van moet worden uitgegaan dat de vier medeverzoeksters thans van rechtswege in dienst van Smallsteps zijn, met behoud van hun arbeidsvoorwaarden. Subsidiar verzoeken zij om vast te stellen dat de artikelen 7:662 *et seq.* BW van toepassing zijn, daar de overgang van de onderneming heeft plaatsgevonden vóór de dag waarop de Estro Groep failliet is verklaard. Smallsteps voert verweer dat strekt tot afwijzing van de vorderingen.

28. Daarop heeft de rechtbank Midden-Nederland besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

"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 gericht is op het voortbestaan van (delen van) de onderneming, zich met doel en strekking van richtlijn 2001/23 en is artikel 7:666, eerste lid, aanhef en onder a) BW in dat licht (nog) wel richtlijnconform?"

2) Is richtlijn nr. 2001/23 van toepassing in het geval een door de rechtbank aangestelde zogeheten '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 activatransactie 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 [beoogt] te komen tot een maximalisatie van de opbrengst voor de gezamenlijk schuldeisers dan wel dat in het kader van *pre-pack* vóór het faillissement wils-overeenstemming 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 opbrengstmaximalisatie wordt beoogd?

4) Wordt het tijdstip van overgang van onderneming voor de toepasselijkheid van richtlijn nr. 2001/23 en het daaruit voortvloeiende artikel 7:662 *et seq.* 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?”

Verzoek om heropening van de mondelinge behandeling

29. Nadat de advocaat-generaal conclusie had genomen, heeft Smallsteps bij een op 25 april 2017 ter griffie van het Hof neergelegde akte verzocht om daarop te mogen reageren, zo nodig na heropening van de mondelinge behandeling. Ter onderbouwing van dit verzoek stelt zij in wezen dat de conclusie van de advocaat-generaal een aantal misverstanden over de *pre-pack* -procedure bevat.

30. Dienaangaande zij er echter aan herinnerd dat het statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie en het reglement voor de procesvoering niet voorzien in de mogelijkheid, voor de in artikel 23 van dat statuut bedoelde belanghebbenden, om opmerkingen in te dienen in antwoord op de conclusie van de advocaat-generaal (zie met name arrest van 4 september 2014, C-162/13, *Vnuk*, EU:C:2014:2146, punt 30).

31. Op grond van artikel 252, tweede lid VWEU heeft de advocaat-generaal tot taak, in het openbaar en in volkomen

onpartijdigheid en onafhankelijkheid met redenen omklede conclusies te nemen aangaande zaken waarin zulks overeenkomstig het statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie vereist is. Het Hof is noch door de conclusie van de advocaat-generaal, noch door de motivering op grond waarvan hij tot die conclusie komt, gebonden (arrest van 3 december 2015, C-312/14, *Banif Plus Bank*, EU:C:2015:794, punt 33).

32. Bijgevolg kan het feit dat een partij het oneens is met de conclusie van de advocaat-generaal als zodanig geen grond voor de heropening van de mondelinge behandeling vormen, ongeacht welke kwesties hij in die conclusie onderzoekt (zie in die zin arrest van 17 september 2015, C-33/14 P, *Mory e.a. / Commissie*, EU:C:2015:609, punt 26).

33. Niettemin kan het Hof overeenkomstig artikel 83 van zijn reglement voor de procesvoering echter in elke stand van het geding, de advocaat-generaal gehoord, de heropening van de mondelinge behandeling gelasten, met name wanneer het zich onvoldoende voorgelicht acht of wanneer de zaak moet worden beslecht op basis van een argument waarover de partijen hun standpunten niet hebben uitgewisseld (zie arrest van 9 juni 2016, C-78/16 en C-79/16, *Pesce e.a.*, EU:C:2016:428, punt 27).

34. In de onderhavige zaak is het Hof evenwel van oordeel dat het, de advocaat-generaal gehoord, over alle nodige elementen beschikt om een uitspraak te kunnen doen.

35. Gelet op deze overweging stelt het Hof vast dat het niet nodig is om de mondelinge behandeling te heropenen.

Beantwoording van de prejudiciële vragen

Eerste tot en met derde vraag

36. Vooraf zij eraan herinnerd dat het volgens vaste rechtspraak van het Hof in het kader van de bij artikel 267 VWEU ingestelde procedure van samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof, de taak is van het Hof om de nationale rechter een nuttig antwoord te geven aan de hand waarvan deze het bij hem aanhangige geding kan beslechten. Daartoe dient het Hof de voorgelegde vragen indien nodig te herformuleren (arrest van 1 februari 2017, C-144/16, *Município de Palmela*, EU:C:2017:76, punt 20 en de aldaar aangehaalde rechtspraak).

37. *In casu* moeten de eerste tot en met de derde vraag, die gezamenlijk moeten worden onderzocht, aldus worden opgevat dat de verwijzende rechter daarmee in wezen wenst te vernemen of richtlijn nr. 2001/23, en met name artikel 5, 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 een onderneming plaatsvindt na een faillietverklaring in de context van een daarvóór 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. Voorts wenst de verwijzende rechter te vernemen of het in dat verband 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 van die onderneming wordt beoogd.

38. Allereerst zij opgemerkt dat richtlijn nr. 2001/23 volgens overweging 3 de werknemers beoogt te beschermen, met name door het behoud van hun rechten veilig te stellen bij overgang van een onderneming.

39. Daartoe bepaalt artikel 3, 1., eerste lid 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, 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, 1. van richtlijn nr. 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, 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 nr. 2001/23, moet die bepaling noodzakelijkerwijs strikt worden uitgelegd (zie met betrekking tot artikel 3, 3. van richtlijn nr. 77/187, zoals gewijzigd bij richtlijn nr. 98/50, arrest van 4 juni 2002, C-164/00, *Beckmann*, EU:C:2002:330, punt 29).

42. Ofschoon uit de bewoordingen van het eerste zinsdeel van artikel 5, 1. van richtlijn nr. 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, 1. van richtlijn nr. 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, 1. van richtlijn nr. 2001/23 op cumulatieve wijze dat de vervreemder verwickeld moet zijn in een faillissementsprocedure of in een soort-

gelijke 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 verwickeld 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, 1. van richtlijn nr. 2001/23 vallen.

47. In de tweede plaats vereist artikel 5, 1. van richtlijn nr. 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, C-362/89, *d’Urso e.a.*, EU:C:1991:326, punten 31 en 32 en 7 december 1995, C-472/93, *Spano e.a.*, 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.

49. *In casu* blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat 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 doortstart 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.

50. Onder deze omstandigheden en onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, moet worden vastgesteld dat een dergelijke transactie uiteindelijk niet de liquidatie van de onderneming beoogt, zodat het economische en sociale doel daarvan noch kan verklaren noch kan rechtvaardigen dat bij een volledige of gedeeltelijke overgang van de betrokken onderneming, haar werknemers worden beroofd van de rechten die richtlijn nr. 2001/23 hun toekent (zie naar analogie arrest van 7 december 1995, C-472/93, *Spano e.a.*, EU:C:1995:421, punten 28 en 30).

51. Gezien de vaststelling in punt 48 van dit arrest, kan de omstandigheid dat de *pre-pack* tevens gericht kan zijn op een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de schuldeisers, niet tot gevolg hebben dat deze hierdoor een procedure wordt die is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder in de zin van artikel 5, 1. van richtlijn nr. 2001/23.

52. Hieruit volgt dat ervan moet worden uitgegaan dat een dergelijke transactie als hoofddoel het behoud van de failliete onderneming heeft, zodat deze overeenkomstig de in punt 47 van dit arrest aangehaalde rechtspraak niet onder artikel 5, 1. van richtlijn nr. 2001/23 kan vallen.

53. Wat in de derde plaats de voorwaarde betreft dat de in artikel 5, 1. van richtlijn nr. 2001/23 bedoelde procedure onder toezicht van een overheidsinstantie moet staan, zij opgemerkt dat de fase van de *pre-pack* zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die voorafgaat aan de faillietverklaring, geen enkele grondslag in de betrokken nationale wettelijke regeling heeft.

54. Die transactie wordt in zoverre dus niet uitgevoerd onder toezicht van de rechtbank, maar, zoals uit het dossier bij het Hof blijkt, door de leiding van de onderneming, die de onderhandelingen voert en de besluiten neemt die de verkoop van de failliete onderneming voorbereiden.

55. Ofschoon de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris op verzoek van de failliete onderneming door de rechtbank worden aangesteld, beschikken zij formeel immers over geen enkele bevoegdheid. Zij staan derhalve niet onder toezicht van een overheidsinstantie.

56. Aangezien de curator zeer snel na de inleiding van het faillissement de rechter-commissaris om toestemming vraagt voor de overdracht van de onderneming en deze ook krijgt, moet de rechter-commissaris bovendien vóór de faillietverklaring op de hoogte zijn gesteld en in feite hebben aangegeven daartegen geen bezwaar te hebben.

57. Zoals de advocaat-generaal in punt 82 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, kan deze handelwijze elk eventueel toezicht van een bevoegde overheidsinstantie op de faillissementsprocedure grotendeels uithollen, zodat deze niet kan voldoen aan de voorwaarde van toezicht door een dergelijke instantie zoals genoemd in artikel 5, 1. van richtlijn nr. 2001/23.

58. Uit het voorgaande volgt dat een *pre-pack* zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, niet voldoet aan alle voorwaarden van artikel 5, 1. van richtlijn nr. 2001/23, zodat niet kan worden afgeweken van de in de artikelen 3 en 4 van die richtlijn voorziene beschermingsregeling.

59. Gelet op de voorgaande overwegingen, moet op de eerste tot en met de derde prejudiciële vraag worden geantwoord dat richtlijn nr. 2001/23, en met name artikel 5, 1. ervan, aldus moet 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.

Vierde vraag

60. Gelet op het antwoord op de eerste tot en met de derde vraag, behoeft de vierde vraag niet te worden beantwoord.

Kosten

61. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (3de k.) verklaart voor recht:

Richtlijn nr. 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, en met name artikel 5, 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 ver-
richt teneinde die voortzetting te verwezenlijken. In dat ver-
band is niet relevant dat de *pre-pack* tevens de maximalisatie

van de opbrengst van de overdracht voor alle schuldeisers
van die onderneming beoogt.

Noot

Het stil faillissement na de Smallsteps-zaak: uit het oog, maar niet uit het hart

Frederik De Leo¹

I. INLEIDING

1. *Het stil faillissement: uit het oog, maar niet uit het hart* – Wie Boek XX van het Wetboek economisch recht erop naleest², merkt dat het voorgestelde stil faillissement volledig uit de wet verdwenen is. Het stil faillissement (de geschrapte art. XX.33-34 WER), dat één van de krachtlijnen was van het ontwerp van Boek XX WER, is nu niets meer dan een fossiel, vereeuwigd in de parlementaire voorbereidingen³.

Hoewel het stil faillissement uit de wetteksten en daarmee uit het zicht verdwenen is (behalve voor de paleontoloog-jurist die een reis naar de parlementaire voorbereidingen onderneemt), is het niet uit ons hart. Het doel van het stil faillissement was immers nobel (of in de woorden van de Adv. Gen. MENGOZZI: “prijzenswaardig”⁴). Volgens de parlementaire voorbereidingen beoogde het stil faillissement in alle discretie en zonder publiciteit een echt faillissement voor te bereiden⁵. Daartoe zou een curator en rechter-commissaris worden aangesteld⁶. Met dit stil faillissement wilde men de *going concern*-waarde van de onderneming die bij een faillissement door traagheid, reputatieschade en

deal uncertainty vaak verloren gaat, zo veel mogelijk behouden. Daar zullen – vergeef ons onze zelfzekerheid – zelfs de grootste criticasters weinig op tegen hebben. Een faillissement beoogt nu eenmaal het vermogen van de gefailleerde op een zo efficiënt mogelijke wijze te gelde te maken. Waardebewoud is daarbij van cruciaal belang. Hoe meer geld de curator kan verkrijgen voor het aanwezige actief (door bv. een verkoop *in going concern* i.t.t. een *piecemeal*-verkoop), hoe meer de schuldeisers van hun schuldvorderingen kunnen terug zien.

Toch is het stil faillissement uit Boek XX WER verdwenen. De belangrijkste oorzaak daarvoor is het voorliggende arrest van het Hof van Justitie over de Nederlandse *pre-pack*-praktijk⁷. Aangezien het Belgische wetsontwerp m.b.t. het stil faillissement gebaseerd was op de Nederlandse ontwerp-wetteksten m.b.t. de *pre-pack*⁸, betekende een halt voor de Nederlandse *pre-pack*-praktijk (de zgn. *pre-packxit*⁹) ook een halt voor het Belgische stil faillissement. Hoewel voorliggend arrest in de Nederlandse doctrine de nodige aandacht

1. Doctoraatsbursaal, Instituut voor Handels- en Insolventierecht, KULeuven, UHasselt. De auteur wenst enkele medeminnaars van het stil faillissement, met name Matthias E. STORME en Arie VAN HOE, te bedanken voor hun waardevolle inzichten over het geannoteerde arrest.

2. Wet van 11 augustus 2017 houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen” in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan Boek XX en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan Boek XX in het Boek I van het Wetboek van economisch recht (BS 11 september 2017).

3. Zie *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2407/001, 3 en 49.

4. Overw. 6 van Concl. P. MENGOZZI bij HvJ 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489.

5. *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2407/001, 49.

6. Geschrapt art. XX.33 WER.

7. HvJ 22 juni 2017, C-126/16, *Smallsteps*, ECLI:EU:C:2017:489. Zie ook het nieuwsbericht in *De Standaard* (www.standaard.be/cnt/dmf20170628_02946729) en de *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2407/006, 73-74.

8. De parlementaire voorbereidingen vermelden uitdrukkelijk het volgende: “Dit artikel volgt het model dat ook in de toekomstige Nederlandse wetgeving zal worden opgenomen.” (*Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2407/001, 49).

9. Gebruikt door de Rijksuniversiteit Groningen als onderdeel van de titel van het symposium over werknemersbescherming en herstructurering post-*Estro* (22 september 2017).