

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 Leo<sup>1</sup>

## I. INLEIDING

1. *Het stil faillissement: uit het oog, maar niet uit het hart* – Wie Boek XX van het Wetboek economisch recht erop naleest<sup>2</sup>, 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 voorbereidingen<sup>3</sup>.

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”<sup>4</sup>). Volgens de parlementaire voorbereidingen beoogde het stil faillissement in alle discretie en zonder publiciteit een echt faillissement voor te bereiden<sup>5</sup>. Daartoe zou een curator en rechter-commissaris worden aangesteld<sup>6</sup>. 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*-praktijk<sup>7</sup>. Aangezien het Belgische wetsontwerp m.b.t. het stil faillissement gebaseerd was op de Nederlandse ontwerp-wetteksten m.b.t. de *pre-pack*<sup>8</sup>, betekende een halt voor de Nederlandse *pre-pack*-praktijk (de zgn. *pre-packxit*<sup>9</sup>) 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 rechtshandavingsbepalingen 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](http://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).

heeft gekregen<sup>10</sup>, vinden we daarover vooralsnog relatief weinig terug in de Belgische doctrine<sup>11</sup>. Deze bijdrage tracht die leemte op te vullen.

**2. Plan van behandeling** – In wat volgt bespreken we eerst de feiten die aanleiding hebben gegeven tot de prejudiciële vragen die in het geannoteerde arrest door het Hof van Justitie werden beantwoord. Daarbij verklappen we – voor zover dat nog geheim zou zijn – al vrij snel het antwoord op die vragen (*infra*, nrs. 3-4). Vervolgens analyseren we de redenering van het Hof op een gedetailleerde wijze, waarbij het duidelijk wordt dat die redenering niet vrij is van kritiek. Voor die analyse bouwen we voort op de inzichten die we in de verschillende bijdragen van onze Noorderburen kunnen

aantreffen (*infra*, nrs. 5-10). In een navolgend deel bespreken we de impact van het arrest op de *pre-pack*-praktijk als ook op de ontwerpwetgeving inzake de *pre-pack* en het stil faillissement. Verder wordt stil gestaan bij de impact van het geannoteerde arrest op andere insolventieprocedures, zoals de “gewone doorstart” uit faillissement en de Belgische gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag (de oude “WCO III”) (*infra*, nrs. 11-15). Besluiten doen we met een vooruitblik op de toekomst van het stil faillissement. De huidige zoektocht naar oplossingen in Nederland voor de *pre-pack*-praktijk en -wetgeving lijkt alvast hoopvol voor ons teerbemind stil faillissement (*infra*, nr. 16).

## II. FEITEN EN PREJUDICIËLE VRAGEN

**3. Aanleiding tot de prejudiciële vragen** – In november 2013 kwam Estro Group BV, met ongeveer 380 vestigingen en 3.600 werknemers de grootste kinderdagopvang van Nederland, in financiële problemen. Plan A bestond erin om via overleg bijkomende financiering te verkrijgen van aandeelhouders en investeerders. Dat overleg leverde echter niets op. Daardoor trad *Project Butterfly* in werking. Onder *Project Butterfly* zou een aanzienlijk deel van de onder-

neming van Estro Group na de *pre-pack* verkocht worden: 243 van de 380 vestigingen zouden open blijven en ongeveer 2.500 van de 3.600 werknemers zouden hun job kunnen behouden<sup>12</sup>.

Op 10 juni 2014 werd, op verzoek van Estro Group, een beoogd curator (vgl. Belgische precurator) aangesteld door de rechtbank van Amsterdam om *Project Butterfly* uit te voeren<sup>13</sup>. Tijdens die uitvoering heeft Estro Group uitsluitend

- <sup>10</sup>. Zie o.m. R.C.M. VAN MOORSEL, “Food for thought. Over het dwingende arrest van het Hof van Justitie inzake *FNV c.s. / Smallsteps*”, *Tvl* 2017/32, 201; N.M.Q. VAN DER NEUT, “Pre-pack is overgang van onderneming: hoe nu verder?”, *TRA*, 2017/88, afl. 11, 14; M. HOOGENDOORN en D. NICK BLOK, “*FNV / Smallsteps*; door overgang van onderneming, naar overgang van ondernemingen?”, *NtEr* 2017, 211; HvJ 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, *JOR*, 2017/217, noot L.G. VERBURG, *NJ*, 2017/369, 5677; noot F.M.J. VERSTIJLEN, *JAR*, 2017/189, noot E. LOESBERG, *TRA*, 2017/95, afl. 11, 39, noot M. KULLMANN; F.M.J. VERSTIJLEN, “De dubbele natuur van de doorstart”, *Tvl* 2017/20, 131; P.R.W. SCHAIK, “Het arrest van het Hof van Justitie inzake *FNV c.s. / Smallsteps*”, *Tvl* 2017/22, 140; J. VAN DER PIJL, “Het *Smallsteps*-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie”, *A&O* 2017, 118; Ph. SCHREURS, “Smallsteps en de grote stappen die nu gezet moeten worden”, *Ara* 2017/11, afl. 3, 3; P.R.W. SCHAIK, “Het *Smallsteps*-arrest: de pre-pack voorbij, maar wat volgt?”, *ArbeidsRecht*, 2017/34, afl. 8/9, 3; M.A. VIEIRA, “Hof van Justitie EU: werknemers behouden hun bescherming in geval van een pre-pack”, *Bb*, 2017/60, 201; R.M. WIBIER, “Europees insolventierecht en het belang daarvan voor de Nederlandse pre-pack-praktijk”, *Ars Aequi* 2017, 996; S.S.M. PETERS en H.C.F.J.A. DE WAELE, “Het Europese failliet van de Nederlandse pre-pack”, *TRA* 2018, afl. 2, 3; W.H.A.C.M. BOUWENS, “Het voetspoor van Smallsteps”, *TRA* 2018, af. 2, 12; I. ZAAL, “De (on)mogelijkheid van ontslag en wijziging bij een pre-pack-overgang”, *TRA* 2018, afl. 2, 16; N.W.A. TOLLENAAR, “De implicaties van Estro voor de pre-pack en WCO I”, *TRA* 2018, afl. 2, 21; J.M.W. POOL, “De eerste toepassingen van Smallsteps in Nederland”, *Tvl* 2018, 245; L.G. VERBURG, “Smallsteps en de ruimte voor een (voorbereide) doorstart uit faillissement”, *Tijdschrift voor Curatoren* 2018, 49; J.F. FLIEK en F.M.J. VERSTIJLEN, “De eerste stappen voorbij Estro”, *TrA* 2018, afl. 2, 16; M.R. VAN ZANTEN, “It takes Smallsteps to pre-pack: een analyse” in E.J.R. VERWEY, M.A. BROEDERS en Ph.W. SCHREURS (eds.), *De Curator en het Personeel. Insolad Jaarboek 2018*, Deventer, Kluwer, 2018, 15; L.G. VERBURG, “Smallsteps: en hoe nu verder?” in E.J.R. VERWEY, M.A. BROEDERS en Ph.W. SCHREURS (eds.), *De Curator en het Personeel. Insolad Jaarboek 2018*, Deventer, Kluwer, 2018, 119. Opvallend daarbij is dat insolventierechtelijke juristen doorgaans kritisch zijn t.o.v. het arrest, terwijl arbeidsrechtelijke juristen het arrest vaker kunnen appreciëren.
- <sup>11</sup>. Zeker ten tijde van het schrijven van deze bijdrage (december 2017). Vandaag zijn er wel de lezenswaardige bijdragen van AYDOGDU. Zie R. AYDOGDU, “La réforme du transfert d’entreprise par la loi du 11 août 2017: le silence assourdissant de la faillite silencieuse” in A. DESPONTIN (ed.), *La réforme du droit de l’insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats): une (r)évolution?*, Brussel, Larcier, 2017, (139) 171-186; R. AYDOGDU, “L’impact de l’arrêt *Smallsteps* sur le droit belge de l’insolvabilité: ‘one giant leap for mankind?’” in A. ZENNER (ed.), *Le droit de l’insolvabilité: analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, 409. Voor een uitermate summier bespreking van het arrest, zie o.a. V. FREMAT, P. DIELTJENS en J. PEETERS, “Het einde van het ‘stil’ faillissement of slechts een tijdelijk afscheid?”, *In Foro* 2017, nr. 56, (17) 20-21; F. GEORGES, “La réforme de la faillite” in C. ALTER (ed.), *Le nouveau Livre XX du Code de droit économique consacré à l’insolvabilité des entreprises*, Brussel, Bruylant, 2017 (153) 233-234; J.P. RENARD, “Les mesures préventives dans le nouveau droit de l’insolvabilité” in A. ZENNER (ed.), *Le droit de l’insolvabilité: analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, (237) 244-245. Daarnaast zijn er enkele berichtgevingen van mijn hand op het *Corporate Finance Lab*, de *Oxford Business Law Blog*, in de *Juristenkrant* en in *Trends*.
- <sup>12</sup>. Dat getal komt overeen met het gemiddelde percentage van behoud van werkgelegenheid (68%) bij Nederlandse *pre-packs*. Zie J.R. HURENKAMP, “Failliet of fast forward? Een analyse van de pre-pack in de praktijk”, *Tvl*, 2015/20. Volgens M.R. VAN ZANTEN ligt dat percentage inmiddels zelfs op 73,30%. Zie daarvoor de verwijzing in R.C.M. VAN MOORSEL, “Food for thought. Over het dwingende arrest van het Hof van Justitie inzake *FNV c.s. / Smallsteps*”, *Tvl*, 2017/32, (201) 204, vn. 19.
- <sup>13</sup>. Estro Group had op 3 juni 2014 haar statutaire zetel van Amersfoort naar Amsterdam verplaatst omdat de rechtbank Midden-Nederland, waar Amersfoort onder valt, i.t.t. de Rechtbank Amsterdam, geen medewerking verleende aan de *pre-pack* (d.i. interne *forum shopping*). Zie N.M.Q. VAN DER NEUT, “Pre-pack is overgang van onderneming: hoe nu verder?”, *TRA*, 2017/88, afl. 11, (14) 15, vn. 13. Uiteindelijk is de zaak door FNV en vier medeverzoeksters toch bij de rechtbank Midden-Nederland aanhangig gemaakt, waarop een aantal prejudiciële vragen werden gesteld aan het Hof van Justitie.

contact gehad met H.I.G. Capital als potentiële koper, de zustervennootschap van haar belangrijkste aandeelhouder Bayside Capital (*i.e.* een gelieerde partij). Er is geen enkele andere optie onderzocht. Vervolgens werd op 20 juni 2014 Smallsteps BV opgericht om in het kader van *Project Butterfly* voor rekening van H.I.G. Capital de hogervermelde vestigingen en werknemers over te nemen.

Op 5 juli 2014 werd Estro Group failliet verklaard. Op diezelfde dag, vlak na het uitspreken van het faillissement, werd tussen de curator en Smallsteps een overeenkomst getekend volgens dewelke Smallsteps 250 vestigingen kocht en zich ertoe verbond om ongeveer 2.600 werknemers een dienstverband aan te bieden met ingang van de datum van het faillissement. Op 7 juli 2017 werden alle werknemers ontslagen, waarop aan die ongeveer 2.600 voormalige werknemers een nieuwe arbeidsovereenkomst werd aangeboden.

De Federatie Nederlandse Vakvereniging (FNV), een Nederlandse vakbondsorganisatie, en vier medeverzoeksters (ontslagen werknemers aan wie géén nieuwe arbeidsovereenkomst werd aangeboden), hebben vervolgens een procedure aanhangig gemaakt voor de rechtbank Midden-Nederland. De rechtbank besloot de behandeling van de zaak te schorsen en aan het Hof een viertal prejudiciële vragen te stellen.

### III. DE REDENERING VAN HET HOF

5. *Artikel 5, 1. richtlijn nr. 2001/23/EG* – Centraal in de redenering van het Hof staat artikel 5, 1. richtlijn, dat als volgt luidt: “**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 verwikkeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn).**” (eigen benadrukking). Daarbij dienen we op te merken dat *noch* Nederland *noch* België gebruik heeft gemaakt van de mogelijkheid om anders te bepalen (en aldus de art. 3 en 4 van toepassing te verklaren op *elke* overdracht van onderneming, ongeacht of zij aan de voorwaarden van art. 5, 1. richtlijn voldoet). Bijgevolg is de correcte interpretatie van de uitzondering vervat in artikel 5, 1. richtlijn vandaan zowel voor België als

4. *Vraag en antwoord* – In essentie werd er gevraagd of de Nederlandse *pre-pack*-praktijk valt onder de uitzondering vervat in artikel 5 van richtlijn nr. 2001/23/EG (hierna: “richtlijn”), die de werknemersbescherming zoals voorzien in de artikelen 3 en 4 voor overdrachten binnen sommige insolventieprocedures uitsluit.

Het Hof heeft daarop het volgende geantwoord:

“Richtlijn nr. 2001/23/EG [...], 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 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.”

Nederland van primordiaal belang<sup>14</sup>.

Een eerste – logische – vaststelling van het Hof is dat artikel 5, 1. richtlijn een *uitzonderingsbepaling* vormt op de werknemersbescherming bij bepaalde overdrachten van ondernemingen (wat volgens overw. 3 richtlijn haar hoofd-doel is). Uitzonderingen moeten in de regel strikt geïnterpreteerd worden; dus ook artikel 5, 1. richtlijn<sup>15</sup>.

Vervolgens identificeert het Hof uit voornoemde bepaling een drietal *cumulatieve* voorwaarden waaraan een insolventieprocedure moet voldoen om onder de uitzondering vervat in artikel 5, 1. te vallen (r.o. 44): (i) de vervreemder moet verwikkeld zijn in een faillissementsprocedure of soortgelijke procedure (*infra*, nr. 6), (ii) de procedure moet ingeleid zijn met het oog op liquidatie van het vermogen van de vervreemder (*infra*, nrs. 7-9) en (iii) deze moet onder toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie (*infra*, nr. 10).

<sup>14</sup>. Net zoals voor Griekenland, Frankrijk, Ierland, Italië, Cyprus, Letland, Malta, Oostenrijk, Slovenië, Slowakije, Finland, Zweden, IJsland, Liechtenstein en Noorwegen. Slechts in vier landen (Tsjechië, Denemarken, Hongarije en Portugal) zijn de regels onverkort van toepassing (met eventueel een soepeler ontslagregime buiten faillissement). Andere landen maken gebruik van de mogelijkheden vervat in art. 5, 2. richtlijn (*infra*, nr. 15). Zie daarover M.R. VAN ZANTEN, “It takes Smallsteps to pre-pack: een analyse” in E.J.R. VERWEY, M.A. BROEDERS en Ph.W. SCHREURS (eds.), *De Curator en het Personeel. Insolid Jaarboek 2018*, Deventer, Kluwer, 2018, (15) 27.

<sup>15</sup>. Ph. SCHREURS, “Smallsteps en de grote stappen die nu gezet moeten worden”, *ArA* 2017, afl. 3, (3) 10: “Er is sprake van een beschermingsregel en de onderhavige uitzondering moet daarom strikt worden uitgelegd. [...] Het is zaak te beseffen dat het Europese Hof zich niet uitlaat over (minstens zo zinvolle zaken als) de herstructureringsrichtlijn in wording, maar over de richtlijn die individuele werknemers bescherming biedt bij verkoop van een onderneming.”

## (i) Faillissementsprocedure of soortgelijke procedure

6. *De pre-pack als “faillissementsprocedure”* – De *pre-pack*-praktijk doorstaat de eerste voorwaarde zonder al te veel kleerscheuren. De *pre-pack* wordt volgens het Hof immers voorbereid voor de faillietverklaring, maar pas daarna uitgevoerd. Een dergelijke “transactie” – het Hof gebruikt in zijn uitspraak de woorden “transactie” en “procedure” door elkaar, op een wijze die voor menig insolventiejurist niet te volgen is<sup>16</sup> – impliceert daadwerkelijk het faillissement. Bijgevolg kan een *pre-pack* onder het begrip “faillissementsprocedure” in de zin van artikel 5, 1. richtlijn vallen.

## (ii) Met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder

7. *De tweede voorwaarde als “vanzelfsprekendheid”* – Volgens VAN MOORSEL lijkt het Hof bij de bespreking van de tweede voorwaarde te beginnen met een scherpe terechtwijzing voor de Nederlandse *pre-pack*-praktijk alsook voor de ontwerpwetgeving (WCO I) in Nederland (en in het verlengde, in België)<sup>17</sup>. Onder verwijzing naar de arresten *d’Urso*<sup>18</sup> en *Spano*<sup>19</sup> stelt het Hof immers dat een procedure die de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt, “vanzelfsprekend” niet aan die voorwaarde voldoet. Nochtans dachten de Nederlandse en Belgische wetgevers gedurende lange tijd dat de *pre-pack* respectievelijk het stil faillissement zonder enig probleem onder artikel 5, 1. richtlijn zouden vallen<sup>20</sup>. Blijkbaar slaagden de Nederlandse en Belgische wetgevers er dus niet in om iets “vanzelfsprekend” te ontwaren.

We raden echter aan om niet te veel belang te hechten aan het woord “vanzelfsprekend” (net zoals we niet te veel belang moeten hechten aan het wisselend woordgebruik van “transactie” en “procedure”). Het woord “vanzelfsprekend” dient o.i. samen gelezen te worden met de arresten *d’Urso* (1991) en *Spano* (1995). In die arresten stonden immers herstructureringsprocedures centraal, die fundamenteel verschillen van faillissementsprocedures. In die gevallen zou men *vandaag* inderdaad over “vanzelfsprekend” kunnen

spreken. Hoogstens is het woordgebruik van het Hof hier ongelukkig gekozen. Het is echter een utopie om te verwachten dat het Hof over elk woord nadenkt zoals VAN MOORSEL in zijn bijdrage heeft gedaan over het woord “vanzelfsprekend”<sup>21</sup>.

8. *Interpretatie, interpretatie, interpretatie* – Het Hof lijkt alvast aan te voelen dat verdere verduidelijking noodzakelijk is (zo “vanzelfsprekend” is het dus toch niet), en volgt daarin de Adv. Gen. door te stellen dat:

“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.”<sup>22</sup>

Die algemene bewoordingen getuigen volgens een groot deel van de Nederlandse doctrine van een zeer – en misschien wel te – enge (en allerminst letterlijke, maar eigenwijze) interpretatie van artikel 5, 1. richtlijn.

Een *eerste* kritiekpunt dat HOOGENDOORN en NICK BLOK uiten, is dat volgens het Hof *zowel* bij faillissementsprocedures *als* bij soortgelijke procedures getoetst moet worden of de procedure op de liquidatie van “het vermogen van de vervreemder”/ “onderneming” is gericht (het Hof gebruikt beide termen door elkaar, *infra*). Volgens hen zou een letterlijke lezing van artikel 5, 1. richtlijn tot een ander en correcter resultaat leiden: er moet sprake zijn van een faillissementsprocedure *of* van een soortgelijke procedure met het oog op liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Indien het Hof dus vaststelt dat de *pre-pack* in wezen een faillissementsprocedure is, dient het Hof volgens voornoemde auteurs niet meer te toetsen of hierbij ook het oogmerk van liquidatie van het vermogen van de vervreemder aanwezig is. Zij denken daarvoor steun te vinden in eerdere arresten van het Hof van Justitie<sup>23</sup>.

<sup>16</sup> Zie o.m. HvJ 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, *NJ*, 2017/369, 5677, noot F.M.J. VERSTIJLEN.

<sup>17</sup> R.C.M. VAN MOORSEL, “Food for thought. Over het dwingende arrest van het Hof van Justitie inzake *FNV c.s. / Smallsteps*”, *Tvl*, 2017/32, 201.

<sup>18</sup> HvJ 25 juli 1991, C-362/89, *d’Urso*, ECLI:EU:C:1991:326.

<sup>19</sup> HvJ 7 december 1995, C-472/93, *Spano e.a.*, ECLI:EU:C:1995:421.

<sup>20</sup> *Voor België*, zie *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2407/004, 42: “De minister begrijpt dus niet waar men bang voor is, want de kansen op continuïteit en op werkgelegenheid worden alleen maar vergroot onder permanente rechterlijke controle en onder de aangegeven voorwaarden. In welk opzicht is dat strijdig met de Europese richtlijn? [...]”. Zie in dat verband ook R. AYDOGDU, “La réforme du transfert d’entreprise par la loi du 1 août 2017: le silence assourdissant de la faillite silencieuse” in A. DESPONTIN (ed.), *La réforme du droit de l’insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats): une (r)évolution?*, Brussel, Larquier, 2017, (139) 179-180. *Voor Nederland*, zie *Kamerstukken II* 2014-15, 34218, 33-35.

<sup>21</sup> Wat hij overigens zelf ook toegeeft, zie R.C.M. VAN MOORSEL, “Food for thought. Over het dwingende arrest van het Hof van Justitie inzake *FNV c.s. / Smallsteps*”, *Tvl*, 2017/32, (201) 204.

<sup>22</sup> Ro. 48 HvJ 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489.

<sup>23</sup> M. HOOGENDOORN en D. NICK BLOK, “*FNV / Smallsteps*; door overgang van onderneming, naar ondergang van ondernemingen?”, *NtEr* 2017, (211) 215. In dezelfde zin, lees ik HvJ 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, *JOR*, 2017/217, noot L.G. VERBURG, punt 6.

De waarde van dat argument is echter moeilijk te schatten. O.i. is de tekst op dit punt niet helemaal duidelijk. De tekst lijkt immers – terecht – te impliceren dat een faillissementsprocedure een liquidatieoogmerk heeft<sup>24</sup>. Indien het Hof zou besluiten dat een concrete *pre-pack* geen liquidatieoogmerk heeft (al dan niet als hoofddoel), dan zou die *pre-pack* in zijn geheel geen faillissementsprocedure zijn (en zou niet voldaan zijn aan het eerste criterium). Het verdwijnen van het tweede criterium verschuift het probleem dus gewoon naar het eerste criterium. Bovendien ligt het moeilijk om als auteur te oordelen dat het Hof van Justitie in eerdere arresten iets anders verdedigde dan in het geannoteerde arrest. Het Hof van Justitie weet immers – hopelijk – zelf het best wat het met zijn vorige arresten bedoelde.

Een tweede kritiekpunt dat we vaker kunnen terugvinden in de Nederlandse rechtsleer, betreft de bewoordingen door het Hof m.b.t. het tweede criterium zelf<sup>25</sup>. Het Hof lijkt in r.o. 48 tot 51 te besluiten dat als een *pre-pack* als hoofddoel het behoud van de onderneming van de gefailleerde heeft, deze niet onder artikel 5, 1. richtlijn kan vallen. Indien we de bewoordingen van artikel 5, 1. richtlijn erop naslaan, vinden we echter niets terug over het hoofddoel van de procedure als determinerend criterium. Daarentegen is het volgens een tekstuele interpretatie relevant of de procedure gebeurt “*met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder*”. Daarbij maken we graag een tweetal opmerkingen.

Ten eerste is het woordgebruik “doel” van het Hof *an sich* niet vreemd: “met het oog op” betekent volgens de *Dikke Van Dale* immers “met de bedoeling om”. Het woordgebruik “hoofddoel” oogt daarentegen wel bevreemdend. Dat strenger criterium (het moet immers gaan over het hoofddoel, niet enkel het doel – wat dat *in concreto* ook moge betekenen<sup>26</sup>) vinden we immers nergens terug in de bewoordingen van artikel 5, 1. richtlijn.

Daarnaast gebruikt het Hof de “liquidatie van het vermogen van de vervreemder” en de “liquidatie van de onderneming”

door elkaar. Nochtans zijn die bewoordingen wezenlijk verschillend. Heeft een *pre-pack* als doel en tot gevolg dat het *vermogen* van de vervreemder wordt geliquideerd? Ja, een *pre-pack* is niets meer dan een voorbereid faillissement waarbij het vermogen van de vervreemder wordt geliquideerd. Heeft een (typische) *pre-pack* als doel en tot gevolg dat de *onderneming* wordt geliquideerd? Neen, de overdracht van de *onderneming* is een onderdeel van de – voor de partijen meest efficiënte vorm van – liquidatie van het *vermogen* van de vervreemder. Het hoofddoel is daarbij echter steeds opbrengstmaximalisatie voor de schuldeisers. Zoals VERSTIJLEN het verwoordt, betreft het “*een paradoxale situatie, maar geen antithese*”<sup>27</sup>.

9. *Beweegredenen van het Hof* – Hoe is het Hof dan tot de geannoteerde uitspraak gekomen? Zonder te pretenderen de volledige beweegredenen van het Hof te kunnen vatten, zijn alvast een aantal elementen meldenswaardig.

VAN DER PIJL merkt *vooreerst* terecht op dat het insolventierecht een dynamisch karakter kent. De focus op liquidatie van de onderneming verschuift meer en meer naar het redden en voortzetten van de onderneming (de zgn. paradigmawijzigingen waarover COUSY in een eerdere bijdrage schreef<sup>28</sup>)<sup>29</sup>. Ook Adv. Gen. MENGOZZI merkt dat op en ziet het succes van de *pre-pack* als “*het gevolg van een groeiende neiging in het modern insolventierecht om de voorkeur te geven aan benaderingen die, anders dan de klassieke benadering die gericht is op liquidatie van de in moeilijkheden verkerende onderneming, gericht zijn op de redding van de onderneming, althans het behoud van de economisch nog levensvatbare onderdelen daarvan*”<sup>30</sup>. Zoals VAN DER PIJL opmerkt, kan de vraag rijzen of, indien de benadering van het insolventierecht wijzigt en evolueert, rechters niet de nodige vrijheid moeten krijgen om de reeds bestaande – soms oude – rechtspraak en wetgeving evolutief in te vullen. Tegenargumenten voor die evolutieve interpretatie zijn echter even gemakkelijk te geven. Denk maar aan problemen

24. Temeer nu het verslag van de Commissie over 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, COM (2007) 334 def geen melding maakt van twee aparte categorieën, zijnde “faillissementsprocedures” of “soortgelijke procedures”: “*In beginsel zijn de artikelen 3 en 4 van de richtlijn niet van toepassing bij insolventieprocedures die zijn ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.*” (eigen benadrukking). Zie ook R.M. BELTZER, “Overgang van onderneming en faillissement: over een blinde vlek bij curatoren of wishful thinking onder arbeidsrechtjuristen”, *FIP*, 2014/360, (21) 23, vn. 10.

25. Zie o.m. M. HOENDOORN en D. NICK BLOK, “*FNV / Smallsteps; door overgang van onderneming, naar ondergang van ondernemingen?*”, *NtEr* 2017, (211) 215; F.M.J. VERSTIJLEN, “De dubbele natuur van de doorstart”, *Tvl*, 2017/20, (131) 133.

26. R.o. 48 van de *Smallsteps*-zaak lijkt alvast te suggereren dat elke doorstart als hoofddoel het behoud van de onderneming heeft: “[...] *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.*” Vgl. P.R.W. SCHAINK, “Het arrest van het Hof van Justitie inzake *FNV c.s. / Smallsteps*”, *Tvl*, 2017/22, (140) 141; HvJ 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, *JOR*, 2017/217, noot L.G. VERBURG, punt 12.

27. F.M.J. VERSTIJLEN, “De dubbele natuur van de doorstart”, *Tvl*, 2017/20, (131) 131. Zie ook P.R.W. SCHAINK, “Het arrest van het Hof van Justitie inzake *FNV c.s. / Smallsteps*”, *Tvl*, 2017/22, (140) 146; N.W.A. TOLLENAAR, “De implicaties van Estro voor de *pre-pack* en WCO I”, *TRA* 2018, afl. 2, (21) 25-27; M.R. VAN ZANTEN, “It takes Smallsteps to *pre-pack*: een analyse” in E.J.R. VERWEY, M.A. BROEDERS en Ph.W. SCHREURS (eds.), *De Curator en het Personeel. Insolad Jaarboek 2018*, Deventer, Kluwer, 2018, (15) 42-44.

28. H. COUSY, “Paradigmawijzigingen in het insolventierecht?” in *Liber Amicorum Eddy Wymeersch: van alle markten thuis*, Antwerpen, Intersentia, 2008, 283-294. In dezelfde zin, zie N. THIRION, T. DELVAUX, A. FAYT ET AL., *Droit de l'entreprise*, Brussel, Larcier, 2013, 637 *et seq.*

29. J. VAN DER PIJL, “Het *Smallsteps*-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie”, *A&O* 2017, (118) 119.

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

van democratische legitimering en rechtsonzekerheid.

Een *tweede* element betreft de reeds besproken paradoxale situatie van de doorstart uit een *pre-pack* en het verwarrend gebruik van bewoordingen door het Hof (*supra*, nrs. 6 en 8). Denk daarbij aan het wisselend woordgebruik van “transactie” en “procedure”, evenals aan dat van “onderneming” en “vermogen van de vervreemder”. VERSTIJLEN meldt zelfs dat hij de Nederlandse *pre-pack*-praktijk niet eens herkent in de bewoordingen van het Hof<sup>31</sup>.

Een *derde* element betreft de misleidende bewoordingen in de Nederlandse (vgl. Belgische) wetgeving (zo getuige de opmerking van Adv. Gen. MINGOZZI in vn. 35 van zijn conclusie<sup>32</sup>). In Nederland zou de *pre-pack* wettelijk verankerd worden in de “*wet continuïteit ondernemingen I*”. De naam van die wet laat niet meteen uitschijnen dat een *pre-pack* gericht is op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder (laat staan als *hoofddoel* de liquidatie heeft, *i.e.* het strengere criterium zoals gehanteerd door de Adv. Gen. en het Hof)<sup>34</sup>. In het Belgisch recht bevinden zich in de (thans oude) “*wet continuïteit ondernemingen*” reorganisatieprocedures, traditioneel gericht op het voortzetten van de onderneming, en géén faillissementsprocedures, gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Het Belgische stil faillissement kreeg daarentegen de benaming van een faillissement (*i.t.t.* een *pre-pack* dat terminologisch louter wijst op een voorbereidende fase; *pre-packaged*), en zou ondergebracht worden in het nieuwe Boek XX van het Wetboek economisch recht (dat voortaan zowel de faillissements- als reorganisatieprocedures bevat). *So far, so good* voor het Belgische stil faillissement. Wie de parlementaire voorbereidingen inzake het stil faillissement er echter op naslaat, ziet het volgende staan: “*Het is duidelijk dat dergelijke procedure het vrijwaren van de continuïteit van de onderneming of van de activiteiten tot doel heeft.*”<sup>35</sup>. Het

*doel* van het stil faillissement is volgens de parlementaire voorbereidingen m.a.w. het vrijwaren van de continuïteit van de onderneming of van de activiteiten<sup>36</sup>. Bijgevolg zou een “typisch” stil faillissement, waarbij een overdracht van de onderneming wordt beoogd, vermoedelijk evenmin de strenge toets door het Hof van Justitie gehaald hebben<sup>37</sup>.

Een *vierde* niet-onbelangrijke factor betreft de concrete feiten van de bodemzaak. Het Hof heeft die feiten in acht genomen bij zijn beoordeling (zie r.o. 49 en 50: “*In casu*”, “Onder deze omstandigheden”, “een dergelijke transactie”). De *pre-pack* was in het onderhavige geval tot in de kleinste details voorbereid (r.o. 49). In de media kon men met schering en inslag verhalen lezen over ontslagen werknemers die zich bedrogen voelden door hun werkgever die gretig gebruik maakte van de *pre-pack* om zich op die manier goedkoop van zijn werknemers te ontdoen<sup>38</sup>. In het onderhavige geval was de overnemer bovendien een gelieerde partij van de gefailleerde, een situatie waarbij misbruik van die procedure vaker voorkomt. Bovendien was er *in casu* geen enkele andere potentiële optie onderzocht (r.o. 20). Toegespitst op de *concrete* feiten en het doel van de richtlijn, *i.e.* werknemersbescherming bij overdracht van ondernemingen, was de uitspraak van het Hof van Justitie dus niet wereldvreemd. Weliswaar kan daarbij de vraag rijzen of het niet zuiverder was geweest om het eventuele misbruik te toetsen in het kader van de aanwezige antimisbruikbepalingen waarin de lidstaten overeenkomstig artikel 5, 4. van die richtlijn moeten voorzien<sup>39</sup>.

### (iii) De procedure moet onder toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie

10. *Procedure onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie* – Het Hof merkt vooreerst op dat de Nederlandse

<sup>31</sup>. Zo beoogt een *pre-pack* niet noodzakelijk een doorstart, maar kan deze ook een ordentelijke liquidatie mogelijk maken. Zie HvJ 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, NJ, 2017/369, 5677, noot F.M.J. VERSTIJLEN.

<sup>32</sup>. Concl. P. MINGOZZI bij HvJ 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489: “*In die context lijkt de door de Nederlandse regering aangevoerde stelling, namelijk dat de procedure die tot een pre-pack leidt, gelet op het feit dat zij plaatsvindt in een faillissementsprocedure, gericht is op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, eigenaardig. Ik merk in dit verband op dat het wetsvoorstel dat thans in het Nederlandse parlement wordt behandeld en dat de pre-pack in Nederland zou moeten regelen ‘Wet continuïteit ondernemingen’ heet.*”

<sup>33</sup>. P.R.W. SCHAINK, “Het arrest van het Hof van Justitie inzake *FNV c.s. / SmallSteps*”, *Tvl*, 2017/22, (140) 143.

<sup>34</sup>. Zie evenwel N.W.A. TOLLENAAR, “De implicaties van Estro voor de *pre-pack* en WCO I”, *TRA* 2018, afl. 2, (21) 27: “[...] Toch zouden rechters hier eenvoudig doorheen moeten kunnen prikken. De naam is goed te verenigen met een regeling die bedrijfsvoortzetting niet als doel op zich ziet, maar als middel om het doel van opbrengstmaximalisatie te bereiken in gevallen waarin dat tot de hoogste opbrengst leidt.”

<sup>35</sup>. *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2407/001, 49.

<sup>36</sup>. Vgl. Nederland: “Doel van de voorbereiding is de uit het faillissement voortvloeiende schade bij schuldeisers (waaronder ook de werknemers) en andere betrokkenen zoveel mogelijk te beperken, onder meer door de kansen op een verkoop en daarop volgende doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen tegen een maximale opbrengst en met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid te vergroten.” (*Kamerstukken II* 2014-15, 34218, 3).

<sup>37</sup>. Zie reeds eerder F. DE LEO, “De stille dood van het stil faillissement”, *Trends*, 29 juni 2017, [www.trends.knack.be/economie/bedrijven/de-stille-dood-van-het-stil-faillissement/article-opinion-872381.html](http://www.trends.knack.be/economie/bedrijven/de-stille-dood-van-het-stil-faillissement/article-opinion-872381.html). Op de redenering van het Hof kan men uiteraard kritiek hebben (de liquidatie van het vermogen van de vervreemder is immers niet noodzakelijk hetzelfde als de liquidatie van het vermogen van de onderneming), maar dat verandert niets aan de conclusie dat een “typisch” stil faillissement volgens de redenering van het Hof niet onder de uitzondering van art. 5, 1. richtlijn zou vallen. Zie in het bijzonder r.o. 48: “[...] 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.”

<sup>38</sup>. Zie bv. [www.kinderopvangtotaal.nl/fnv-smallsteps-beste-werkgever-is-wereld-op-zijn-kop/](http://www.kinderopvangtotaal.nl/fnv-smallsteps-beste-werkgever-is-wereld-op-zijn-kop/).

<sup>39</sup>. M. HOOGENDOORN en D. NICK BLOK, “*FNV / SmallSteps*; door overgang van onderneming, naar ondergang van ondernemingen?”, *NtEr* 2017, (211) 217; M.R. VAN ZANTEN, “It takes SmallSteps to *pre-pack*: een analyse” in E.J.R. VERWEY, M.A. BROEDERS en Ph.W. SCHREURS (eds.), *De Curator en het Personeel. Insolad Jaarboek 2018*, Deventer, Kluwer, 2018, (15) 30-31. Zie in dat verband J.R. EVERHARDUS en I.M.G. ULTEE, “Misbruik van faillissementsrecht bezien vanuit een geïntegreerd arbeids- en insolventierechtelijk perspectief”, *A&O* 2017, 89-104.

*pre-pack*-praktijk geen enkele wettelijke grondslag heeft (r.o. 53). Dat is uiteraard juist: de Nederlandse wetgever was immers, net zoals de Belgische wetgever, bezig met ontwerp teksten.

Het Hof redeneert voort (r.o. 54-55) en stelt dat tijdens de voorbereidende fase de leiding van de onderneming in controle blijft: zij voert de onderhandelingen en neemt de besluiten die de verkoop van de onderneming voorbereiden. Op verzoek van diezelfde leiding van de onderneming wordt een beoogd curator (vgl. *precurator*) door de rechtbank aangesteld. Formeel beschikt die curator echter over geen enkele bevoegdheid (er is immers geen wetgeving voorhanden). Daarop besluit het Hof dat die curator *derhalve* niet onder toezicht staat van een overheidsinstantie. Die laatste gevolgtrekking is echter moeilijk te volgen: het causaal verband tussen het ontbreken van formele bevoegdheden en het ontbreken van toezicht door een overheidsinstantie ontgaat ons immers. Bovendien moet overeenkomstig artikel 5, 1. richtlijn *de procedure* (en niet noodzakelijk de beoogd curator of *precurator*) onder toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie<sup>40</sup>.

De formele controle die gebeurt zodra het faillissement is uitgesproken, wordt volgens het Hof in de *pre-pack*-praktijk uitgehold (r.o. 56-57). De toestemming voor de overdracht van de onderneming wordt door de curator zeer snel na de faillietverklaring gevraagd en verkregen, wat erop wijst dat de rechter-commissaris reeds vóór de faillietverklaring op de hoogte moet zijn gesteld en in feite hebben aangegeven tegen die overdracht geen bezwaar te hebben. In de Nederlandse doctrine bestaat over dat oordeel heel wat kritiek. Het Hof zou de effectiviteit van het toezicht in een “gewoon”

faillissement overschatten en dat van een *pre-pack*-procedure onderschatten<sup>41</sup>. Die kritiek is uiteraard gedeeltelijk correct: ook bij een voorbereid faillissement komt er immers (bij het uiteindelijk faillissement) een formeel bevoegde curator en rechter-commissaris van pas. Toch is er o.i. globaal genomen wel degelijk een verschil tussen het bestuur en toezicht in een “gewoon” faillissement en een voorbereid faillissement.

Neem nu als voorbeeld het Belgische wetsontwerp m.b.t. het stil faillissement. Aangezien het zetelend bestuur van de onderneming tijdens de voorbereidende fase in controle zou blijven – die op zijn beurt in de continentale rechtsstelsels onder controle staat van de meerderheidsaandeelhouders<sup>42</sup> –, kan het bestuur (lees: meerderheidsaandeelhouders) de rechtbank op ieder moment verzoeken om de *precurator* te ontheffen uit zijn mandaat (geschrap art. XX.33, § 7 WER). Dat is anders bij een “gewone” faillissementsprocedure, waarbij het zetelend bestuur (lees: meerderheidsaandeelhouders) buiten spel wordt gezet. Een *precurator* die zijn taak naar behoren vervult door te handelen in het belang van de gezamenlijke schuldeisers zal m.a.w. een grotere kans hebben om ontslagen te worden dan een *precurator* die opportunistisch handelt ten voordele van de aandeelhouders en ten nadele van de gezamenlijke schuldeisers<sup>43</sup>. Een gelijkaardige gedachtegang voor de Nederlandse *pre-pack* kunnen we terugvinden in een bijdrage van WIBIER. Hij wijst er o.m. op dat een beoogd curator door zijn betrokkenheid met het bestuur in de voorbereidende fase niet zo onafhankelijk is als een curator in een “gewoon” faillissement alsook dat het zetelend bestuur in een *pre-pack* veel meer invloed heeft dan in een “gewoon” faillissement<sup>44</sup>.

#### IV. GEVOLGEN VAN DE *SMALLSTEPS*-UITSPRAAK

##### (i) Gevolgen voor de verwijzende rechter

**11. Minimale beoordelingsvrijheid verwijzende rechter** – Wat er ook van zij, het Hof had zich in onderhavige zaak uitgesproken over de toepassing van artikel 5, 1. richtlijn op de *pre-pack* van *Smallsteps*. De verwijzende rechtbank Midden-Nederland moest dus rekening houden met het geannoteerde arrest. Gelet op de beperkte beoordelingsruimte die de rechtbank Midden-Nederland in dit arrest verkreeg, kon zij wellicht niet anders dan concluderen dat onderhavige *pre-*

*pack* niet valt onder de uitzondering bepaald in artikel 5, 1. Het kinderopvangbedrijf *Smallsteps* ging dan ook al snel over tot een schikking met FNV: er werd 11 miljoen euro vrijgemaakt om uit te keren aan de ontslagen werknemers<sup>45</sup>.

Een opmerkelijk lezer zal vaststellen dat r.o. 50 (i.v.m. het tweede criterium, het liquidatieoogmerk) nochtans melding maakt van “*onder voorbehoud van verificatie door de rechter*”. Het Hof leek hier m.a.w. op het eerste gezicht enige beoordelingsvrijheid te verlenen aan de verwijzende rech-

<sup>40</sup>. In dezelfde zin, zie HvJ 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, NJ, 2017/369, 5677, noot F.M.J. VERSTIJLEN; F.M.J. VERSTIJLEN, “De dubbele natuur van de doorstart”, *Tvl*, 2017/20, (131) 133, vn. 8.

<sup>41</sup>. HvJ 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, NJ 2017/369, 5677, noot F.M.J. VERSTIJLEN; F.M.J. VERSTIJLEN, “De dubbele natuur van de doorstart”, *Tvl*, 2017/20 (131) 133; M. HOOGENDOORN en D. NICK BLOK, “FNV / *Smallsteps*; door overgang van onderneming, naar overgang van ondernemingen?”, *NtEr* 2017, (211) 216.

<sup>42</sup>. C. VAN DER ELST, *Shareholders as Stewards: Evidence from Belgian General Meetings*, 2013, beschikbaar op SSRN: [www.dx.doi.org/10.2139/ssrn.2270938](http://www.dx.doi.org/10.2139/ssrn.2270938).

<sup>43</sup>. Voor een uitgebreider verhaal (en een pleidooi voor meer schuldeisersbescherming bij het stil faillissement), zie F. DE LEO, “Ode on a Distant Prospect of Bankruptcy Governance”, *Juristenkrant* 2017, nr. 351, 12.

<sup>44</sup>. R.M. WIBIER, “Europees Insolventierecht en het belang daarvan voor de Nederlandse *pre-pack*-praktijk”, *Ars Aequi* 2017, (996) 997-998.

<sup>45</sup>. [www.nos.nl/artikel/2208714-ontslagen-medewerkers-kinderopvangbedrijf-krijgen-11-miljoen-euro.html](http://www.nos.nl/artikel/2208714-ontslagen-medewerkers-kinderopvangbedrijf-krijgen-11-miljoen-euro.html).

ter<sup>46</sup>. Nochtans was die beoordelingsruimte *in casu* eerder theoretisch. Het Hof heeft zich in dit arrest immers grotendeels uitgesproken over de typische *pre-pack*-praktijk, met een overdracht tot gevolg, als zodanig<sup>47</sup>. Bovendien volgt uit r.o. 57 dat de Nederlandse *pre-pack*-praktijk “niet kan voldoen aan de voorwaarde van toezicht [...]”<sup>48</sup>.

## (ii) Gevolgen voor andere *pre-packs* en doorstarts

**12. Potentieel verstrekende gevolgen** – Een correcte toepassing van de uitspraak van het Hof van Justitie zou o.i. betekenen dat men telkens dient na te gaan of een overdracht uit een insolventieprocedure voldoet aan voormelde drie voorwaarden. Indien een specifieke insolventieprocedure niet als hoofddoel het (bekritiseerbare, *supra*, nr. 8) liquidatieoogmerk heeft, dan valt die overdracht niet onder de uitzondering bepaald in artikel 5, 1. richtlijn. Dat kan zelfs gaan om volledig onvoorbereide insolventieprocedures (dus buiten de *pre-pack* of het stil faillissement). Nieuwe prejudiciële vragen zullen de toepassing van artikel 5, 1. richtlijn op de verschillende insolventieprocedures verder moeten verduidelijken (zie bv. *infra*, nr. 14)<sup>49</sup>.

**13. Bogra: het vage onderscheid tussen *pre-packs* en “gewone” doorstarts** – De rechtbank Noord-Holland heeft in de zaak *Bogra* echter in een andere zin geoordeeld<sup>50</sup>. Zij stelt dat de reikwijdte van de *Smallsteps*-zaak beperkt is tot “het geval zoals weergegeven in die uitspraak, 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*”. De rechtbank oordeelt daarbij dat er *in casu* géén sprake was van een overgang uit een *pre-pack* omdat (i) zij niet tot in de kleinste details was voorbereid, (ii) de overdracht pas 3 weken na het faillissement plaats vond en (iii) de activatransactie is geschied onder toezicht van een rechter-commissaris. Het betreft dus een “gewone doorstart” uit faillissement

(na *surseance* van betaling), waarvan het hoofddoel volgens de rechtbank de liquidatie van het vermogen van de vervreemder is. De rechtbank merkt daarbij op dat, indien een onderneming gebruik zou maken van een faillissementsprocedure (met als hoofddoel de liquidatie van het vermogen van de vervreemder) om goedkoop van (een deel van) haar werknemers af te geraken, de werknemers zich zouden kunnen beroepen op antimisbruikbepalingen. Zij voegt daar nog aan toe dat haar inziens in deze zaak geen misbruik kan worden vastgesteld.

Voornoemde uitspraak ontving al snel de nodige kritiek<sup>51</sup>. De rechtbank kijkt immers vooreerst naar de manier waarop het faillissement wordt aangewend. Het gaat iets trager dan in de *Smallsteps*-zaak, en dus gaat het volgens de rechtbank om een “gewone doorstart” uit faillissement. Men zou dit echter even goed – en wellicht beter – als een tragere *pre-pack* kunnen kwalificeren. De kwalificatie als “gewone doorstart” leidt immers tot het onwenselijke resultaat dat de betrokken partijen *pre-packs* voortaan met enige vertraging als “gewone doorstarts” kunnen vermommen<sup>52</sup>. Voorts verwacht de rechtbank het *in concreto* hoofddoel met het *juridisch karakter* van de procedure. Een faillissementsprocedure is juridisch gezien inderdaad gericht op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Uit de *concrete* feiten zou men volgens sommige auteurs echter kunnen afleiden dat het *eigenlijke hoofddoel* bij het aanvragen van het faillissement “overduidelijk” de voortzetting van de activiteiten was<sup>53</sup>. Een juiste interpretatie van het *Smallsteps*-arrest leidt er o.i. immers toe dat men de feitelijke casus *in concreto* moet beoordelen, en niet de procedure *in abstracto*<sup>54</sup>. Overeenkomstig deze interpretatie moesten de werknemers dus wellicht wel mee overgenomen worden.

De uitspraak van de rechtbank Noord-Holland, alsook de kritiek daarop, heeft het in Nederland zelfs tot de 2de kamer geschopt. Op een recent gestelde vraag aan de Nederlandse minister voor Rechtsbescherming, Sander DEKKER, over voornoemde uitspraak, antwoorde hij dat het niet aan hem (maar aan de rechter) is om de *Smallsteps*-uitspraak in con-

<sup>46</sup> HvJ 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, *JAR*, 2017/189, noot E. LOESBERG; M. HOOGENDOORN en D. NICK BLOK, “*FNV / Smallsteps*; door overgang van onderneming, naar ondergang van ondernemingen?”, *NtEr* 2017, (211) 216.

<sup>47</sup> HvJ 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, *NJ*, 2017/369, 5677, noot F.M.J. VERSTIJLEN.

<sup>48</sup> M. HOOGENDOORN en D. NICK BLOK, “*FNV / Smallsteps*; door overgang van onderneming, naar ondergang van ondernemingen?”, *NtEr* 2017, (211) 216.

<sup>49</sup> Vgl. J. VAN DER PIJL, “Het *Smallsteps*-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie”, *A&O* 2017, (118) 126; P.R.W. SCHAIK, “Het arrest van het Hof van Justitie inzake *FNV c.s. / Smallsteps*”, *TvI*, 2017/22, (140) 143-144; Ph. SCHREURS, “*Smallsteps* en de grote stappen die nu gezet moeten worden”, *ArA*, 2017/11, afl. 3, (3) 9.

<sup>50</sup> Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, *Bogra*, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423.

<sup>51</sup> Zie bv. [www.volkskrant.nl/economie/doodskistenbouwer-omzeilde-met-behulp-van-de-rechter-het-verbod-op-flitsfaillissementen~a4526851/](http://www.volkskrant.nl/economie/doodskistenbouwer-omzeilde-met-behulp-van-de-rechter-het-verbod-op-flitsfaillissementen~a4526851/); brief van de Nederlandse Orde van Advocaten van 19 oktober 2017, *Kamerstukken I* 2017-18, 34218, nr. J, 2, vn. 2; J.M.W. POOL, “De eerste toepassingen van *Smallsteps* in Nederland”, *TvI* 2018, 245.

<sup>52</sup> Vgl. J. VAN DER PIJL, “Het *Smallsteps*-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie”, *A&O* 2017, (118) 126.

<sup>53</sup> Zie bv. BELTZER, zoals geciteerd in [www.volkskrant.nl/economie/doodskistenbouwer-omzeilde-met-behulp-van-de-rechter-het-verbod-op-flitsfaillissementen~a4526851/](http://www.volkskrant.nl/economie/doodskistenbouwer-omzeilde-met-behulp-van-de-rechter-het-verbod-op-flitsfaillissementen~a4526851/).

<sup>54</sup> In dezelfde zin, zie Ph. SCHREURS, “*Smallsteps* en de grote stappen die nu gezet moeten worden”, *ArA*, 2017/11, afl. 3, (3) 10; brief van de Nederlandse Orde van Advocaten van 19 oktober 2017, *Kamerstukken I* 2017-18, 34218, nr. J, 9-10; J.F. FLIEK en F.M.J. VERSTIJLEN, “De eerste stappen voorbij *Estro*”, *TrA* 2018, afl. 2, 16; J.M.W. POOL, “De eerste toepassingen van *Smallsteps* in Nederland”, *TvI* 2018, 245. Vgl. M. BELTZER, “Overgang van onderneming en faillissement: over een blinde vlek bij curatoren of wishful thinking onder arbeidsrechtjuristen”, *FIP*, 2014/360, 21; P. HUFMAN, *Arbeidsrecht en insolventie: een rechtsvergelijking*, Den Haag, Sdu, 2015, 39-40.



crete doorstartsituaties toe te passen<sup>55</sup>.

Het Gerechtshof Amsterdam heeft op 10 juli 2018 de uitspraak van de rechtbank Noord-Holland bevestigd<sup>56</sup>. Die beslissing ligt in lijn met een patroon in de Nederlandse rechtspraak om de impact van het arrest *Smallsteps* op de doorstartpraktijk zoveel mogelijk te beperken<sup>57</sup>.

**14. De Belgische gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag** – Vermeldenswaardig in Belgische context is de recent gestelde prejudiciële vraag door het arbeidshof Antwerpen, afdeling Hasselt, over de verenigbaarheid van artikel 61, § 3 WCO (thans art. XX.86, § 3 WER) in het kader van een overdracht onder gerechtelijk gezag met de richtlijn<sup>58</sup>. Artikel 61, § 3 WCO geeft de overnemer het recht om te kiezen welke werknemers hij wenst over te nemen en welke niet, voor zover (i) dergelijke keuze wordt bepaald door technische, economische of organisatorische redenen én (ii) voor zover er geen sprake is van verboden differentiatie. De vraag rijst of die keuzemogelijkheid van artikel 61, § 3 WCO indruist tegen de bepalingen van de richtlijn. Krachtens artikel 3 van die richtlijn gaan *alle* rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, door deze overgang immers over op de verkrijger. De enige potentiële *categorische* uitzondering daarop is de toepassing van de uitzondering in artikel 5, 1. van die richtlijn.

De argumenten die worden aangevoerd *vóór* de toepassing van artikel 5, 1. richtlijn worden door het arbeidshof samengevat als volgt: (i) het doel van de regelgeving is het beslissend criterium om uit te maken of het om een liquidatieprocedure gaat; (ii) de bedoelde gerechtelijke reorganisatie is een “alternatief” voor een klassiek faillissement, omdat na

de overname de vervreemder meestal wordt vereffend of failliet verklaard; (iii) de Europese verordening nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures<sup>59</sup> (zoals gewijzigd door verordening nr. 583/2011/EU<sup>60</sup>) maakt een onderscheid tussen insolventieprocedures en liquidatieprocedures, waarbij deze laatste insolventieprocedures zijn die leiden tot de liquidatie van de goederen van de schuldenaar; (iv) de bedoelde gerechtelijke reorganisatie wordt zowel in bijlage A “Belgische insolventieprocedures” als in bijlage B “Belgische liquidatieprocedures” bij die verordening genoemd; (v) de parlementaire voorbereiding van de WCO-wet noopt tot de conclusie dat de bedoelde gerechtelijke reorganisatie een liquidatieprocedure is; (vi) de Belgische vakbonden gaan er vanuit dat de bedoelde gerechtelijke reorganisatie een liquidatieprocedure is; (vii) de Belgische juridische doctrine is dezelfde mening toegedaan omdat er een verregerende analogie bestaat tussen de procedure van een gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag en het faillissement.

De argumenten die worden aangevoerd *tégen* de toepassing van artikel 5, 1. richtlijn zijn minder talrijk, maar daarom *niet* minder overtuigend. Zo wordt er verwezen naar de tekst van artikel 59, § 1, eerste lid WCO (thans art. XX.84, § 1 WER), die als volgt luidt: “*De overdracht onder gerechtelijk gezag van het geheel of een gedeelte van de onderneming of van haar activiteiten kan door de rechtbank bevolen worden met het oog op het behoud ervan wanneer de schuldenaar ermee instemt in zijn verzoekschrift tot gerechtelijke reorganisatie of later in de loop van de procedure.*” (eigen benadrukking). Zie ook artikel 62, tweede lid WCO (thans art. XX.87, § 1 WER): “[*De gerechtsmandataris*] waakt bij voorrang over het behoud van het geheel of een gedeelte van de economische activiteit van de onderneming, rekening

<sup>55</sup>. *Kamerstukken II* 2017-18, 33695, nr. 16, 7.

<sup>56</sup>. Gerechtshof Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2339.

<sup>57</sup>. Zie bv. Rechtbank Gelderland 1 februari 2018, *Tuunte*, ECLI:NL:RBGEL:2018:447 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, *Heiploeg*, ECLI:NL:GHARL:2018:6539. Zie in dat verband de *quotes* van prof. VERSTIJLEN in [www.nrc.nl/nieuws/2018/07/23/flitsfaillissement-heiploeg-was-toch-in-orde-a1610940](http://www.nrc.nl/nieuws/2018/07/23/flitsfaillissement-heiploeg-was-toch-in-orde-a1610940).

<sup>58</sup>. Arbh. 14 augustus 2017, 2016/AH/191, *onuitg.* Zie daarover J.P. RENARD, “Les mesures préventives dans le nouveau droit de l’insolvabilité”, *Pli jur.* 2017, nr. 42 (14) 17; R. AYDOGDU, “La réforme du transfert d’entreprise par la loi du 11 août 2017: le silence assourdissant de la faillite silencieuse” in A. DESPONTIN (ed.), *La réforme du droit de l’insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats): une (r)évolution?*, Brussel, Larcier, 2017, (139) 184-186; V. FREMAT, P. DIELTJENS en J. PEETERS, “Het einde van het ‘stil’ faillissement of slechts een tijdelijk afscheid?”, *In Foro* 2017, nr. 56, (17) 22; F. DE LEO, “Het zwaard van Damocles hangt boven de insolventieprocedures zoals we ze kennen: na de pre-pack (‘Estro’) ook de overdracht onder gerechtelijk gezag (‘Echo’)”, *Corporate Finance Lab*, 5 september 2017, raadpleegbaar op [www.corporatefinancelab.org/2017/09/05/het-zwaard-van-damocles-hangt-boven-de-insolventieprocedures-zoals-we-ze-kennen-na-de-pre-pack-estro-ook-de-overdracht-onder-gerechtig-gezag-echo/](http://www.corporatefinancelab.org/2017/09/05/het-zwaard-van-damocles-hangt-boven-de-insolventieprocedures-zoals-we-ze-kennen-na-de-pre-pack-estro-ook-de-overdracht-onder-gerechtig-gezag-echo/). Merk op dat de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag waarbij een ondernemingsbemiddelaar benoemd wordt vandaag nochtans als een (beter) alternatief beschouwd wordt voor het stil faillissement. Zie in dat verband R. AYDOGDU, “L’impact de l’arrêt *Smallsteps* sur le droit belge de l’insolvabilité: ‘one giant leap for mankind?’” in A. ZENNER (ed.), *Le droit de l’insolvabilité: analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, (409) 415-419.

<sup>59</sup>. *Pb.L.* 160, 30 juni 2000, p. 1.

<sup>60</sup>. Uitvoeringsverordening (EU) nr. 583/2011 van de Raad van 9 juni 2011 tot wijziging van de lijsten van insolventie- en liquidatieprocedures en curatoren die zijn opgenomen in de bijlagen A, B en C bij verordening (EG) nr. 1346/2000 betreffende insolventieprocedures en houdende codificatie van de bijlagen A, B en C bij die verordening (*Pb.L.* 160, 18 juni 2011, p. 52).

houdend met de rechten van de schuldeisers.”<sup>61</sup>. Bovendien bleek uit het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg die de overdracht onder gerechtelijk gezag heeft bevolen, dat het behoud van een deel van de onderneming inderdaad een belangrijk oogmerk was.

Een analoge toepassing van de redenering van de *Smallsteps*-zaak op voornoemde prejudiciële vraag, leidt o.i. al snel tot een onthutsend resultaat<sup>62</sup>.

Ten eerste lijkt het ons dat de procedure van overdracht onder gerechtelijk gezag in de meeste gevallen aan de eerste voorwaarde (“faillissementsprocedure of soortgelijke procedure”) voldoet: na de overname wordt de vervreemder immers meestal vereffend of failliet verklaard (zie tevens de vermelding in Bijlage B “liquidatieprocedures” van verordening nr. 1346/2000, zoals gewijzigd door art. 2 verordening nr. 583/2011/EU)<sup>63</sup>. Of dat voldoende is, dienen we echter af te wachten. Bovendien zijn er een aantal abnormaliteiten. Zo bevindt de procedure van overdracht onder gerechtelijk gezag zich voor een “(procedure gelijkaardig aan een) faillissementsprocedure” op een vreemde plaats. Zij was immers terug te vinden in Hoofdstuk 4 “Gerechtigde reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag” in de wet betreffende de *continuïteit* van de ondernemingen (thans: Wetboek economisch recht).

Ten tweede keek het Hof naar het *hoofddoel* van de concrete procedure als determinerend criterium. Volgens het Hof had

de *pre-pack* in de *Smallsteps*-zaak als doel om de onderneming, in haar geheel dan wel gedeeltelijk, vlak na de verklaring van insolventie te herstarten. De *pre-pack* werd door het Hof bestempeld als een louter technisch faillissement. Persoonlijk zien wij weinig verschil in het doel van een typische *pre-pack* en van een typische gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag. Beide procedures liquideren (of doen iets soortgelijks), maar beogen voornamelijk een zo groot mogelijk deel van de onderneming te behouden of voort te zetten<sup>64</sup>.

Ten derde kijkt men naar de *vorm* van de procedure. Het Hof achtte de vorm van een *pre-pack* anders dan die van een faillissementsprocedure. De beoogd curator in een *pre-pack* heeft volgens het Hof minder invloed op de zaak dan een curator in een gewone faillissementsprocedure. Bijgevolg rijst in onderhavige zaak de vraag of het Hof de rol van de (in de wet voorziene) gerechtsmandatarissen bij een overdracht onder gerechtelijk gezag als evenwaardig zal beoordelen als die van een curator bij een regulier faillissement<sup>65</sup>.

Concluderend kunnen we stellen dat indien het Hof zijn redenering in de *Smallsteps*-zaak volgt, het er niet zo rooskleurig uitziet voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, en in het bijzonder voor artikel 61, § 3 WCO (art. XX.86, § 3 WER)<sup>66</sup>. Daartegen kan worden ingebracht dat het ontslag niet louter plaats vindt wegens de overgang, maar wegens *bedrijfseconomische* redenen. Artikel 4, 1. *in fine* richtlijn zou in dat geval een

61. Dat lijkt te suggereren dat het hoofddoel het behoud van de onderneming is (“bij voorrang”) en de waardemaximalisatie voor schuldeisers subsidiair is (“rekening houdend met”). In dezelfde zin, zie R. AYDOGDU en F. ROZENBERG, “Auto-cessions et sterfhuisconstructies dans les procédures collectives” in M. GREGOIRE en D. PASTEGER (eds.), *La cession d’une entreprise en difficulté*, Brussel, Larcier, 2015, (189) 201-202; R. AYDOGDU, “La réforme du transfert d’entreprise par la loi du 11 août 2017: le silence assourdissant de la faillite silencieuse” in A. DESPONTIN (ed.), *La réforme du droit de l’insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats): une (r)évolution?*, Brussel, Larcier, 2017, (139) 184. Zie echter ook art. 62, vijfde lid WCO (thans art. XX.89, § 1 WER) wat exact het omgekeerde lijkt te suggereren: “Indien er verscheidene vergelijkbare offertes zijn, geeft de mandataris de voorkeur aan de offerte die het behoud van de werkgelegenheid garandeert door een sociaal akkoord.”

62. Zie reeds de bedenkingen in L. PELTZER, “Les aspect sociaux de la loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises” in *La loi relative à la loi continuité des entreprises. Actes du colloque du Jeune Barreau de Bruxelles du 15 juin 2009*, Brussel, Larcier, 2009, (125) 155-160; J. PEETERS, “Arbeidsrechtelijke aspecten van overdracht van onderneming: faillissement en WCO” in B. TILLEMANS, M. VANMEENEN, M.E. STORME, H. BRACKMANS en E. DIRIX (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, III, Antwerpen, Intersentia, 2014, (457) 487-491.

63. Voor een uitgebreide analyse, zie Y. BRULARD en E. HUVELLE, “La réorganisation de la réorganisation: entre contraintes européennes contradictoires et nécessités pratiques. Quel avenir pour la procédure de réorganisation judiciaire?” in A. ZENNER (ed.), *Le droit de l’insolvabilité: analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, (435) 452-455.

64. Zie in dat verband de bijzonder strikte bewoordingen in r.o. 48 van de *Smallsteps*-zaak: “[...] 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.” Zie art. XX.39 WER: “De procedure van gerechtelijke reorganisatie strekt tot het behouden, onder toezicht van de rechter, van de continuïteit van het geheel of een gedeelte van de activa of van de activiteiten van de onderneming.”; art. XX.84, § 1 WER: “De overdracht onder gerechtelijk gezag van het geheel of een gedeelte van de activiteiten kan door de rechtbank bevolen worden met het oog op het behoud ervan [...]”; art. XX.87, § 1 WER: “De aangewezen gerechtsmandataris organiseert en verricht de door de rechtbank bevolen overdracht door de verkoop of de overdracht van de voor het behoud van het geheel of een gedeelte van de activiteit van de onderneming noodzakelijke of nuttige roerende of onroerende activa. Hij zoekt en wint offertes in en waakt bij voorrang over het behoud van het geheel of een gedeelte van de activiteit van de onderneming, rekening houdend met de rechten van de schuldeisers.” Vgl. R. AYDOGDU, “La réforme du transfert d’entreprise par la loi du 11 août 2017: le silence assourdissant de la faillite silencieuse” in A. DESPONTIN (ed.), *La réforme du droit de l’insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats): une (r)évolution?*, Brussel, Larcier, 2017, (139) 184; Y. BRULARD en E. HUVELLE, “La réorganisation de la réorganisation: entre contraintes européennes contradictoires et nécessités pratiques. Quel avenir pour la procédure de réorganisation judiciaire?” in A. ZENNER (ed.), *Le droit de l’insolvabilité: analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, (435) 456-458. Nochtans is de voortzetting van de onderneming o.i. in wezen een middel om het eigenlijke hoofddoel, namelijk opbrengstmaximalisatie voor schuldeisers, te verwezenlijken. Vgl. N.W.A. TOLLENAAR, “De implicaties van Estro voor de *pre-pack* en WCO I”, *TRA* 2018, afl. 2, (21) 27.

65. Zie daarover Y. BRULARD en E. HUVELLE, “La réorganisation de la réorganisation: entre contraintes européennes contradictoires et nécessités pratiques. Quel avenir pour la procédure de réorganisation judiciaire?” in A. ZENNER (ed.), *Le droit de l’insolvabilité: analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, (435) 458.

66. Voor praktische oplossingen in afwachting tot het HvJ hierover uitspraak heeft gedaan, zie Y. BRULARD en E. HUVELLE, “La réorganisation de la réorganisation: entre contraintes européennes contradictoires et nécessités pratiques. Quel avenir pour la procédure de réorganisation judiciaire?” in A. ZENNER (ed.), *Le droit de l’insolvabilité: analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, (435) 460-471.

potentiële uitweg kunnen bieden: ontslag (desgevallend zonder de verschuldigdheid van een ontslagvergoeding<sup>67</sup>) is immers toegestaan om bedrijfseconomische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen (vgl. *infra*, nr. 15)<sup>68</sup>. Het behoeft immers geen uitleg dat indien alle werknemers bij een overdracht onder gerechtelijk gezag zouden moeten worden overgenomen door de overnemer, zonder enige mogelijkheid tot (navolgend) goedkoop ontslag (bv. wegens bedrijfseconomische redenen), de procedure aanzienlijk aan slaagkracht zou inboeten. Of de werknemers als groep daarvan beter zouden worden, is dan maar de vraag<sup>69</sup>.

### (iii) Gevolgen voor de wetgever

15. *Een voorlopig einde* – De *Smallsteps*-uitspraak heeft een streep getrokken door de Belgische ontwerpwetgeving m.b.t. het stil faillissement. De kans lijkt ons echter reëel dat het stil faillissement, mits enkele aanpassingen, toch nog het levenslicht zal zien<sup>70</sup>. Een blik over de landsgrenzen heen staat ons toe een zelfde fenomeen te identificeren.

In Nederland heeft de minister van Veiligheid en Justitie, S.A. BLOK, bijvoorbeeld (na een korte onderbreking<sup>71</sup>) laten weten dat de voorgestelde wetgeving m.b.t. de *pre-pack* (WCO I) niet hoeft te worden aangepast. De WCO I ziet

immers niet toe op de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers, maar omvat enkel een wettelijk kader inzake aanwijzing en rol van een beoogd curator en beoogd rechter-commissaris. Bijgevolg zal een rechter die geconfronteerd wordt met een doorstart uit faillissement, waarbij de WCO I is toegepast, zelf de arbeidsrechtelijke uitzonderingsbepaling van artikel 7:666, eerste lid, onderdeel a) BW (implementatie van art. 5, 1. richtlijn) overeenkomstig de richtlijn en de *Smallsteps*-uitspraak moeten interpreteren<sup>72</sup>.

De Belgische minister van Justitie had uiteraard hetzelfde als zijn Nederlandse collega kunnen besluiten m.b.t. het stil faillissement. Hij besloot echter binnen de week dat “*hij geen zin [had] om iets te laten stemmen waar er onvoldoende rechtszekerheid over was. Het zou daardoor in de praktijk toch niet gebruikt worden*”<sup>73</sup>. Hij had uiteraard gelijk<sup>74</sup>.

Als reactie op de brief van de Nederlandse minister van Veiligheid en Justitie hebben de vakbonden FVN en CNV<sup>75</sup> en de Nederlandse Orde van Advocaten (NOvA)<sup>76</sup> dan ook de zorg geuit dat sinds de *Smallsteps*-uitspraak er meer rechts-onzekerheid is m.b.t. de werknemersbescherming bij doorstarts uit faillissement, en de WCO I door de uitspraak haar praktische betekenis nagenoeg verliest. Om hieraan een eind te stellen is volgens hen aanvullende regelgeving nodig. Daartoe roepen zij op, in overeenstemming met de Nederlandse doctrine<sup>77</sup>, om gebruik te maken van de in artikel 5, 1.

67. N.M.Q. VAN DER NEUT, “Pre-pack is overgang van onderneming: hoe nu verder?”, *TRA*, 2017/88, afl. 11, (14) 17; M.R. VAN ZANTEN, “It takes Smallsteps to pre-pack: een analyse” in E.J.R. VERWEY, M.A. BROEDERS en Ph.W. SCHREURS (eds.), *De Curator en het Personeel. Insolad Jaarboek 2018*, Deventer, Kluwer, 2018, (15) 71-72.

68. Men zou eventueel ook een uitweg kunnen zoeken in de uitzonderingen vervat in art. 5, 2., a) richtlijn. PEETERS oordeelt daarover echter het volgende: “*Het recht van de verkrijger om de over te nemen werknemers te kiezen, zoals geformuleerd in artikel 61, § 3 WCO en artikel 12 CAO nr. 102, staat daar niet bij.*” (J. PEETERS, “Arbeidsrechtelijke aspecten van overdracht van onderneming: faillissement en WCO” in B. TILLEMANS, M. VANMEENEN, M.E. STORME, H. BRACKMANS en E. DIRIX (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen*, III, Antwerpen, Intersentia, 2014, (457) 490-491).

69. Zie hierover F. DE LEO, “Het zwaard van Damocles hangt boven de insolventieprocedures zoals we ze kennen: na de pre-pack (‘Estro’) ook de overdracht onder gerechtelijk gezag (‘Echo’)”, *Corporate Finance Lab*, 5 september 2017, raadpleegbaar op [www.corporatefinancelab.org/2017/09/05/het-zwaard-van-damocles-hangt-boven-de-insolventieprocedures-zoals-we-ze-kennen-na-de-pre-pack-estro-ook-de-overdracht-onder-gerechtigd-gezag-echo/](http://www.corporatefinancelab.org/2017/09/05/het-zwaard-van-damocles-hangt-boven-de-insolventieprocedures-zoals-we-ze-kennen-na-de-pre-pack-estro-ook-de-overdracht-onder-gerechtigd-gezag-echo/).

Het Hof lijkt in r.o. 50 van het *Smallsteps*-arrest echter wel de belangen van het collectief aan werknemers (“het sociale doel”) af te wegen tegen de individuele belangen van de ontslagen en opnieuw aangenomen werknemers: “*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 2001/23 hun toekent*” (eigen benadrukking). Vergeet immers niet dat de opnieuw aangenomen werknemers vaak aan veel slechtere arbeidsvoorwaarden dan voorheen worden aangenomen. Bovendien zal aan de zwakkere kwetsbare werknemers, zoals de oudere (duurdere) werknemers, zelden een nieuw arbeidscontract worden aangeboden. Zie in dat verband A. VAN HEES, “Pre-packen voor de werknemers?”, *Tvl*, 2016/18, (133) 133.

70. In dezelfde zin, zie V. FREMAT, P. DIJLTIJNS en J. PEETERS, “Het einde van het ‘stil’ faillissement of slechts een tijdelijk afscheid?”, *In Foro* 2017, nr. 56, (17) 22.

71. *Kamerstukken I* 2016-17, 34218, G.

72. *Kamerstukken I* 2017-18, 34218, H; F. DE LEO, “WCO I (Nederland) behoeft volgens de minister van Justitie, in navolging van *Estro* / *Smallsteps*, geen aanpassing”, *Corporate Finance Lab* 29 september 2017, raadpleegbaar op [www.corporatefinancelab.org/2017/09/29/wco-i-nederland-behoeft-volgens-de-minister-van-justitie-in-navolging-van-estros-smallsteps-geen-aanpassing/](http://www.corporatefinancelab.org/2017/09/29/wco-i-nederland-behoeft-volgens-de-minister-van-justitie-in-navolging-van-estros-smallsteps-geen-aanpassing/).

73. [www.standaard.be/cnt/dmf20170628\\_02946729](http://www.standaard.be/cnt/dmf20170628_02946729).

74. In een eerdere bijdrage hebben we er reeds op gewezen dat dit (gelet op de hoogdringendheid) een wijze beslissing betrof; zie F. DE LEO, “De stille dood van het stil faillissement”, *Trends*, 29 juni 2017, [www.trends.knack.be/economie/bedrijven/de-stille-dood-van-het-stil-faillissement/article-opinion-872381.html](http://www.trends.knack.be/economie/bedrijven/de-stille-dood-van-het-stil-faillissement/article-opinion-872381.html).

75. Brief van 19 oktober 2017 ter inzage gelegd op de afdeling Inhoudelijke ondersteuning onder griffie nr. 160046.07, raadpleegbaar op [www.eerstekamer.nl/overig/20171205/brief-van-fnv-en-cnv-van-17/document](http://www.eerstekamer.nl/overig/20171205/brief-van-fnv-en-cnv-van-17/document).

76. Brief van 20 oktober 2017 ter inzage gelegd op de afdeling Inhoudelijke ondersteuning onder griffie nr. 161954, [www.eerstekamer.nl/overig/20171205/brief-van-de-nederlandse-orde-van/document](http://www.eerstekamer.nl/overig/20171205/brief-van-de-nederlandse-orde-van/document).

77. F.M.J. VERSTIJLEN, “De dubbele natuur van de doorstart”, *Tvl*, 2017/20, (131) 134; J. VAN DER PIJL, “Het *Smallsteps*-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie”, *A&O* 2017, (118) 127-128.

voorzien lidstaattoptie om werknemers bij *iedere* doorstart in een insolventieprocedure de door de richtlijn voorziene arbeidsrechtelijke bescherming te verlenen. De uitzondering in artikel 5, 1. richtlijn zou dan niet meer gebruikt kunnen worden. Bijgevolg zou ook de rechtsonzekerheid daaromtrent verdwijnen<sup>78</sup>. Gelet op de enge interpretatie van artikel 5, 1. richtlijn vragen sommige auteurs zich bovendien af of een doorstart uit een insolventieprocedure zelfs nog kan voldoen aan het liquidatieoogmerk; een doorstart betekent immers *ipso facto* dat er ook iets anders dan liquidatie wordt beoogd (waarbij de voortzetting van de onderneming volgens de redenering van het Hof in de *Smallsteps*-zaak gemakkelijk als hoofddoel bestempeld kan worden)<sup>79</sup>. De uitzondering vervat in artikel 5, 1. zou in dat geval nog enkel gelden voor faillissementen zonder doorstart. Dat zou echter betekenen dat de uitzondering in artikel 5, 1. *de facto* geen waarde meer heeft: bij een faillissement zonder doorstart is de werknemersbescherming bij doorstarts zoals voorzien in de richtlijn immers irrelevant. De uitzondering schrappen zou in dat geval enkel de rechtszekerheid ten goede komen, zonder dat er enige kost mee gepaard zou gaan<sup>80</sup>. Een interessante opmerking daarbij is dat de *pre-pack* in het Verenigd Koninkrijk – dat als belangrijke inspiratiebron heeft gediend voor de Nederlandse (en dus ook de Belgische) *pre-pack* – al gedurende enige tijd, met het oog op *rechtszekerheid*, op structurele wijze (de zgn. “*absolute approach*”) als overgang van onderneming wordt gekwalificeerd. Werknemers kunnen daar dus niet door de loutere overgang van

de onderneming worden ontslagen, maar worden beschermd door de TUPE (*Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 2006*) die de artikelen 3 en 4 van de richtlijn omzet<sup>81</sup>. Onderzoek toont aan dat de *pre-pack* daardoor iets minder wordt toegepast dan voordien, maar zeker niet in onbruik is geraakt<sup>82</sup>.

Om de overnemer tegemoet te komen (hij dient in dat geval immers *alle* werknemers over te nemen), zou men echter wel gebruik kunnen maken van de artikelen 4, 1. en 5, 2. richtlijn<sup>83</sup>. Onder artikel 4 is het toegestaan om werknemers te ontslaan (mogelijk zonder een ontslagvergoeding uit te betalen<sup>84</sup>) om bedrijfseconomische redenen (*i.e.* van economische, technische of organisatorische aard) die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen (*supra*, nr. 14)<sup>85</sup>. Een doorstart uit een insolventieprocedure zal wellicht snel voldoen aan die voorwaarde: de onderneming bevindt zich immers in financiële moeilijkheden, niet zelden mede doordat er te hoge loonkosten zijn<sup>86</sup>. Onder artikel 5, 2. van die richtlijn is het bovendien mogelijk om de voor de overgang bestaande schulden (i.t.t. de werknemers) *niet* mee te laten overgaan op de doorstarter en de arbeidsvoorwaarden in overleg met de vakbonden (naar beneden) aan te passen. Daarvan zou men eventueel gebruik kunnen maken indien er bedrijfseconomische redenen aanwezig zijn<sup>87</sup>. De minister heeft hierover alvast overleg gepleegd met de verschillende belanghebbende partijen. Er werd besloten een kleine schrijfgroep samen te stellen, bestaande uit Prof. BOUWENS

<sup>78</sup>. Zie ook *Kamerstukken I* 2017-18, 34218, raadpleegbaar op [www.eerstekamer.nl/behandeling/20171205/verslag\\_van\\_een\\_nader\\_schriftelijk\\_3/document3/f=vkjymxy7v4zc.pdf](http://www.eerstekamer.nl/behandeling/20171205/verslag_van_een_nader_schriftelijk_3/document3/f=vkjymxy7v4zc.pdf).

<sup>79</sup>. Ph. SCHREURS, “*Smallsteps* en de grote stappen die nu gezet moeten worden”, *ArA*, 2017/11, afl. 3, (3) 7-8. Zie in het bijzonder r.o. 48 van de *Smallsteps*-zaak: “[...] 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.”

<sup>80</sup>. P.R.W. SCHAIK, “Het arrest van het Hof van Justitie inzake *FNV c.s. / Smallsteps*”, *Tvl*, 2017/22, (140) 144.

<sup>81</sup>. *OTG Ltd / Burke & Others* (2011), UKEAT 0320/09; *Key2Law (Surrey) LLP / Gaynor De Antiquis a.o.* (2011), EWCA Civ 1567.

<sup>82</sup>. J. GANT, “Social Policy and Insolvency: Struggles towards Convergence”, *Nottingham Insolvency and Business Law e-Journal* 2014, afl. 4, (49) 74; M. VAN SCHADEWIJK, “Employees’ rights in business rescue: confrontation or synergy?”, *International Company and Commercial L. Rev.* 2017, 65. Zie daarover ook R. AYDOGDU, “L’impact de l’arrêt *Smallsteps* sur le droit belge de l’insolvabilité: ‘one giant leap for mankind?’” in A. ZENNER (ed.), *Le droit de l’insolvabilité: analyse panoramique de la réforme*, Limal, Anthemis, 2018, (409) 428-429; Ph. SCHREURS, “*Smallsteps* en de grote stappen die nu gezet moeten worden”, *ArA* 2017, afl. 3, (3) 9. Zie in dat verband ook over het gebrek aan het verwachte *chilling effect* van de *Smallsteps*-uitspraak op de Nederlandse doorstartpraktijk: J.F. FLIEK en F.M.J. VERSTIJLEN, “De eerste stappen voorbij Estro”, *TrA* 2018, afl. 2, (16) 16-17.

<sup>83</sup>. Zie in dat verband ook overw. 85 van Concl. P. MENGOSI bij HvJ 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489: “*Voorts moet eraan worden herinnerd dat de richtlijn zich volgens de bewoordingen van artikel 4, 1., tweede volzin, daarvan, niet verzet tegen de mogelijkheid van ‘ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen’. Die ontslagen moeten echter plaatsvinden met inachtneming van alle waarborgen die in de relevante nationale bepalingen zijn voorzien.*”

<sup>84</sup>. N.M.Q. VAN DER NEUT, “Pre-pack is overgang van onderneming: hoe nu verder?”, *TRA*, 2017/88, afl. 11, (14) 17; L.G. VERBURG, “*Smallsteps*: en hoe nu verder?” in E.J.R. VERWEY, M.A. BROEDERS en Ph.W. SCHREURS (eds.), *De Curator en het Personeel. Insolad Jaarboek 2018*, Deventer, Kluwer, 2018, (119) 137.

<sup>85</sup>. R. AYDOGDU, “La réforme du transfert d’entreprise par la loi du 11 août 2017: le silence assourdissant de la faillite silencieuse” in A. DESPONTIN (ed.), *La réforme du droit de l’insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats): une (ré)évolution?*, Brussel, Larcier, 2017, (139) 181-182. Zie in dat verband ook de implementaties in art. 9 van CAO nr. 32bis (België): “*De wijziging van de werkgever vormt op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag. De werknemers, die veranderen van werkgever, kunnen nochtans ontslagen worden om een dringende reden of om economische, technische of organisatorische redenen, die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich meebrengen*”, art. 7 TUPE (Verenigd Koninkrijk) en art. 613a, vierde lid BGB (Duitsland). De ETO-redenen zijn echter niet in de Nederlandse wetgeving verankerd. Niettemin wordt in de Nederlandse literatuur en rechtspraak ontslag wegens ETO-redenen wel aanvaard. Zie daarover I. ZAAL, “De (on)mogelijkheid van ontslag en wijziging bij een pre-pack-overgang”, *TRA* 2018, afl. 2, (16) 18-19; R.M. BELTZER, “DE LAT-relatie tussen ETO- en bedrijfseconomische redenen”, *TRA* 2010, afl. 10, 12.

<sup>86</sup>. P. HUFMAN en I. ZAAL, “De toepasselijkheid van de richtlijn overgang van onderneming bij insolvente ondernemingen”, *TAP*, 2014/3, 172; N.W.A. TOLLENAAR, “De implicaties van Estro voor de pre-pack en WCO I”, *TRA* 2018, afl. 2, (21) 29.

<sup>87</sup>. Zie daarover N.M.Q. VAN DER NEUT, “Pre-pack is overgang van onderneming: hoe nu verder?”, *TRA* 2017, afl. 11, (14) 17-18; J. VAN DER PIJL, “Het *Smallsteps*-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie”, *A&O* 2017, (118) 127-128; W.H.A.C.M. BOUWENS, “Het voetspoor van *Smallsteps*”, *TRA* 2018, afl. 2, (12) 14-15; I. ZAAL, “De (on)mogelijkheid van ontslag en wijziging bij een pre-pack-overgang”, *TRA* 2018, afl. 2, (16) 19.

en Prof. VERBURG alsmede uit vertegenwoordigers van FNV, CNV, NOvA, VNO, MKBI-Nederland, INSOLAD en van de ministeries van Justitie, Veiligheid, Sociale Zaken en Werkgelegenheid<sup>88</sup>. De uitkomst van deze schrijfgroep kan

ook een oplossing aanleveren voor de (voorlopige) schrapping van het stil faillissement uit Boek XX van het Wetboek economisch recht. De Belgische wetgever zal deze ontwikkelingen aldus nauwgezet willen opvolgen.

## V. CONCLUSIE

**16.** *Het stil faillissement: uit het oog, maar niet uit het hart* – Eindigen doen we zoals we begonnen zijn: het stil faillissement is door de *Smallsteps* -uitspraak vandaag uit het oog, maar niet uit het hart.

*Uit het oog* ... want de Belgische wetgever heeft – terecht – besloten om het stil faillissement uit Boek XX WER te schrappen, en daarmee (althans voorlopig) te verbannen naar de parlementaire voorbereidingen. De geschrapte bepaling zou te veel rechtsonzekerheid met zich hebben meegebracht, en bijgevolg amper gebruikt worden. In deze bijdrage hebben we bovendien door een geïntegreerde interne rechtsvergelijking met Nederland proberen aan te tonen dat een typisch stil faillissement, zoals was voorzien in artikel XX.33 WER, (vermoedelijk) evenmin de strenge toetst van het Hof van Justitie had kunnen doorstaan.

*Maar niet uit het hart* ... want het doel van het stil faillissement is zonder twijfel nobel. Hetzelfde kan men zeggen voor

de doorstarts uit andere insolventieprocedures. Bovendien is het met deze bijdrage duidelijk geworden dat het probleem groter is dan het stil faillissement. Het probleem situeert zich in de doorstarttechniek, die we ook kunnen aantreffen bij “normale” faillissementen en de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag. Bijgevolg dienen we te zoeken naar een juist evenwicht tussen het economisch en sociaal doel van doorstarts enerzijds (zoals het maximaliseren van de opbrengst voor schuldeisers en het behouden van zoveel mogelijk werkgelegenheid) en de arbeidsrechtelijke bescherming van de zwakkere werknemers (die geen nieuwe job aangeboden krijgen of aan aanzienlijk slechtere arbeidsvoorwaarden). Momenteel wordt dat evenwicht volgens het Hof niet bereikt. Gelet op het gemeenschappelijk probleem voor de techniek van doorstarts zal de oplossing dan ook moeten gevonden worden in het collectief ontslagrecht, dat van toepassing is op de doorstarts uit de verschillende insolventieprocedures.

<sup>88</sup>. *Kamerstukken I 2017-18*, 34218, J. Prof. VERBURG lijkt alvast een algehele herziening van het ontslagrecht in en buiten faillissement te verkiezen. Zie L.G. VERBURG, “*Smallsteps*: en hoe nu verder?” in E.J.R. VERWEY, M.A. BROEDERS en Ph.W. SCHREURS (eds.), *De Curator en het Personeel. Insolad Jaarboek 2018*, Deventer, Kluwer, 2018, (119) 128-129.