

OPINIE

Smallsteps en de grote stappen die nu gezet moeten worden

Ph.W. Schreurs

1 Inleiding

Het antwoord van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: het Europese Hof of HvJ EG/HvJ EU) op de prejudiciële vragen in de Smallsteps-zaak over een 'pre-packed' doorstart, maakte mij onverbiddelijk duidelijk dat in herstructureringsland twee heel verschillende talen worden gesproken. Aan de ene zijde van dat land wonen de arbeids- en medezeggenschapsjuristen, en ik veronderstel mij met deze opinie met name tot hen te richten. Aan de andere zijde wonen de insolventierechtbeoefenaars en ik reken mezelf eerder tot hen. Zoals ik in deze beschouwing zal uiteenzetten, dwingt de Smallsteps-zaak een gemeenschappelijker jargon te ontwikkelen. Op dit moment ontbreekt dat grotendeels.

2 Voorgeschiedenis

Hoe zat het ook alweer met die 'pre-pack'? Wanneer een bedrijf in moeilijkheden komt, kunnen daar heel verschillende oorzaken aan ten grondslag liggen. Problemen van conjuncturele aard, zoals het door de crisis in elkaar klappen van de omzet in het transport en de bouw. Problemen van structurele aard, zoals winkelketens die niet kunnen opboksen tegen online shopping. Of één of meer onoverkomelijk grote (al dan niet) financiële claims, die als een molensteen rond de nek van een overigens gezond bedrijf hangen.

Tot 2011 kon zo'n onderneming proberen te herstructureren *buiten faillissement* door middel van een onderhands schuldeisersakkoord en/of door een personele reorganisatie door te voeren. Indien dat lukte (soms in combinatie met een verkoop van bedrijfsmiddelen om middelen vrij te maken), dan was daarna het personeelsbestand gereduceerd (met inachtneming van afspiegeling, met een sociaal plan in enigerlei vorm en met een opzegtermijn) en kregen de (handels)crediteuren een percentage op hun vordering., Vanuit deze positie kon de onderneming uit het dal kruipen. Dit is het terrein waar de taal van de arbeidsrechtjuristen wordt gesproken. Voor het financiële deel wordt eerder de accountant dan een advocaat ingeschakeld.

Mislukte dat echter – in veel gevallen doordat daarvoor de noodzakelijke tijd en/of middelen ontbraken – dan restte echter slechts het faillissement. In dat faillissement zag de curator zich vrijwel zonder uitzondering genoodzaakt onmiddellijk al het personeel te ontslaan: enerzijds om de loongarantieregeling in werking te

Ph.W. Schreurs

stellen en anderzijds om te zorgen dat de boedelschulden niet nodeloos zouden oplopen. Met de ondernemer of eventuele externe partijen onderzocht de curator de mogelijkheden van een doorstart, omdat dat voor de gezamenlijke schuldeisers nu eenmaal de hoogste opbrengst betekende: het alternatief was immers alleen nog het veilen. Nadat daarover overeenstemming bereikt was, kon de doorstarter zonder enige belemmering zijn keuze maken uit de ontslagen werknemers en was hij vrij om krappere arbeidsvoorwaarden aan te bieden. Het weigeren van een dergelijk aanbod leidde zelfs tot het risico voor de werknemer dat zijn uitkering in gevaar kwam. Op dit terrein zijn slechts de insolventierechtjuristen in beeld. Voor hen is dit een honorabel beroep; zij menen onder meer een belangrijke bijdrage te leveren aan het behoud van waarden en van werkgelegenheid bij levensvatbare bedrijven.

De cliënt maakt de oversteek van de arbeidsrecht- naar de insolventierechtjuristen doorgaans pas om vijf voor twaalf. Alsdan wordt geconstateerd dat de andere alternatieven inderdaad te veel tijd en geld kosten en een faillissement wordt voorbereid. Diepgravend empirisch onderzoek¹ heeft aannemelijk gemaakt dat in dergelijke praktijkgevallen vrijwel nooit (laat staan welbewust) rechtstreeks afgestevend wordt op het faillissement, maar dat, op de bodem van de put, faillissement gewoon het *enige* alternatief is dat rest. De betrokken insolventieadviseur zal in die situatie (waarin dus eigenlijk alles al is verloren) proberen de ondernemer door het faillissement te laten doorstarten, en de curator zal proberen een zo hoog mogelijke (netto) opbrengst te genereren door ook andere kopers te interesseren. Zonder twijfel zijn er wel gevallen van fraude, maar die zien maar zelden op het op frauduleuze wijze 'dumpen' van personeel.² Veel vaker gaat het om het onttrekken van activa.

Deze insolventierechtjuristen waren in de afgelopen tien jaar in toenemende mate ontevreden geworden met de enorme kloof die gaapte tussen de (hiervoor beschreven) relatief dure en langdurige reorganisatie *buiten* faillissement en de harde sanering *binnen* faillissement. Ze zijn daarom op zoek gegaan naar methodes om die kloof te overbruggen.

In het begin van dit decennium ontstond op het continent toenemende aandacht voor een andere wijze van omgaan met bedrijven in moeilijkheden en begon de zoektocht naar meer preventieve instrumenten.³ Inspiratie werd daarbij geput uit het Amerikaanse Chapter 11 en de Engelse *scheme of arrangements*. Methodes die in grote lijnen gekenmerkt worden door een actieve rol van de ondernemer in moeilijkheden (zodat deze in een zo vroeg mogelijk stadium in beweging komt) en zo veel mogelijk alomvattende oplossingen (dus zowel bestaande als toekomstige schulden saneren), waarbij ook separatisten hun bijzondere positie kwijt kunnen raken.

1 L.G. Verburg e.a., Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers, WODC 2016.

2 Zoals bijvoorbeeld aan de orde in HR 29 juni 2001, JOR 2001/169.

3 Zie de beschrijving van de Europese ontwikkelingen in Van Galen e.a., Revision of the European Insolvency Regulation: Proposals by INSOL Europe, Van Galen e.a./INSOL Europe 2011.

In Nederland bepleitte Tollenaar⁴ de mogelijkheid om voorafgaand aan een faillissement tijd en rust te creëren door gedurende een stille bewindvoering doorstartmogelijkheden te onderzoeken. Insolventierechtjuristen stortten zich er massaal⁵ op. In Europees verband werd in 2014 een rapport gepubliceerd⁶ om vroegtijdige herstructureringen verder te stimuleren, in 2016 opgevolgd door de vergaande ontwerprichtlijn inzake herstructurering en herkansing voor ondernemers.⁷ Het klimaat leek optimaal voor de aangekondigde wetgeving WCO I, II en III (Wet continuïteit ondernemingen).

In die periode waarin de pre-pack in Nederland opkwam, bemerkte ik voor het eerst de spraakverwarring die aanleiding is voor deze opinie. Het woord ‘misbruik’ viel namelijk vanaf die allereerste fase. Schoenenreus en Marlies Dekkers waren doorstarts waarbij de zittende ondernemer in een stille voorbereidingsfase een ‘eigen’ doorstart had geëntameerd. De insolventierechtjuristen wezen (terecht) op het feit dat het misbruikrisico niet zozeer in de *stille* voorbereiding zat,⁸ als wel in het feit dat het bij doorstarten *via een faillissement* eenvoudig mogelijk is om van personeel af te komen en dat doorstarters in die situatie volstrekt vrij zijn in hun keuze uit het door de curator ontslagen personeelsbestand. In hun ogen had de stille voorbereiding *vooral* de voordelen van de beperking van de-escalatieschade en leidde dat dus alleen tot hogere opbrengsten en behoud van meer werkgelegenheid. Omtrent het eerste is enig empirisch onderzoek uitgevoerd.⁹

Wat is dan de inhoud van dat begrip ‘misbruik’? Een insolventierechtjurist zal menen dat er (vanuit een werknemersperspectief) pas sprake is van misbruik van faillissement indien het faillissement met geen ander doel is aangevraagd dan het inkorten van de rechten van werknemers. Dergelijke situaties doen zich alleen in uitzonderingsgevallen voor. Zie ik het goed, dan bestaat het ‘misbruik’ zoals dat aan de orde is gesteld door onder meer de FNV erin dat het (gepre-packte) faillissement in feite gebruikt wordt als een reorganisatie-instrument.

Het was voor veel insolventierechtjuristen merkwaardig te merken dat tientallen jaren van mogelijke uitwassen bij faillissementsdoorstarts en ‘cherry-picking’ van doorstarters na faillissement niet hadden geleid tot grote ophef, en de ogenschijnlijk objectieve voordelen van de pre-pack wel. Wel kon uiteraard begrip wor-

- 4 N.W.A. Tollenaar, Faillissementsrechters van Nederland: geef ons de pre-pack!, Tijdschrift voor Insolventierecht 2011/23.
- 5 Hoewel het aantal publicaties over het onderwerp uiteindelijk groter is geweest dan het aantal stille bewindvoeringen zelf. In totaal zijn er circa 100 stille bewindvoeringen geweest in de afgelopen vijf jaar die nadien in een faillissement zijn uitgemond (zoals blijkt uit onderzoek van M. van Zanten zoals gepresenteerd op het TvI-Insolad-diner van 27 juni 2017, welk onderzoek verder nog niet gepubliceerd is). Schrijver dezes is bij tien daarvan betrokken geweest.
- 6 Europese Commissie: een nieuwe Europese aanpak van faillissementen en insolventie (COM(2012)742).
- 7 Ontwerprichtlijn betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU, COM(2016)723.
- 8 Zoals ook verwoord in de memorie van toelichting bij WCO I, p. 9 e.v.
- 9 Het Financieel Dagblad van 7 juli 2014 bericht over een onderzoek dat uitgevoerd is naar enige tientallen stille bewindvoeringen door de Radboud Universiteit en BDO Accountants en waaruit zou blijken dat een meeropbrengst van 10 tot 20% is bereikt.

Ph.W. Schreurs

den opgebracht voor de bemerking dat indien de zittende ondernemer betrokken was, de nadelen van het ontbreken van de transparantie van het faillissement goed in de gaten gehouden moesten worden. Rechtbanken begonnen bij de benoeming van een stille bewindvoerder daarom nadruk te leggen op voorafgaande ‘marktverkenning’, waarmee bedoeld wordt op het zoeken naar *buitenstaanders* als koper. Juist dergelijke buitenstaanders hebben immers baat bij beslotenheid en rust als ze hun interesse in een bedrijf in moeilijkheden verder willen onderzoeken. Wanneer buitenstaanders reële interesse in een bedrijf in moeilijkheden hadden getoond, kon een stille bewindvoering dus echt een waardeermeerderend effect hebben.

3 De Smallsteps-casus

Om een, in ieder geval voor mij, aanvankelijk moeilijk te doorgronden reden is het positieve klimaat voor goed voorbereide herstructurerings vervolgens omgeslagen. In de Smallsteps-zaak is een stille bewindvoerder benoemd op verzoek van Estro. Die bewindvoerder heeft onderzocht welke mogelijkheden er waren voor een doorstart en hij heeft daarover uiteindelijk een deal gemaakt met (het aan Estro gelieerde) Smallsteps.¹⁰ Circa 250 van de 400 kinderdagverblijven zouden worden overgenomen en aan 2600 van de 3800 werknemers zou een baan worden aangeboden. Het faillissement werd vervolgens uitgesproken, de deal werd door de nu formeel benoemde curator en rechter-commissaris afgehecht en daarmee was de doorstart een feit. Vier van de honderden werknemers die geen baan kregen, spanden (ondersteund door de FNV) een procedure aan. Zij stelden dat sprake was van overgang van onderneming, op grond waarvan zij van rechtswege in dienst meenden te zijn gekomen bij koper Smallsteps.

De Rechtbank Midden-Nederland heeft vragen gesteld betreffende de uitleg van Richtlijn 2001/23 inzake de rechten van werknemers¹¹ en deze zijn in aansluiting op de conclusie van de advocaat-generaal (A-G)¹² beantwoord door het Europese Hof.¹³ Het arrest kan niet goed zonder de conclusie van A-G Mengozzi gelezen worden.

De uitspraak gaat over de vraag of de richtlijn bescherming biedt aan werknemers bij een pre-packed doorstart. De richtlijn bepaalt, zoals bekend, dat de rechten en plichten uit arbeidsovereenkomsten op de verkrijger overgaan, dat een dergelijke overgang geen reden voor ontslag kan vormen en dat werknemers over die overgang geïnformeerd moeten worden. De richtlijn belet geen ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen.

10 Onder grote druk; het verslag is lezenswaard, zie: <https://dentons.boekel.com/en/~media/57863069b7564cddb696e63b7c708.ashx>.

11 Richtlijn 2001/23 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgeving der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemer bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (PbEG 2001, L 82, p. 16).

12 Conclusie A-G P. Mengozzi, 29 maart 2017, JOR 2017/184, m.nt. P. Schaink.

13 HvJ EU 22 juni 2017, JOR 2017/218, m.nt. L.G. Verburg.

De bescherming geldt, volgens artikel 5 van de richtlijn, niet bij een overgang van onderneming 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 curator.¹⁴

De lidstaten kunnen ieder voor zich bepalen of deze uitzondering op de hoofdregel van toepassing is (artikel 5 lid 1) of dat aan bepaalde aspecten van de bescherming geen invulling wordt gegeven (artikel 5 lid 2). In Nederland is van die beide mogelijkheden geen gebruik gemaakt. In Nederland is derhalve volstaan met te bepalen dat geen bescherming wordt geboden in geval van een overgang van onderneming indien de werkgever failliet is en de onderneming tot de boedel behoort (artikel 7:666 van het Burgerlijk Wetboek (BW)).

De A-G behandelt sub 41 tot en met 48 de relevante EU-arresten Abels,¹⁵ d'Urso,¹⁶ Spano¹⁷ en Dethier.¹⁸ Uit die analyse concludeert hij dat de richtlijn wil voorkomen dat herstructureringen ten koste van werknemers gaan. Dat geldt niet bij een overgang van onderneming die plaatsvindt in het kader van de vereffening van het vermogen via een faillissement, waarbij beslissend is welk doel met de procedure beoogd wordt. Wanneer de procedure *tevens* voorziet in de voortzetting van de onderneming, dienen de werknemers beschermd te worden. Naast het doel van de procedure moet ook acht worden geslagen op de modaliteiten ervan, waaronder het voortzetten of staken van de onderneming.

Meer precies analyseert de A-G (sub 53) dat de uitsluiting van de bescherming door de richtlijn 'uitsluitend gerechtvaardigd is indien de betrokken procedure (...) de liquidatie van het vermogen van de onderneming beoogt. Beoogt de betrokken procedure daarentegen (...) de continuïteit van de exploitatie van de onderneming', dan rechtvaardigt dat niet dat de bescherming aan de werknemers wordt onthouden.

Hier zouden klassiek denkende insolventierechtjuristen makkelijk af kunnen haken. Wat immers is een faillissementsdoorstart anders dan een liquidatie van het vermogen op de best mogelijke wijze? Waarom zou de gruwel van een openbare executieveiling niet vermeden mogen worden door een goed voorbereide transactie die ook nog leidt tot behoud van werkgelegenheid en een hoge opbrengst voor crediteuren? Als het vertrekpunt van het denken de mislukte herstructurering buiten faillissement is (vijf voor twaalf dus), is het behoud van werkgelegenheid bij een doorstart door faillissement zeker winst, óók voor de werknemers die het aangaat. Maar als het vertrekpunt eerder ligt, kan niet anders dan vastgesteld worden dat de werknemers inderdaad generlei bescherming hebben indien er bij integrale handhaving van de eenheid van de onderneming toch geen sprake zou zijn van overgang van onderneming. Maar zoals ik in de inleiding

14 Over het toezicht door de curator biedt het arrest veel interessants, maar ook veel verwarring. Omdat het mijns inziens niet behoort tot de essentie van deze uitspraak, ga ik daar in deze opinie verder niet op in.

15 HvJ EG 7 februari 1985, EU:C:1985:55 (Abels).

16 HvJ EG 25 juli 1991, EU:C:1991:326 (d'Urso).

17 HvJ EG 7 december 1995, EU:C:1995:421 (Spano).

18 HvJ EG 12 maart 1998, EU:C:1998:99 (Dethier).

Ph.W. Schreurs

al aangaf, zijn de insolventierechtjuristen op dat eerdere vertrekpunt meestal nog helemaal niet betrokken.

De Smallsteps-realiteit is dus anders. De A-G staat expliciet en uitvoerig stil bij het gegeven dat liquidatie van vermogen en instandhouding van een onderneming heel goed samen kunnen gaan. Wanneer de procedure bedoeld is of toegepast wordt om het operationele karakter van de onderneming (of de levensvatbare onderdelen daarvan) veilig te stellen, is sprake van overgang van onderneming. Procedures die de liquidatie beogen, zorgen *enkel* voor een zo hoog mogelijke uitbetaling van schuldeisers (A-G, sub 57). In procedures die de voortzetting van de onderneming beogen, vormt haar behoud het centrale element, het ultieme doel van de procedure als zodanig of van de toepassing daarvan in concreto. In procedures die de vereffening beogen, dient het behoud daarentegen *louter* ter uitbetaling van de schuldeisers (A-G, sub 58). Met andere woorden: indien voortzetting van de onderneming een rol speelt, geldt de richtlijn.

Al deze overwegingen maakt het Europese Hof tot de zijne. Artikel 5 lid 1 van de richtlijn moet strikt worden uitgelegd (Europees Hof, sub 41). De bescherming geldt slechts niet indien de overgang plaatsvindt terwijl de vervreemder verwikkeld is in 'een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure' en deze procedure ingeleid is 'met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder'.¹⁹ Een procedure die 'de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt' kan 'vanzelfsprekend' niet worden aangemerkt als een procedure die wordt ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder (Europees Hof, sub 44 en 47). In de kernoverweging (sub 48) zet het Europese Hof uiteen 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'. Ook al kan er overlapping zijn met een 'liquidatieprocedure', bij een 'voortzettingsprocedure' blijft het hoofddoel 'het behoud van de betrokken onderneming'.

4 Effecten op de pre-packed doorstart

Daarmee lijkt het doek voor de pre-packed doorstart gevallen, indien in dat kader tevens (in feite) een personeelsreductie wordt beoogd.²⁰ Gedurende de afgelopen vijf jaar heb ik mij het hoofd gebroken over de vraag of de vakbonden (zeker destijds, in het hart van de economische crisis) zichzelf en hun leden nu niet enorm tekortdoen. Het is mijn overtuiging dat behoud van werkgelegenheid voor *individuele* werknemers van groot belang kan zijn. Elke doorstart waar ik als curator bij betrokken was, gaf me de bevrediging iets wezenlijks te hebben kunnen doen voor die betrokkenen die door de doorstarter werden aangenomen en zo hun persoonlijk leven niet al te zeer overhoop zagen gaan. Voor die individuele werknemers

19 Als aangegeven in noot 14 bespreek ik de derde cumulatieve voorwaarde van het onafhankelijke toezicht hier verder niet.

20 In Nederlandse situaties veelvuldig het geval, maar niet in alle. Er zijn ook pre-packs waar de werkgelegenheid vrijwel volledig behouden bleef en het vooral om de benodigde rustige overgang ging.

zijn de kansen ontegenzeggelijk slechter geworden. Zeker in de gevallen waarin de oorspronkelijke ondernemer *niet* meedingt naar een doorstart, maakt een stille voorbereidingsfase echt verschil en kan die leiden tot een groter behoud van identiteit en eenheid, waardoor de doorstarter bereid kan worden om meer risico's te nemen, meer mensen in dienst te nemen en meer geld te betalen.

Maar deze uitspraak heeft mij wel doen inzien dat die hogere prijs óók betaald wordt omdat het werknemersbestand op een eenvoudige manier ingrijpend wordt gesaneerd, ten koste van andere individuele werknemers die op die wijze juist hun baan verliezen (en zien dat andere die behouden). En daarmee zijn we terug bij af: er ontbreekt een alternatief voor de bedrijven in echte moeilijkheden. En de problemen zijn groter dan gedacht.

Het is goed te realiseren dat in het Verenigd Koninkrijk (waar toch een belangrijke inspiratiebron van onze stille bewindvoering ligt) al veel langer niet meer getwijfeld werd aan het feit dat een pre-packed doorstart leidt tot overgang van onderneming. In de zaak OTG Ltd/Burke uit 2011²¹ werd in geval van een pre-pack geconcludeerd tot overgang van onderneming. In de zaak Key2Law²² werd eveneens bij een pre-pack bepleit dat die zou zijn geschied in het kader van een liquidatieprocedure. The Court of Appeal wees dat af, stellende dat het doel van de administration-procedure is 'to try to rescue the business'. Een onderzoek onder Engelse curatoren van nadien heeft aangetoond dat de populariteit van de pre-pack daardoor ook iets is afgenomen, al is die zeker niet in onbruik geraakt.²³

5 Is dit het einde van de faillissementsdoorstart?

In enkele van de vele reeds verschenen commentaren op de Smallsteps-uitspraak komt deze vraag aan de orde. Schaink,²⁴ Verburg,²⁵ Verstijlen²⁷ en Hurenkamp²⁸ hanteren daarbij voorzichtigheidshalve veelal de vragende vorm. Ik denk dat het antwoord op die vraag wel al gegeven kan worden. Naar mijn mening leidt nauwkeurige analyse van de conclusie van de A-G en het arrest van het Europese Hof tot de haast onontkoombare conclusie dat ook een klassieke faillissementsdoorstart leidt tot overgang van onderneming. Mijn redenering is als volgt.

De lidstaten moeten hun regelgeving aanpassen aan Richtlijn 2001/23. De vraag is of artikel 7:666 BW in alle gevallen voldoende is om te effectueren dat een faillissementsdoorstart *niet* leidt tot overgang van onderneming. Dat is alleen maar het geval als de regelgeving richtlijnconform is. De richtlijn bepaalt dat er alleen dan geen overgang is indien er voldaan is aan drie *cumulatieve* vereisten:

21 OTG Ltd/Burke & Others (2011), UKEAT 0320/09.

22 Key2Law (Surrey) LLP/Gaynor De'Antiquis a.o. (2011), EWCA Civ 1567.

23 Zie hieromtrent: J.J.J. Grant, Social Policy and Insolvency: Struggles towards Convergence, NIBLeJ 2014, 4, par. 62.

24 P.R.W. Schaink in zijn noot bij de conclusie van A-G Mengozzi bij de Smallsteps-procedure, JOR 2017/184, m.nt. in par. 15-17.

25 P.R.W. Schaink, Het arrest van het Hof van Justitie inz. FNV c.s./Smallsteps, TvI 2017/22, sub 4.

26 L.G. Verburg in zijn noot bij de Smallsteps-uitspraak, JOR 2017/217, sub 10-13.

27 F.M.J. Verstijlen, De dubbele natuur van de doorstart, TvI 2017/20, p. 133.

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

Ph.W. Schreurs

- er is sprake van een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure,
- met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder,
- onder toezicht van een (curator).

(Het derde vereiste laat ik wederom onbesproken, het eerste stip ik kort aan.) De crux zit in het tweede vereiste. Ik meen dat het hier niet gaat om – zoals bij het eerste vereiste – een procedure *in abstracto*, maar om de feitelijke casus *in concreto*. Als in de *specifieke* casus het doel bestaat om de onderneming te behouden (óók wanneer dat gebeurt omdat dat nu eenmaal het meeste oplevert), dan is er geen sprake van een liquidatieprocedure, is dus niet voldaan aan alle drie cumulatieve vereisten en is dus sprake van overgang van onderneming.

Waaruit leid ik nu af dat het gaat om de concrete casus en niet om de betrokken procedure in algemene zin? Het tegendeel is onaannemelijk. Er is sprake van een beschermingsregel en de onderhavige uitzondering moet daarom strikt worden uitgelegd. Daarin past niet dat wanneer op een procedure met ‘voortzetting’ als feitelijke inhoud een etiket met het opschrift ‘liquidatie’ wordt geplakt, er geen bescherming meer voor de werknemers zou zijn. 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. U, de lezers van dit blad, doet dat wellicht al, maar insolventierechtjuristen hebben de neiging te denken dat in de Smallsteps-zaak de doorstartpraktijk onder de loep lag.

In de toenmalige stand van zaken was in de Abels-casus wellicht sprake van een faillissement ‘dat gericht is op de vereffening van het vermogen van de vervreemder’ en toen dus richtlijnconform werd bevonden.²⁹ Maar de rechtspraak heeft sindsdien niet stilgestaan. Het tweede vereiste is gebaseerd op de (in Richtlijn 2001/23 gecodificeerde) rechtspraak inzake d’Urso, Spano en Dethier. Het gaat daarbij steeds om de vraag wat het doel is dat met de ‘betrokken’ procedure wordt beoogd. De A-G benadrukt (sub 55) dat het ‘in het concrete geval’ moeilijk kan zijn om te bepalen of sprake is van liquidatie of voortzetting. Zijns inziens vindt overgang plaats wanneer die procedure precies bedoeld is of ‘toegepast wordt’ om het karakter van de onderneming veilig te stellen (sub 57). In procedures die voortzetting beogen, vormt haar behoud het centrale element, het ultieme doel van de procedure als zodanig of ‘van de toepassing daarvan in concreto’ (sub 58).

En ook het Europese Hof hanteert dergelijke verwijzingen naar de *concrete* casus. De richtlijn, zo stelt het, is van toepassing ‘op een zaak zoals die in het hoofdgeding, op voorwaarde echter dat de bedoelde procedure voldoet aan de (...) voorwaarden’ (sub 43). De ‘procedure moet zijn ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder’ (sub 44). Een procedure die de voortzetting van de activiteit van ‘de betrokken onderneming’ beoogt, voldoet vanzelfsprekend niet aan de voorwaarde (sub 47). 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’ (sub 48).

29 HvJ EG 7 februari 1985, EU:C:1985:55 (Abels).

Veel van deze passages zijn mogelijk anders te lezen, zodanig dat ze zien op een procedure *in abstracto*. Dat geldt zeker voor de overwegingen 49 en 50 (een pre-pack 'beoogt voor te bereiden' en 'een dergelijke transactie (...) beoogt'), die algemener lijken te zijn geformuleerd. Een tegengestelde lezing valt ook af te leiden uit de in noot 22 bedoelde Engelse procedure Key2Law.

Indien ik een en ander juist zie, zou dat betekenen dat bij een gewone, klassieke faillissementsdoorstart het antwoord van het Europese Hof op de vraag of een werknemer een beroep op overgang van onderneming kan doen, vrijwel gelijklopend zou kunnen zijn. Artikel 7:666 BW zal dan dus moeten worden aangepast en gepreciseerd om richtlijnconform te zijn. Een door de curator ontslagen werknemer kan na een gewone faillissementsdoorstart stellen dat hij van rechtswege bij de doorstarter in dienst is. Ik denk met name dat dat pleitbaar is in de situatie die ik (anders dan de pre-pack) zelf altijd heb beschouwd als dicht tegen misbruik van faillissementsrecht aanliggend en waar ik me als curator ook altijd tegen te weer heb gesteld. Dat is de situatie waarin de ondernemer met zijn adviseurs (bij 'voorkeur' omstreeks de datum waarop de lonen moeten worden betaald) eigen aangifte doet van faillissement en, direct na het uitspreken daarvan, de curator een doorstartplan voorlegt met het verzoek te tekenen 'bij het kruisje', onder de mededeling dat het bod 24 uur geldig is en daarna vervalt. Meestal zijn dan ook nog enkele andere elementen dubieus, zoals (bij wijze van voorbeeld) de situatie waarin de ondernemer via een andere vennootschap het bedrijfspand verhuurt en aankondigt bereid te zijn het pand aan de eveneens gelieerde koper Newco (maar niet aan andere potentiële doorstarters) te gaan verhuren, dan wel een licentie op relevante IE-rechten elders in het concern is ondergebracht. In dergelijke gevallen (waartegen een curator overigens soms maar weinig kan uitrichten) is immers duidelijk dat de (faillissements)procedure en de beoogde transactie als (hoofd)doel hebben het behoud van de onderneming via de doorstart.

Het is evenmin vanzelfsprekend dat een klassieke faillissementsdoorstart met een werkelijke buitenstaander, maar (mede) voorbereid door de oude ondernemer, de toets van artikel 7:666 BW wel ongeschonden kan doorstaan. Dergelijke situaties komen eveneens veelvuldig voor. De oude ondernemer komt in de problemen en zoekt een overnamekandidaat, niet zelden op aandringen van de bank. De buitenstaander (vaak een concurrent of een 'concullega') onderzoekt de 'target' en komt tot de conclusie dat er hard gesneden moet worden, maar dat het zinloos is om nieuw geld in te zetten teneinde oude problemen op te lossen. Hij adviseert de oude ondernemer eigen aangifte van faillissement te doen en kondigt aan een reëel bod bij de curator te zullen neerleggen. Wederom ter verdere illustratie, is bijvoorbeeld ook nog denkbaar dat de koper alvast een exclusieve huuroptie op het bedrijfspand van de directeur-groootaandeelhouder of een exclusieve licentie op relevante IE-rechten van de holding verkrijgt om op die wijze eventuele andere gegadigden de loef te kunnen afsteken. Ik zie niet in waarom dit, na de Smallsteps-uitspraak, niet aangemerkt zou moeten worden als overgang van onderneming.

Zou artikel 7:666 BW dan nog wel werken voor de (schaarse) situaties waarin de curator er, in weerwil van het bod van de 'oude' ondernemer of de door die oude ondernemer geprefereerde derde, toch in slaagt een andere buitenstaander te vin-

Ph.W. Schreurs

den die een beter bod neerlegt? Zou artikel 7:666 BW werken in de (nog veel schaarsere) situatie waarin de curator, geheel op eigen kracht en zonder welke inmenging dan ook van de oude ondernemer, op zoek gaat naar doorstartkandidaten, daarin slaagt en zo ook een deel van de werkgelegenheid weet te behouden? Ik zou menen dat in ieder geval in dat laatste geval de concrete faillissementsprocedure louter *ingeleid* is met het oog op de liquidatie van de onderneming of het vermogen van de vervreemder, zodat dan geen sprake zal zijn van overgang van onderneming.

6 Op zoek naar alternatieven

Het behoeft geen betoog dat dit alles voor de insolventierechtjuristen geen onverdeeld genoegen is. Doorstarten is immers weer een stuk moeilijker geworden. Eerder bezorgde de Wet werk en zekerheid al hoofdbreken doordat buitenstaanders/doorstarters aangemerkt worden als opvolgend werkgever en daardoor huisveriger zijn geworden om een doorstartpoging te ondernemen. Fraaier wordt het beeld er niet van, en de opbrengst voor de gezamenlijke crediteuren al helemaal niet.

De druk wordt daarom alleen maar groter om in Nederland daadwerkelijk een goed geregeld alternatief te gaan bieden aan bedrijven in onoverkomelijke financiële moeilijkheden met een niettemin levensvatbare onderneming.

In Richtlijn 2001/23 is daarvoor in ieder een aantal handvatten gegeven die deels nog ongebruikt zijn. In de eerste plaats bepaalt de richtlijn dat ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen mogelijk zijn. In de tweede plaats kan door een lidstaat bepaald worden (op grond van artikel 5 lid 2 van de richtlijn) dat in liquidatieprocedures wel sprake is van overgang van onderneming, maar dat in die gevallen de pre-insolventieschulden niet mee overgaan en de arbeidsvoorwaarden in overleg met medezeggenschapsorganen kunnen worden aangepast. Ten derde is het de vraag of artikel 5 lid 4 van de richtlijn van Nederland eigenlijk niet verlangt iets te doen aan het door de Smallsteps-uitspraak groter geworden risico dat een kwaadwillende ondernemer op de meest rücksichtlose manier van een overschot aan personeel afkomt, namelijk door gewoon het faillissement aan te vragen.

Richtlijn 2001/23 behoort tot het geldend recht. De in noot 6 bedoelde Richtlijn inzake herstructurerings- en tweede kans verkeert nog in het allerprilste onderhandelingsstadium. Maar ook herstructurerings- en tweede kans verdienen een tweede kans. Dat zal enkele grote stappen vergen van de sociale partners, in de Stichting van de Arbeid, bij de Sociaal-Economische Raad en aan de tafel waar een kabinet wordt geformeerd. Pogingen daartoe zijn in het nabije verleden al door de sociale partners gedaan. Een voorstel van FNV en CNV voorziet in de mogelijkheid dat bij een doorstart binnen zes weken na faillietverklaring personeel waarvoor geen functie beschikbaar is wegens economische, technische of organisatorische redenen, kan worden ontslagen. Het afspiegelingsbeginsel wordt toegepast. De rechter-commissaris dient machtiging te geven. Arbeidsvoorwaarden kunnen (neerwaarts) worden aangepast aan die van de koper. Oude schulden gaan niet mee over. En

ook de Vereniging van Insolventierecht Advocaten Insolad heeft een concreet wetsvoorstel gepresenteerd om de surseance van betaling weer te maken tot waar die voor bedoeld was: voor het herstructureren van ondernemingen.³⁰ Daarin wordt voorzien in een ontslagprocedure waarbij ontslagtoestemming dient te worden verleend door de rechter-commissaris en er iets ruimere beroepstermijnen gelden dan in faillissement. Bij een na de ontslagronde door de bewindvoerder en bestuurder geëffectueerde doorstart gaan de ontslagen werknemers mee ten gevolge van de overgang van onderneming, maar dat is dan slechts voor de resterende duur van de arbeidsovereenkomst. Het wordt tijd die voorstellen te gaan bestuderen.

30 Te vinden op https://static.basenet.nl/cms/105928/Publicaties/2015_01_30-Titel-II-Van-surseance-van-betaling.pdf.