

# Het Europese failliet van de Nederlandse pre-pack

## *Estro* herbekeken door de lens van het EU-recht – met bijzondere aandacht voor de doorwerkingsaspecten

TRA 2018/12

**Deze bijdrage diept de Europese dimensie van het *Estro*-arrest uit. De verwijzingsbeslissing van de Rechtbank Midden-Nederland vormt allereerst aanleiding om stil te staan bij de prejudiciële-vragen-techniek. Vervolgens wordt bestudeerd hoe het arrest doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde. Daartoe onderwerpen de auteurs de verplichting van de rechter tot richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht aan een uitgebreide analyse en verkennen zij vervolgens een alternatieve wijze waarop een EU-richtlijn rechtstreeks kan doorwerken in horizontale verhoudingen. Hierbij wordt tot slot een recente ontwikkeling besproken die wellicht de deur opent voor een eerder onmogelijk geacht beroep op EU-richtlijnen in een bepaald type horizontale situaties.**

### 1. Inleiding

Het *Estro*-arrest (formeel natuurlijk: *FNV/Smallsteps*) oefent een grote aantrekkingskracht uit op zowel insolventie- als arbeidsrechtjuristen. Het is een onweerstaanbare uitnodiging om de peilloze pre-pack-diepte in te duiken. Het 'Pre-pack-symposium' te Groningen (22 september 2017) en deze gecombineerde TRA-TV special mogen dit illustreren. Het arrest roept echter ook interessante Europeesrechtelijke vragen op die tot nu toe in de literatuur onderbelicht zijn gebleven. De meest in het oog springende vraag, namelijk hoe het arrest doorwerkt in de Nederlandse rechtsorde, heeft wel enige aandacht gekregen, maar heeft tot verschillende antwoorden geleid.<sup>2</sup> Ziedaar onze redenen om in deze bijdrage de Europeesrechtelijke dimensie van *Estro* centraal te stellen. Wij zullen het oordeel van het Hof van Justitie, in het bijzonder de doorwerking ervan in Nederland, aan een grondige analyse onderwerpen, zodat aan de belangrijkste twistpunten in dit opzicht een einde kan komen.

De bijdrage is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 werpen we allereerst een blik op de prejudiciële vragen die aanleiding gaven tot het zo belangwekkende arrest; enerzijds om te markeren hoezeer het een 'kantje boord'-situatie betrof wat betreft de ontvankelijkheid, anderzijds om te taxeren in hoeverre het wellicht een *acte clair*-scenario betrof, en

het inmiddels minstens een *acte éclairé*-aangelegenheid is geworden. Wij vervolgen in paragraaf 3 met een uitgebreide studie naar de mogelijkheden voor richtlijnconforme interpretatie van het gediskwalificeerde Nederlandse recht, waarbij we successievelijk bespreken de uitgangspunten die in de Europese jurisprudentie zijn neergelegd, de gebruikelijke wijze waarop de Hoge Raad te werk gaat, en de lessen die de Rechtbank Midden-Nederland hier naar onze mening uit zou moeten trekken. In paragraaf 4 overwegen we het scenario waarin onverhoopt tóch van die conforme interpretatie wordt afgezien, en verkennen we de haalbaarheid van een alternatieve vorm van directe werking; als laatste bespreken we daarbij een recente ontwikkeling die de deur lijkt te openen voor een (eerder onmogelijk geacht) beroep op EU-richtlijnen in een bijzonder type horizontale constellaties. We sluiten af met enkele korte conclusies in paragraaf 5.

### 2. De gestelde vragen en de aard van het arrest: non liquet(?)

Twee opmerkelijke aspecten van de *Estro*-zaak kregen in de commentaren tot nog toe niet de aandacht die ze verdienen: ten eerste, het feit dat de gestelde prejudiciële vragen, op zijn zachtst gezegd, niet helemaal voldeden aan de gebruikelijke kwaliteitseisen; ten tweede, de mate waarin het Hof van Justitie de daadwerkelijk noodzakelijke opheldering heeft verschaft, zodat de materie nu als voldoende uitgeklaard kan worden beschouwd, en in beginsel vooral weer de nationale rechters aan zet zijn.

Gezien het verlangen in arbeids- en insolventierechtelijk Nederland naar duidelijkheid over de toelaatbaarheid van de pre-packpraktijk, is het opmerkelijk hoeveel risico de Rechtbank Midden-Nederland (oftewel: de Kantonrechter Almere) heeft genomen bij het formuleren van haar vragen – iets dat evengoed in niet-ontvankelijkheid had kunnen resulteren. Bezien vanuit de Europeesrechtelijke dogmatiek, in het bijzonder enkele vaste uitgangspunten van Europees procesrecht, kleurde de verwijzende instantie zichtbaar buiten de lijntjes. Zo luidt de startvraag, kort gezegd, of de Nederlandse faillissementsprocedure zich verdraagt met Richtlijn 2001/23/EG, en of art. 7:666 lid 1 BW nog wel richtlijnconform is. Een prejudiciële vraag moet echter zo zijn ingestoken dat die vertrekt vanuit het Europese recht, en om een uitleg daarvan verzoekt – het Hof van Justitie is er namelijk niet om nationaal recht te toetsen of uit te leggen.<sup>3</sup> Over die kernfunctie van de prejudiciële

1 Saskia Peters is hoogleraar arbeidsrecht te Groningen en redacteur van TRA. Henri de Waele is hoogleraar Internationaal en Europees recht te Nijmegen, tevens in deeltijd verbonden aan de Universiteit Antwerpen, en Senior Fellow bij het Center for European Integration Studies te Bonn.

2 Zie par. 3.1.

3 Zie bijv. HvJ EG 19 september 2006, C-506/04, ECLI:EU:C:2006:587 (*Wilson*), r.o. 34.

procedure is art. 267 VWEU ook volkomen duidelijk. Met de tweede vraag informeert de kantonrechter in essentie of de richtlijn van toepassing is in de voorlegde casus – maar toepassing is evenmin iets waar het Hof van Justitie over gaat.<sup>4</sup> De correcte aanpak was hier geweest om te informeren of Richtlijn 2001/23/EG zodanig moet worden uitgelegd, dat die (in abstracto) een situatie zoals in *Estro* bestrijkt. De derde vraag is nogal academisch ingestoken, en minstens voor een deel hypothetisch te noemen – en daar houdt het Hof evenmin van. Doorgaans wordt de bal linea recta teruggekaatst wanneer verwijzende rechters met ‘Wat als...?’-kwesities op de proppen komen.<sup>5</sup> Het verbaast daarom niet dat in punt 37 van het arrest, aan het begin van de beantwoording, het Hof drie van de vier vragen amalgameert tot één enkele, en ze daarbij zo herformuleert dat ze ordentelijk beantwoord kunnen worden.<sup>6</sup> Arbeids- en insolventierechtelijk Nederland mag zich derhalve in de handen knijpen met deze, zeker niet vanzelfsprekende, flexibele en genereuze benadering.

In het verlengde van het voorgaande, kan men zich overigens afvragen of het in de ogen van het Hof niet ten minste voor een deel al een *acte clair* of *acte éclairé* betrof. Immers, volgens de verweerder (Smallsteps) kon er geen twijfel over bestaan dat de zaak binnen het bereik van de (uitzonderingsregel van de) richtlijn viel. Bij dergelijke kristalhelderheid spreekt de EU-jurist gewoonlijk van een *acte clair*. Voor die conclusie had wellicht de eerdere rechtspraak van het Hof ook als toereikend kunnen worden beschouwd – in EU-jargon aangemerkt als *acte éclairé*. Ter vergelijking: de Kantonrechter Almelo vond het in de zaak *Heiploeg* niet nodig prejudiciële vragen te stellen, en verklaarde zichzelf in staat om vast te stellen dat art. 7:666 BW niet van toepassing was.<sup>7</sup> Nu is het feit dat het Hof arrest heeft gewezen in *Estro* wel te zien als bewijs dat de materie kennelijk toch nog niet voldoende helder of uitgeklaard was – en wij zijn persoonlijk eveneens die mening toegedaan. Aan de andere kant: dát het Hof arrest heeft gewezen in *Estro*, toont niet ipso facto aan dat dit onvermijdelijk en nodig was. Ondanks verwijzingen naar de eigen verantwoordelijkheid en competentie van nationale rechters, is het Hof al vaker bereid geweest om zich op te stellen als een zachtzinnige, geduldige leermeester, die het voor het gemak toch nog maar één

keer uitlegt.<sup>8</sup> Sommige bewoordingen in het arrest wekken ook de indruk dat, naar de smaak van het Hof althans, het antwoord redelijk voor de hand lag. Zo doet r.o. 41 niet anders dan de algemene wijsheid in het EU-recht herhalen dat uitzonderingen op hoofdregels noodzakelijkerwijs strikt moeten worden uitgelegd. Eveneens veelzeggend in dit verband is de zinswending in r.o. 47, dat een procedure die de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt “vanzelfsprekend niet [voldoet] aan [de] voorwaarde [van art. 5 lid 1 van de richtlijn]”. Het oordeel krijgt zo haast het karakter van wat Duitsers een *Mogelpackung* noemen: een onnodig opgesmukt geheel; in essentie een lege doos.

In hoeverre is de materie, met het oordeel van het Hof op zak, nu definitief uitgeklaard? Is de toelaatbaarheid van de Nederlandse pre-pack inmiddels dan een *acte éclairé*, wat wil zeggen dat de nationale rechters weer aan zet zijn, en dat zij op eigen houtje verder zouden moeten kunnen? Of zijn nieuwe prejudiciële verzoeken richting Luxemburg opportuun, of zelfs onvermijdelijk? Voorzichtigheidshalve matigt het Hof zich geen alwetendheid aan, zoals bijvoorbeeld blijkt uit r.o. 50, waarin het een negatief oordeel over de *Estro*-constructie afhankelijk maakt van verificatie door de verwijzende rechter. Hiermee laat het de mogelijkheid open dat de pre-pack in casu niet zo ‘misbruikbaar’ was als de eisers wel hebben doen voorkomen. Het arrest biedt daarmee (enige) ruimte voor de nationale rechter om bepaalde doorstartsituaties wél onder de faillissementsuitzondering te scharen, als daarin het (sociale) doel van de richtlijn geen geweld wordt aangedaan. Van volledige opheldering lijkt nochtans geen sprake. Voor dit moment ligt de bal in elk geval weer bij de Kantonrechter Almere, die in de voortzetting van de procedure, zonder externe hulp, moet bepalen of het geldende Nederlandse recht te rijmen valt met de door het Hof voorgestane uitleg van Richtlijn 2001/23/EG.

### 3. Richtlijnconforme interpretatie: een haalbare kaart!

#### 3.1 Inleiding

De Nederlandse rechter weet nu dat bij een pre-pack de werknemersbescherming van de Europese richtlijn (in beginsel<sup>9</sup>) onverkort van toepassing is. Richtlijnen hebben echter zoals bekend geen directe werking in horizontale verhoudingen, zodat Nederlandse werknemers zich na het *Estro*-arrest niet rechtstreeks op de richtlijn kunnen beroepen ten opzichte van de doorstarter.<sup>10</sup> Ziedaar het belang van de vraag of richtlijnconforme interpretatie van de Nederlandse wet mogelijk is. Dat is niet alleen voor de betrokkenen

4 Zie bijv. HvJ EG 18 november 1999, C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562 (*Teckal*), r.o. 31.

5 Zie bijv. HvJ EG 28 september 2006, C-467/04, ECLI:EU:C:2006:610 (*Gasparini*), r.o. 44-46.

6 Opmerkelijk genoeg blijft de vierde vraag, die in EU-rechtelijk opzicht de toets der kritiek wél kan doorstaan (“Wordt het tijdstip van overgang van onderneming voor de toepasselijkheid van richtlijn 2001/23 en het daaruit voortvloeiende artikel 7:662 e.v. BW in het kader van een pre-pack voorafgaand aan het faillissement van de onderneming bepaald door de feitelijke wilsovereenstemming tot overdracht van de onderneming van vóór het faillissement of wordt dat tijdstip bepaald door het moment waarop de hoedanigheid van de ondernemer die de betrokken entiteit exploiteert van de vervreemder daadwerkelijk overgaat op de verkrijger?”), uiteindelijk buiten beschouwing.

7 Ktr. Almelo 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589, *JAR* 2015/220, m.nt. J. van der Pijl.

8 Vgl. het arrest *CILFIT* (HvJ EG 6 oktober 1982, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335), met als kernboodschap dat nationale rechters vaker dan voorheen in staat zouden moeten zijn hun eigen boontjes te doppen, en sindsdien zelfs in hoogste instantie niet altijd meer verplicht zijn het Hof van Justitie te benaderen.

9 Zie de laatste alinea van de vorige paragraaf. In het vervolg van deze bijdrage gaan wij ervan uit dat bedoelde werknemersbescherming op de Nederlandse pre-pack van toepassing is.

10 Zie bijv. HvJ EG 26 februari 1986, 152/84, ECLI:EU:C:1986:84 (*Marshall*).

werknemers en werkgevers, maar ook voor de Nederlandse staat belangrijk. Indien art. 7:666 BW niet richtlijnconform kan worden uitgelegd, krijgt die laatste de rekening gepresenteerd. Die mag dan de nodige *Francovich*-vorderingen verwachten, ingesteld door gedupeerde werknemers die niet overgaan naar de verkrijger, of die wél overgaan maar met minder gunstige arbeidsvoorwaarden dan zij bij de vervreemder hadden.<sup>11</sup> Als een conforme uitleg wél mogelijk is, dan worden de betrokken werkgevers bij een pre-pack er al voordat de wet is aangepast op afgerekend. De doorstarter zal dan niet meer aan ‘pick-and-choose’ kunnen doen, maar alle bij de overgang betrokken werknemers inclusief hun arbeidsvoorwaarden moeten overnemen.<sup>12</sup>

Wat staat de rechter te doen? Art. 7:666 BW luidt nu:

“De artikelen 662 tot en met 665 en 670 lid 8 zijn niet van toepassing op de overgang van een onderneming indien: a. de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort.”

Na Smallsteps weten we dat dit te ruim geformuleerd is. Er zou moeten staan in onderdeel a:

“de werkgever (vervreemder) in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort, onder voorwaarde dat de faillissementsprocedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staat.”

Door de toevoeging van de voorwaarden inzake liquidatie en toezicht wordt de reikwijdte van de faillissementsuitzondering beperkt. Daarmee wordt duidelijk dat de pre-pack (en mogelijk ook andere faillissementsdoorstarts<sup>13</sup>) niet (langer) onder de uitzondering van art. 7:666 BW valt. Het Hof heeft de Nederlandse rechter immers meegegeven dat de faillissementsuitzondering in art. 5 Richtlijn 2001/23/EG drie voorwaarden stelt en dat de Nederlandse pre-pack aan twee van die drie voorwaarden niet voldoet. De pre-pack is weliswaar een faillissementsprocedure (voorwaarde 1), maar zij wordt *niet* ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder (voorwaarde 2) en zij staat *niet* onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (voorwaarde 3).

De vraag is nu, en daarmee zijn wij bij de kern, of we deze voorwaarden in het huidige art. 7:666 BW kunnen – en dus moeten – *hineininterpretieren*. Op de Kantonrechter Almere rust de schone taak die vraag te beantwoorden. Eén colle-

ga, de Kantonrechter Alkmaar, is in ieder geval al over de (richtlijnconforme uitleg-)dam. Wellicht een aansporing voor ‘Almere’ om te volgen. Volgens de Kantonrechter Alkmaar moet onderdeel a van art. 7:666 BW zo worden gelezen dat de ovo-bescherming niet van toepassing is “op de overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort, tenzij zich een situatie voordoet als bedoeld in de Smallsteps-uitspraak, in welk geval die artikelen wél toepassing vinden”. De kantonrechter legt vervolgens de *Estro*-situatie zo uit, dat in casu van een (dergelijke) pre-pack geen sprake was en de werknemers alsnog geen beroep toekwam op de beschermende ovo-bepalingen.<sup>14</sup> De reeds gepubliceerde literatuur geeft geen duidelijke richting aan. De vraag heeft daarin wel enige aandacht gekregen, maar wordt verschillend beantwoord. Zo menen Verburg<sup>15</sup> en Schaïnk<sup>16</sup> dat richtlijnconforme interpretatie mogelijk is, terwijl Van der Neut<sup>17</sup> meent van niet. Andere auteurs laten de kwestie links liggen.<sup>18</sup> Het lijkt ons daarom nuttig uitvoerig(er) bij deze vraag stil te staan en de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie aan een grondige analyse te onderwerpen.

### 3.2 Reikwijdte richtlijnconforme interpretatie – de leer van het Europees Hof van Justitie

Om die vraag te kunnen beantwoorden, zal eerst moeten worden gezien hoever de rechterlijke verplichting tot richtlijnconforme interpretatie gaat. Het is van belang daarbij voor ogen te houden dat het richtlijnconform uitleggen ertoe dient de volle werking van het Unierecht te verzekeren. Oftewel, in ons geval, ervoor te zorgen dat werknemers krijgen waar ze volgens Richtlijn 2001/23/EG recht op hebben. Het Hof formuleert deze verplichting, die rechtstreeks volgt uit de Verdragen,<sup>19</sup> als volgt:

“Het beginsel van richtlijnconforme uitlegging vereist (...) dat de nationale rechter binnen zijn bevoegdheden al het mogelijke doet om, het gehele nationale recht in beschouwing nemend en onder toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden, de volle werking van de betrokken richtlijn te verzekeren en tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met de daarmee nagestreefde doelstelling.”<sup>20</sup>

11 HvJ EG 19 november 1991, C-6/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francovich*). Zie daarover par. 2.  
12 Zie over de vraag wat dit betekent voor de *Estro/Smallsteps* pre-pack en pre-packs die reeds vóór het *Estro*-arrest plaatsvonden, de bijdrage van Bouwens elders in deze special.  
13 Zie daarover P.R.W. Schaïnk, ‘Het arrest van het Hof van Justitie inzake FNV c.s./Smallsteps’, *Tvl* 2017/22 (p. 143 e.v.) (hierna: Schaïnk 2017). Onze bijdrage beperkt zich tot de pre-pack.

14 Ktr. Alkmaar 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8429 (*Werknemers/Bogra Uitvaartkisten*).  
15 L.G. Verburg, ‘SmallSteps: over de vraag of de gewone doorstart uit faillissement nog toekomst heeft’, *FIP* 2017/334 en annotatie bij *JOR* 2017/217.  
16 Schaïnk 2017, p. 142.  
17 N.M.Q. van der Neut, ‘Pre-pack is overgang van onderneming: hoe nu verder?’, *TRA* 2017/88 (p. 16).  
18 Zo bijv. M.A. Vieira, ‘Hof van Justitie EU: werknemers behouden hun bescherming in geval van een pre-pack’, *Bb* 2017/60.  
19 In het bijzonder art. 288 VWEU jo. art. 4 lid 3 VEU. De verplichting is overigens niet beperkt tot richtlijnconforme uitleg. De rechter is gehouden tot een *Unierechtconforme* uitleg van het nationale recht. Zie F.J.L. Pennings & S.S.M. Peters (red.), *Europees Arbeidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 36 (hierna: Pennings & Peters 2016) en H.C.F.J.A. de Waele, ‘Directe werking en conforme interpretatie van EU-recht in het arbeidsrecht’, *Arbeids-Recht* 2010/48 (hierna: De Waele 2010).  
20 HvJ EG 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443, *JAR* 2006/175 (*Adeneler*), r.o. 111.

Hieruit blijkt dat op de Nederlandse rechter een zware inspanningsverplichting rust om art. 7:666 BW richtlijnconform uit te leggen. Hij moet “al het mogelijke” doen en dus de grenzen van zijn uitlegmogelijkheden opzoeken. Anderzijds zijn die grenzen er wel; het Hof maakte reeds in 1990 in het *Marleasing*-arrest duidelijk dat de nationale (implementatie)wet “zo veel mogelijk” in overeenstemming met de erboven hangende richtlijn moet worden uitgelegd.<sup>21</sup> Het is kortom een zware maar begrensde inspanningsverplichting. Die grenzen moet de rechter, ook volgens het Hof van Justitie, in acht nemen. Een evenwichtsoefening op het randje dus.

Waar liggen die grenzen precies? Hoe ver kan – en dus moet – de rechter gaan in het oprekken van de bewoordingen van de Nederlandse wetsbepaling? De jurisprudentie van het Hof geeft daarvoor aanwijzingen. Daaruit leiden wij de volgende factoren af die de reikwijdte van de verplichting bepalen.<sup>22</sup>

De rechter moet om te beginnen niet met oogkleppen op naar de uit te leggen bepaling kijken, maar moet het nationale recht in zijn geheel bezien om te beoordelen of een richtlijnconforme toepassing daarvan mogelijk is. Hij zal dus naast art. 7:666 BW zelf, de gehele regeling van Afdeling 8 en indien nodig geheel Titel 10, geheel Boek 7 BW en zo verder bij zijn onderzoek moeten betrekken. Daarnaast – en zeer belangrijk in ons geval – is relevant of de uit te leggen bepaling onderdeel uitmaakt van een wet die specifiek de betrokken richtlijn implementeert.<sup>23</sup> In dat geval kan en moet de nationale rechter namelijk in het bijzonder richtlijnconform uitleggen. Bij implementatiewetgeving is immers het uitgangspunt dat de staat de *bedoeling* heeft gehad keurig de richtlijn uit te voeren. Daarom wordt in dat geval de grens minder snel bereikt. Dit is vaste rechtspraak van het Hof. Zo lezen we bijvoorbeeld in het arrest *Pfeiffer* (2004):

“Het staat immers in het bijzonder aan de nationale rechterlijke instanties om de rechtsbescherming die voor de justitiabelen uit het gemeenschapsrecht voortvloeit, te verzekeren en de volle werking daarvan te waarborgen. Dit geldt des te meer wanneer aan de nationale rechter een geschil is voorgelegd over de toepassing van nationale voorschriften die (...) speciaal zijn ingevoerd ter uitvoering van een richtlijn die tot doel heeft rechten te verlenen aan particulieren. Deze rechter moet er (...) van uitgaan dat de lidstaat (...) de bedoeling heeft gehad ten

volle uitvoering te geven aan de uit de betrokken richtlijn voortvloeiende verplichtingen.”<sup>24</sup>

De verplichting tot conforme interpretatie vindt haar grens als de bewoordingen van de nationale wet die interpretatie niet toelaten. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof kan de verplichting tot conforme uitleg “niet dienen als grondslag voor uitlegging *contra legem* van het nationale recht”.<sup>25</sup> Dat spreekt ook voor zich: als de rechter het nationale recht zelfs *contra legem* moet uitleggen, dan zou de verplichting tot richtlijnconforme uitleg absoluut zijn en de inhoud van het nationale recht niet meer van belang. Dit zou neerkomen op het (alsnog) toekennen van directe werking. Het Hof benadrukt voorts dat de nationale rechter “binnen het kader van zijn bevoegdheden” al het mogelijke moet doen om tot richtlijnconform resultaat te komen. Daarmee geeft hij aan dat de rechter bij zijn uitleg de taakverdeling tussen rechter en wetgever moet respecteren. De grens wordt bereikt als het formuleren van een conforme oplossing in wezen een daad van wetgeving is. Ten slotte vormen de algemene rechtsbeginselen een grens, met name het rechtszekerheidsbeginsel.<sup>26</sup> Dat beginsel verzet zich ertegen dat een particulier, zoals een werkgever, wordt geconfronteerd met verplichtingen die hij redelijkerwijs niet had hoeven verwachten. Deze grenzen lopen deels in elkaar over. Zo zal een rechter die *contra legem* uitlegt de facto de wet herschrijven en inbreuk maken op het rechtszekerheidsbeginsel.

In alle grenzen blijkt rek te zitten. Zo houdt de plicht tot Unierechtconforme interpretatie volgens het Hof ook een plicht in om in voorkomend geval vaste rechtspraak te wijzigen, wanneer die rechtspraak berust op een met de doelstellingen van een richtlijn onverenigbare uitleg van het nationale recht. De vlieger “Ik deed het altijd in strijd met Unierecht en dat moet ik dus maar blijven doen” gaat dus niet op. Of, dichter blijvend bij de door het Hof gebezigde termen: een nationale rechter kan niet op goede gronden oordelen dat hij een wetsbepaling niet in overeenstemming met het Unierecht kan uitleggen op de enkele grond dat hij deze bepaling tot dan toe steeds heeft uitgelegd op een wijze die onverenigbaar is met het Unierecht.<sup>27</sup> Kennelijk staan noch het beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen, noch het rechtszekerheidsbeginsel hieraan in de weg.

### 3.3 Richtlijnconforme interpretatie: de Hoge Raad zoekt de grenzen op

Nu we weten hoe het Hof van Justitie de verplichting van de nationale rechter tot richtlijnconforme interpretatie invult en afbakt, is het tijd om te bezien hoe de Hoge Raad met deze verplichting omgaat. Wij doen dat aan de hand

21 HvJ EG 13 november 1990, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395 (*Marleasing*), r.o. 8.

22 Zie meer uitvoerig S.S.M. Peters & E.J.A. Franssen, ‘Vakantierechten van zieke werknemers na Schultz-Hoff: wie betaalt de Europese rekening?’, TRA 2010/22 (hierna: Peters & Franssen 2010) en M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001.

23 Overigens heeft hetzelfde te gelden als de nationale bepalingen dateren van vóór de betrokken richtlijn, maar de lidstaat heeft geoordeeld dat die bepalingen voldoen aan de vereisten van die richtlijn, zie bijv. HvJ EG 16 december 1993, C-334/92, ECLI:EU:C:1993:945 (*Wagner Miret*), r.o. 21.

24 HvJ EG 5 oktober 2004, C-397/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*), r.o. 112.

25 Zie bijv. HvJ EG 23 april 2009, C-378/07 t/m C-380/07, ECLI:EU:C:2009:250 (*Angelidaki*), r.o. 199 en *Adeneler* (C-212/04), r.o. 110.

26 Daarnaast bijv. het verbod van terugwerkende kracht (zie bijv. *Angelidaki*, r.o. 199 en *Adeneler*, r.o. 110) en het beginsel van bescherming van gewettigd vertrouwen (HvJ EU 19 april 2016, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278, JAR 2016/132 (*Dansk Industri*), r.o. 38).

27 *Dansk Industri*, r.o. 33-34.



van drie (vrij) recente arbeidsrechtelijke uitspraken. In het *Albron*-arrest uit 2013 (overgang van onderneming) en het arrest *Focus on Human* uit 2017 (belemmeringsverbod in de Waadi) acht de Hoge Raad een richtlijnconforme uitleg van het Nederlandse recht mogelijk; in het *Habing*-arrest uit 2015 (de oude vakantieregeling) niet.<sup>28</sup> Uit die jurisprudentie blijkt dat de Hoge Raad grensverkenningen niet schuwt. Hij durft te balanceren op het randje, maar gaat daar, naar onze mening, niet overheen.

In het bijzonder het *Albron*-arrest is illustratief. Ter opfrissing van het geheugen: het arrest ziet op art. 7:663 BW, dat een implementatie is van art. 3 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG. Volgens de richtlijnbevestiging gaan door de overgang van onderneming de werknemersrechten die voor de vervreemder voortvloeien uit de op het moment van de overgang bestaande arbeidsovereenkomsten of arbeidsbetrekkingen over op de verkrijger. Het Hof van Justitie leidde uit het feit dat in deze bepaling een ‘*arbeidsbetrekking*’ als gelijkwaardig alternatief voor een arbeidsovereenkomst is neergezet af, dat volgens de Uniewetgever een contractuele band met de vervreemder niet steeds is vereist.<sup>29</sup> Het Hof concludeert dat in de omstandigheden van de *Albron*-zaak – concernverhoudingen, waarbij werknemer Roest zich permanent bij een andere concernonderneming (HN) gedetacheerd wist dan waar hij formeel in dienst was (personeels-BV HNB) en HN overging naar *Albron* – de ‘niet-contractuele werkgever’ (HN) óók kan worden beschouwd als ‘vervreemder’. De ruime tekst van de richtlijnbevestiging laat dus toe dat onder die omstandigheden een werknemer mee over kan gaan, ook als hij geen arbeidsovereenkomst heeft met de onderneming die wordt overgedragen. De tekst van art. 7:663 BW is echter veel beperkter: de werknemersrechten gaan over op de verkrijger “die voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer”. De wettekst gaat overduidelijk uit van een overgang van de formele ofwel de ‘contractuele werkgever’. De heersende leer in Nederland was dan ook dat een werknemer daadwerkelijk een arbeidsovereenkomst met de overdragende werkgever moest hebben. De Hoge Raad heeft er echter na het Europese arrest geen moeite mee art. 7:663 BW richtlijnconform uit te leggen: HN kan worden beschouwd als (niet-contractuele) werkgever en dus ging werknemer Roest mee over naar *Albron* – mét behoud van de arbeidsvoorwaarden uit zijn arbeidsovereenkomst met de personeels-BV (HNB).

Voor ons is van belang dat de Hoge Raad groot gewicht toekent aan de tweede factor, te weten dat het een *specifieke implementatieregeling* betreft (zie paragraaf 3.2). De Hoge

Raad constateert dat de Nederlandse wetgever op twee punten van de richtlijntekst is afgeweken. Art. 7:663 BW gebruikt de (bij Titel 7.10 aansluitende) term ‘werkgever’ in plaats van de richtlijnterm ‘vervreemder’. De wetgever heeft niet uitgelegd waarom, maar hij bedoelde er vast hetzelfde mee.<sup>30</sup> Daarnaast ontbreekt in art. 7:663 BW – naast ‘arbeidsovereenkomst’ – de term ‘arbeidsbetrekking’. Hier leidt de Hoge Raad uit de wetsgeschiedenis af dat de wetgever meende dat het overbodig zou zijn de term ‘arbeidsbetrekking’ over te nemen.

“Daaraan lag dus niet het oordeel ten grondslag dat een noodzakelijke voorwaarde voor toepasselijkheid van art. 7:663 zou zijn dat tussen de ‘werkgever’ en de in de onderneming werkzame werknemer die op deze bepaling een beroep doet, een arbeidsovereenkomst (...) is gesloten”, zo luidt de conclusie.<sup>31</sup>

Deze missers staan – juist omdat het om een specifieke implementatiewet gaat – een richtlijnconforme uitleg niet in de weg, aldus de Hoge Raad. Belangrijk is dat uit de *wetsgeschiedenis* niet blijkt dat de wetgever iets anders heeft gewild dan de richtlijn getrouw te implementeren. De wetgever is met andere woorden onvoldoende vooruitziend geweest, maar niet meer dan dat. Daarom kan niet worden gezegd dat die wetsgeschiedenis geen – ruimere – uitleg van deze wetsbepaling conform de richtlijn toelaat.<sup>32</sup> Ook de *bewoordingen* van het artikel staan die ruimere uitleg niet in de weg. De formulering van de wet is namelijk niet steeds beslissend voor de uitleg daarvan, zo bepaalde de Hoge Raad al eerder.<sup>33</sup> Dat geldt in het bijzonder nu het artikel speciaal is ingevoerd ter uitvoering van een richtlijn die rechten aan particulieren verleent. De Hoge Raad vervolgt:

“Aan die bewoordingen komt te minder betekenis toe nu uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 7:663 (...) volgt dat de Nederlandse wetgever bij zijn keuze voor juist die bewoordingen, beoogde [thans: Richtlijn 2001/23/EG] getrouw om te zetten in het nationale recht, en dat hij daarbij een geval als het onderhavige niet voor ogen heeft gehad. Bij deze stand van zaken heeft het hof zich terecht niet van een richtlijnconforme uitleg van art. 7:663 BW laten weerhouden door de bewoordingen waarin dit artikel is geformuleerd, en evenmin door het rechtszekerheidsbeginsel of het verbod van uitleg van het nationale recht contra legem.”<sup>34</sup>

28 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, *JAR* 2013/125, m.nt. R.M. Beltzer, *JOR* 2013/197, m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens (*Albron*); HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689, *JAR* 2017/136, m.nt. F.G. Laagland, *AR-Updates* 2017-0466, m.nt. Houweling (*Focus on Human*); HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2723, *AR-Updates* 2015-0897, m.nt. W.L. Roozendaal (*Habing*).

29 HvJ EU 21 oktober 2010, C-242/09, ECLI:EU:C:2010:625, *JAR* 2010/298 (*Albron*), r.o. 24.

30 Namelijk: “iedere (...) rechtspersoon die door een overgang (...) de hoedanigheid van ondernemer ten aanzien van de onderneming verliest” (art. 2 sub a Richtlijn 2001/23/EG).

31 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, *JAR* 2013/125, m.nt. R.M. Beltzer, *JOR* 2013/197, m.nt. W.H.A.C.M. Bouwens (*Albron*), r.o. 3.6.4-3.6.7.

32 Vergelijk de conclusie van de A-G bij *Focus on Human*, punt 9.5.

33 HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU7412 (inzake de uitleg van art. 7:2 lid 1 BW), r.o. 3.5.

34 *Albron*, r.o. 3.7.

De Hoge Raad hanteert een vergelijkbare argumentatie in het arrest *Focus on Human* uit 2017.<sup>35</sup> De Nederlandse wettekst waar het daar om draait, art. 9a Waadi, spreekt wederom alleen van ‘arbeidsovereenkomst’, terwijl er ‘arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding’ had moeten staan (conform art. 6 lid 2 Richtlijn 2008/104/EG). Art. 9 Waadi is specifiek ingevoerd ter implementatie van genoemde richtlijnbevestiging en de wetgeschiedenis laat er geen twijfel over bestaan dat de wetgever heeft beoogd ten volle uitvoering aan de richtlijnverplichtingen te geven. Hij heeft echter slechts gedacht aan de situatie waarin de gedetacheerde na afloop van zijn terbeschikkingstelling als *werknemer* voor de inlener wil gaan werken.<sup>36</sup> Gelet op deze omstandigheden kan art. 9 Waadi ruimer en daarmee richtlijnconform worden uitgelegd, aldus de Hoge Raad. Die ruimere uitleg van het belemmeringsverbod – te weten: ook van toepassing op de totstandkoming van een ‘arbeidsverhouding’ – brengt met zich mee dat niet alleen werknemers, maar ook zzp'ers onder de reikwijdte ervan vallen.

In bovenbedoelde situaties waarin de bewoordingen van de implementatiewet tekortschieten omdat de wetgever *niet aan een bepaalde situatie heeft gedacht*, leidt een richtlijnconforme uitleg (dus) niet tot schending van het rechtszekerheidsbeginsel. Dat geldt zelfs als de wetgever is uitgegaan van een *verkeerde uitleg* van de richtlijn – zolang hij maar ‘getrouw’ was. Zo overweegt de Hoge Raad in een arrest uit 2012:

“Wanneer de Nederlandse wetgever bij de totstandkoming van de implementatiewetgeving een bepaalde uitleg aan de wet heeft gegeven die in strijd met de richtlijn blijkt te zijn, kan de nationale rechter niet vanwege die totstandkomingsgeschiedenis met een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel afzien van de (...) verplichting tot richtlijnconforme uitleg, indien de wetgever heeft beoogd de richtlijn getrouw om te zetten en de tekst van de wettelijke regeling ook een richtlijnconforme uitleg toelaat.”<sup>37</sup>

Dit is slechts anders indien uit de wetgeschiedenis onduidelijk blijkt dat de wetgever de welbewuste bedoeling had om de nationale regeling te doen afwijken van dat waartoe de richtlijn verplicht.<sup>38</sup> Aangezien laatstbedoelde situatie (‘de Uniewetgever zegt A, maar wij revolteren en doen B’) zich zelden zal voordoen, lijkt bij implementatiewetten een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel vrijwel kansloos. Dat geldt temeer nu eerder al bleek dat het feit dat een richtlijnconforme uitleg de rechter noopt in strijd met

zijn eigen vaste rechtspraak te beslissen, geen reden is daarvan af te zien.<sup>39</sup>

Een beroep op het *contra legem*-verbod is wat dat betreft kansrijker. Hoewel de Hoge Raad, in navolging van het Hof van Justitie, de bewoordingen van een ‘getrouwe’ implementatiewet verregaand relativeert, is en blijft een harde grens dat de wettekst de interpretatie moet toelaten. Dat zal meestal geen probleem vormen als er iets extra's – aanvullende bewoordingen – in de tekst moet worden gelezen, zoals in *Albron* en *Focus on Human*. Moet echter een deel van de bepaling worden ‘weggelezen’, dan zal de uitleg al snel *contra legem* zijn. Een bepaling uit de Nederlandse vakantieregeling<sup>40</sup> (art. 7:635 lid 4 BW (oud)) kon daarom niet conform de Arbeidstijdenrichtlijn (Richtlijn 2003/88/EG) worden uitgelegd, zo blijkt uit het *Habing*-arrest van de Hoge Raad uit 2015.<sup>41</sup> Het probleem was dat de hoofdregel – het recht op ten minste 20 betaalde vakantiedagen per jaar – conform de richtlijn was, maar daarop vervolgens een zeer specifieke en bewuste uitzondering was gemaakt voor langdurig zieke werknemers.<sup>42</sup> Een conforme uitleg zou dan neerkomen op het ecarteren van de uitzonderingsregeling van art. 7:635 lid 4 BW (oud) en dus tot overschrijding van de *contra legem*-grens. Nu richtlijnconforme interpretatie niet mogelijk was, moest de Nederlandse staat de gedupeerde werknemers schadevergoeding betalen wegens schending van de implementatieplicht.

Wij concluderen dat de Hoge Raad, in lijn met de jurisprudentie van het Hof van Justitie, een bijzonder ruime uitleg hanteert als het gaat om een implementatiewet. Daarbij speelt de ‘getrouwe-omzettings-bedoeling’ van de wetgever een belangrijke rol. Als daarvan sprake is, dan worden – en dat komt ons juist voor – eventuele foute ideeën over de uitleg van de richtlijn of andere missers van de wetgever sterk gerelativeerd en zijn aanvullingen van de wettekst met ‘vergeten’ woorden (en dus met vergeten voorwaarden e.d.) toegestaan.

De kernpunten die naar onze mening blijken uit bovenstaande jurisprudentie-analyse, vatten wij als volgt samen. Als sprake is van een specifieke implementatieregeling (waarin aan werknemers rechten worden verleend):

- zal een betoog dat de *totstandkomingsgeschiedenis* van de wetsbepaling geen andere uitleg toelaat dan wat daarin letterlijk staat snel afketsen, omdat het uitgangspunt is dat de wetgever heeft beoogd de richtlijn getrouw om te zetten;

35 HR 14 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:689, JAR 2017/136, m.nt. F.G. Laagland, AR-Updates 2017-0466, m.nt. Houweling (*Focus on Human*), r.o. 3.3.2, 3.3.6-3.3.7.

36 Zie punt 5.6 van de conclusie van A-G De Bock bij *Focus on Human*, waarnaar de HR in r.o. 3.3.2 verwijst.

37 HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879 (*Stichting De Thuiskopie*), r.o. 5.1.3.

38 HR 10 augustus 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3758 (*Wandelvierdaagse*), r.o. 3.4.

39 Aldus het Hof van Justitie in *Dansk Industri* (zie par. 3.2).

40 Die vakantieregeling is geen specifieke implementatiewet van de Arbeidstijdenrichtlijn, maar de Nederlandse wetgever heeft daarvan later gezegd dat de regeling in overeenstemming met de richtlijn is (zie bijv. *Kamerstukken II 1997/98*, 26079, 5, p. 6 en *Kamerstukken I 1999/2000*, 26079, 176, p. 5, zij het niet specifiek voor art. 7:635 lid 4 BW) en ook in dat geval moet de nationale rechter het beginsel van richtlijnconforme uitlegging in het bijzonder toepassen (zie voetnoot 23).

41 Zie voetnoot 28.

42 Overigens waren de redenen daarvoor ook nog eens onverenigbaar met de richtlijn. Zie Peters & Franssen 2010.

- zal een beroep op de *bewoordingen* van de wetsbepaling niet snel slagen:
  - de precieze bewoordingen van een wetsbepaling zijn sowieso niet altijd beslissend, zeker niet als die bepaling speciaal is ingevoerd ter uitvoering van een richtlijn die tot doel heeft rechten te verlenen aan particulieren zoals werknemers,
  - en zij zijn des te minder beslissend als bij de wetgever de ‘getrouwe-omzettings-bedoeling’ heeft voorgezeten en hij simpelweg niet heeft gedacht aan de zich voordoende situatie;
- speelt bij het oprekken van de bewoordingen van de wetsbepaling om tot een conforme uitleg te komen het rechtszekerheidsbeginsel nauwelijks een rol, maar moet wel de *contra legem*-grens in de gaten worden gehouden: aanvullende bewoordingen (en daarmee aanvullende voorwaarden, arbeidsverhoudingen, contractvormen etc.) ‘inlezen’ mag in beginsel, maar (een deel van) de wetsbepaling ‘weglezen’ mag in beginsel niet.

### 3.4 *Terug naar de pre-pack: toepassing van de leer op art. 7:666 BW*

Het *Estro*-arrest van het Hof van Justitie heeft duidelijk gemaakt dat Nederland een ‘pre-pack-implementatieprobleem’ heeft. We zijn nu aangeland bij de kernvraag: kan de Nederlandse rechter dit probleem oplossen door richtlijnconforme uitleg van art. 7:666 BW?

Die vraag kan nu vrij eenvoudig worden beantwoord. Het betreft een bepaling uit dezelfde regeling inzake overgang van onderneming (ovo) als aan de orde in de hierboven uitvoerig besproken *Albron*-zaak. Geldt hetgeen de Hoge Raad zegt in *Albron één-op-één* voor ons art. 7:666 BW-probleem? Het gaat om dezelfde implementatiewet van dezelfde richtlijn, maar de faillissementsuitzondering is wel pas later toegevoegd. De oorspronkelijke richtlijn (Richtlijn 77/187/EG) bevatte die uitzondering nog niet. De uitzondering is ontwikkeld in de jurisprudentie van het Hof<sup>43</sup> en later door de EU-wetgever gecodificeerd (in Richtlijn 98/50/EG). De Nederlandse wetgever heeft in 1997 de faillissementsuitzondering toegevoegd.<sup>44</sup> Hij licht toe dat hij dat “aansluitend op de jurisprudentie van het Hof van Justitie” doet en verwijst tevens naar de Hoge Raad, die op basis van de Europese uitspraken had bepaald dat de faillissementsuitzondering óók voor de Nederlandse ovo-regeling geldt.<sup>45</sup> De memorie van toelichting vervolgt:

“Het is juister als een en ander in een nieuwe codificatie van het arbeidsrecht uitmondt in een uitdrukkelijke bepaling in de wet zelf.”<sup>46</sup>

Een en ander betekent dat voor art. 7:666 evenzeer als voor art. 7:663 BW geldt dat de Nederlandse wetgever ‘getrouw’ heeft geprobeerd het Europese recht te implementeren. Hetgeen de Hoge Raad in *Albron* zegt over de relativisering van de bewoordingen van een wetsbepaling, vooral als het om getrouwe implementatie gaat, geldt hier dus onverkort. Het ontbreken in de Nederlandse wet van de frasen uit de richtlijn waarin nader is uitgewerkt welke faillissementsprocedures zich lenen voor de uitzondering, is wederom – niet meer dan – een onhandigheid.

Wij vermoeden daarom dat de Hoge Raad geen moeite zal hebben de bewoordingen van art. 7:666 BW richtlijnconform te interpreteren. Hij zal daarin de beperkende voorwaarden uit de richtlijn bepaling *hineininterpreteren*. Waar nu in art. 7:666 sub a BW staat “de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort”, zal daar achteraan moeten worden gelezen “onder voorwaarde dat de faillissementsprocedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de werkgever en onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staat”. We weten nu dat (in ieder geval) een pre-pack niet aan deze vereisten voldoet. In dat geval ontlenen de werknemers dus ovo-bescherming aan de Nederlandse regeling in het BW, zoals richtlijnconform uitgelegd.

Zeker, het zou wel zo duidelijk zijn als de term ‘faillissement’ in de Nederlandse wet steeds hetzelfde zou betekenen, namelijk ‘faillissement in de zin van de Faillissementswet’. Dat doet echter niets af aan de Europese plicht van de Nederlandse rechter om de wettekst al interpreterend aan te vullen met de voorwaarden uit de richtlijn. De wettekst laat die interpretatie toe. Dat was anders geweest als de wettekst een vergelijkbaar probleem als de oude vakantieregeling had vertoond: een Unierechtconforme hoofdregel waarvan vervolgens de pre-pack expliciet zou zijn uitgezonderd. In dat geval zou de rechter buiten zijn taakopdracht moeten treden en *contra legem* moeten gaan teneinde een richtlijnconform resultaat te bereiken.

Wij concluderen dat de Nederlandse rechter, in casu de Kantonrechter Almere, art. 7:666 BW richtlijnconform kan en dus moet uitleggen. Dat betekent dat de rechter de ovo-regels op (in ieder geval) een gepre-packte doorstart dient toe te passen. Daarmee wordt de ‘Europese rekening’ direct aan doorstartende werkgevers gepresenteerd en niet aan de Nederlandse staat (wegens het niet voldoen aan de implementatieplicht en/of wegens onrechtmatige daad)<sup>47</sup>. Wij zouden het kortom niet erg vinden als het adagium ‘als er één kantonrechter over de dam is, volgen er meer’ in dit geval blijkt te kloppen.<sup>48</sup>

43 HvJ EG 7 februari 1985, C-135/83, ECLI:EU:C:1985:55 (*Abels*).

44 Vaststellingswet titel 7.10 Burgerlijk Wetboek (arbeidsovereenkomst), *Stb.* 1996, 406.

45 HR 30 oktober 1987, NJ 1988/191, m.nt. P.A.S. (*Happé/Scheepstra*).

46 *Kamerstukken II* 1993/94, 23438, 3, p. 42. En daarna: “Daarmee wordt dan tevens buiten twijfel gesteld dat geen gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid voor de lidstaten (...) om een richtlijn een ruimer toepassingsgebied te geven dan in de richtlijn voorzien is.”

47 Zie het *Habing*-arrest van de Hoge Raad (HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2723, *AR-Updates* 2015-0897, m.nt. W.L. Roozendaal (*Habing*)).

48 Wij doelen op Ktr. Alkmaar 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8429 (*Werknemers/Bogra Uitvaartkisten*), zie par. 3.1.

#### 4. In het andere geval... tóch directe werking?

Niettegenstaande ons vermoeden dat richtlijnconforme interpretatie in casu een haalbare kaart is, valt niet uit te sluiten dat de Kantonrechter Almere de spanning tussen de richtlijnbevestiging en de te interpreteren nationale regels te groot zal achten. Sommige auteurs insisteren dat art. 7:666 BW zich onvoldoende leent voor een verzoenende uitleg, waarmee het doorwerkingsmechanisme zou stuiten op de *contra legem*-grens, of houden er rekening mee dat de kantonrechter tot dat oordeel komt.<sup>49</sup> De conclusie luidt dan doorgaans, zoals hierboven aangehaald, dat de boel vastloopt omdat richtlijnen geen horizontale directe werking hebben; de wetgever zou daarom aan zet zijn, en de gedupeerden aangewezen op aansprakelijkstelling van de staat wegens onrechtmatige wetgeving.<sup>50</sup>

Voor een compleet beeld verdient de (on)mogelijkheid van horizontale werking echter nog een korte aanvullende verkenning, omdat in de literatuur tot op heden één rechtspraaklijn van het Hof van Justitie buiten beschouwing is gebleven. In verhoudingen tussen private partijen geldt ontegenzeggelijk als hoofdregel dat een richtlijn uit zichzelf aan een particulier geen verplichtingen kan opleggen, en dus als zodanig niet tegenover een andere particulier kan worden ingeroepen.<sup>51</sup> Het Hof heeft niettemin incidenteel uitzonderingen toegestaan op die hoofdregel, onder meer in de zaak *Unilever*.<sup>52</sup> De techniek komt er daar kort gezegd op neer dat een met het EU-recht strijdige bepaling van nationaal recht als het ware uit het geding wordt 'weggedrukt' (in het Engels ook wel *exclusionary effect* genoemd). Het Hof heeft deze benadering meermaals impliciet omarmd. Nota bene, het gaat niet om het bekende *Kücükdeveci*-correctief, hoewel er een onmiskenbare verwantschap mee bestaat. Algemene beginselen van EU-recht spelen hierbij géén rol; een beroep op een richtlijnbevestiging leidt al tot buiten toepassing laten van daarmee strijdig nationaal recht – mis

die richtlijnbevestiging dan zelf geen rechten of verplichtingen voor particulieren schept.<sup>53</sup>

In casu is op het eerste gezicht denkbaar dat een analogie wordt beproefd, door de uitsluitingsregel vervat in art. 7:666 BW zélf uit te sluiten, middels een beroep op de richtlijn. Op dat moment zouden (werknemersbeschermende) art. 7:662-7:665 BW en 7:670 lid 8 BW tóch toepassing blijven vinden in geval van een pre-pack à la *Estro*. In die constellatie schept de richtlijn zelf rechten noch verplichtingen voor particulieren, en zijn de regels op basis waarvan de nationale rechter het aanhangige geschil kan beslechten van zuiver Nederlandse aard; hiermee zou aan de randvoorwaarden voor zogenoemde 'incidentele horizontale werking' voldaan kunnen zijn.<sup>54</sup> Dat de techniek van conforme interpretatie op haar grenzen stuit, hoeft dan helemaal geen probleem meer te vormen; die remedie was oorspronkelijk ook juist bedoeld als lapmiddel voor situaties waarin directe werking géén soelaas kon bieden.<sup>55</sup>

Anderzijds is in de huidige casus deze 'uitsluitende' techniek denkkelijk veel te cru, aangezien daarmee de hele zin en strekking van de uitzonderingsbepaling aan de horizon verdwijnt. Het zou leiden tot een volledige 'uitschakeling' van art. 7:666 BW, en daarop zit de insolventie- noch de arbeidsrechtpraktijk te wachten. Zoals hierboven aangegeven, is een subtielere verwoording van art. 7:666 BW gewenst, waarbij het bepaalde sub a) wordt uitgebreid met de woorden "onder voorwaarde dat de faillissementsprocedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staat" – met de bedoeling om de huidige, te ruime formulering in te snoeren. Wij achten dat wel degelijk mogelijk door middel van conforme interpretatie. De onorthodoxe *Unilever*-benadering, voor zover de Rechtbank Midden-Nederland er überhaupt aan zou willen, spoelt daarentegen het kind met het badwater weg.

Voor de volledigheid verdient het tot slot opmerking dat de reikwijdte van het verbod op horizontale werking onlangs verder werd ingeperkt, doordat het Hof een beroep van particulieren op richtlijnen inmiddels accepteert tegenover "organisaties of lichamen die onder gezag of toezicht van de staat staan, óf die over bijzondere, verdergaande bevoegdheden beschikten dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden".<sup>56</sup> In oudere rechtspraak leek het nog om twee cumulatieve cri-

49 Zie de in voetnoten 15-18 genoemde literatuur en voorts het betoog van Smallsteps voor de kantonrechter (Ktr. Almere 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954, JAR 2016/64, m.nt. J. van der Pijl), r.o. 3.3.1.

50 Betwistbaar is eventueel of het hierbij essentiële criterium van een voldoende gekwalificeerde schending vervuld zou zijn (vgl. o.a. HvJ EG 26 maart 1996, C-392/93, ECLI:EU:C:1996:131 (*British Telecom*)). De Hoge Raad manoeuvreert echter soepel om deze voorwaarde heen als de vordering op art. 6:162 BW wordt gebaseerd (HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2723, *AR-Updates* 2015-0897, m.nt. W.L. Roozendaal (*Habing*)).

51 Zie *Marshall* (152/84). Wij volgen hier woordelijk de terminologie van het Hof van Justitie. In het Europees privaatrecht worden tegenwoordig speciale definities van directe werking gehanteerd die hier niet volledig mee corresponderen; zie daarover o.a. C. Timmermans, 'Horizontal direct/indirect effect or direct/indirect horizontal effect: What's in a name?', *European Review of Private Law* 2016, p. 673-685.

52 HvJ EG 26 september 2000, C-443/98, ECLI:EU:C:2000:496 (*Unilever*); zie tevens o.a. HvJ EG 30 april 1996, C-194/94, ECLI:EU:C:1996:172 (*CIA Security*), HvJ EG 12 maart 1996, C-441/93, ECLI:EU:C:1996:92 (*Pafitis*) en HvJ EG 28 januari 1999, C-77/97, ECLI:EU:C:1999:30 (*Smithkline Beecham*). Hierover, met nadere verwijzingen, bijv. De Waele 2010.

53 In *Kücükdeveci* (HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21) was de 'wegdrukking' van een bepaling uit het Duitse BW het resultaat van toepassing van het algemeen beginsel van leeftijdsdiscriminatie, op curieuze wijze verknoopt met Richtlijn 2000/78 (zie bijv. Pennings & Peters 2016, p. 69-74). Latere arresten waarin de *Unilever*-techniek geen toepassing vond, worden soms als een impliciete afwijzing geduid (zo bijv. M. de Mol, 'Dominguez: A deafening silence', *European Constitutional Law Review* 2012, p. 280-303). Het wachten is echter nog steeds op een expliciete erkenning of ontkenning.

54 Vgl. *Unilever* (C-443/98), r.o. 49-52.

55 Zie bijv. HvJ EG 10 april 1984, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (*Von Colson*); HvJ EG 14 juli 1994, C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292 (*Faccini Dori*).

56 Zie HvJ EU 10 oktober 2017, C-413/15, ECLI:EU:C:2017:745, *JB* 2017/189, m.nt. H.C.F.J.A. de Waele (*Farrell*).



teria te gaan, zodat het EU-recht relatief minder vaak kon worden geëffectueerd tegenover private actoren, omdat die niet én onder gezag/toezicht van de overheid stonden, én onder bijzondere, verdergaande bevoegdheden beschikten. De definitieve loskoppeling in het arrest *Farrell* brengt waarschijnlijk met zich, dat claimanten als de FNV wél een beroep zouden mogen doen op Richtlijn 2001/23/EG tegenover semipublieke instellingen als die aan een *pre-pack* worden onderworpen. Wanneer inderdaad het criterium dat sprake is van 'overheidsgezag of -toezicht' op zichzelf al toereikend is om een verticale verhouding aan te nemen, zijn met behulp van het *Estro*-arrest diverse doorstarts te blokkeren in sectoren als het onderwijs, de zorg en kinderopvang (men denke bijvoorbeeld aan een Meavita, Philadelphia, Hogeschool InHolland of ROC Leiden). Dergelijke entiteiten zouden zich niet langer achter hun private hoedanigheid kunnen verschuilen – voor zover althans dit soort affaires de eerstkomende tijd (vóór aanpassing van het BW) nog voor de rechter komt. Men kan zich in het verlengde van *Farrell* nog afvragen of zelfs de aanstelling van een curator reeds zou zijn aan te merken als een vorm van overheidsgezag- of toezicht. Dit zou de positie van crediteuren tegenover een failliet markant versterken wanneer zij zich op een EU-richtlijn willen beroepen in situaties waar het klassieke verbod op horizontale werking daar tot op heden aan in de weg staat. Hoewel niet ondenkbaar, biedt dit arrest voor een dergelijke expansieve uitleg naar onze mening te weinig aanknopingspunten.

## 5. Conclusie

Wij hebben in onze bijdrage de schijnwerpers gericht op de Europese dimensie van de materie. *Estro* is en blijft een opmerkelijk arrest, zowel voor de arbeids-, insolventie- als de EU-jurist. We zagen allereerst hoeveel risico er oorspronkelijk werd genomen bij het verzoek om een prejudicieel oordeel, door een wat laconieke aard van verwijzen door de kantonrechter. Misschien mede daardoor is de inhoud en strekking van 's Hofs oordeel niet geheel ondubbelzinnig te noemen. Ten tweede hebben wij betoogd dat er genoeg ruimte bestaat voor een richtlijnconforme interpretatie van de betreffende Nederlandse wetsbepaling, niet alleen op basis van de relevante Europese jurisprudentie, maar evengoed gelet op de gebruikelijke methoden en voorkeuren van de Hoge Raad. Zodoende delen wij de mening van eerdere auteurs niet die conforme interpretatie in casu op haar grenzen zien stuiten. Een verkenning van de optie 'incidentele horizontale werking' leverde in dit opzicht geen bruikbare inzichten op, terwijl het recente *Farrell*-arrest, in een beperkt aantal gevallen, voor een belangrijke nuancering kan zorgen.

De doorwerkingsaspecten zullen de Nederlandse rechter nu geen hoofdpijn meer hoeven te bezorgen. Er resteren echter nog zoveel andere twijfels en onzekerheden dat *rasende Kopfschmerzen* toch onvermijdelijk lijken. Immers: welke andere faillissementsdoorstarts (en mogelijk zelfs bepaalde *pre-packs*) wél onder de – richtlijnconform uitge-

legde – faillissementsuitzondering van art. 7:666 BW zijn te scharen, is bepaald nog geen uitgemaakte zaak. Biedt wellicht de *Farrell*-rechtspraak meer ruimte voor een beroep op EU-richtlijnen bij faillissement in het algemeen, doordat mogelijk al de benoeming van een curator een situatie 'verticaliseert'? Nieuwe prejudiciële consulten bij het Hof van Justitie kunnen (enige) verlichting brengen.