

RECHTSPRAAK

# Federatie Nederlandse Vakvereniging c.s./Smallsteps B.V.

## ***Kantonrechter stelt vier prejudiciële vragen aan het HvJ EU over pre-pack bij faillissement in relatie tot (Europese) wetgeving en jurisprudentie inzake overgang van onderneming.***

Op 5 juli 2014 is het faillissement uitgesproken van Estro Groep en haar dochterondernemingen. Estro Groep was het grootste kinderopvangbedrijf in Nederland met ongeveer 380 vestigingen en 3600 werknemers. Smallsteps B.V. heeft na het faillissement ongeveer 250 vestigingen en 2600 werknemers overgenomen. De overdracht aan Smallsteps is gerealiseerd door een zogenoemde pre-pack. Een pre-pack is een vóór het faillissement met behulp van een door de rechtbank benoemde stille bewindvoerder voorbereide activatransactie die de (beoogd) curator direct na het uitspreken van het faillissement ten uitvoer brengt. Op dit moment ontbreekt een wettelijke basis voor een pre-pack en de werkzaamheden van de stille bewindvoerder. Primair stelt FNV c.s. op grond van de jurisprudentie van het HvJ EU dat, nu een pre-pack niet gericht is op liquidatie maar op een doorstart, de Richtlijn 2001/23/EG van toepassing is en dat alle werknemers van de overgenomen vestigingen, inclusief de vier eiseressen in de onderhavige procedure, op basis van een richtlijnconforme interpretatie van de artikelen 7:662 e.v. BW van rechtswege, met behoud van al hun arbeidsvoorwaarden, in dienst zijn gekomen bij Smallsteps. Subsidiair stelt FNV c.s. dat de artikelen 7:662 e.v. BW desalniettemin op de onderhavige pre-pack van toepassing zijn, nu het tijdstip van de overgang van onderneming is gelegen vóór de datum waarop het faillissement heeft plaatsgevonden. Meer subsidiair stelt FNV c.s. dat in casu sprake is van opvolgend werkgeverschap ex artikel 7:668a BW. Smallsteps voert verweer.

De kantonrechter oordeelt als volgt. Op grond van artikel 7:662 e.v. BW gaan werknemers van rechtswege mee over op de verkrijger van de onderneming wanneer sprake is van een overgang van een onderneming. In artikel 7:666 lid 1 BW is als uitzondering hierop opgenomen dat dit niet het geval is wanneer de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Voorafgaand aan de invoering van artikel 7:666 BW heeft het Europese Hof van Justitie al in 1985 in zijn Abels-arrest (*NJ* 1985/900) zich uitgelaten over de vraag of in een faillissementsprocedure sprake kan zijn van overgang van onderneming. Het HvJ EU oordeelde dat geen sprake is van overgang van onderneming bij een doorstart vanuit faillissement, omdat negatieve effecten op onder meer de werkgelegenheid anders niet uit te sluiten zijn. In geval van surseance, dat in tegenstelling tot de

faillissementsprocedure niet op liquidatie is gericht, maar op voortzetting van de onderneming, zijn de regels omtrent overgang van onderneming wél van toepassing, aldus het HvJ EU. Na het arrest Abels zijn in de periode van 1991-1998 door het HvJ EU de arresten D'Urso (1991), Spano/Fiat (1995), Dethier (1998) en Europieces (1998) geweest. De faillissementsprocedure wordt in de praktijk veel gebruikt om te reorganiseren. De vraag rijst of de uitsluiting van die bepalingen in geval van faillissement richtlijnconform is. De kantonrechter kan deze vraag (nog) niet in positieve of negatieve zin beantwoorden. De faillissementsprocedure strekt bij een 'doorstart' immers niet tot liquidatie van de onderneming, terwijl dit vereiste wel uit de richtlijn en de jurisprudentie van het HvJ EU lijkt voort te vloeien om de beschermende bepalingen uit te kunnen sluiten. Voorts is onder meer in het Abels-arrest geformuleerd dat het faillissement nu juist wel uitdrukkelijk als een procedure die is 'gericht op vereffening (...)' dient te worden beschouwd, terwijl onmiskenbaar de pre-pack voornamelijk gericht is op het doorstarten van levensvatbare bedrijfsonderdelen (na faillissement). Ook de Engelse tekst van de richtlijn lijkt in de richting van liquidatie (als doel en vereiste) te wijzen nu daar wordt gesproken van 'bankruptcy proceedings or any analogous insolvency proceedings which have been instituted with a view to the liquidation of the assets of the transferor (...)'. Alvorens in de onderhavige zaak verder te beslissen, worden hierover prejudiciële vragen aan het HvJ EU gesteld.

Tussen partijen is verder in geschil het tijdstip van overgang van de onderneming. Naar het oordeel van de kantonrechter speelt de 'pre-pack' zich af buiten het regime van de Faillissementswet, met als gevolg dat in de wet verankerd formeel toezicht ('toezicht van een bevoegde overheidsinstantie') feitelijk ontbreekt. Dat de overeenkomst, waarbij de onderneming van de schuldenaar wordt verkocht, materieel tot stand komt vóór het faillissement is, gelet op de feitelijke gang van zaken bij pre-pack in het algemeen, maar in onderhavige zaak in het bijzonder, meer dan aannemelijk. Na het openen van het faillissement rest nog slechts het formaliseren van de koopovereenkomst door de 'beoogde' curator in zijn nieuwe hoedanigheid van 'echte' curator. De rechter-commissaris heeft zijn toestemming al voor het faillissement gegeven, en deze goedkeuring wordt na het faillissement nog slechts geformaliseerd. Met deze gang van zaken wordt het formele toezicht tijdens het eigenlijke faillissement voor wat betreft de verkoop en overdracht van de onderneming vrijwel geheel uitgehold. De vraag die voorligt is of de in het Celtec-arrest geformuleerde norm, te weten '[i]n die omstandigheden moet het begrip "tijdstip van de overdracht" in artikel 3, lid 1, van de richtlijn 77/187 aldus worden opgevat dat het ziet op het tijdstip waarop de hoedanigheid van de ondernemer die de betrokken entiteit exploiteert, van de vervreemder op de verkrijger overgaat', voor het moment van overgang van onderneming in de specifieke situatie van pre-pack opgeld doet, nu het HvJ EU in het Celtec-arrest ook het volgende heeft overwogen: 'Overigens overwoog het Hof in punt 26 van het reeds aangehaalde arrest Rotsart de Hertaing dat de overgang van arbeidsovereenkomsten en -verhoudingen als geregeld in artikel 3, lid 1, van richtlijn 77/187 noodzakelijkerwijs plaatsvindt op hetzelfde tijdstip als dat van de overgang van de onderneming en niet naar goeddunken van de vervreemder of de verkrijger naar later kan worden verschoven.' Ook ten aanzien van dit onderdeel worden prejudiciële vragen aan het HvJ EU gesteld. De kantonrechter heeft in totaal

vier vragen aan het HvJ EU gesteld. Volgt aanhouding van de zaak.

---

**Instantie:** Rechtbank Midden-Nederland

**Datum uitspraak:** 24-02-2016

**ECLI:** ECLI:NL:RBMNE:2016:954

**Zaaknummer:** 3821875 / MC EXPL 15-951

**Rechters:** R.M. Berendsen

**Advocaten:** A. Simsek en mr. B.F.H. Rumora-Scheltema

**Wetsartikelen:** 7:666 BW en 5 Richtlijn 2001/23/EG