

RECHTSPRAAK

FNV c.s./Smallsteps

Conclusie A-G: uitzondering faillissement overgang van onderneming geldt niet voor Nederlandse prepack.

Feiten

(Prejudiciële vragen van AR 2016-0175.) 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 prepack. Een prepack 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 prepack en de werkzaamheden van de stille bewindvoerder. Primair stelt FNV c.s. op grond van de jurisprudentie van het HvJ EU dat, nu een prepack 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 prepack van toepassing zijn, nu het tijdstip van de overgang van onderneming is gelegen vóór de datum waarop het faillissement heeft plaatsgevonden. De kantonrechter heeft het Hof van Justitie EU prejudiciële vragen gesteld.

Conclusie A-G Mengozzi – indien doel van modaliteit is gericht op continuïteit, dan is artikel 5 Richtlijn/artikel 7:666 BW niet van toepassing

De eerste drie prejudiciële vragen moeten gezamenlijk worden onderzocht. Met die vragen wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of Richtlijn 2001/23 van toepassing kan zijn bij een overgang van een onderneming die plaatsvindt in het kader van een prepack, zoals deze zich in de praktijk in Nederland heeft ontwikkeld (tweede vraag), en of in een dergelijke context de Nederlandse faillissementsprocedure, en meer specifiek artikel 7:666 BW, zoals deze in de praktijk wordt toegepast, in overeenstemming is met het doel en de strekking van die richtlijn (eerste vraag). Met zijn derde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het antwoord op die vragen anders luidt naargelang het hoofddoel van de prepack de voortzetting van de onderneming en/of de maximalisatie van de opbrengst van de

overdracht is. Uit de analyse van die arresten volgt dat het Hof voor de vraag of de in Richtlijn 77/187 – en thans in Richtlijn 2001/23 – opgenomen bescherming van werknemers al dan niet van toepassing was op een overgang in het kader van een procedure voor situaties waarin de onderneming in moeilijkheden verkeert, twee criteria heeft vastgesteld, namelijk het *doel* dat met de betrokken procedure wordt nagestreefd en de *modaliteiten* ervan, rekening houdend met de doelstellingen van die richtlijn. Meer bepaald volgt uit de analyse van de rechtspraak dat de uitsluiting van de bescherming uitsluitend gerechtvaardigd is indien de betrokken procedure, rekening houdend met de doelstellingen en de modaliteiten ervan, de liquidatie van het vermogen van de onderneming beoogt. Beoogt de betrokken procedure daarentegen, gezien het doel en de modaliteiten ervan, de continuïteit van de exploitatie van de onderneming, dan rechtvaardigt het sociaal-economisch doel ervan niet dat aan de werknemers bij de overgang van de onderneming de rechten worden ontnomen die zij aan die richtlijn ontleen. Dit onderscheid tussen procedures die de vereffening en procedures die de voortzetting van de onderneming beogen, vloeit niet alleen voort uit de rechtspraak van het Hof, maar vindt thans eveneens zijn grondslag in, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, de bewoordingen van artikel 5 van Richtlijn 2001/23. Dit artikel maakt immers onderscheid tussen enerzijds insolventieprocedures die, evenals het faillissement, de liquidatie van het vermogen van de vervreemder beogen (deze procedures worden uitdrukkelijk genoemd in lid 1 van dat artikel en zijn uitgesloten van de werkingssfeer van Richtlijn 2001/23) en, anderzijds, insolventieprocedures (genoemd in lid 2 van dat artikel) die, daar zij niet worden ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, leiden tot de voortzetting van de onderneming. In het licht van de analyse van de A-G moet worden geconcludeerd dat een procedure zoals die welke zich in Nederland heeft ontwikkeld en die tot de sluiting van een prepack leidt, rekening houdend met het beoogde doel en de uitvoeringswijze ervan en ofschoon deze ten dele kan plaatsvinden in het kader van een faillissementsprocedure, niet kan worden aangemerkt als een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie in de zin van artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23. Die procedure valt derhalve niet onder de uitzondering in die bepaling. Dit betekent dat de in de artikelen 3 en 4 van Richtlijn 2001/23 voorziene bescherming wel degelijk van toepassing is op de overgang van een onderneming of van de nog levensvatbare onderdelen daarvan in het kader van een dergelijke prepack. Uit de omstandigheid dat de activiteit van de onderneming of van de levensvatbare onderdelen daarvan na die overgang wordt voortgezet volgt immers dat kan worden verklaard noch gerechtvaardigd dat de werknemers van die onderneming of van de overgedragen onderdelen daarvan de rechten worden ontnomen die deze richtlijn hun toekent. Dienaangaande moet nog worden opgemerkt dat die uitlegging van Richtlijn 2001/23 niet ter discussie kan worden gesteld door een eventueel argument ontleend aan het feit dat potentiële verkrijgers hierdoor zouden kunnen worden afgeschrikt om een in problemen verkerende onderneming (of de levensvatbare onderdelen daarvan) te kopen. Het Hof heeft een dergelijk argument immers reeds herhaaldelijk afgewezen. Voorts moet eraan worden herinnerd dat de richtlijn zich volgens de bewoordingen van artikel 4 lid 1 tweede volzin daarvan, niet verzet tegen de mogelijkheid van ‘ontslagen om economische, technische

of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen'. Die ontslagen moeten echter plaatsvinden met inachtneming van alle waarborgen die in de relevante nationale bepalingen zijn voorzien.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 29-03-2017

Zaaknummer: