

RECHTSPRAAK

FNV c.s./Smallsteps

Smallsteps-uitspraak: de door de artikel 3 en 4 Richtlijn 2001/23/EG gegarandeerde bescherming blijft van toepassing bij een pre-packfaillissement teneinde de voortzetting van de onderneming te verwezelijken.

Feiten

(Prejudiciële vragen naar aanleiding 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 *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. De kantonrechter heeft het Hof van Justitie EU prejudiciële vragen gesteld of Richtlijn 2001/23, en met name artikel 5 lid 1 ervan, aldus moet worden uitgelegd dat de door de artikelen 3 en 4 van die richtlijn gegarandeerde bescherming van werknemers blijft gehandhaafd in een situatie zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin de overgang van een onderneming plaatsvindt na een faillietverklaring in de context van een daarvóór voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde *pre-pack*, in het kader waarvan een door een rechtbank aangestelde 'beoogd curator' met name de mogelijkheden onderzoekt van een eventuele voortzetting van de activiteiten van die onderneming door een derde en zich voorbereidt op handelingen die onmiddellijk na de faillietverklaring moeten worden verricht teneinde die voortzetting te verwezelijken. Voorts wenst de verwijzende rechter te vernemen of het in dat verband van belang is dat met de *pre-pack* zowel de voortzetting van de activiteiten van de onderneming als de maximalisatie van de opbrengst van de overdracht voor alle schuldeisers van die onderneming wordt beoogd.

Oordeel

Het Hof van Justitie EU oordeelt als volgt.

De door de artikel 3 en 4 richtlijn gegarandeerde bescherming blijft van toepassing bij een pre-packfaillissement teneinde de voortzetting van de onderneming te verwezelijken

Artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23 bepaalt op cumulatieve wijze dat de vervreemder verwickeld moet zijn in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure. Voorts moet deze procedure zijn ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en moet deze onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staan.

Faillissementsprocedure

De pre-pack wordt weliswaar voorbereid voor het faillissement, maar wordt daarna pas uitgevoerd. Een dergelijke transactie, die daadwerkelijk het faillissement impliceert, kan dus onder het begrip 'faillissementsprocedure' in de zin van artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23 vallen.

Doel op liquidatie of voortzetting?

In de tweede plaats vereist artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23 dat de faillissementsprocedure of de soortgelijke procedure wordt ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Wat de verschillen tussen die twee soorten procedures betreft, moet worden opgemerkt dat, zoals de advocaat-generaal in de punten 57 en 58 van zijn conclusie heeft gepreciseerd, een procedure de voortzetting van de activiteit beoogt wanneer zij bedoeld is om het operationele karakter van de onderneming of van de levensvatbare onderdelen daarvan veilig te stellen. Een procedure die de liquidatie van het vermogen beoogt, zorgt daarentegen voor een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers. Ook al is het niet uitgesloten dat er een zekere overlapping kan zijn tussen die twee doelen die een bepaalde procedure nastreeft, het hoofddoel van een procedure die de voortzetting van de activiteit van de onderneming beoogt, blijft in elk geval het behoud van de betrokken onderneming. In casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat een pre-pack zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, tot in de kleinste details de overdracht van de onderneming beoogt voor te bereiden om na de faillietverklaring een snelle doorstart mogelijk te maken van de levensvatbare onderdelen van de onderneming, teneinde op die manier de onderbreking te vermijden die het gevolg zou zijn van de plotselinge stopzetting van de activiteiten van die onderneming op de datum van de faillietverklaring, zodat de waarde van de onderneming en de werkgelegenheid behouden blijven. Onder deze omstandigheden en onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, moet worden vastgesteld dat een dergelijke transactie uiteindelijk niet de liquidatie van de onderneming beoogt, zodat het economische en sociale doel daarvan noch kan verklaren noch kan rechtvaardigen dat bij een volledige of gedeeltelijke overgang van de betrokken onderneming, haar werknemers worden beroofd van de rechten die Richtlijn 2001/23 hun toekent (zie naar analogie arrest van 7 december 1995, Spano e.a., C-472/93, ECLI:EU:C:1995:421, punten 28 en 30). Hieruit volgt dat ervan moet worden uitgegaan dat een dergelijke transactie als hoofddoel het behoud van de failliete onderneming heeft, zodat deze niet onder artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23 kan vallen.

Toezicht van een overheidsinstantie

Ofschoon de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris op verzoek van de failliete onderneming door de rechtbank worden aangesteld, beschikken zij formeel immers over geen

enkele bevoegdheid. Zij staan derhalve niet onder toezicht van een overheidsinstantie (derde voorwaarden).

Conclusie

Gelet op de voorgaande overwegingen, moet op de eerste tot en met de derde prejudiciële vraag worden geantwoord dat Richtlijn 2001/23, en met name artikel 5 lid 1 ervan, aldus moet worden uitgelegd dat de door de artikelen 3 en 4 van die richtlijn gegarandeerde bescherming van werknemers behouden blijft in een situatie zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin de overgang van een onderneming plaatsvindt na een faillietverklaring in de context van een vóór de faillietverklaring voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde pre-pack, in het kader waarvan een door een rechtbank aangestelde 'beoogd curator' met name de mogelijkheden onderzoekt van een eventuele voortzetting van de activiteiten van die onderneming door een derde en zich voorbereidt op handelingen die onmiddellijk na de faillietverklaring moeten worden verricht teneinde die voortzetting te verwezenlijken. In dat verband is niet relevant dat de pre-packtevens de maximalisatie van de opbrengst van de overdracht voor alle schuldeisers van die onderneming beoogt.

Instantie: Hof van Justitie van de Europese Unie

Datum uitspraak: 22-06-2017

ECLI: ECLI:EU:C:2017:489

Zaaknummer: Cj126/16

Rechters: L. Bay Larsen, M. Vilaras, J. Malenovský, M. Safjan en D. Šváby

Wetsartikelen: 40 Fw en 7:663 BW