

MARC VAN ZANTEN

Partner

ARREST HOF VAN JUSTITIE VAN 22 JUNI 2017 INZAKE ESTRO

1. Inleiding

Rechten en verplichtingen van werknemers bij overgang van onderneming gaan over op de nieuwe werkgever. De overgang van onderneming is dus geen reden tot ontslag, niet ingeval van faillissement. Deze in het Burgerlijk Wetboek opgenomen regel (art. 7:666 BW) vindt haar oorsprong in een Europese Richtlijn (laatste versie 2001/23). Over de uitleg van deze regel is de nodige nationale en Europese jurisprudentie verschenen. Deze beschermende regels gelden niet in faillissement maar bijvoorbeeld wel in surseance. Dit maakt dat surseance niet aangewend kan worden voor reorganisatie en doorstart en faillissement wel.

In het faillissement van Estro is de vraag aan de orde gesteld of deze regels wel gelden in een 'pre-pack faillissement'. Dit is een faillissement en een doorstart voorafgegaan door een stille voorbereidingsfase in aanwezigheid van een beoogd curator en beoogd rechter-commissaris.

In een procedure die bij de Kantonrechter te Almere is aangespannen door het FNV en door 4 werknemers die niet mee zijn gegaan in de doorstart door Smallsteps heeft de kantonrechter 4 prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie van de EU. In die procedure heeft de Europese Commissie vorig jaar gesteld dat de beschermende regels van toepassing zijn. Op 18 januari 2017 vond de mondelinge behandeling plaats. De AG heeft op 29 maart 2017 geconcludeerd dat de regels die de werknemers beschermen bij overgang van onderneming wel in de Nederlandse pre-pack procedure gelden. Overigens was de uitspraak van de Kantonrechter in afwijking van de Kantonrechter Overijssel in de Heiploeg zaak die over hetzelfde onderwerp juist wel heeft beslist ten nadele van de werknemers (28 juli 2015, JOR 2015/238).

Het eerste gevolg van de Estro-zaak was dat het lopende wetgevingstraject vertraging oploopt. WCO I is op dit moment aanhangig in de Eerste Kamer. Het wetsvoorstel dat op 21 juni 2016 met algemene stemmen door de Tweede Kamer was aangenomen was op 28 maart 2017 geagendeerd als hamerstuk (behandeling naar mening commissie afgerond) voor 4 april 2017. Op 4 april 2017 is het van de lijst van hamerstukken afgevoerd op verzoek van SP fractie omdat die nog aanvullende vragen wil stellen aan de Minister in een commissiebrief. De SP fractie heeft overigens ook vragen in de Tweede kamer gesteld. Na beantwoording van deze vragen heeft de Eerste Kamer nadere vragen gesteld aan de minister waarin deze werd gevraagd aan te geven wat eventuele consequenties voor de pre-packpraktijk in Nederland en WCO I zouden kunnen zijn indien het Hof van Justitie de conclusie van de AG zou volgen.

2. Achtergrond

Estro was het grootste kinderopvangbedrijf in Nederland met ongeveer 380 vestigingen en 3.600 werknemers. Ongeveer 30.000 kinderen werden door Estro opgevangen. In november 2013 werd voorzienbaar dat de Estro Groep (kinderopvang) zonder additionele financiering in de zomer van 2014 niet meer aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen. Plan A bestond uit een zoektocht naar additionele financiering, maar heeft niets opgeleverd. Parallel aan Plan A heeft Estro een ander plan uitgewerkt, dat voorzag in een doorstart van een belangrijk deel van de Estro Groep na een pre-pack. Deze doorstart moest plaatsvinden op basis van 3 uitgangspunten: 1) een doorstart van 243 van de 380 centra; 2) het behoud van de werkgelegenheid voor 2.500 van de circa 3.600 werknemers en 3) continuïteit van de dienstverlening in juli 2014.

Op 10 juni 2014 wordt Wouter Jongepier aangewezen als beoogd curator. Na 25 dagen, op 5 juli 2014 wordt het faillissement uitgesproken van de Estro Groep en haar dochterondernemingen en wordt de doorstart gerealiseerd.

De strekking van de gevraagde aanwijzing was dat de beoogd curator zich voorafgaande aan de insolventieprocedures een oordeel zou kunnen vormen over de door het bestuur en de (belangrijkste) financiers van de schuldenaar voorgestane doorstart, dit met het doel dat een doorstart liefst per datum van opening insolventieprocedure zou kunnen worden gerealiseerd. De rechtbank wijst dit verzoek af. Wel laat de rechtbank weten wie zij als bewindvoerder/curator zou aanwijzen, als er een insolventieprocedure zou worden geopend. De beoogd curator zou zich dan in de stille fase kunnen laten informeren over de situatie van de onderneming. Daardoor zou hij na faillissement beter beslagen ten ijs kunnen komen dan wanneer hij pas door de rechtbank zou worden benaderd op datum faillissement. De beoogd curator zou dan ook kennis kunnen nemen van een eventuele door een of meer betrokken partijen beoogde doorstart. Let wel: de beoogd curator heeft in die fase geen enkele instructie om voor het openen van de insolventieprocedures een standpunt in te nemen over een dergelijke doorstart. Kortom, voorbereiding maar geen positie bepaling.

Op 5 juli 2014 is na de faillietverklaring en op dezelfde dag een doorstartovereenkomst getekend tussen de curator en Smallsteps. Smallsteps was gelieerd aan de grootste aandeelhouder in Estro (Bayside Capital). Aan circa 2.600 werknemers heeft Smallsteps een nieuwe overeenkomst aangeboden. Meer dan 1.000 werknemers zijn na ontslag door de curator niet in dienst gekomen van de doorstarter.

3. Procedure Kantonrechter Rb Midden-Nederland, zp Almere

Vordering

FNV is samen met 4 voormalig Estro werknemers bij de kantonrechter te Almere (statutaire zetel van Smallsteps) een procedure begonnen tegen doorstarter Smallsteps. De 4 voormalige

Estro werknemers werkten bij vestigingen die door Smallsteps werden overgenomen. FNV en werknemers stellen primair dat richtlijn 2001/23 van toepassing is op overgang van de 251 kinderopvanglocaties van Estro naar Smallsteps. Daarnaast stellen zij dat de werknemers per 5 juli 2014 van rechtswege in dienst zijn gekomen bij Smallsteps. Subsidiair stellen zij ten slotte dat de artikelen 7: 662 e.v. BW niettemin van toepassing zijn nu de overgang van onderneming heeft plaatsgevonden vóór het faillissement.

Kantonrechter

Naar het oordeel van de kantonrechter speelt de pre-pack zich af buiten het regime van de Faillissementswet. De doorstart van de onderneming komt volgens hem feitelijk tot stand vóór het faillissement. De rechter-commissaris heeft zijn toestemming, volgens de kantonrechter, vóór het faillissement gegeven, en deze goedkeuring wordt tijdens het faillissement nog slechts geformaliseerd. Van wettelijk geregeld (formeel) toezicht op het moment dat de doorstart feitelijk tot stand komt is dan volgens de kantonrechter geen sprake.

Uitzondering bij liquidatie

De in de artikelen 7:662-666 BW opgenomen regels voor overgang van onderneming zijn een uitvoering van een Europese Richtlijn (2001/23/EG). Art. 3 garandeert dat alle rechten en verplichtingen die voortvloeien uit een op datum overname bestaande arbeidsovereenkomst op de verkrijger overgaan. Art. 4 bepaalt dat de overgang op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag is. In art. 5 van die Richtlijn is vervolgens bepaald dat, tenzij een lidstaat anders bepaalt, de regels dat werknemers bij overgang van onderneming bij de nieuwe werkgever in dienst komen met behoud van hun rechten en plichten en dat overgang van onderneming geen reden voor ontslag is, niet van toepassing zijn op 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 bevoegde overheidsinstantie (die door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn).

In art. 7:666 BW is bepaald dat bedoelde regels niet van toepassing zijn op de overgang van een onderneming als de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Bij een "normale" doorstart vanuit faillissement is de doorstartende ondernemer daarom vrij in de keuze of, en zo ja, welke werknemers van de failliete onderneming hij een nieuwe arbeidsovereenkomst aanbiedt en onder welke voorwaarden.

De kantonrechter heeft het Hof van Justitie van de EU gevraagd of de regels van overgang van onderneming ook niet gelden wanneer een faillissement wordt gebruikt voor een reorganisatie door middel van een pre-pack.

Dit is al een behoorlijke kleuring van de zaak. Reorganisatie via een pre-pack? Nee, immers er is sprake van een faillissement dat onafwendbaar is waarbij de mogelijkheid van een doorstart in de stille fase wordt verkend en voorbereid.

In het arrest van 12 maart 1998 (Dether Equipment/Dassy) heeft het Hof van Justitie ('HvJ') bepaald dat het bij de beantwoording van de vraag of een procedure wel of niet onder de Richtlijn valt, gaat om het doel van de procedure (liquidatie van de onderneming of voortzetting) en de modaliteiten daarvan, met name in hoeverre de werkzaamheden worden gestaakt of voortgezet. Beoogt de betrokken procedure 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.

Ook dit is al erg gekleurd: is er wel sprake van een procedure? Of is het gewoon een voorbereiding van een onafwendbaar faillissement? En vindt de voortzetting niet plaats tijdens faillissement? En daar gelden de regels toch niet?

De Kantonrechter stelt 4 prejudiciële vragen aan het HvJ:

1. Verdraagt de Nederlandse faillissementsprocedure, in geval van overdracht van de gefailleerde onderneming waar het faillissement is voorafgegaan door een door de rechter gecontroleerde pre-pack, die expliciet is gericht op het voortbestaan van (delen van) de onderneming, zich met het doel en strekking van de richtlijn en is art. 7: 666 lid 1 aanhef en onder a BW in dat licht nog wel richtlijn conform?
2. Is richtlijn 2001/23/EG van toepassing in het geval een door de rechtbank aangestelde zogenaamde beoogd curator zich al voor aanvang van het faillissement op de hoogte stelt van de situatie van de schuldenaar en de mogelijkheden onderzoekt van een mogelijke doorstart van de activiteiten van de onderneming door een derde partij en zich tevens voorbereidt op handelingen die kort na het faillissement moeten geschieden teneinde die doorstart te realiseren door middel van een activa transactie waarbij de onderneming van de schuldenaar of een gedeelte daarvan per datum faillissement of kort daarna wordt overgedragen en die activiteiten geheel of gedeeltelijk (vrijwel) ononderbroken worden voortgezet?
3. Maakt het daarbij nog verschil of voortzetting van de onderneming het primaire doel is van de pre-pack, dan wel of de (beoogd) curator met de pre-pack en de verkoop van de activa in de vorm van een going concern direct na het faillissement, primair beogen te komen tot maximalisatie van de opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers dan wel dat in het kader van de pre-pack vóór het faillissement wilsovereenstemming voor de activaoverdracht (voortzetting van de onderneming) is bereikt en de uitvoering daarvan ná het faillissement wordt geformaliseerd en/of geëffectueerd? En hoe moet dit worden gezien indien zowel voortzetting van de onderneming, als opbrengstmaximalisatie wordt beoogd?
4. Wordt het tijdstip van overgang van onderneming voor de toepasselijkheid van de richtlijn en art. 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?

4. Opmerkingen Europese Commissie/Nederlandse regering

Op 26 mei 2016 heeft de Europese Commissie schriftelijke opmerkingen geplaatst (lees: advies uitgebracht aan het HvJ). Op 8 juni 2016 heeft de Nederlandse regering schriftelijke opmerkingen ingediend. De commissie vindt dat art. 7: 666 BW niet richtlijnconform wordt toegepast als het wordt toegepast bij een faillissement dat is voorafgegaan door een pre-pack. De commissie beantwoordt de tweede vraag onomwonden bevestigend. De richtlijn is dus volgens de commissie van toepassing als voorafgaand aan een doorstart na faillissement een beoogd curator zich op de hoogte stelt van de situatie, mogelijkheden onderzoekt van een doorstart en zich voorbereidt op handelingen die kort na faillissement moeten plaatsvinden om de doorstart te realiseren via een activaovereenkomst.

5. Conclusie Advocaat-Generaal Mengozzi van 29 maart 2017

De Advocaat-Generaal ('AG') wijst op de recente ontwikkeling van de pre-pack in VS en UK die in verschillende landen (Duitsland, Frankrijk en Nederland) vervolgens op een andere wijze is vorm gegeven. Onder 4 blijkt al wat de conclusie van de AG zal worden. Hij stelt daar immers dat *"het succes van de pre-pack het gevolg [is] van een groeiende neiging in het moderne insolventierecht om de voorkeur te geven aan benaderingen die, anders dan de klassieke benadering die gericht is op liquidatie van de in moeilijkheden verkerende onderneming, gericht zijn op de redding van de onderneming of althans het behoud van de economisch nog levensvatbare onderdelen daarvan."*

De AG wijst erop (onder 6) dat het HvJ in deze zaak voor het eerst een uitlegging zal moeten geven aan de uitzondering op de toepassing van de richtlijn in art. 5 lid 1. Het juiste evenwicht moet worden gevonden tussen het vereiste om het gebruik van juridische instrumenten zoals de pre-pack, die het 'prijzenswaardige' doel nastreven om onderdelen te redden die economisch nog levensvatbaar zijn, niet in gevaar te brengen, en anderzijds het vereiste om door middel van het gebruik van dergelijke instrumenten niet de bescherming te omzeilen die het Unierecht aan de werknemers garandeert.

De AG steekt het dus in als reorganisatie en redding van onderdelen.

Een doorstart na faillissement is denk ik iets anders: een doorstart is immers een verkoop van activa tegen de beste prijs waarbij tevens personeel in dienst kan blijven. De curator/pandhouder kan er ook voor kiezen na faillissement over te gaan tot openbare verkoop van de diverse activa bestanddelen. Pas als een doorstart door gelieerde partijen wordt gerealiseerd komt het in de buurt van wat de AG stelt. Als het een derde is die na faillissement van de curator koopt kan m.i. moeilijk gesproken worden van een 'voortzetting'. De vennootschap is failliet. De activa

worden gekocht en de nieuwe eigenaar probeert contracten etc. over te nemen. Dat is niet zo zeer het redden van levensvatbare onderdelen, dat is het verkopen van boedelactief tegen de beste prijs.

De AG verwijst (onder 13 en 14) naar art. 5 lid 1 van de richtlijn. Dat bepaalt dat, tenzij de lidstaten anders bepalen, er geen sprake is van de bescherming van de artikelen 3 en 4 bij een overgang van een 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 bevoegde overheidsinstantie."*

Op grond van art. 5 lid 2 kan een lidstaat overigens bepalen dat indien de artikelen 3 en 4 van toepassing zijn op een procedure (al dan niet ingesteld met het doel de liquidatie van het vermogen van de vervreemder betreffende) geen toepassing wordt gegeven aan bepaalde aspecten van de in de artikelen 3 en 4 van de richtlijn bedoelde bescherming.

De AG beschrijft vervolgens de Nederlandse bepalingen die naar aanleiding van de (voorganger van de) richtlijn in het BW zijn opgenomen (art. 7: 662-666 BW).

De AG gaat over tot analyse van de jurisprudentie die deels is tot stand gekomen onder de voorganger van de richtlijn (Richtlijn 77/187) aangezien het de eerste uitlegging is van de uitzondering gaat. Abels (HvJ 7/2/1985) was de eerste zaak (onder 41-44). De AG wijst er op dat het HvJ in die zaak heeft geoordeeld dat richtlijn 77/187 niet van toepassing is bij overgang van ondernemingen die plaatsvinden het kader van een faillissement, dat gericht is op de vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde rechterlijke instantie en dat het de lidstaten vrijstond om de beginselen van de richtlijn naar eigen keuze uitsluitend op grond van hun nationale wetgeving geheel of gedeeltelijk toe te passen. Het HvJ heeft geoordeeld dat de richtlijn van toepassing is in surseances omdat dat een procedure is in een stadium voor faillissementen met beperkter rechterlijk toezicht.

In d'Urso (HvJ 25/7/1991) is het beslissende criterium expliciet aangegeven: het doel dat met de betrokken procedure wordt beoogd (zie onder 45-46). Er moet sprake zijn van *"vereffening van het vermogen van de schuldenaar met het oog op uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers."* Is sprake van een procedure die voorziet in een voortzetting van de werkzaamheid van de onderneming onder leiding van en commissaris, dan is het primaire doel van die procedure haar werkzaamheid voor de toekomst te verzekeren. In dat geval is niet te rechtvaardigen dat de werknemers hun bescherming kwijtraken.

Dit is bevestigd in Spano (HvJ 7/12/1995), zie onder 47-48. In deze Italiaanse zaak wordt duidelijk wat er nu bedoeld is met procedures op continuïteit gebaseerd, die geen uitzondering van de beschermende regels rechtvaardigen. Daar was er sprake van een procedure die ertoe strekte de voortzetting van de activiteit van de onderneming te verzekeren met het oog op een latere overname. Deze procedure, anders dan faillissementsprocedures, omvatte geen rechterlijk toezicht noch een maatregel van vermogensbeheer noch een surseance van betaling. Ook ten

aanzien van deze procedure oordeelde het hof dat het economisch en sociaal doel van deze procedure de beperking van de rechten van de werknemers niet rechtvaardigden.

Ten slotte wijst de AG onder 48 op Dethier Équipement (HvJ 12/03/1998) waarin het ging om de Belgische gerechtelijke vereffening. Ofschoon de betrokken procedure strekte tot het te gelde maken van de activa, verschilde deze procedure aanzienlijk van die van de faillissementsprocedure, met name ten aanzien van de benoeming en de functie van de vereffenaar. Er was sprake van een, weliswaar door een rechter, benoemd orgaan van de vennootschap dat overging tot verkoop van de activa onder toezicht van de AvA. Daardoor zijn beschermende regels wel van toepassing.

De AG wijst erop (49-51) dat op grond van deze jurisprudentie in de richtlijn is bepaald dat de artikelen 3 en 4 niet van toepassing zijn op 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 bevoegde overheidsinstantie, dit tenzij de lidstaten anders bepalen. Duidelijk is volgens hem dat dezelfde bewoordingen als in Abels en d'Urso worden gebruikt.

De uitzondering moet dan ook in het licht van de jurisprudentie van het hof worden uitgelegd.

De AG wijst er onder 53 dan allereerst op, dat onderscheiden moet worden tussen aan de ene kant procedures die gelet op hun doelstelling en modaliteiten beogen het vermogen van de onderneming te liquideren en aan de andere kant procedures die de continuïteit van de exploitatie van de onderneming beogen. Die laatste procedures rechtvaardigen dan niet dat aan de werknemers bij de overgang van de onderneming hun rechten worden ontnomen.

De commissie heeft erop gewezen dat dit onderscheid niet zo zeer uit de rechtspraak voortvloeit maar direct uit de bewoordingen van art. 5 van de richtlijn dat onderscheid maakt tussen "enerzijds insolventieprocedures die, evenals het faillissement, de liquidatie van het vermogen van de vervreemder beogen) en anderzijds insolventieprocedures 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."

Naar mijn idee is dat niet juist: de richtlijn spreekt over **faillissementsprocedures** aan de ene kant en **niet faillissementsprocedures die ook liquidatie beogen** aan de andere kant. De AG maakt het onderscheid dus lastiger dan het is. Faillissement is altijd: geen bescherming. Niet faillissement kan ook leiden tot een uitzondering op de bescherming. Doordat hij de term 'insolventieprocedures' gebruikt maakt hij een ander onderscheid, goed te gebruiken voor zijn uiteindelijke conclusie. Immers een faillissementsprocedure is uit de aard der zaak altijd bedoeld om te liquideren dus hij maakt ten onrechte een onderscheid waar dat niet kan/hoeft.

De AG stelt sub 57 dat een overgang in het kader een procedure plaatsvindt die voortzetting beoogt, wanneer die procedure precies bedoeld is of toegepast wordt om het operationele karakter van de onderneming (of de levensvatbare onderdelen daarvan) veilig te stellen zodat de waarde kan worden behouden die voortvloeit uit de ononderbroken voortzetting van de exploitatie daarvan. Procedures die de liquidatie van het vermogen beogen, zijn daarentegen niet ingevoerd om specifiek dat doel te verwezenlijken, maar zorgen enkel voor een zo hoog mogelijke uitbetaling van de gezamenlijke schuldeisers.

Ik zou willen stellen dat dat bij een pre-pack ook zo is. Dan gaat de opbrengst voor de verkoop die na faillissement volgt op de pre-pack ook naar de gezamenlijke schuldeisers.

Gelukkig ziet de AG onder 58 ook dat de waarde bij een voortzetting hoger kan zijn voor de schuldeisers. Maar hij geeft er dan een draai aan: in de procedure van voortzetting vormt het behoud van de onderneming "*echter 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 dat behoud daarentegen louter ter uitbetaling van de schuldeisers.*"

Kortom, art. 5 lid 1 moet op die manier worden uitgelegd.

Dan ben je met de pre-pack ook snel klaar zou ik zeggen. Aanvrager gaat naar de afdeling insolventie en vraagt wie aangewezen zal worden als curator als de onderneming binnenkort failliet gaat. Dan wordt een verkoop voorbereid aan een gelieerde of niet gelieerde partij. Dan volgt faillissement en wordt verkocht ten gunste van de pandhouders/schuldeisers. Dat is - lijkt mij - vereffening, ook al worden (sommige) activiteiten door een nieuwe eigenaar voortgezet zonder dat sprake is van een aandelenoverdracht en deze koper dus met alle derden nieuwe contracten moet sluiten en weliswaar de activiteiten voortzet maar dat doet na koop van activa na faillissement (waarbij de uitzonderingspositie van art. 5 lid 1 dus geldt).

De AG geeft onder 61 nog aan dat de uitzondering strikt moet worden uitgelegd omdat daarmee wordt afgeweken van het door de richtlijn nagestreefde hoofddoel. Maar dat geeft niet: in faillissement geldt het niet. En daarvan is naar mijn idee sprake.

Voorts geeft de AG sub 2 aan dat art. 5 leden 1 en 2 de lidstaten veel speelruimte laat bij de definitie van de werkingssfeer van de daarin voorziene uitzonderingen. Door anders te bepalen kunnen de artikelen 3 en 4 toch deels worden toegepast in faillissement of soortgelijke procedure. Daarnaast biedt art. 5 lid 2 lidstaten de mogelijkheid om 3 en 4 toe te passen op de overgang tijdens een insolventieprocedure die is ingeleid ten aanzien van de vervreemder en ongeacht de vraag of de procedure al dan niet is ingeleid met als doel de liquidatie van zijn vermogen. Lees: de lidstaten kunnen de werknemers meer beschermen. De AG constateert onder 64 dat Nederland geen gebruik heeft gemaakt van die speelruimte.

Dan komt de AG (onder 65 e.v.) tot de beantwoording van de kernvraag of de artikelen 3 en 4 van toepassing zijn bij de overgang van een onderneming die plaatsvindt in het kader van een pre-pack.

De vraag vind ik al een beetje sturend. De activa worden na faillissement verkocht door een curator nadat deze verkoop (tot in detail of in minder detail) is voorbereid tijdens de stille voorbereidingsfase. De pre-pack kent twee fases: een voorbereidende fase vóór de faillietverklaring en een gelijktijdige of onmiddellijk op de faillietverklaring volgende fase. Ik zou willen stellen dat die laatste gewoon een faillissementsfase is.

Vervolgens legt de AG uit hoe de voorbereidende fase werkt: bedoeld om de curator in staat te stellen zeer snel na faillietverklaring de rechter-commissaris om toestemming te kunnen vragen om een pre-pack door te voeren. De pre-pack wordt m.i. niet doorgevoerd: er wordt een verkoop na faillissement doorgevoerd. In Engeland kan wel een pre-pack worden doorgevoerd buiten de rechter om en met de administrator. In Nederland is het dus niet anders dan een voorbereiding en dan een 'gewone' faillissementsverkoop door de curator en met toestemming van een rechter.

De AG constateert dat de overdracht in de voorbereidende fase tot in detail wordt voorbereid. De verkoopovereenkomst komt inhoudelijk tot stand. Na de uitspraak van het faillissement en de benoeming van de beoogd curator tot curator in het faillissement, vraagt en ontvangt de curator, daar alle elementen van de overdracht al zijn overeengekomen, toestemming om de pre-pack uit te voeren. De rechter-commissaris moet om snel toestemming te kunnen geven uiteraard ook al erg goed op de hoogte zijn (zie onder 71).

De bevoegdheden van de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris zijn niet in de wet geregeld (althans nog niet!). Maar omdat zij direct na faillietverklaring gaan handelen, beschikken zij in de voorbereidende fase wel over een zekere informele bevoegdheid die het verloop van de overgang kan beïnvloeden.

Dan gaat de AG naar het doel van de procedure kijken. Hij stelt sub 75 dat het duidelijk een procedure is die in haar geheel gezien de overgang van de onderneming (of de nog levensvatbare onderdelen daarvan) beoogt teneinde ervoor te zorgen dat zij zonder onderbreking en onmiddellijk na de faillietverklaring een doorstart kan maken. Het doel is een voortzetting te garanderen door de meerwaarde te behouden die uit de voortzetting van de exploitatie daarvan voortvloeit. Opmerkelijk en grappig gebruik van de (uit WCO I erg bekende) term 'meerwaarde'. Immers volgens WCO I kan er alleen een aanwijzing plaats vinden als de stille voorbereidingsfase meerwaarde heeft in die zin dat de voorbereiding er toe kan leiden dat de schade van alle betrokkenen zodanig beperkt wordt of de kansen op een verkoop van rendabele onderdelen na faillissement tegen een zo hoog mogelijke verkoopprijs en met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid in zodanige mate kan vergroten dat dit opweegt tegen de omstandigheid dat de voorbereiding in stilte plaatsvindt.

Vervolgens stelt de AG sub 76 dat het faillissement bij een pre-pack eigenlijk wordt gebruikt als middel om de doorstart van de onderneming mogelijk te maken. Het gaat volgens hem in wezen niet om een echt faillissement maar om een 'technisch faillissement'. Zo kan een pre-pack ook wel eens niet tot een faillissement leiden (als er dan een overdracht plaatsvindt geldt natuurlijk art. 3 en 4). En bovendien, zo stelt de AG, wordt de faillissementsprocedure in de praktijk vaak gebruikt voor reorganisatie en beoogt zij in die gevallen niet de liquidatie van de onderneming.

Dat lijkt me niet juist. Dit wordt opgelost met het leerstuk van misbruik van faillissement. Als er een faillissementstoestand is dan kan dit op deze manier. Misbruik wordt afgestraft. Verder is het niet een reorganisatie maar een verkoop na faillissement waarbij de variant doorstart (voortzetting van de onderneming geheel of in delen) een hogere prijs oplevert dan verkoop van de losse activa.

Onder 78 beklemtoont de AG dat het doel van de pre-pack, namelijk de voortzetting van de exploitatie van de levensvatbare onderdelen van de onderneming onder voorkoming van een waardeverlies als gevolg van een plotselinge stopzetting van haar activiteiten zeker prijzenswaardig is.

Zo geformuleerd is het heel erg vanuit de schuldenaar gezien terwijl WCO I het formuleert vanuit de belanghebbenden. Voor hen is het beter een dergelijke verkoop. De AG focust op het goede voor de onderneming. Maar het zou zomaar kunnen dat daar andere eigenaren komen en de opbrengst is voor alle crediteuren. Ik zie dus niet zo snel het slechte hiervan.

De AG stelt in de eerste plaats dat, hoewel rekening moet worden gehouden met de voordelen voor allen, de procedure wel moet geschieden met inachtneming van alle waarborgen die het Unierecht de werknemers biedt (sub 78).

In de tweede plaats stelt de AG dat rekening gehouden moet worden met de concrete modaliteiten van de procedure die in Nederland leidt tot sluiting van een pre-pack. Hij stelt dat een dergelijke procedure op verschillende punten verschilt van een klassieke faillissementsprocedure (sub 79). Dat is juist. Per definitie is de voorfase voor faillissement niet een faillissementsprocedure. Het gaat er om dat de overdracht plaatsvindt in een gewone faillissementsprocedure maar nu gaat de AG alle verschillen duiden. En die zijn er natuurlijk:

- Start altijd op initiatief van de vennootschap terwijl een faillissementsprocedure ook door schuldeisers kan worden gestart (sub 80);
- Voorbereidende fase heeft een informeel karakter maar daar worden wel alle details vastgelegd. De directie voert onderhandelingen en neemt de beslissingen over de verkoop. Dat is dus waarom het niet klopt. Uiteindelijk neemt de curator die beslissing. Weer teveel de Engelse variant (sub 81).
- Beoogd curator en beoogd rc hebben formeel geen enkele bevoegdheid. Geen bewindvoering een geen formele procedure tot vaststelling van de passiva. Wel moet de

rechter-commissaris volledig op de hoogte zijn zodat AG stelt dat de officiële controle die gedurende formele faillissementsprocedure plaatsvindt daardoor nagenoeg volledig haar betekenis verliest. (sub 82)

Veel verschillen dus en in ieder geval minder invloed van curator en rechtbank. Ook dat waag ik te betwijfelen. Door de invloed van beoogd curator en beoogd rechter-commissaris.

De AG concludeert onder 84 "*dat een procedure (...) die tot de sluiting van een pre-pack 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.*" Dus valt deze niet onder de uitzondering van die bepaling en gelden de artikelen 3 en 4.

"Uit de omstandigheid dat de activiteit van de onderneming of van de levensvatbare onderdelen daarvan na die overgang wordt voortgezet volgt immers dan kan worden verklaard noch gerechtvaardigd dat de werknemers van die onderneming of van de overgedragen onderdelen daarvan de rechten worden ontnomen die deze richtlijn toekent."

Als klap op de vuurpijl stelt de AG nog sub 85 dat deze uitlegging niet ter discussie kan worden gesteld door een 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. Lees: te kopen na faillissement voorbereid in een stille voorbereidingsfase. Immers het HvJ heeft een dergelijk argument herhaaldelijk afgewezen (in d"Urso en Spano).

Terloops wijst de AG er ook nog op dat de richtlijn zich niet verzet tegen de mogelijkheid van "ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen." Alleen die moeten plaatsvinden met inachtneming van alle waarborgen die in de relevante nationale bepalingen zijn voorzien. Maar hier vindt een ontslag na faillissement plaats van een bedrijf dat failliet is!

Dit zorgt uitsluitend ervoor dat er dus geen doorstart in zulke gevallen kan worden gerealiseerd en dat er dus nog meer werkloosheid blijft. Heel jammer vanuit perspectief van de werknemers en werkgelegenheid. Er is namelijk geen alternatief. Er is faillissement of faillissement met voorbereiding. Waarom mag dat niet?

De stellingen van de Nederlandse regering met betrekking tot misbruik van insolventieprocedures vindt de AG niet relevant. Immers, de pre-pack levert geen misbruik van faillissement op teneinde de werknemers hun rechten te ontnemen. Integendeel, de in die richtlijn voorziene bescherming geldt wel degelijk in het geval van een overgang die in het kader van een pre-pack heeft plaatsgevonden. Zo kan je het natuurlijk ook stellen.

Wat er feitelijk gebeurt is dat er een methode die in de aard (door de meerwaardetoets) in het belang moet zijn van onder meer de werkgelegenheid) wordt afgeserveerd voor het geval er sprake is van misbruik, namelijk er was geen faillissement nodig en het had via een reorganisatie buiten faillissement gemoeten.

Dan volgt de beantwoording van de 4 vragen.

Sub 87 die van vraag 2: een procedure die tot sluiting van een pre-pack leidt, ofschoon deze ten dele kan plaatsvinden in het kader van een faillissementsprocedure (?) valt niet onder de uitzondering van art. 5 lid 1, zodat de bescherming van de artikelen 3 en 4 van toepassing is bij de overgang van een onderneming of een onderdeel daarvan in het kader van een dergelijke pre-pack.

Sub 88 geeft het antwoord op vraag 1: voor zover de Nederlandse faillissementsprocedure zoals die door bepaalde rechtbanken wordt toegepast in het geval van overgang van een onderneming in het kader van een pre-pack niet erin voorziet dat de werknemers van de overgedragen onderneming de bescherming genieten van art. 3 en 4 is deze procedure niet in overeenstemming met die richtlijn.

Het staat aan de verwijzende rechter vrij om, met inachtneming van het gehele nationale recht en onder toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden, tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met het door de richtlijn nagestreefde doel en dus ervoor te zorgen dat bij de overgang van een onderneming of van bepaalde onderdelen daarvan in het kader van een pre-pack de bij de richtlijn geboden bescherming wordt verzekerd voor werknemers van de overgedragen onderdelen van de onderneming (sub 90).

Sub 91 beantwoordt vraag 3: aangezien de pre-pack de voortzetting van de onderneming (of overgedragen onderdelen daarvan) beoogt, kan de omstandigheid dat de toepassing van die procedure tevens kan leiden tot een maximalisatie van de uitbetaling van de schuldeisers, niet tot gevolg hebben dat de bescherming die de richtlijn de werknemers biedt niet van toepassing is bij een overgang die in het kader van een pre-pack plaatsvindt.

Sub 92-93 beantwoorden vervolgens vraag 4: deze vraag ging over het tijdstip van de overgang van de onderneming. Daar ging het mij om en dat had het hof in Celtec al geoordeeld. Daaruit zou nu juist de toepasselijkheid van de uitzondering volgen. En nu juist met betrekking tot deze vraag stelt de AG dat gelet op de beantwoording van 1, 2 en 3 hij deze vraag niet hoeft te beantwoorden!

6. Arrest HvJ van 22 juni 2017

Het HvJ stelt om te beginnen vast dat de pre-pack weliswaar wordt voorbereid vóór de faillietverklaring, maar pas daarna wordt uitgevoerd. Volgens het HvJ kan een dergelijke transactie, die daadwerkelijk het faillissement impliceert, dus onder het begrip van 'faillissementsprocedure' in de zin van de richtlijn vallen.

Het HvJ meent dat de uitsluitingsregel van art. 5 lid 1 strikt moet worden uitgelegd. Alleen als is voldaan aan alle navolgende criteria mag een inbreuk worden gemaakt op de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers bij overgang van onderneming: a) de vervreemder is verwickeld in een faillissementsprocedure, 2) deze procedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en 3) deze procedure staat onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (wat ook een curator kan zijn).

Het HvJ komt vervolgens, onder voorbehoud van verificatie door de rechtbank Midden-Nederland, tot het oordeel dat de in de zaak Estro beschreven transactie, in strijd met het in de richtlijn gestelde vereiste, uiteindelijk niet de liquidatie van de onderneming beoogt. Daardoor kan het economische en sociale doel daarvan noch verklaren noch rechtvaardigen dat bij een volledige of gedeeltelijke overgang van de betrokken onderneming haar werknemers worden beroofd van de rechten die de richtlijn hun toekent.

De enkele omstandigheid dat de pre-pack tevens gericht kan zijn op een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de schuldeisers, kan volgens het HvJ niet tot gevolg hebben dat de pre-pack hierdoor een procedure wordt die is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder in de zin van de richtlijn.

Ten slotte stelt het HvJ met betrekking van de voorwaarde dat de procedure onder toezicht van een overheidsinstantie moet staan, vast dat de fase van de pre-pack die voorafgaat aan de faillietverklaring, geen enkele grondslag in de Nederlandse wettelijke regeling heeft. Die transactie wordt volgens het HvJ dus niet uitgevoerd onder toezicht van de rechtbank, maar, zoals uit het dossier bij het HvJ blijkt, door de leiding van de onderneming, die de onderhandelingen voert en de besluiten neemt die de verkoop van de failliete onderneming voorbereiden. In de huidige pre-packpraktijk bestaat volgens het HvJ het risico dat elke eventueel toezicht van een bevoegde overheidsinstantie op de faillissementsprocedure grotendeels wordt uitgehold zodat niet wordt voldaan aan de voorwaarde van toezicht door een dergelijke instantie zoals genoemd in de richtlijn.

Het HvJ komt dan ook tot de slotsom dat een pre-pack als hier aan de orde bij Estro, niet voldoet aan alle voorwaarden van de richtlijn zodat niet kan worden afgeweken van de daarin voorziene beschermingsregeling.

De procedure zal nu worden voortgezet bij de Rechtbank Midden-Nederland. De rechtbank zal de constatering van het HvJ, dat het doel van de pre-pack vooral was om de onderneming voort te zetten en niet zozeer om de onderneming te liquideren, nog wel aan de hand van de feiten moeten verifiëren. Hierbij speelt dan naar mijn idee ook een rol de, wellicht moedwillige, verdraaiing van de tekst van art. 5 lid 1 van de richtlijn waarin is aangegeven dat van belang is dat er sprake is van een liquidatie van het vermogen (en dus niet van de onderneming). De rechtbank kan dus zeer wel concluderen dat de pre-pack in Estro tot doel had de liquidatie van het vermogen van Estro door middel van verkoop van activa aan Smallsteps waarmee laatstgenoemde (een gedeelte van) de activiteiten heeft kunnen voortzetten.

7. WCOI en mijn visie

Het HvJ komt naar mijn idee ten onrechte tot de conclusie dat de pre-pack methode zoals die in de Estro-zaak is toegepast in strijd komt met het Europees recht en niet rechtvaardigt dat de bescherming van werknemers bij overgang van onderneming wegvalt omdat niet zou zijn voldaan aan de drie genoemde voorwaarden (faillissementsprocedure, liquidatie vermogen en overheidstoezicht). De huidige pre-packpraktijk voldoet naar mijn mening namelijk aan deze voorwaarden. Dit blijkt al uit mijn bespreking van het oordeel van de AG waarop het arrest van het HvJ is gebaseerd. Echter, sterker nog, met de invoering van WCO I zou daarover geen enkele twijfel meer hoeven te bestaan.

In het in te voeren art. 363 Fw (onderdeel van WCO I) is er pas sprake van de mogelijkheid tot aanwijzing van een beoogd curator op het moment dat het bedrijf bijna failliet is en wel ter voorbereiding van het aanstaande faillissement. De aanvraag wordt ingediend bij de faillissementsgriffie. Vervolgens is het duidelijk dat de beoogd curator zich niet zal bezig houden met de voortzetting zodat bijvoorbeeld de zittende aandeelhouder kan reorganiseren, maar uitsluitend met voortzetting van de onderneming om ervoor te zorgen een goede koper te vinden die de beste prijs voor de gezamenlijke crediteuren betaalt. Ten slotte is er sprake van overheidstoezicht. Immers, de rechtbank bepaalt of er een beoogd curator wordt aangewezen. De rechtbank bepaalt ook de voorwaarden waaronder er een beoogd curator kan worden aangewezen en wanneer de aanwijzing eindigt. Verder houdt de beoogd rechter-commissaris toezicht op het handelen van de beoogd curator. Kortom, met WCO I zal de Nederlandse pre-packpraktijk voldoen aan de huidige Europese regelgeving zoals thans ook uitgelegd door het HvJ.

Als WCO I niet wordt ingevoerd heeft dat als nadelig gevolg dat er door dit arrest zeer waarschijnlijk minder pre-packs in Nederland zullen zijn. Daarmee is de kans ook kleiner op behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid na faillissement. Die kans is groter indien, juist in het kader van een pre-pack, een doorstart plaatsvindt. In dat geval resteert voor ondernemingen in moeilijkheden niets anders dan onvoorbereid hun faillissement aan te vragen en te hopen dat er toch een doorstart kan plaatsvinden ondanks de hectiek die in sommige

branches zorgt dat de mogelijkheden voor een doorstart met het uur kleiner worden (denk aan een ziekenhuis of een onderneming die in bederfelijke waren handelt).

Dit argument kan nu zelfs wetenschappelijk worden onderbouwd. Uit een door CMS verricht onderzoek d.d. 22 juni 2017 blijkt dat in Nederland in de periode 1 januari 2012- 1 juni 2017 ten minste 89 pre-packs zijn geweest. In 6 van deze gevallen heeft de pre-pack overigens niet geleid tot een faillissement. In diezelfde periode zijn er 32.355 faillissementen uitgesproken. Dat betekent dus dat slechts in 0,28% van de gevallen een faillissement is voorafgegaan door een pre-pack. Door ons is achterhaald dat er in 73 gevallen (88%) sprake is geweest van een (al dan niet beperkte) doorstart.

In totaal zijn in de faillissementen die volgden op de stille voorbereidingsfase voor zover bekend geworden ongeveer 46.000 werknemers ontslagen. Van hen behielden ongeveer 33.500 werknemers door de doorstart hun baan, dat is 73,3%. Uit deze cijfers blijkt van de enorme waarde van een tijdens de stille voorbereidingsfase voorbereide doorstart na faillissement voor de werkgelegenheid.

De vraag is of deze doorstarts wel zouden hebben kunnen plaatsvinden indien de doorstarter alle personeelsleden van de failliete onderneming tegen gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden na de doorstart in dienst zou moeten nemen. Dat lijkt mij zeker niet het geval. Dit betekent dan ook dat de overwinning van de vakbond bij het Hof van Justitie in de Estro zaak wel eens een pyrrusoverwinning kan blijken te zijn als Nederland niet over gaat tot aanvaarding van WCO I. Dan zal de pre-packpraktijk vermoedelijk eindigen en daarmee de kans op een zorgvuldig voorbereide doorstart met behoud van werkgelegenheid in een groot aantal faillissementen wellicht niet meer mogelijk zijn.

Dat zou voor de betrokken werknemers een grote teleurstelling zijn en grote gevolgen voor hen hebben.

Ik spreek, concluderend, dan ook de wens uit dat de Eerste Kamer na beantwoording van de vragen door de minister over gaat tot aanvaarding van WCO I waarmee Nederland de nu nog ontbrekende wettelijke basis voor de voorbereiding van het faillissement zal krijgen.

23 juni 2017



Marc van Zanten

Your World First



Partner

T +31 20 3016 414

E marc.vanzanten@cms-dsb.com

CMS Legal Services EEIG (CMS EEIG) is a European Economic Interest Grouping that coordinates an organisation of independent law firms. CMS EEIG provides no client services. Such services are solely provided by CMS EEIG's member firms in their respective jurisdictions. CMS EEIG and each of its member firms are separate and legally distinct entities, and no such entity has any authority to bind any other. CMS EEIG and each member firm are liable only for their own acts or omissions and not those of each other. The brand name "CMS" and the term "firm" are used to refer to some or all of the member firms or their offices.

CMS locations:

Aberdeen, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Belgrade, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Dueseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Medellín, Mexico City, Milan, Moscow, Munich, Muscat, Paris, Podgorica, Prague, Rio de Janeiro, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Seville, Shanghai, Sheffield, Sofia, Strasbourg, Stuttgart, Tehran, Tirana, Utrecht, Vienna, Warsaw, Zagreb and Zurich.

cms.law