

## Conclusie A-G Mengozzi (Hof van Justitie EU) pakt slecht uit voor de pre-pack

Bb 2017/38

*Advocaat-generaal Mengozzi adviseert het Hof van Justitie van de Europese Unie:<sup>2</sup> de regels over overgang van onderneming zijn van toepassing bij een Nederlandse pre-pack. Als een onderneming na een pre-pack vanuit een faillissement doorstart, gaan de rechten en verplichtingen van werknemers over op de verkrijger. Indien het Hof deze conclusie volgt, betekent dit vermoedelijk het einde van de pre-pack praktijk in haar huidige vorm in Nederland.*

### 1. Inleiding

Een pre-pack is een proces zonder wettelijke basis, waarbij de schuldenaar voorafgaand aan een faillissement in stilte tot in detail de activatransactie van zijn insolvente onderneming voorbereidt en uitonderhandelt met behulp van een door de rechtbank aangewezen stille bewindvoerder. Direct na het tijdstip van de daaropvolgende faillietverklaring van de schuldenaar kan de stille bewindvoerder – in zijn rol van curator – de overdracht van de activa aan de koper uitvoeren. Het resultaat van dit proces is dat de koper na de doorstart de onderneming in afgeslankte vorm kan voortzetten. Bij kinderopvangbedrijf Estro Groep BV en haar dochterondernemingen (gezamenlijk hierna: Estro) werd vanuit een faillissement na het ondergaan van een pre-pack een doorstart gerealiseerd. Koper Smallsteps BV (hierna: Smallsteps) – een aan Estro gelieerde onderneming – nam een gedeelte van de vestigingen van Estro over en bood bepaalde werknemers nieuwe arbeidsovereenkomsten aan (tegen minder gunstige voorwaarden). Vakbond FNV en een viertal niet overgenomen werknemers startten een procedure tegen Smallsteps bij de kantonrechter van de Rechtbank Midden-Nederland. De kantonrechter stelde prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU of Hof) over de verhouding tussen de pre-pack en de regels over overgang van onderneming.<sup>3</sup>

### 2. Prejudiciële vragen in Estro-procedure

In de kern komen de prejudiciële vragen neer op de vraag of de Nederlandse pre-pack praktijk onder de werkingssfeer van Richtlijn 2001/23/EG (hierna: de Richtlijn) valt en, zo ja, wat dit betekent voor de arbeidsrechtelijke gevolgen van de figuur van overgang van onderneming in geval van een pre-pack. De hoofdregel van de Richtlijn luidt, kort samengevat, dat werknemers van een bedrijfs onderdeel

wordt overgedragen aan een koper mee overgaan naar die koper met behoud van hun arbeidsvoorwaarden.<sup>4</sup> In faillissementssituaties geldt echter een uitzondering die strikt moet worden uitgelegd, op basis waarvan werknemers van een failliete onderneming niet automatisch overgaan naar de koper.<sup>5</sup> De prejudiciële procedure inzake Estro ziet in wezen op de reikwijdte van deze uitzondering. Als de pre-pack buiten de uitzondering valt, zijn de werknemers van de overgenomen vestigingen automatisch overgegaan naar Smallsteps met behoud van hun arbeidsvoorwaarden. Ingeval de uitzondering bij de pre-pack wel opgaat, dan zijn de werknemers niet overgegaan naar Smallsteps.

### 3. Conclusie A-G Mengozzi: regels overgang van onderneming van toepassing bij pre-pack

In zijn conclusie van 29 maart 2017 geeft advocaat-generaal Mengozzi het Hof het volgende in overweging. Of werknemers bescherming genieten onder de Richtlijn in geval van een overgang in het kader van een insolventieprocedure, hangt af van het formele doel en de 'modaliteiten' van die procedure. Het formele doel kan zijn de vereffening van het vermogen van de schuldenaar met het oog op uitbetaling van de gezamenlijke schuldeisers (liquidatie) of voortzetting van de onderneming (continuïteit). Bij de modaliteiten gaat het met name om de vraag in hoeverre de werkzaamheid van de onderneming wordt voortgezet of gestaakt. Rekening moet ook worden gehouden met de doelstelling van de Richtlijn.

Beoogt een procedure gezien haar doelstelling en modaliteiten de liquidatie van het vermogen van de onderneming, dan is het volgens advocaat-generaal Mengozzi gerechtvaardigd de werknemersbeschermende regels onder de Richtlijn uit te sluiten.<sup>6</sup> Dit ligt anders in gevallen waar een insolventieprocedure beoogt de onderneming te continueren. Het gaat er dan namelijk om voorwaarden te creëren voor herstel van de economische en financiële situatie van de onderneming en voor behoud van werkgelegenheid.<sup>7</sup> Het sociaal-economische doel van die procedure rechtvaardigt niet dat de rechten die werknemers aan de Richtlijn ontleen, hen worden ontnomen. Sanering mag in dat geval dus niet ten koste gaan van de rechten van werknemers.

Advocaat-generaal Mengozzi ziet de Nederlandse pre-pack procedure, zoals toegepast in de Estro-zaak, niet als een faillissement of een soortgelijke procedure. De pre-pack richt

1 Mr. M.A. Vieira is advocaat bij Houthoff Buruma te Amsterdam.

2 Conclusie advocaat-generaal Mengozzi van 29 maart 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:241.

3 Voor een uitgebreide bespreking van de prejudiciële vragen en het juridisch kader verwijst ik naar mijn artikel "Prejudiciële vragen over overgang van onderneming bij doorstart in faillissement", Bb 2016/52.

4 Zie art. 3 en 4 Richtlijn en art. 7:663 en 7:662 lid 2 BW.

5 Zie art. 5 Richtlijn en art. 7:666 BW.

6 Liquidatieprocedures (zoals faillissement) hebben volgens rechtspraak van het Hof namelijk specifieke kenmerken die beogen de diverse (schuldeisers)belangen met elkaar in evenwicht te brengen, zodat (gedeeltelijk) kan worden afgeweken van algemene bepalingen, zoals van het sociale recht. Vgl. HvJ EU 7 februari 1985, C-135/83, NJ 1985/900 (Abels).

7 Vgl. HvJ EU 7 december 1995, C-472/93, NJ 1996/743 (Spano/Fiat).

zich veeleer op het voortbestaan van (onderdelen van) de onderneming, niet op liquidatie daarvan. De pre-pack zorgt er namelijk voor dat bij de overgang de onderneming zonder onderbreking en onmiddellijk na het “technisch” faillissement een doorstart kan maken, waarbij de meerwaarde van de voortzetting van de exploitatie aldus wordt behouden. In de praktijk wordt de pre-pack vaak zelfs gebruikt voor reorganisatie. Daarnaast verschillen de modaliteiten van de pre-pack op verschillende punten te zeer van de “klassieke” faillissementsprocedure.<sup>8</sup> Om deze redenen valt de pre-pack volgens de advocaat-generaal niet onder de uitzondering van de Richtlijn, zodat de regels van overgang van onderneming onverkort gelden. De omstandigheid dat een pre-pack tevens kan leiden tot maximalisatie van de uitbetaling van de schuldeisers, kan volgens de advocaat-generaal niet tot gevolg hebben dat werknemers de bescherming van de Richtlijn verliezen.<sup>9</sup> Hoewel de advocaat-generaal het “zeer prijzenswaardig” acht dat de pre-pack tot doel heeft de voortzetting van levensvatbare onderdelen van de onderneming ter voorkoming van waardeverlies, leidt dit evenmin tot een andere conclusie. Voor zover de pre-pack niet voorziet in toepassing van de werknemersbeschermende bepalingen van de Richtlijn, is de pre-pack daarmee niet in overeenstemming, aldus de advocaat-generaal.

#### 4. Commentaar

Donkere wolken pakken zich samen boven de pre-pack. Volgt het Hof de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi, dan is dat vermoedelijk het einde van de pre-pack praktijk in de huidige vorm in Nederland. Een aantrekkelijk, vaak zelfs cruciaal, element voor het slagen van een doorstart na een pre-pack is immers dat de koper niet alle werknemers van de onderneming in zwaar weer hoeft over te nemen. Dit instrument wordt minder aantrekkelijk en raakt wellicht zelfs in onbruik indien (te) onzeker wordt of de pre-pack nog succesvol kan worden ingezet. Dan is het maar de vraag of deze ogenschijnlijk werknemersvriendelijke conclusie uiteindelijk gunstig uitpakt voor de werknemers. Het wachten is dus op het Hof.

Hoewel het hoogste woord nog niet is gezegd, wekt de conclusie van de advocaat-generaal nu al beroering. In de eerste plaats lijkt de conclusie van directe invloed op de Wet Continuïteit Ondernemingen I (WCO I) (34.218), die beoogt de pre-pack van een wettelijke grondslag te voorzien.<sup>10</sup> Naar verwachting zou WCO I medio 2017 in werking treden. Het wetsvoorstel zou op 4 april 2017 als hamerstuk in de Eerste Kamer worden afgedaan. Naar aanleiding van de conclu-

sie van de advocaat-generaal heeft de Eerste Kamer WCO I afgevoerd van de lijst van hamerstukken en aanvullende vragen gesteld aan de Minister van Veiligheid en Justitie. De senatoren vragen de minister onder andere of de behandeling van WCO I moet worden aangehouden, totdat het HvJ EU uitspraak heeft gedaan in de Estro-procedure.<sup>11</sup> Oordeelt het Hof in navolging van de advocaat-generaal dat de pre-pack, zoals nu feitelijk wordt toegepast, geen liquidatieprocedure is in de zin van de Richtlijn, dan brengt een wettelijke verankering van de pre-pack geen verandering in deze kwalificatie. Daarmee dreigt de Estro-procedure nog voor de inwerkingtreding van WCO I het kleed onder dit wetsvoorstel vandaan te trekken, nu WCO I in overeenstemming zal moeten zijn met de Richtlijn.

In de tweede plaats valt te bezien of de insolventieteams van de rechtbanken die reeds meewerken aan pre-packs<sup>12</sup> anders, wellicht terughoudender, zullen omgaan met verzoeken van ondernemingen tot stille bewindvoering gelet op de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi. Het antwoord op deze vraag is temeer relevant, nu de advocaat-generaal in zijn conclusie de nationale rechter expliciet wijst op zijn taak om tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met het doel van de Richtlijn. Daarnaast dient de nationale rechter ervoor te zorgen dat bij de overgang van (onderdelen van) een onderneming in het kader van een pre-pack de bescherming die de Richtlijn biedt aan werknemers werkzaam zijn bij het bedrijf(sonderdeel), wordt verzekerd.

8 De advocaat-generaal noemt de wijze van inleiding van de procedure, de personen die de procedure uitvoeren en hun bevoegdheden, waarbij met name duidelijk is dat de curator en de rechtbank bij een pre-pack veel minder invloed hebben dan bij een klassieke faillissementsprocedure.

9 Dit is ontleend aan het arrest HvJ EU 12 maart 1998, C-319/94, JAR 1998/100 (*Dethier/Dassy*), waarin de centrale procedure weliswaar strekte tot het te gelde maken van activa, maar zeer verschilde van een faillissement, zoals de persoon van de vereffenaar en toezichthouder, zodat de figuur van overgang van onderneming van toepassing was.

10 Op 21 juni 2016 heeft de Tweede Kamer WCO I, waarbij de pre-pack in art. 363-368 Fw werd verankerd aangenomen. Voor de inwerkingtreding van WCO I is de instemming van de Eerste Kamer vereist.

11 Brief van de Commissie Veiligheid en Justitie van 12 april 2017 aan de Minister van Veiligheid en Justitie.

12 De Rechtbanken Limburg, Midden-Nederland en Noord-Holland werken thans niet mee aan pre-pack procedures.