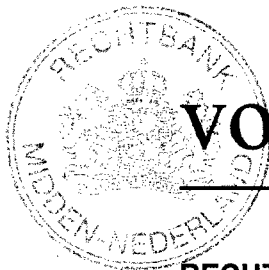




Datum van  
inontvangstneming

:

01/04/2016



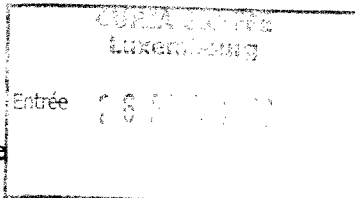
# vonnis

C-126/16-1 KF

## RECHTBANK MIDDEN-NEDERLAND

Civiel recht  
kantonrechter

locatie Almere



**Vonnis van 24 februari 2016**

in de zaak met zaaknummer / rolnummer 3821875 / MC EXPL 15-951 van

1. de vereniging  
**FEDERATIE NEDERLANDSE VAKVERENIGING, RECHTSOPVOLGER VAN ABVAKABO FNV**,  
gevestigd te Amsterdam,  
hierna te noemen FNV,
2. **KARIN VAN DEN BURG-VERGEER**,  
wonende te Amsterdam,  
hierna te noemen Van den Burg,
3. **LYOBA TANJA ALIDA KUKUPESSY**,  
wonende te Blaricum,  
hierna te noemen Kukupessy,
4. **DANIELLE PAASE-TEEUWEN**,  
wonende te Hoofddorp,  
hierna te noemen Paase,
5. **ASTRID JOHANNA GEERTRUDA PETRONELLE SCHENK**,  
wonende te Almere,  
hierna te noemen Schenk,  
eiseressen, hierna te zamen te noemen: FNV c.s.,  
gemachtigde mr. A. Simsek,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid  
**SMALLSTEPS B.V.**,  
gevestigd te Almere,  
gedaagde, hierna ook te noemen: Smallsteps,  
gemachtigde mr. B.F.H. Rumora-Scheltema.

### 1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de incidentele conclusie strekkende tot verwijzing ex art. 71 lid 1 Rv
- de conclusie van antwoord in het incident
- pleidooi 26 mei 2015
- pleitaantekeningen van de zijde van Smallsteps
- pleitaantekeningen van de zijde van FNV c.s.

Ingeschreven in het register van het Hof van Justitie onder nr. <u>1014305</u>		
Luxemburg	01.03.2016	De Griffier, voor deze
Fax/E-mail:	<u>Manuela Ferreira</u>	
Neergelegd op:	<u>26.02.2016</u>	Maria Manuela Ferreira Hoofdadministrateur

- het incidenteel vonnis van 3 juni 2015
- de conclusie van antwoord
- de conclusie van repliek
- de conclusie van dupliek.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

## 2. De feiten

### *Algemeen*

2.1. Estro Kinderopvang B.V. is op 5 juli 2014, na een zogenoemde pre-pack (zie 2.4), samen met Estro Groep B.V., Estro Services B.V. en Estro Educatie B.V. failliet verklaard. Estro Groep B.V. was de moedermaatschappij van deze vennootschappen. Van al deze dochters was Estro Groep B.V. 100% aandeelhouder en bestuurder. Estro Groep B.V. was samen met haar gefailleerde dochterondernemingen, verder gezamenlijk te noemen "Estro Groep", tot aan haar faillissement het grootste kinderopvangbedrijf in Nederland bestaande uit circa 380 vestigingen over heel Nederland. Estro Groep had circa 3600 werknemers in dienst.

2.2. Smallsteps B.V., verder te noemen "Smallsteps" is een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid die op 20 juni 2014 is opgericht om als doorstartende onderneming een groot deel van de kinderopvanglocaties van Estro Kinderopvang B.V. over te nemen. Smallsteps heeft per datum faillissement circa 250 vestigingen en 2600 werknemers overgenomen van Estro Groep. Zo'n 1000 werknemers werkzaam bij Estro Groep hebben uiteindelijk definitief ontslag aangezegd gekregen van de curator.

2.3. De gegevens van de mede eiseressen zijn:

- Van Den Burg - Vergeer, geboren op 6 april 1966 en thans 48 jaar, is op 1 mei 2007 in dienst getreden bij de rechtsvoorganger van Estro Kinderopvang B.V. Van den Burg - Vergeer was laatstelijk werkzaam als pedagogisch medewerker voor 31 uur per week op de locatie BSO Nogal wiesdes te Amsterdam.
  - Kukupessy, geboren op 15 oktober 1979 en thans 35 jaar, is op 15 september 2003 in dienst getreden bij de rechtsvoorganger van Estro Kinderopvang BV. Kukupessy was laatstelijk werkzaam als pedagogisch medewerker voor 36 uur per week op de locatie UK Binnenhof te Naarden.
  - Paase-Teeuwen, geboren op 19 juli 1974 en thans 40 jaar, is op 1 september 1995 in dienst getreden bij de rechtsvoorganger van Estro Kinderopvang B.V. Paase-Teeuwen was laatstelijk werkzaam als pedagogisch medewerker voor 16 uur per week op de locatie B4Kids Kinderopvang te Badhoevedorp. Paase-Teeuwen is sedert 2005 gedeeltelijk arbeidsongeschikt (25-35% WAO).
  - Schenk, geboren op 25 januari 1953 en thans 61 jaar, is op 1 januari 1992 in dienst getreden bij de rechtsvoorganger van Estro Kinderopvang B.V. Schenk was laatstelijk werkzaam als pedagogisch medewerker voor 19 per week op de locatie Uk Haven te Almere.
- Allen zijn als gevolg van het faillissement van Estro Groep ontslagen. Zij waren werkzaam op locaties die door Smallsteps zijn overgenomen, maar hebben geen nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden gekregen.

*Pre-pack*

2.4. 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. Het aanstellen van een stille bewindvoerder gebeurt op gezag van de rechtbank zelf. Tot nu toe is een pre-pack alleen mogelijk bij de rechtbanken Amsterdam, Rotterdam, Overijssel, Zeeland-West-Brabant, Gelderland, Oost-Brabant, Den Haag en Noord-Nederland. De rechtbank Midden-Nederland faciliteert een pre-pack niet. In oktober 2013 is het Voorontwerp Wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen 1 opgesteld. De regeling betreft niet een nieuw of aanvullend insolventieregime. Het is de bedoeling dat in de faillissementswet een uitdrukkelijke grondslag wordt geboden om onder voorwaarden een beoogd curator (stille bewindvoerder) al bij een in ernstige financiële moeilijkheden verkerende onderneming te betrekken vóór er sprake is van een faillissement. Dit moet leiden tot een doelmatige afwikkeling van het faillissement enerzijds en anderzijds tot bespoedigen van het doorstarten van levensvatbare bedrijfsonderdelen na faillissement zodat waarde en werkgelegenheid behouden kunnen blijven.

2.5. Op 21 januari 2014 bracht de Commissie Insolventierecht van de Nederlandse Orde van Advocaten een advies uit aan de Minister van Justitie over het Voorontwerp Wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen 1 ("Pre-pack"). De commissie betwijfelt of de Richtlijn 2001/23/EG inzake overgang van onderneming wel buiten toepassing blijft bij een doorstart die is voorbereid op de wijze als in het voorontwerp is voorzien en stelt onder punt 5.4 van haar advies:

*"In het voorontwerp is voorzien dat de beoogd curator een bindende verklaring zal kunnen afleggen waarin hij verklaart onder welke voorwaarden redelijkerwijs verwacht mag worden dat hij na de faillietverklaring de onderneming zal vervreemden op voet van artikel 70 Fw. Een dergelijke verklaring is - ook volgens de MvT - niet anders te duiden dan als een verklaring dat de curator de onderneming verkoopt op de bedongen voorwaarden behoudens interventie van buitenaf. De overeenkomst waarbij de onderneming van de schuldenaar wordt verkocht komt aldus materieel tot stand voor het faillissement. Na het openen van het faillissement rest nog slechts het "tekenen bij het kruisje" door de curator. De rechter-commissaris heeft naar moet worden aangenomen zijn toestemming al vóór 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. Het is denkbaar en goed verdedigbaar dat, wanneer het zwaartepunt van en het toezicht op de transactie zozeer vóór het faillissement is gelegen als bij de 'pre-pack' het geval is, de rechter tot de conclusie komt dat in dat geval de Richtlijn wel degelijk van toepassing is. In de literatuur is er voorts voor gewaarschuwd dat ook het nadrukkelijke continuïteitstreven dat bij de pre-pack voorop staat tot gevolg kan hebben dat de Richtlijn van toepassing is. Die waarschuwing is terecht, en al helemaal wanneer de continuïteit van de aan de doorstartende onderneming verbonden werkgelegenheid als belang is aangevoerd bij het verzoek om aanwijzing van een beoogd curator."*

*Bestuursstructuur en aandeelhouders en investeerders*

2.6. Het bestuur van Estro Groep werd gevormd door de heer J.P. Bienfait en de heer K. Geysels. De HRM manager was mevrouw A. Horsman. De Raad van Commissarissen bestond uit de heren H. Hillen, H. Reynierse en J. Woodward. Het bestuur van Smallsteps wordt gevormd door aanvankelijk de heer J.P. Bienfait, later de heer J. Woodward (eigenaar Busy Bee kinderopvang in Groot Brittannië), de heer K. Geysels en de heer P. Canning (verbonden aan H.I.G.). De HRM manager bij Smallsteps is mevrouw A. Horsman.

2.7. De belangrijkste financier en aandeelhouder van Estro was private equity investeerder KKR; zij hield ongeveer 50,7% van de aandelen en was voor het zelfde percentage kredietgever onder de Super Senior Debt (en de overige lening). Daarnaast hield Bayside Capital, ook een private equity investeerder, een belangrijk deel van de aandelen (en vorderingen). Bayside en KKR hadden gezamenlijk een beslissende meerderheid van de stemmen zowel in de aandeelhoudersvergadering als in de vergadering van schuldeisers onder de kredietdocumentatie (ca. 79,7 %). Andere schuldeisers/aandeelhouders waren financiële instellingen, waaronder ING, ABN AMRO, BNP Paribas en anderen. KKR, die immers de grootste positie had van de aandeelhouders, had de leiding in het proces. KKR besloot zich echter terug te trekken uit haar positie bij Estro en droeg die positie over aan Bayside. Daarmee verkreeg Bayside, die tot dan toe een minderheidspositie had bekleed in een situatie waarbij KKR het voortouw nam, de beslissende stem in aandeelhouders- en kredietverschaffers vergaderingen. Bayside heeft vervolgens haar zustersvennootschap H.I.G. Capital betrokken bij een mogelijke doorstart na faillissement.

#### *Project Butterfly*

2.8. In november 2013 concludeerde het bestuur van Estro groep dat voorzienbaar was dat Estro groep - zonder additionele financiering - in de zomer van 2014 niet meer aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen. Daarop volgde een periode waarin Estro groep intensief heeft overlegd met haar belangrijkste financiers en aandeelhouders, en ook met potentiële andere financiers of investeerders, over de verlening van additionele financiering. Dit overleg werd binnen Estro groep aangeduid als "Plan A". Uiteindelijk bleek geen van de benaderde partijen bereid additionele financiering te verstrekken. Terwijl de onderhandelingen over Plan A nog plaatsvonden, maar niet erg voorspoedig verliepen, zette Estro groep zich aan het opstellen van een strategie voor het geval de onderhandelingen over Plan A zouden mislukken. Dit alternatieve plan is door Estro groep als "Project Butterfly" aangeduid. Project Butterfly voorzag in de verkoop van een belangrijk deel van de onderneming van Estro groep uit faillissement (een pre-pack, derhalve). Deze doorstart zou moeten plaatsvinden op basis van de volgende uitgangspunten:

- Een doorstart van 243 van de 370 locaties;
- Behoud van werkgelegenheid voor ca. 2.500 van de ca. 3.600 medewerkers; en
- Continuïteit van de dienstverlening in alle vestigingen in de maand juli 2014.

#### *Voorfase faillissement*

2.9. Op 3 juni 2014 verplaatst Estro Groep haar statutaire zetel van Utrecht naar Amsterdam onder meer om de voorgestane pre-pack procedure bij de rechtbank Amsterdam mogelijk te maken.

2.10. Op 5 juni 2014 doen Estro Groep B.V. (Estro Groep), Estro Kinderopvang B.V. (Estro Kinderopvang) en Estro Services B.V. (Estro Services) —hierna gezamenlijk: Estro groep— het verzoek aan de Rechtbank Amsterdam tot de aanwijzing van een stille bewindvoerder.

2.11. Bij brief van 10 juni 2014 heeft de Rechtbank Amsterdam (deels) afwijzend gereageerd op het verzoek van Estro groep om een stille bewindvoerder aan te wijzen:

*"Bij brief van 5 juni 2014 heeft u namens Estro Groep B.V. c.s. verzocht om aanwijzing van een zogenoemde stille bewindvoerder. De strekking van de door uw cliënten verlangde aanwijzing was, zo blijkt uit het verzoek en*

---

*de telefoongesprekken die wij die dag hebben gevoerd, dat de stille bewindvoerder zich voorafgaande aan de op korte termijn op eigen verzoek te openen insolventieprocedures van Estro Groep B.V. c.s. een oordeel zou kunnen vormen over de door het management en de (belangrijkste) financiers van Estro Groep B.V. c.s. voorgestane doorstart, dit met als doel dat een doorstart liefst per datum van het openen van de insolventieprocedures zou kunnen worden gerealiseerd. Dit verzoek heeft de rechtbank afgewezen, om de redenen als uiteengezet in de telefoongesprekken die wij die dag hebben gevoerd. De rechtbank heeft u laten weten dat zij, gelet op de grote belangen die hier spelen, wel bereid was te laten weten wie zij als curator/bewindvoerder zal benoemen, op het moment dat de insolventieprocedures zouden worden geopend. Indien Estro Groep c.s. van die bereidheid gebruik zou willen maken, zou zij de beoogd curator/bewindvoerder (hierna: de beoogd curator) kunnen informeren over de situatie van de onderneming, zodat hij op het moment dat de faillissementen worden uitgesproken beter beslagen ten ijs komt dan wanneer hij pas door de rechtbank wordt benaderd op de dag dat een insolventieprocedure wordt geopend. De beoogd curator zou ook kennis kunnen nemen van een eventuele door een of meer betrokken partijen beoogde doorstart, maar heeft als gezegd geen enkele instructie om voor het openen van insolventieprocedures een standpunt in te nemen over een dergelijke doorstart."*

2.12. Op 10 juni 2014 is (ondanks de onder 2.11 geformuleerde afwijzing) mr. Jongepier als stille bewindvoerder door de rechtbank te Amsterdam aangesteld. Dit was dus voor de opening van de insolventieprocedure op 5 juli 2014 (zie 2.14).

2.13. Het verslag van de stille bewindvoerder van 5 juli 2015 beschrijft het verkoopproces als volgt:

*"(.) 5.2 Onderdeel van het verkoopproces dient te zijn dat meerdere potentiële gegadigden worden benaderd, tenzij overwegingen van zwaarwegende aard zich daartegen zouden verzetten. Het is aannemelijk dat in de markt voor kinderopvang in beginsel geen (zwaarwegende) bezwaren bestaan tegen een verkoopproces waaraan meerdere potentiële gegadigden deelnemen. Dit wordt geïllustreerd door het feit dat bij een eerdere pre-pack in deze markt — met betrekking tot Stichting De Speelwerk Groep — wel een grondige marktverkenning heeft plaatsgevonden.*

*5.3 Van een dergelijk verkoopproces waarbij meerdere opties zijn onderzocht is bij Estro groep geen sprake geweest. Wellicht is de centrale rol van HIG binnen Estro groep daar debet aan. Mogelijk, zoals door Estro groep wel werd gesuggereerd maar niet nader onderbouwd, bevatte de financieringsdocumentatie juridische belemmeringen om andere partijen dan HIG te (mogen) benaderen. Wellicht liggen daaraan andere motieven ten grondslag. De curator zal deze gang van zaken nader onderzoeken en daarvan verslag doen in zijn openbare verslagen.*

*5.4 Wat daar verder van zij, Estro groep heeft in het kader van Project Butterfly uitsluitend HIG (aanvankelijk tezamen met KKR) als koper benaderd. Daarbij kan bovendien worden vastgesteld dat zowel de bestuursvoorzitter van Estro groep als een van haar commissarissen (verbonden aan BusyBees) belang hadden bij het welslagen van het bod van HIG omdat zij zich zouden verbinden aan de beoogde koper. Deze belangen zijn overigens tijdig en helder aan de stille bewindvoerder kenbaar gemaakt.*

*5.5 In zekere zin onderhandelde HIG dus "met zichzelf". In het Engelstalig jargon betekent dit dat HIG en haar groepsvennootschappen connected party moeten worden beschouwd ten aanzien van de door Estro groep beoogde transactie.*

*5.6 De figuur van de pre-pack is overgewaaid uit het Verenigd Koninkrijk. Ook in het Verenigd Koninkrijk bestaat (aanhoudende) kritiek op pre-pack transacties met connected parties. De aanbevelingen in reactie op die kritiek in het recente "Graham Report" zien dan ook uitsluitend op transacties met connected parties (p. 59). Pre-pack transacties met andere partijen worden in beginsel als niet bezwaarlijk beschouwd. Een*

---

sterke aanbeveling in het Graham Report is dat verschillende potentiële bidders moeten worden benaderd zodat voldoende duidelijk is dat de transactie die tot stand komt de beste transactie is onder de gegeven omstandigheden (o.m. p. 65).

5.7 Het voorgaande heeft bij Estro groep niet plaatsgevonden. HIG heeft geruime tijd exclusief de gelegenheid gehad een bod voor te bereiden alvorens het verzoek tot aanwijzing van een stille bewindvoering werd gedaan. Belangstelling bij derden is niet (serieus) in kaart gebracht.

5.8 De stille bewindvoerder heeft vanwege het gemankeerde biedingsproces aanvankelijk overwogen om niet eens meer kennis te nemen van de onderhandelingen omtrent de beoogde doorstart of zelfs zijn werkzaamheden geheel te staken. Gelet op de grote maatschappelijke consequenties heeft de stille bewindvoerder dit, in overleg met de stille rechter-commissaris, uiteindelijk niet gedaan. De stille bewindvoerder heeft uiteindelijk zwaarder laten wegen dat een beoogde doorstart zou voorzien in de voortzetting van de dienstverlening, het potentiële behoud van 2.600 arbeidsplaatsen en beperking van de financiële schade voor met name ouders, het UWV, verhuurders en de Nederlandse banken.

5.9 Wel heeft de stille bewindvoerder kenbaar gemaakt dat hij gegeven het gemankeerde verkoopproces alleen zou overwegen om (de rechter-commissaris te vragen om uitbreiding van zijn mandaat teneinde) mee te werken aan een beoogde pre-pack indien de voordelen van een beoogde pre-pack wel zeer evident zijn. De stille bewindvoerder heeft aan Estro groep verklaard dat hij zich uitsluitend voor een pre-pack zou willen inspannen indien door HIG een zodanig hoog bod zou worden gedaan dat redelijkerwijs mag worden aangenomen dat een beter bod voor de onderneming niet had kunnen worden verkregen.(..)"

### *Faillissement*

2.14. Op 4 juli 2014 is bij de rechtbank Amsterdam surseance van betaling aangevraagd. Op 5 juli 2014 is het verzoek omgezet in een verzoek tot faillissementsverklaring en is vervolgens het faillissement uitgesproken van Estro Groep als omschreven onder overweging 2.1.

2.15. Op 5 juli 2014 is een koopovereenkomst getekend tussen de curator en Smallsteps samengevat met de volgende inhoud:

- a. Smallsteps koopt de onderneming van circa 250 locaties en verbindt zich om circa 2.600 medewerkers een dienstverband aan te bieden per datum faillissement;*
- b. Alle operationele kosten voor alle locaties (ook degene die niet worden voortgezet door Smallsteps) over de maand juli zijn voor rekening van Smallsteps. De operationele kosten van de locaties die wel in juli openblijven maar niet door Smallsteps worden voortgezet worden geraamd op ca. EUR 500.000;*
- c. Een koopsom voor de roerende zaken op de circa 250 Smallsteps locaties gebaseerd op onderhandse verkoopwaarde minus 10% (EUR 4 miljoen);*
- d. Een koopsom voor IE rechten e.d. (EUR 500.000);*
- e. Een directe goodwillvergoeding (EUR 1 miljoen);*
- f. Een indirecte goodwillvergoeding (een winstdelingsrecht). De boedel zal een percentage ontvangen van de ondernemingswaarde (enterprise value) van Smallsteps bij (door)verkoop van de onderneming aan een derde. In de eerste twee jaar is dit percentage 20% van de ondernemingswaarde boven EUR 10 miljoen. Nadien betreft de winstdeling 10% van de ondernemingswaarde boven EUR 10 miljoen."*

2.16. Op 7 juli 2014 zijn alle werknemers van Estro Groep door de curator ontslagen, waaronder de werknemers genoemd onder overweging 2.3. Aan deze laatste werknemers is geen nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden. In het kader van de doorstart door Smallsteps hebben circa 2.600 werknemers een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden gekregen.

---

2.17. Op 24 juli 2014 is Smallsteps door FNV c.s. aangeschreven, waarbij aan haar kenbaar is gemaakt dat FNV van mening is dat sprake is van een overgang van onderneming en dat zij de verdere gang van zaken rondom het faillissement aan het onderzoeken is. Smallsteps is verzocht om bij voorbaat als verkrijger in de zin van artikel 7:662 BW te handelen. Smallsteps heeft via haar advocaten per brief laten weten dat geen sprake is van een overgang van onderneming noch dat sprake is van misbruik van faillissement.

2.18. Na het faillissement is de curator op 7 augustus 2014 aangeschreven namens FNV c.s. en haar leden waarbij (zekerheidshalve) een beroep is gedaan op de (ver)nietig(baar)heid van de opzeggingen van de arbeidsovereenkomsten wegens overgang van onderneming.

### 3. Het geschil

3.1. FNV c.s. verzoekt de kantonrechter om bij vonnis:

A.

te verklaren voor recht:

primair:

dat op de overgang van onderneming van de 251 kinderopvanglocaties van Estro Groep naar Smallsteps de Richtlijn 2001/23/EG van toepassing is en dat de werknemers Smallsteps op basis van een richtlijnconforme interpretatie van de artikelen 7:662 e.v. BW per 5 juli 2014, dan wel op een door de Kantonrechter in goede justitie te bepalen datum van rechtswege, met behoud van hun arbeidsvoorwaarden, in dienst zijn gekomen bij Smallsteps

subsidiar:

voor zover de kantonrechter oordeelt dat de Richtlijn 2001/23/EG niet van toepassing is op de overgang van onderneming van de 251 kinderopvanglocaties van Estro Groep naar Smallsteps en/of dat de tekst van artikel 7:666 BW een richtlijnconforme interpretatie uitsluit:

dat de artikelen 7:662 e.v. BW desalniettemin van toepassing zijn, nu de overgang van de onderneming heeft plaatsgevonden vóór de faillissementsdatum als gevolg waarvan de werknemers behorende bij de onderneming van de 251 kinderopvanglocaties van Estro Groep per 3 juli 2014, dan wel op een door de Kantonrechter in goede justitie te bepalen datum, van rechtswege met behoud van hun arbeidsvoorwaarden, in dienst zijn gekomen bij Smallsteps.

FNV c.s. verzoekt de kantonrechter voorts om bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, Smallsteps te veroordelen:

B.

om alle werknemers die op 5 juli 2014, subsidiar 3 juli 2014, meer subsidiar wel op een door de kantonrechter in goede justitie te bepalen datum, in dienst waren bij Estro Groep schriftelijk te berichten dat zij op grond van overgang van onderneming van rechtswege, met behoud van hun arbeidsvoorwaarden, in dienst zijn gekomen bij Smallsteps waarbij de werknemers die zijn ontslagen schriftelijk worden uitgenodigd om aan het begin van de eerstvolgende maand, dan wel vanaf het eerste moment waarop zij daartoe in de gelegenheid zijn, hun oude werkzaamheden te hervatten, dan wel, wanneer zij hun oude werkzaamheden niet wensen te hervatten, in overleg te treden over een beëindiging van hun arbeidsovereenkomst, dit binnen 1 maand na betekening van het in deze zaak te wijzen



---

vonnis, onder verbeurte van een dwangsom van € 250,-- per dag per werknemer, voor elke dag dat Smalsteps nalaat om ten aanzien van enige werknemer aan deze veroordeling te voldoen, waarbij het maximum te verbeuren dwangsommen wordt gesteld op € 25.000,-- per werknemer;

C.

om aan alle werknemers die ten gevolge van de overgang van onderneming van de 251 kinderopvanglocaties van Estro Groep bij Smalsteps dan wel sindsdien in dienst zijn geweest (di. dus de groep werknemers die na het faillissement is overgenomen) een correcte en inzichtelijke berekening te verstrekken van het sedert 5 juli 2014, subsidiair 3 juli 2014, meer subsidiair, vanaf een door de kantonrechter in goede justitie te bepalen datum, achterstallige loon en de achterstallige overige arbeidsvoorwaarden, dit binnen 1 maand na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, onder verbeurte van een dwangsom van € 250,-- per dag per werknemer, voor elke dag dat Smallsteps nalaat om ten aanzien van enige werknemer aan deze veroordeling te voldoen, waarbij het maximum te verbeuren dwangsommen wordt gesteld op € 25.000,-- per werknemer;

D.

om over te gaan tot betaling van het achterstallige loon en de overige achterstallige arbeidsvoorwaarden aan alle werknemers die ten gevolge van de overgang van onderneming van de 251 kinderopvanglocaties van Estro Groep bij Smallsteps in dienst zijn, dan wel in dienst zijn geweest voor de periode dat ze dit zijn geweest, waarbij het loon dient te worden vermeerderd met de wettelijke verhoging ex artikel 7:625 BW, gesteld op 50% van het loon, en waarbij alle betalingen dienen te worden vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de vervaldata tot aan de datum der voldoening, een en ander met gelijktijdige verstrekking van een bruto/netto-specificatie, dit binnen 2 maanden na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, onder verbeurte van een dwangsom van € 250,-- per dag per werknemer, voor elke dag dat Smallsteps nalaat om ten aanzien van enige werknemer aan deze veroordeling te voldoen, waarbij het maximum te verbeuren dwangsommen wordt gesteld op € 25.000,-- per werknemer;

E.

tot tijdige en correcte betaling van het toekomstig verschuldigde loon, alsook de overige arbeidsvoorwaarden aan alle werknemers die ten gevolge van de overgang van onderneming van de 251 kinderopvanglocaties van Estro Groep bij Smallsteps in dienst zijn, en dit voor zolang als zij in dienst zijn, vanaf 2 maanden na betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, onder verbeurte van een dwangsom van € 250,-- per dag per werknemer, voor elke dag dat Smallsteps nalaat om ten aanzien van enige werknemer aan deze veroordeling te voldoen, waarbij het maximum te verbeuren dwangsommen wordt gesteld op € 50.000,-- per werknemer;

F.

Meer subsidiair verzoekt FNV c.s. de kantonrechter:

a. te verklaren voor recht dat Smallsteps als opvolgend werkgever dient te worden aangemerkt als bedoeld in artikel 7:668a, 2 lid, BW ten aanzien van de medewerker die in dezelfde functie en locatie werkzaam is bij Smallsteps als deze medewerker voorheen bij de Estro Groep werkzaam was en deze medewerker binnen drie maanden na de opzegging door de curator van de Estro Groep in dienst is getreden bij Smallsteps.

b. te bepalen dat Smallsteps aan de betreffende werknemer, binnen veertien dagen na

---

betekening van het in deze zaak te wijzen vonnis, schriftelijk uitvoering geeft aan de wettelijke gevolgen die verbonden zijn aan het zijn op opvolgend werkgever ex artikel 7:668a BW voor de betreffende (ex) werknemer jegens wie Smallsteps als opvolgend werkgever is aan te merken ex artikel 7:688a, 2 lid, BW, onder verbeurte van een dwangsom van € 250,-- per dag per werknemer, voor elke dag dat Smallsteps. nalaat om ten aanzien van enige werknemer aan deze veroordeling te voldoen, waarbij het maximum te verbeuren dwangsommen wordt gesteld op € 50.000,-- per werknemer;

G.

tot betaling van de proceskosten, waaronder het salaris van de gemachtigden van eiseressen.

3.2. FNV c.s. voert daartoe het volgende aan.

3.2.1. Primair stelt FNV c.s. op grond van de jurisprudentie van het HvJ van de EG 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 eiseressen sub 2 tot en met 5, op basis van een richtlijnconforme interpretatie de artikelen 7:662 BW e.v. van rechtswege, met behoud van al hun arbeidsvoorwaarden, in dienst zijn gekomen bij Smallsteps. FNV c.s. stelt in dat verband dat allereerst in de arresten Abels (HvJ EG 7 februari 1985, nr. C-135/83, NJ 1985, 900), D'Urso (HvJ EG 25 juli 1991, nr. C-362/89, NJ 1994, 168), Spano/Fiat (HvJ EG 7 december 1995, nr. C-472/93, NJ 1996, 743) en Dethier/Dassyn (HvJ EG 12 maart 1998, C-319/94, JAR 1998/100) criteria zijn vastgesteld waaraan moet worden getoetst om te bepalen of een nationale faillissementsprocedure al dan niet binnen het bereik van artikel 5 van de richtlijn valt. FNV c.s. concludeert op basis daarvan dat een faillissement dat voorafgegaan is door een voorbereidende stille bewindvoering niet onder de uitzonderingssituatie van artikel 5 lid 1 van de richtlijn valt. Uit jurisprudentie van het HvJ EU volgt immers dat lidstaten alleen een uitzondering op de richtlijn mogen maken indien de insolventieprocedure gericht is op liquidatie. Wanneer de insolventieprocedure gericht is op continuïteit en reorganisatie is de Richtlijn gewoon van toepassing. Een pre-pack is immers een van tevoren — voor het faillissement — geregisseerde activa transactie waarbij de faillissementsprocedure als middel en niet als doel wordt gebruikt. Een dergelijke gang van zaken, economische herstructurering ten koste van onder meer werknemers, valt niet onder de uitzonderingssituatie die artikel 5, eerste lid, van richtlijn 2001/23 EG voor ogen heeft én ook niet onder artikel 7:666 BW. In dit laatste artikel staat vermeld dat geen sprake is van overgang van onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard én de onderneming tot de boedel behoort. In een situatie als onderhavige kan volgens FNV c.s. in redelijkheid niet worden gesteld dat het gedeelte van de onderneming dat meteen na het intreden van faillissement aan Smallsteps zou zijn verkocht tot de boedel behoort. FNV c.s. stelt verder dat de algehele uitsluiting door art. 7:666 BW van de beschermende bepalingen van art. 7:662 e.v. BW bij een doorstart na faillissement, alle omstandigheden van het onderhavige geval in acht genomen, bovendien niet richtlijnconform is.

3.2.2. Subsidiair, voor zover de kantonrechter zou oordelen dat de Richtlijn 2001/23/EG niet van toepassing is bij een pre-pack en/of dat de tekst van artikel 7:666 BW een richtlijnconforme interpretatie uitsluit, 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. Immers het zwaartepunt van de verkoop van de activa van Estro bij deze

---

pre-pack duidelijk lag voor de faillissementen van Estro. FNV c.s. beroept zich daarvoor op het criterium geformuleerd in het arrest van het HvJ EG 26 mei 2005, nr. C-478/03, RAR 2005/75 (Celtec). Uit het Celtec-arrest volgt dat het niet aan partijen is om de datum van overgang van de onderneming te bepalen teneinde de rechten van werknemers te kunnen omzeilen bij overgang onderneming ex Richtlijn 2001/23, maar dient ingevolge ditzelfde arrest uit te worden gegaan van het tijdstip waarop het aannemelijk is dat vast is komen te staan dat de hoedanigheid van ondernemer is overgegaan van Estro Groep naar Smallsteps, waarbij het irrelevant is of het eigendom van de onderneming is overgedragen. De werknemers van de overgenomen vestigingen van Estro Groep zijn als gevolg hiervan vóór het faillissement van Estro Groep van rechtswege, met behoud van hun arbeidsvoorwaarden, in dienst gekomen bij Smallsteps.

3.2.3. Meer subsidiair stelt FNV c.s. dat in casu sprake is van opvolgend werkgeverschap ex artikel 7:668a BW op grond waarvan de tijdelijke arbeidsovereenkomsten van eiseressen en de tijdelijke arbeidsovereenkomsten van de overige overgenomen medewerkers van de Estro Groep zijn geconverteerd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In het arrest van de HR van 14 juli 2006 (ECLI:NL:HR:2006:AY3782) (Boekenvoordeel/Isik) heeft de HR geoordeeld dat in artikel 7:666 BW de toepasselijkheid van artikel 7:668a tweede lid BW niet wordt uitgesloten op de overgang van onderneming, indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Het feit dat de curator de arbeidsovereenkomst op rechtsgeldige wijze heeft geëindigd, staat de toepassing van artikel 7:668a, tweede lid, jo. eerste lid, BW niet in de weg. Voorts is in het arrest (HR van 11 mei 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BV9603 (Van Tuinen-arrest)) door de Hoge Raad met betrekking tot opvolgend werkgeverschap een extra criterium toegevoegd. Dit extra criterium houdt in dat tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever. Daarvan is in het onderhavige geval sprake, aldus FNV c.s..

3.3. Smallsteps voert verweer.

3.3.1. Indien sprake is van een faillissement geldt op grond van artikel 5-1 van de thans toepasselijke richtlijn 2001/23/EG zonder meer dat de artikelen 3 en 4 van die richtlijn niet van toepassing zijn, tenzij de lidstaten anders bepalen. Dat laatste heeft Nederland niet gedaan. Nederland heeft in artikel 7:666 BW nog eens bevestigd dat de bepalingen van de artikelen 3 en 4 van de richtlijn, corresponderend met de artikelen 7:662-665a en 7:670 lid 8 BW, in faillissement niet van toepassing zijn. Uit een juiste lezing van de richtlijn volgt dat de tekst van 7:666 BW aansluit bij het doel en de strekking van de richtlijn. Een richtlijnconforme interpretatie, waartoe de nationale rechter inderdaad gehouden is, kan niet tot een andere conclusie leiden dan dat de artikelen 7:662-665 en 6:670 lid 8 BW op deze situatie niet van toepassing zijn. De rechtbank Overijssel heeft in de Heiploeg zaak (Rechtbank Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589) eveneens geoordeeld dat de richtlijn (ook) in een pre pack situatie niet van toepassing is. Bovendien indien artikel 7:666 BW geen richtlijnconforme implementatie zou behelzen zou de consequentie daarvan niet kunnen zijn dat contra legem alsnog nadere vereisten worden ingevoerd voor de toepasselijkheid van de uitsluiting van artikel 7:666 BW. Het Hof van Justitie heeft in het Pupino arrest (Hof van Justitie EG 16 juni 2005, C-105/03) namelijk geoordeeld dat een richtlijnconforme interpretatie niet als grondslag kan dienen voor een uitlegging contra

---

legem van het nationale recht. Mocht een richtlijnconforme interpretatie tot een contra legem interpretatie leiden, dan betekent dit dat de richtlijn (mogelijk) verkeerd geïmplementeerd zou zijn. De juiste route die in dat geval gevolgd zou moeten worden, is het aansprakelijk stellen van de Staat voor een onjuiste implementatie.

3.3.2. Uitgaande van het Celtec arrest, geldt als moment van overgang het (objectief vast te stellen) tijdstip waarop de hoedanigheid van de ondernemer die de betrokken entiteit exploiteert van de vervreemder op de verkrijger overgaat. In zijn algemeenheid worden in een pre-pack situatie alle activa pas na de faillietverklaring overgedragen, op dat moment wordt de koopovereenkomst gesloten en daaraan uitvoering gegeven. De datum van de overgang van de exploitatie, de 'change of control', die na de faillissementsdatum ligt, is bepalend. In het onderhavige geval is de overeenkomst tot verkoop van het overgrote deel van de activa pas na de faillietverklaring met de curator gesloten en heeft ook de levering pas nadien plaats gevonden. Voor de datum van de overgang is aldus niet de datum van sluiting van de overeenkomst doorslaggevend, maar de datum waarvan kan worden gezegd dat de verkrijger toen daadwerkelijk de beschikking kreeg over de middelen die nodig zijn om de onderneming voort te zetten. Dit standpunt vindt bovendien zijn bevestiging in het arrest Happé/Scheepstra van 30 oktober 1997 waarbij ook uitgegaan wordt van het moment van overgang na faillissementsdatum. Het standpunt van FNV c.s. ziet op een onjuiste uitlegging van de norm geformuleerd in het Celtec arrest.

3.3.3. Smallsteps is geen opvolgend werkgever in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW (oud). In het Van Tuinen arrest ( Hoge Raad 11 mei 2012, JAR 2012/150), oordeelde de Hoge Raad namelijk dat er slechts sprake is van opvolgend werkgeverschap in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW indien: (i) de nieuwe arbeidsovereenkomst (met de opvolgend werkgever) wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst (met de failliete werkgever) én (ii) tussen de opvolgend werkgever en de failliete werkgever zodanige banden bestaan dat het door failliete werkgever "op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe opvolgend werkgever" (het zogeheten 'banden-criterium'). Daarvan is in het onderhavige geval geen sprake, aldus Smallsteps.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### **4. De toepasselijke regelgeving en jurisprudentie**

4.1 Voor de toepasselijke regelgeving en jurisprudentie wordt korthedshalve verwezen naar de aan dit vonnis gehechte bijlage.

#### **5. De beoordeling**

5.1. De kantonrechter oordeelt als volgt.

##### *Richtlijn 2001/23/EG versus artikel 7:666 BW*

5.2. Op grond van art. 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 art. 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.

5.3. 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. Het HvJ EU definieerde het aldus, dat de betreffende richtlijn (uit 1977) niet van toepassing is op een overgang die plaatsvindt *“in het kader van een faillissement, dat gericht is op een vereffening van het vermogen van de vervreemder (...)”*. Het arrest, in 1987 gevolgd door de Hoge Raad (NJ 1988, 191), heeft nadien geleid tot het huidige artikel 7:666 BW, ingevoerd in 1997. Bij wijziging van de richtlijn in 1998 in art. 4 bis (later art. 5) is een uitzonderingsbepaling opgenomen naar aanleiding van het eerdergenoemde Abels-arrest, waarvan de tekst enigszins taalkundig verschilt met de norm van het Abels-arrest. De richtlijn 2001/23/EG bepaalt in artikel 5:

*‘Tenzij de lidstaten anders bepalen, zijn de artikelen 3 en 4 niet van toepassing op een overgang van onderneming, vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging 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 (...).’*

5.4. 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 bonden leiden uit die arresten af dat voor de toepasselijkheid van artikel 5 van de Richtlijn gekeken moet worden naar het doel en de modaliteiten van de betreffende insolventieperiode, ook in geval van de faillissementsprocedure. Volgens FNV c.s. is daarbij van doorslaggevende betekenis of het gaat om procedures die werkelijk gericht zijn op liquidatie (dan: geen overdracht van onderneming) of om procedures die in wezen zijn gericht op voortzetting van de onderneming (dan: wel overdracht van onderneming). Betoogd wordt dat in deze kwestie alles al zozeer gericht was op voortzetting van de onderneming dat de richtlijn wel van toepassing is. Daarbij weegt volgens FNV c.s. zwaar mee dat in deze situatie het faillissement was voorgekookt via een zgn. pre-pack, een informele (niet wettelijk geregelde) procedure waarbij een rechtbank op voorhand een stille bewindvoerder aanwijst die meekijkt bij de voorbereidingen van de doorstart en deze effectueert indien en zodra het faillissement is uitgesproken, waarbij uitgangspunt is dat die bewindvoerder dan ook formeel tot curator wordt benoemd, aldus FNV c.s.. Smallsteps betwist dat. Zij meent dat een taalkundige uitleg van de richtlijn met zich brengt dat daarin niet kan worden gelezen dat de faillissementsprocedure gericht moet zijn op liquidatie, maar dat deze liquidatiedoelstelling in de tekst van de richtlijn uitsluitend gekoppeld is aan het begrip “soortgelijke procedure” en dus niet aan het daarvoor in dezelfde bepaling gehanteerde term “faillissementsprocedure”. Smallsteps is van mening dat er geen twijfel over kan zijn dat de zaak binnen het toepassingsgebied van (de uitzondering van) de Richtlijn valt en dat er dus uitdrukkelijk sprake is van een “acte clair”, althans van een “acte éclairé” nu het HvJ EU in zijn jurisprudentie stelselmatig heeft geoordeeld dat in geval van een faillissementsprocedure de uitzondering van de Richtlijn van toepassing is.

5.5. De kantonrechter oordeelt verder. De beschermende bepalingen van art. 7:662 e.v. BW zijn niet van toepassing bij een overgang van de onderneming van een failliete werkgever (art. 7:666 BW). De faillissementsprocedure wordt in de praktijk echter 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 (..)".

5.6. De kantonrechter is van oordeel dat gelet op het bovenstaande de hierna onder 5.11 nader aan te duiden pre-judiciële vragen aan het HvJ EU dienen te worden gesteld alvorens in onderhavige zaak verder te beslissen.

#### *Tijdstip van overgang onderneming*

5.7. Tussen partijen is verder in geschil het tijdstip van overgang van de onderneming. Ligt het tijdstip van overgang van onderneming voor de faillissementsdatum van 5 juli 2014 dan is volgens FNV c.s. de richtlijn 2001/23/EG van toepassing op de werknemers die werkzaam waren in de overgenomen locaties van de kinderopvang en zijn zij als gevolg hiervan op grond van artikel 7:662 e.v. BW vóór de faillissementen van Estro Groep van rechtswege, met behoud van hun arbeidsvoorwaarden, in dienst gekomen bij Smallsteps B.V.. Weliswaar is de koopovereenkomst van de activa kort na het faillissement getekend of tot stand gekomen, maar de feitelijke (wils)overeenstemming tot overdracht heeft volgens het FNV c.s. vóór het faillissement plaatsgevonden. FNV c.s. wijst op een aantal feiten waaruit zou blijken dat de datum van faillissement, in casu 5 juli 2014, nauwkeurig door partijen is bepaald. Op 3 juli 2014 hebben alle medewerkers een email ontvangen waarin is aangegeven dat op 4 juli 2014 het faillissement zou worden aangevraagd met daarbij de mededeling dat medewerkers mogelijk voor een bijeenkomst voor zaterdag vóór de faillissementsdatum zouden worden uitgenodigd. Uiteindelijk is op 4 juli 2014 surseance aangevraagd en verkregen en géén faillissement. Vervolgens is bij vonnis van 5 juli 2014 van de rechtbank Amsterdam de surseance van betaling omgezet in een faillissement van Estro Groep. Het is volgens FNV c.s. derhalve onwaarschijnlijk dat pas op datum faillissement overeenstemming bestond tussen partijen over de overeenkomst waarbij de activa van Estro Groep zijn overgedragen aan Smallsteps, zodat moet worden aangenomen dat die wilsovereenstemming vóór het faillissement tot stand is gekomen.

5.8. Het begrip "overgang" in artikel 7:666 BW dient vanzelfsprekend richtlijnconform en derhalve in lijn met het Celtec arrest te worden uitgelegd, aldus Smallsteps. Uitgaande van het Celtec arrest, geldt derhalve als moment van overgang het (objectief vast te stellen) tijdstip waarop de hoedanigheid van de ondernemer die de betrokken entiteit exploiteert van de vervreemder op de verkrijger overgaat. In zijn algemeenheid worden in een pre-pack situatie alle activa pas na de faillietverklaring overgedragen. Op dat moment wordt de

---

koopovereenkomst gesloten en daaraan uitvoering gegeven. Smallsteps stelt zich op het standpunt dat zolang er geen verplichting bestaat de overdracht vóór faillissement uit te voeren en dat ook daadwerkelijk niet gebeurt, er geen reden is om het leerstuk van overgang van onderneming toe te passen; ook niet als die overgang in een pre-pack geheel is voorbereid.

5.9. 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 naar het oordeel van de kantonrechter, 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. Verwezen wordt naar hetgeen de stille bewindvoerder in zijn verslag van 5 juli 2014 heeft verwoord (zie 2.13). De vraag die voorligt is of de in het Celtec arrest geformuleerde norm, te weten *“In 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 heeft overwogen dat *“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.”*

5.10. De kantonrechter ziet aanleiding ook ten aanzien van dit onderdeel van het geschil pre-judiciële vragen aan het HvJ EU te stellen.

#### *Pre-judiciële vragen*

5.11. Partijen hebben zich in onderhavige procedure uitgelaten over de wenselijkheid van het stellen van pre-judiciële vragen. Partijen hebben zich, voor zover de kantonrechter tot het oordeel komt dat aan het HvJ EU pre-judiciële vragen dienen te worden gesteld, zich uitgelaten over de aan het HvJ EU te stellen vragen. Rekening houdend met de door partijen terzake gemaakte opmerkingen komt de kantonrechter tot de volgende te stellen vragen:

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 gericht is op het voortbestaan van (delen van) de onderneming, zich met doel en strekking van de richtlijn 2001/23/EG en is artikel 7:666 lid 1 aanhef en onder a BW in dat licht (nog) wel richtlijnconform?*

2. *Is richtlijn 2001/23/EG van toepassing in het geval een door de rechtbank aangestelde zogeheten “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 een maximalisatie van de opbrengst voor de gezamenlijk schuldeisers dan wel dat in het kader van pre-pack vóór het faillissement wilsovereenstemming voor de activaoverdracht (voorzetting 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 2001/23/EG en het daaruit voortvloeiende artikel 7:662 ev 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?*

5.12. De kantonrechter houdt iedere verdere beslissing aan.

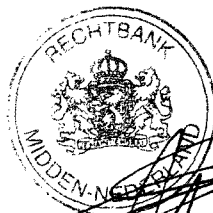
## 6. De beslissing

De kantonrechter

verzoekt het Hof van Justitie van de Europese Unie om een prejudiciële beslissing over de onder 5.11 geformuleerde vragen,

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. R.M. Berendsen en in het openbaar uitgesproken op 24 februari 2016.



Voor afschrift  
De griffier van de  
rechtbank  
Midden-Nederland