



## Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT  
P. MENGOZZI  
fremsat den 29. marts 2017<sup>1</sup>

**Sag C-126/16**

**Federatie Nederlandse Vakvereniging,  
Karin van den Burg-Vergeer,  
Lyoba Tanja Alida Kukupessy,  
Danielle Paase-Teeuwen,  
Astrid Johanna Geertruda Petronelle Schenk  
mod  
Smallsteps BV**

(anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Rechtbank Midden-Nederland (ret i første instans i Midden-Nederland, Nederlandene))

»Præjudiciel forelæggelse — direktiv 2001/23/EF — varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder — artikel 5, stk. 1 — undtagelse i tilfælde af konkurs eller insolvensbehandling — »pre-pack-proceduren« — fortsættelse af virksomhedens drift«

1. I den foreliggende sag anmodes Domstolen for første gang om at analysere »pre-pack«-proceduren i lyset af EU-retten.
2. Selv om »pre-pack«-proceduren (der stammer fra engelsk »pre-packaged insolvency sale«) kan have forskellig betydning afhængigt af, hvilken retsorden den anvendes i, er den dog generelt et udtryk for en transaktion i forbindelse med en kriseramts virksomheds aktiver (en overdragelse), der forberedes inden insolvensbehandlingen indledes (typisk konkurs) med bistand fra en kurator (i nogle retskredse udpeget af retten), og som normalt gennemføres umiddelbart efter, at insolvensbehandlingen er blevet indledt.
3. *Pre-pack*-proceduren, der oprindeligt blev udviklet i USA og Det Forenede Kongerige, har efterhånden spredt sig til flere medlemsstater. Der findes således flere mere eller mindre forskellige *pre-pack*-procedurer i f.eks. Tyskland og Frankrig<sup>2</sup> samt i Nederlandene, hvorfra anmodningen om præjudiciel afgørelse i den foreliggende sag kommer.

<sup>1</sup> — Originalsprog: fransk.

<sup>2</sup> — For Forbundsrepublikken Tysklands vedkommende jf. »Schutzschirmverfahren« omhandlet i § 270b i Insolvenzordnung (lov om insolvens). I Frankrig blev »prepack cession« indført med artikel L611-7 i code de commerce.

4. *Pre-pack*-procedurens succes kan tilskrives en voksende tendens i den moderne konkursret til at vælge metoder, der til forskel fra den klassiske metode i forbindelse med likvidation af en kriseramet virksomhed har til formål at redde virksomheden eller i det mindste de dele af den, der endnu er økonomisk levedygtige<sup>3</sup>. I denne forbindelse giver *pre-pack*-proceduren, der er kendetegnet ved en række uformelle elementer (en udenretlig forberedelsesfase) og formelle elementer (en fase, der gennemføres inden for rammerne af insolvensbehandlingen), virksomhederne et fleksibelt instrument, der er egnet til hurtigt at løse visse krisesituationer.

5. Den foreliggende præjudicielle forelæggelse indgivet af Rechtbank Midden-Nederland (ret i første instans i Midden-Nederland) rejser imidlertid et vigtigt spørgsmål angående arbejdstagerne i den virksomhed (eller den del af virksomheden), der er omfattet af *pre-pack*-proceduren. Den forelæggende ret ønsker nærmere bestemt oplyst, om den ordning til beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af overførsel af virksomheder, der blev indført med direktiv 2001/23/EF<sup>4</sup>, finder anvendelse eller ej i forbindelse med *pre-pack*-proceduren, sådan som den har udviklet sig i nederlandsk retspraksis.

6. Med henblik på en besvarelse af dette spørgsmål skal Domstolen for første gang fortolke den i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/23 omhandlede undtagelse fra direktivets anvendelsesområde. Ved fortolkningen af denne bestemmelse i lyset af den retspraksis, den kodificerer, skal der findes en retfærdig ligevægt mellem på den ene side kravet om ikke at skade anvendelsen af retsinstrumenter (som f.eks. *pre-pack*-proceduren), der forfølger det prisværdige formål at redde dele, der endnu er økonomisk levedygtige, og på den anden side kravet om, at det ikke med anvendelsen af sådanne instrumenter tillades, at den beskyttelse, som arbejdstagerne sikres med EU-retten, omgås.

## I. Retsforskrifter

### A. EU-retten

7. I henhold til tredje betragtning til direktiv 2001/23, der ophævede og erstattede det tidligere direktiv 77/187/EØF<sup>5</sup>, er formålet med direktivet at beskytte arbejdstagerne ved at varetage deres rettigheder, når virksomheder overføres.

8. Artikel 1, stk. 1, litra a), i direktiv 2001/23 finder ifølge dens ordlyd anvendelse på »overførsel af en virksomhed eller bedrift eller af en del af en virksomhed eller bedrift til en anden indehaver som følge af en overdragelse eller fusion«.

9. Direktiv 2001/23 fastsætter nærmere bestemt tre former for beskyttelse af arbejdstagerne.

10. For det første sikrer det en videreførelse af arbejdskontrakter i tilfælde af en virksomhedsoverførsel. Det fremgår således af nævnte direktivs artikel 3, stk. 1, at »[o]verdragerens rettigheder og forpligtelser i henhold til en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold, som bestod på tidspunktet for overførslen, overgår som følge af denne overførsel til erhververen [...]«.

3 — Denne tendens afspejles i Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2015/848 af 20.5.2015 om insolvensbehandling (omarbejdning) (EUT 2015, L 141, s. 19). Jf. bl.a. tiende betragtning til denne forordning.

4 — Rådets direktiv af 12.3.2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetage af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter (EUT 2001, L 82, s. 16.).

5 — Rådets direktiv af 14.2.1977 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetage af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder, bedrifter eller dele af bedrifter (EFT 1977, L 61, s. 26), som ændret ved Rådets direktiv 98/50/EF af 29.6.1998 (EFT 1998, L 201, s. 88) (herefter »direktiv 77/187«).

11. For det andet fremgår det af artikel 4, stk. 1, i direktiv 2001/23, at overførsel af en virksomhed »ikke i sig selv [giver] overdrageren eller erhververen nogen begrundelse for at foretage afskedigelser«. I samme stykkes andet led præciseres det imidlertid, at »[d]enne bestemmelse [ikke] er [...] til hinder for, at der kan ske afskedigelser af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer«.

12. For det tredje fastsættes der i artikel 7 i direktiv 2001/23 forpligtelser vedrørende information og høring af arbejdstagernes repræsentanter, som påhviler både overdrageren og erhververen.

13. Artikel 5 i direktiv 2001/23 indeholder imidlertid en undtagelse fra anvendelsen af nævnte direktivs artikel 3 og 4. I artikel 5, stk. 1, bestemmes:

»Medmindre medlemsstaterne bestemmer andet, gælder artikel 3 og 4 ikke for overførsel af en virksomhed eller bedrift eller af en del af en virksomhed eller bedrift, når der mod overdrageren er indledt konkursbehandling eller en anden tilsvarende insolvensbehandling, som tager sigte på realisering af overdragerens aktiver, og som er under tilsyn af en kompetent offentlig myndighed (som kan være en kurator, der er godkendt af en kompetent offentlig myndighed).«

14. Samme artikels stk. 2, bestemmer, at »[n]år artikel 3 og 4 gælder for overførsel under en insolvensbehandling, som er indledt mod en overdrager (uanset om behandlingen er indledt med henblik på realisering af overdragerens aktiver), og forudsat at denne behandling gennemføres under tilsyn af en kompetent offentlig myndighed«, kan en medlemsstat bestemme, at visse aspekter af den i nævnte direktivs artikel 3 og 4 omhandlede beskyttelsesordning ikke finder anvendelse.

15. Endelig fremgår det af artikel 5, stk. 4, i direktiv 2001/23, at »[m]edlemsstaterne træffer de nødvendige foranstaltninger med henblik på at forhindre misbrug af insolvensbehandling på en sådan måde, at arbejdstagerne fratages de rettigheder, der er fastlagt i dette direktiv«.

## **B. Nederlandsk ret**

16. De bestemmelser, der i national ret regulerer arbejdstagernes rettigheder i tilfælde af virksomhedsoverførsler, er artikel 7:662-7:666 og artikel 7:670, stk. 8, i Burgerlijk Wetboek (den nederlandske borgerlige lovbog, herefter »BW«).

17. Det fremgår nærmere bestemt af BW's artikel 7:663, at »overførsel af en virksomhed medfører automatisk overførsel til erhververen af de rettigheder og forpligtelser, der på dette tidspunkt påhviler arbejdsgiveren, og som for virksomheden følger af en arbejdskontrakt indgået mellem denne og en arbejdstager, der arbejder i virksomheden«.

18. BW's artikel 7:666, stk. 1, litra a), indeholder imidlertid følgende undtagelse, idet »[a]rtikel 7:662-7:665 og artikel 7:670, stk. 8, finder ikke anvendelse på en virksomhedsoverførsel, hvis [...] arbejdsgiveren er erklæret konkurs, og virksomheden indgår i konkursmassen«.

19. Den nederlandske konkursbehandling er defineret i Faillissementswet (den nederlandske konkurslov, herefter »Fw«).

20. Fra og med 2012 har flere nederlandske retter<sup>6</sup> i visse tilfælde gennemført en forberedelsesfase forud for konkursen med henblik på forberedelse af en overdragelse af den pågældende virksomheds aktiver (*pre-pack*-proceduren). Denne forberedelsesfase indledes altid på den pågældende virksomheds initiativ, idet den anmoder retten om at udpege en påtænkt kurator og en påtænkt tilsynsførende dommer. Overdragelsen af aktiverne forberedes inden konkursdekretet med hjælp fra den påtænkte kurator og gennemføres af denne umiddelbart efter konkursdekretet.

21. I Nederlandene er hverken forberedelsesfasen eller *pre-pack*-proceduren som sådan indtil videre fastlagt ved lov, men er resultatet af praksis. Et udkast til et lovforslag med titlen »lov om fortsættelse af virksomheder« drøftes i øjeblikket i det nederlandske parlament<sup>7</sup>.

## II. Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

22. Estro Group BV (herefter »Estro Groep«) var frem til konkursen den største virksomhed inden for børnepasning i Nederlandene. Den bestod af næsten 380 institutioner fordelt over hele landet og beskæftigede ca. 3 600 arbejdstagere. På tidspunktet for de faktiske omstændigheder, der er indbragt for den forelæggende ret, var investeringsselskabet Bayside Capital hovedinvestor i Estro Groep.

23. I november 2013 konkluderedes det, at det måtte påregnes, at Estro Groep uden tilførsel af ny kapital ikke ville kunne opfylde sine forpligtelser længere end til sommeren 2014.

24. I forsøget på at skaffe en sådan kapital gennemførte Estro Groep i første omgang forhandlinger med sine kapitalindskydere og hovedaktionærer samt med andre kapitalindskydere for at opnå ny kapital. Denne forhandling, kaldet »Plan A«, bar imidlertid ikke frugt.

25. Parallelt med forhandlingerne inden for rammerne af Plan A udarbejdede Estro Groep en alternativ plan, kaldet »Butterfly-projektet«. I henhold til denne alternative plan skulle en stor del af Estro Groep fortsættes efter en *pre-pack*-procedure. Denne genstart skulle ske på grundlag af tre principper, nemlig, for det første, genstart af 243 centre ud af 380, for det andet fortsat ansættelse af næsten 2 500 arbejdstagere ud af i alt ca. 3 600 og, for det tredje, fortsættelse af driften i juli 2014.

26. I forbindelse med gennemførelsen af Butterfly-projektet kontaktede Estro Groep kun H.I.G. Capital, et søsterselskab til dets hovedaktionær Bayside Capital, som potentiel køber. Ingen andre potentielle muligheder blev undersøgt.

27. Den 5. juni 2014 anmodede Estro Groep rechtbank Amsterdam (ret i første instans i Amsterdam) om at udpege en påtænkt kurator. Denne blev udpeget den 10. juni 2014.

28. Den 20. juni 2014 blev der stiftet et anpartsselskab, Smallsteps BV, som på vegne af H.I.G. Capital skulle videreføre en stor del af Estro Groeps børnepasningsinstitutioner inden for rammerne af Butterfly-projektet.

29. Den 4. juli 2014 anmodede Estro Groep rechtbank Amsterdam (ret i første instans i Amsterdam) om betalingshenstand.

30. Den 5. juli 2014 blev denne anmodning ændret til en konkursbegæring for Estro Groep. Konkursen blev erklæret samme dag.

6 — Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at *pre-pack*-proceduren indtil videre kun anvendes af retterne i Amsterdam, Rotterdam, Overijssel, Zeeland-West-Brabant, Gelderland, Oost-Brabant, La Haye og Noord-Nederland, og at den forelæggende ret ikke anvender den.

7 — Jf. <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-34218-1.html>. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen, at dette udkast til lovforslag dels skal bidrage til en effektiv gennemførelse af konkursforordningen, dels skal fremme en hurtig genoptagelse af driften i de levedygtige dele af virksomheden efter konkursen, således at virksomhedens værdi og arbejdspladserne opretholdes.

31. Ligeledes den 5. juli 2014 blev der indgået en salgsaftale (*pre-pack*-proceduren) mellem kuratoren og Smallsteps, hvorefter Smallsteps købte virksomheden bestående af ca. 250 af Estro Groeps institutioner og forpligtede sig til at tilbyde beskæftigelse til ca. 2 600 af Estro Groeps arbejdstagere på konkursdatoen.

32. Den 7. juli 2014 afskedigede kuratoren alle Estro Groeps arbejdstagere. Næsten 2 600 af Estro Groeps arbejdstagere blev tilbudt en ny ansættelseskontrakt med Smallsteps, og over 1 000 arbejdstagere blev endeligt afskediget.

33. Federatie Nederlandse Vakvereniging (herefter »FNV«), en nederlandsk fagforening, og fire medsagsøgere, der arbejdede i de institutioner, som Smallsteps overtog, men som efter konkursen ikke blev tilbudt nye ansættelseskontrakter, indgav en stævning til den forelæggende ret. I denne stævning nedlagde de principalt påstand om, at det fastslås, at direktiv 2001/23 finder anvendelse på *pre-pack*-proceduren mellem Estro Groep og Smallsteps, og at de fire medsagsøgere derfor må anses for herefter uden videre at være ansat i Smallsteps med uændrede løn- og arbejdsvilkår. Subsidiært har de nedlagt påstand om, at det fastslås, at BW's artikel 7:662 ff. ikke desto mindre finder anvendelse, da virksomheden blev overført inden konkursens dato. Smallsteps har afvist sagsøgernes påstande.

34. Under disse omstændigheder har Rechtbank Midden-Nederland (ret i første instans i Midden-Nederland) besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

- »1) Er den nederlandske konkursbehandling i tilfælde af overdragelse af den konkursramte virksomhed, hvor der forud for konkursen er gennemført en af retten kontrolleret *pre-pack*-procedure, der udtrykkeligt har til formål at videreføre (dele af) virksomheden, i overensstemmelse med formålet med og rækkevidden af direktiv 2001/23[...], og er artikel 7:666, stk. 1, litra a), i Burgerlijk Wetboek [...] set i dette lys (stadig) i overensstemmelse med direktivet?
- 2) Finder direktiv 2001/23[...] anvendelse i det tilfælde, hvor en af retten udpeget såkaldt »påtænkt kurator« (»beoogd curator«) allerede før konkursen sætter sig ind i skyldnerens situation og undersøger mulighederne for, at en tredjemand genstarter virksomhedens aktiviteter, og endvidere træffer forberedelse til handlinger, der skal foretages kort efter konkursen for at sikre genstarten ved hjælp af en overdragelse af aktiver, hvorved skyldnerens virksomhed eller en del heraf på konkursens dato eller kort derefter overdrages, og aktiviteterne (næsten) uden afbrydelse fortsættes helt eller delvist?
- 3) Har det herved nogen betydning, om virksomhedens videreførelse er det primære formål med den nævnte *pre-pack*-procedure, eller om den påtænkte kurators formål med denne *pre-pack*-procedure og salg af aktiverne i form af en »going concern« direkte efter konkursen primært er at opnå en maksimering af proventet til alle kreditorer, eller at der inden for rammerne af *pre-pack*-proceduren før konkursen opnås enighed om overdragelse af aktiverne (videreførelse af virksomheden), og dennes udførelse formaliseres og/eller gennemføres efter konkursen? Og hvorledes skal dette bedømmes, hvis såvel virksomhedens videreførelse som proventmaksimering tilstræbes?
- 4) Bestemmes tidspunktet for virksomhedens overførsel med henblik på anvendelsen af direktiv 2001/23[...] og den herpå beroende artikel 7:662 ff. i BW inden for rammerne af en *pre-pack*-procedure forud for virksomhedens konkurs af den før konkursen tilvejebragte faktiske enighed om virksomhedens overdragelse, eller afhænger dette tidspunkt af, hvornår egenskaben af indehaver, der driver den pågældende enhed, faktisk overgår fra overdrageren til erhververen?»



### III. Retsforhandlingerne ved Domstolen

35. Anmodningen om præjudiciel afgørelse er indgået til Domstolens Justitskontor den 26. februar 2016. FNV, Smallsteps, den nederlandske regering samt Europa-Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg og afgivet mundtlige indlæg under retsmødet den 18. januar 2017.

### IV. Analyse

#### A. Det første, det andet og det tredje præjudicielle spørgsmål

##### 1. *Indledende bemærkninger*

36. De første tre præjudicielle spørgsmål skal analyseres samlet. Med disse spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om direktiv 2001/23 finder anvendelse i tilfælde af en virksomhedsoverførsel, der sker inden for rammerne af en *pre-pack*-procedure, sådan som den har udviklet sig i praksis i Nederlandene (det andet spørgsmål), og om den nederlandske konkursprocedure, og specifikt BW's artikel 7:666, sådan som den anvendes i praksis, i denne forbindelse er i overensstemmelse med formålet med og rækkevidden af direktivet (det første spørgsmål). Med det tredje spørgsmål ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om disse spørgsmål skal besvares anderledes, afhængigt af om hovedformålet med *pre-pack*-proceduren er fortsættelse af virksomheden og/eller maksimering af provenuet.

37. Det første spørgsmål, som disse præjudicielle spørgsmål giver anledning til, er, om undtagelsen i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/23 finder anvendelse på virksomhedsoverførsler, der sker inden for rammerne af en *pre-pack*-procedure.

38. De parter, der har indgivet indlæg til Domstolen, har modsatrettede holdninger i denne henseende. For det første er FNV og Kommissionen af den opfattelse, at den procedure, inden for hvilken *pre-pack*-proceduren gennemføres, ikke er omfattet af undtagelsen i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/23. Det følger heraf, at den nederlandske konkurslovgivning, for så vidt som den ikke fastsætter bestemmelser om, at de i direktivet omhandlede garantier finder anvendelse på arbejdstagerne i tilfælde af en virksomhedsoverførsel, der sker inden for rammerne af *pre-pack*-proceduren, ikke er i overensstemmelse med direktivet.

39. For det andet har Smallsteps og den nederlandske regering derimod gjort gældende, at en konkurs, forud for hvilken der gennemføres en forberedelsesfase med henblik på en *pre-pack*-procedure, som den, der blev gennemført i Estro Groeps tilfælde, ganske rigtigt er omfattet af undtagelsen i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/23, således at BW's artikel 7:666, stk. 1, sådan som den anvendes i praksis i Nederlandene, er i overensstemmelse med dette direktiv.

40. Som allerede anført udgør den foreliggende sag den første mulighed for Domstolen til at fortolke artikel 5 i direktiv 2001/23, og indførelsen i denne artikels stk. 1, af en udtrykkelig undtagelse fra direktivets anvendelsesområde, er en kodificering af den af Domstolen udviklede retspraksis. Under disse omstændigheder er jeg af den opfattelse, at det med henblik på fuldt ud at forstå rækkevidden af denne bestemmelse er hensigtsmæssigt at analysere de principper, som Domstolen har udviklet i sin praksis vedrørende det tidligere direktiv 77/187, der efterfølgende er blevet ophævet ved direktiv 2001/23<sup>8</sup>.

8 — Direktiv 77/187 indeholdt de samme former for beskyttelse, som direktiv 2001/23, men indeholdt ikke nogen udtrykkelig undtagelse fra direktivets anvendelsesområde i tilfælde af en virksomhedsoverførsel, der finder sted i forbindelse med en insolvensprocedure.

## **2. Domstolens praksis om anvendelsen af ordningen til beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af en virksomhedsoverførsel, der sker inden for rammerne af en procedure for kriseramte virksomheder**

41. Domstolen fik for første gang forelagt et spørgsmål om anvendelsen af de i direktiv 77/187 omhandlede garantier i tilfælde af en virksomhedsoverførsel, der sker inden for rammerne af en insolvensprocedure, særlig en konkursbehandling, i den sag, der gav anledning til dom af 7. februar 1985, Abels<sup>9</sup>.

42. I denne dom fremhævede Domstolen, efter at have bemærket, at formålet med direktiv 77/187 var at forhindre, at omstruktureringen inden for det indre marked sker på bekostning af arbejdstagerne i de berørte virksomheder<sup>10</sup>, konkursrettens særlige karakteristika. Den bemærkede således, at denne ret er kendetegnet ved særlige procedurer, som har til formål at afveje de forskellige interesser, herunder de enkelte kreditorgruppers interesser, hvilket i alle medlemsstaterne indebærer, at der findes særlige regler, som kan bevirke en i hvert fald delvis fravigelse af andre, generelle bestemmelser, herunder inden for social- og arbejdsmarkedslovgivningen<sup>11</sup>.

43. Det var på grundlag af disse særlige kendetegn, at Domstolen fastslog, at direktiv 77/187 ikke fandt anvendelse på »overførsler af virksomheder [...], som sker inden for rammerne af en konkursbehandling, der har til formål at realisere overdragerens aktiver under den kompetente retlige myndigheds kontrol«<sup>12</sup>, idet medlemsstaterne frit på grundlag af deres egen nationale ret kan anvende direktivets principper helt eller delvis<sup>13</sup>.

44. I samme dom fastslog Domstolen til gengæld, at direktiv 77/187 fandt anvendelse på en procedure som betalingshenstand, selv om denne procedure har visse kendetegn til fælles med konkursbehandlingen. Domstolen fandt således, at de grunde, som er til hinder for, at direktivet kan finde anvendelse på overførsler af virksomheder i forbindelse med en konkursbehandling, ikke gælder for en procedure, som gennemføres på et tidligere trin, idet dommerens kontrol er af mere begrænset omfang og i første række går ud på at bevare aktiverne og i givet fald fortsætte virksomhedens drift i fremtiden<sup>14</sup>.

45. Efterfølgende anførte Domstolen i dom af 25. juli 1991, d'Urso m.fl.<sup>15</sup>, udtrykkeligt, at det afgørende kriterium, der skal tages i betragtning for at godtgøre, at direktiv 77/187 finder anvendelse på en virksomhedsoverførsel, der sker inden for rammerne af en kreditorfølgingsprocedure, var det formål, der forfølges med den pågældende procedure<sup>16</sup>.

9 — 135/83, EU:C:1985:55.

10 — Dom af 7.2.1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, præmis 14 og 18). Jf. i denne forbindelse ligeledes dom af 25.7.1991, d'Urso m.fl. (C-362/89, EU:C:1991:326, præmis 23).

11 — Dom af 7.2.1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, præmis 15-17).

12 — Dom af 7.2.1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, præmis 23 og 30). Jf. ligeledes dom af 25.7.1991, d'Urso m.fl. (C-362/89, EU:C:1991:326, præmis 23).

13 — Dom af 7.2.1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, præmis 24).

14 — Dom af 7.2.1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, præmis 28 og 29).

15 — C-362/89, EU:C:1991:326.

16 — Dom af 25.7.1991, d'Urso m.fl. (C-362/89, EU:C:1991:326, præmis 26). I denne dom præciserede Domstolen ligeledes, at omfanget af den kompetente dommers kontrol med proceduren, på grund af forskellene i medlemsstaternes konkursret, ikke alene er tilstrækkeligt til at afgrænse direktiv 77/187' anvendelsesområde (præmis 25).

46. På dette grundlag fastslog den, at såfremt den i den pågældende sag omhandlede procedure<sup>17</sup> vedrørte *likvidation* af debitorens aktiver med henblik på en samlet kreditorfyldestgørelse, var overførsler, der fandt sted inden for denne retlige ramme, udelukket fra anvendelsesområdet for direktiv 77/187. Når det i dekretet om anvendelse af den pågældende procedure ligeledes blev bestemt, at virksomhedens drift skulle *videreføres* under ledelse af en kommissær, var formålet med denne procedure derimod i første række at sikre en fortsættelse af virksomhedens drift. Det hermed tilstræbte økonomiske og sociale formål kunne i et sådant tilfælde hverken give en forklaring på eller en begrundelse for, at arbejdstagerne i virksomheden, når denne overføres, skulle miste de rettigheder, som de har ifølge direktivet<sup>18</sup>.

47. Domstolen stadfæstede denne fremgangsmåde i en senere dom af 7. december 1995, Spano m.fl.<sup>19</sup>. Domstolen, der var blevet anmodet om at afgøre, om direktiv 77/187 fandt anvendelse på overførsel af en virksomhed, der var kriseramet i henhold til den relevante italienske lovgivning, fastslog først, at det afgørende kriterium for bedømmelsen af, om en overførsel af en virksomhed er omfattet af direktivets anvendelsesområde, er det formål, der forfølges med den pågældende procedure. Dernæst bemærkede den, at den akt, hvorved der for en virksomhed træffes afgørelse om, at der foreligger en virksomhedskrise, i henhold til italiensk ret har til formål at gøre det muligt at genoprette virksomhedens økonomiske og finansielle situation og navnlig at opretholde beskæftigelsen. For så vidt som den pågældende procedure således har til formål at begunstige en fortsættelse af virksomhedens aktiviteter med henblik på en senere overtagelse og i modsætning til konkursprocedurer ikke medfører, at virksomheden underkastes retslig kontrol, økonomisk sættes under administration eller opnår henstand med betalingerne, fastslog Domstolen, at det økonomiske og sociale formål med denne procedure ikke begrundede, at arbejdstagerne i virksomheden, når denne blev overført, skulle miste de rettigheder, som de har ifølge direktiv 77/187<sup>20</sup>.

48. Endelig uddybede Domstolen sin fremgangsmåde yderligere i dom af 12. marts 1998, Dethier Équipement<sup>21</sup>, idet den var blevet anmodet om at træffe afgørelse om, hvorvidt direktiv 77/187 fandt anvendelse på en virksomhed i retslig likvidation i henhold til belgisk lovgivning. For det første præciserede den, at der ud over kriteriet om formålet med proceduren endvidere skulle tages hensyn til de nærmere regler for den pågældende procedure, særligt de regler, der vedrører spørgsmålet om, hvorvidt virksomheden fortsætter eller ophører, og til rækkevidden af direktiv 77/187<sup>22</sup>. I den foreliggende sag fastslog Domstolen, at selv om den pågældende procedure vedrørte likvidation gennem afhændelse af aktiverne, er der væsentlige forskelle mellem en virksomhed i retslig likvidation og en virksomhed under konkursbehandling<sup>23</sup>, navnlig hvad angår udpegelse af likvidatorer og fastlæggelse af deres beføjelser. I den belgiske retslige likvidationsprocedure er likvidatoren i modsætning til under konkursbehandling, og selv om denne udpeges af dommeren, et selskabsorgan, som forestår salget af aktiverne under generalforsamlingens kontrol. Under disse omstændigheder

17 — Tvisten i hovedsagen vedrørte anvendelsen af den i direktiv 77/187 omhandlede beskyttelse i tilfælde af en virksomhedsoverførsel, der er underlagt en særlig administration af store kriseramte virksomheder, og som fandtes i den italienske lovgivning på det pågældende tidspunkt. Domstolen fastslog, at den italienske lovgivning på området frembød forskellige kendetegn afhængigt af, om dekretet om tvungen administrativ likvidation indeholdt en beslutning om, at virksomhedens drift skulle fortsættes eller ej. Jf. dom af 25.7.1991, d'Urso m.fl. (C-362/89, EU:C:1991:326, præmis 30).

18 — Dom af 25.7.1991, d'Urso m.fl. (C-362/89, EU:C:1991:326, præmis 31 og 32).

19 — C-472/93, EU:C:1995:421.

20 — Dom af 7.12.1995, Spano m.fl. (C-472/93, EU:C:1995:421, præmis 24-30).

21 — C-319/94, EU:C:1998:99.

22 — Dom af 12.3.1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99, præmis 25). Jf. ligeledes dom af 12.11.1998, Europièces (C-399/96, EU:C:1998:532, præmis 26).

23 — Disse forskelle er beskrevet nærmere i præmis 9 i dom af 12.3.1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99).



fastslog Domstolen, at de grunde, som havde ført til, at den havde fastslået, at direktiv 77/187 ikke finder anvendelse på en virksomhed under konkursbehandling, ikke nødvendigvis gør sig gældende i den situation, hvor der er tale om retslig likvidation, særlig når virksomhedens drift som i den sag, der verserede for den nationale ret, fortsættes på det tidspunkt, hvor virksomheden blev overført<sup>24</sup>.

### 3. Undtagelsen i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/23

49. Efter de domme, jeg netop har analyseret, indarbejdede EU-lovgiver i 1998<sup>25</sup> den bestemmelse, der nu findes i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/23, i direktiv 77/187.

50. Det fremgår af denne bestemmelse, at medmindre medlemsstaterne bestemmer andet, gælder beskyttelsesordningen i artikel 3 og 4 i direktiv 2001/23 ikke for overførsel af en virksomhed, når der mod overdrageren er indledt konkursbehandling eller en anden tilsvarende insolvensbehandling, som tager sigte på realisering af overdragerens aktiver, og som er under tilsyn af en kompetent offentlig myndighed.

51. Med henvisningen til en procedure, »som tager sigte på realisering af overdragerens aktiver«, og »som er under tilsyn af en kompetent offentlig myndighed«, gengiver denne bestemmelse klart den sprogbrug, som Domstolen har anvendt i Abels-dommen og dommen i sagen d'Urso m.fl.<sup>26</sup> vedrørende konkurs<sup>27</sup>.

52. Som det i øvrigt bemærkes af alle de parter, som har indgivet indlæg til Domstolen, kan der under disse omstændigheder ikke herske tvivl om, at undtagelsen i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/23 skal fortolkes på baggrund af de principper, som Domstolen har fastslået i de domme, der analyseres i punkt 41-48 i dette forslag til afgørelse.

53. Det fremgår imidlertid af analysen af disse domme, at Domstolen med henblik på at fastslå, om ordningen til beskyttelse af arbejdstagerne i direktiv 77/187 – som nu findes i direktiv 2001/23 – fandt anvendelse på en overførsel inden for rammerne af en procedure fastsat for tilfælde, hvor virksomheden befinder sig i en krisesituation, overvejede to kriterier, nemlig det *formål*, der forfølges med den pågældende procedure, og de *nærmere regler* for denne procedure, under hensyntagen til direktivets rækkevidde. Det fremgår nærmere bestemt af analysen af retspraksis, at udelukkelsen fra nævnte beskyttelsesordning kun er begrundet, hvis den pågældende procedure under hensyntagen til dens formål og nærmere regler vedrører realisering af virksomhedens aktiver. Hvis den pågældende procedure derimod under hensyntagen til dens formål og nærmere regler vedrører en fortsat drift af virksomheden, kan dens økonomiske og sociale formål ikke i tilfælde af overførsel af virksomheden begrunde, at arbejdstagerne i virksomheden fratages de rettigheder, som de har ifølge det nævnte direktiv<sup>28</sup>.

24 — Dom af 12.3.1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99, præmis 26-31). Jf. ligeledes dom af 12.11.1998, Europièces (C-399/96, EU:C:1998:532, præmis 31 og 32). I sidstnævnte dom anvendte Domstolen de i Dethier Équipement-dommen (C-319/94, EU:C:1998:99) opstillede kriterier på den frivillige likvidationsprocedure i belgisk ret.

25 — Jf. artikel 4a i direktiv 98/50, nævnt i fodnote 5 i dette forslag til afgørelse.

26 — Jf. præmis 23 i dom af 7.2.1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55) og præmis 23 i dom af 25.7.1991, d'Urso m.fl. (C-362/89, EU:C:1991:326), og jf. punkt 43 i dette forslag til afgørelse.

27 — Det følger heraf, at den påstand, som Smallsteps har fremsat for såvel den forelæggende ret som for Domstolen, og hvorefter kravet i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/23 om, at proceduren skal tage »sigte på realisering af overdragerens aktiver« og skal være »under tilsyn af en kompetent offentlig myndighed«, udelukkende finder anvendelse på procedurer svarende til konkurs og ikke på konkurs som sådan, ikke kan tages til følge. En sådan fortolkning er tydeligvis i strid med indholdet af præmisserne i dom af 7.2.1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55) og dom af 25.7.1991, d'Urso m.fl. (C-362/89, EU:C:1991:326), nævnt i ovenstående fodnote.

28 — Det følger heraf, at den fortolkning, som den nederlandske regering har slået til lyd for, og hvorefter det afgørende element, når det skal afgøres, om direktiv 2001/23 finder anvendelse på en overførsel, er det element, der vedrører en konkursramt virksomheds industri- eller handelstransaktioner, er ugrundet. Det er ikke den situation, som de aktiviteter, der er omfattet af overførslen, befinder sig i, der er afgørende i retspraksis, men det formål (fortsættelse eller likvidation af virksomheden), der forfølges med den procedure, i forbindelse med hvilken overførslen finder sted, idet formålet skal klarlægges på grundlag af de nærmere regler for denne procedure.

54. Denne sondring mellem procedurerne med henblik på likvidation og procedurerne med henblik på fortsættelse af virksomheden følger ikke blot af Domstolens praksis, men er, som Kommissionen med føje har anført, baseret på selve ordlyden af artikel 5 i direktiv 2001/23. I denne artikel sondres således mellem på den ene side insolvensprocedurer, der ligesom konkurs tager sigte på realisering af overdragerens aktiver (disse procedurer er udtrykkeligt omhandlet i nævnte artikels stk. 1 og er ikke omfattet af anvendelsesområdet for direktiv 2001/23), og på den anden side insolvensprocedurer (omhandlet i nævnte artikels stk. 2), der, når de ikke er indledt med henblik på realisering af overdragerens aktiver, indebærer en fortsættelse af virksomheden.

55. Det kan imidlertid være vanskeligt rent konkret at afgøre, om en overdragelse finder sted i forbindelse med en insolvensprocedure med henblik på realisering af overdragerens aktiver eller en procedure med henblik på fortsættelse af virksomheden.

56. På den ene side er det muligt, at en overdragelse af de levedygtige dele af en insolvent virksomhed sker inden for rammerne af en procedure, der, ligesom konkurs, gennemføres med henblik på realisering af overdragerens aktiver. På den anden side kan en sådan bestemmelse vise sig at være kompliceret i tilfælde af »atypiske« procedurer, såsom f.eks. den procedure, der har udviklet sig i Nederlandene med henblik på en *pre-pack*, der i det mindste delvist gennemføres uden for lovrammen, og som har en hybrid karakter, for så vidt som den sammenblander uformelle elementer og elementer fra en formel procedure (dvs. konkursbehandlingen som reguleret i lov om konkurs).

57. I denne forbindelse er jeg generelt af den opfattelse, at en overførsel kan anses for at finde sted inden for rammerne af en procedure med henblik på fortsættelse af virksomheden, når denne procedure udformes eller anvendes netop med det formål at beskytte virksomhedens (eller dens levedygtige enheders) operationelle karakter, således at den værdi, der følger af en uafbrudt fortsættelse af dens drift, bevares. Procedurerne med henblik på realisering af aktiver er derimod ikke udformet med henblik på specifikt at forfølge et sådant mål, men går udelukkende ud på at maksimere kreditorernes samlede provenu.

58. Der kan naturligvis forefindes en vis overlapning mellem målet om at beskytte den overdragede virksomheds operationelle karakter og målet om at maksimere kreditorernes samlede provenu. Værdien af en virksomhed, der endnu fungerer normalt, er generelt betydeligt højere end værdien af såvel dens aktiver hver for sig som den værdi, som den samme virksomhed ville have, hvis den alvorlige krisetilstand, den befinder sig i, blev kendt<sup>29</sup>. Beskyttelsen af den operationelle karakter af den sunde del af den kriseramte virksomhed, der potentielt gør det muligt at opnå en højere overdragelsespris, vil kunne maksimere kreditorernes provenu<sup>30</sup>. I forbindelse med procedurer med henblik på fortsættelse af virksomheden er dennes beskyttelse imidlertid et centralt element, selve formålet med proceduren som sådan eller med dens konkrete anvendelse. I forbindelse med procedurer med henblik på likvidation tjener den nævnte beskyttelse derimod udelukkende til at fyldestgøre kreditorerne.

59. Bestemmelsen i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/23 skal således efter min opfattelse af denne årsag fortolkes i lyset af den retspraksis, den kodificerer.

60. Inden det kontrolleres, om denne bestemmelse finder anvendelse i tilfælde af en overførsel, der som i den foreliggende sag er sket inden for rammerne af en procedure med henblik på en *pre-pack*, sådan som den har udviklet sig i Nederlandene, har jeg dog endnu to bemærkninger.

29 — Kendskab til, at virksomheden befinder sig i en krisesituation, kan således have negativ indflydelse på kundernes, leverandørernes og investorernes holdning til den, hvilket kan medføre mærkbare negative konsekvenser for dens drift og dermed dens værdi.

30 — Vedrørende et konkret eksempel på en procedure, i hvilken de to ovennævnte formål overlapper hinanden, jf. punkt 32 i generaladvokat Lenz' forslag til afgørelse Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1996:291).

61. For det første skal undtagelsen i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/23, eftersom der er tale om en undtagelse fra det hovedformål, der forfølges med nævnte direktiv, nemlig beskyttelse af arbejdstagerne, og fra den anvendelse af garantier over for arbejdstagerne, som det foreskriver, fortolkes snævert.

62. For det andet giver artikel 5 i direktiv 2001/23, særlig stk. 1 og 2, medlemsstaterne en bred skønsmargen ved fastsættelsen af anvendelsesområdet for de deri fastsatte undtagelser. Dels giver artikel 5, stk. 1, første led, udtrykkeligt medlemsstaterne mulighed for ved at »bestemme[...] andet« at beslutte at anvende artikel 3 og 4 i direktiv 2001/23 fuldt ud i tilfælde af konkurs eller en tilsvarende procedure. Dels gives medlemsstaterne med nævnte direktivs artikel 5, stk. 2, mulighed for delvist at anvende artikel 3 og 4 på virksomhedsoverførsler, der sker i forbindelse med en insolvensprocedure indledt over for en overdrager (uanset om denne procedure er indledt med henblik på realisering af dennes aktiver eller ej).

63. Indrømmelse af en så bred skønsmargen til medlemsstaterne er ikke blot i overensstemmelse med dom af 7. februar 1985, Abels<sup>31</sup>, men også med de vide beføjelser, som medlemsstaterne generelt indrømmes i forbindelse med gennemførelse og anvendelse af direktiv 2001/23, der er baseret på den omstændighed, at direktivet kun vedrører en delvis harmonisering af det område, det vedrører, og ikke tilsigter at indføre et ensartet beskyttelsesniveau for hele Unionen på grundlag af fælles kriterier<sup>32</sup>.

64. I den foreliggende sag må det imidlertid konstateres, at Kongeriget Nederlandene ikke har benyttet sig af den vide skønsmargen, landet udtrykkeligt indrømmes med artikel 5 i direktiv 2001/23. Under retsmødet bekræftede den nederlandske regering udtrykkeligt som svar på et specifikt spørgsmål fra Domstolen, at Kongeriget Nederlandene ikke har vedtaget nogen specifikke bestemmelser, der, for nu at bruge den ordlyd, der anvendes i nævnte direktiv, bestemmer »andet«, i artikel 5, stk. 1. Det er således undtagelsen, sådan som den fremgår af denne bestemmelse, der er relevant i den foreliggende sag.

#### ***4. Anvendelse af den i artikel 3 og 4 i direktiv 2001/23 omhandlede ordning til beskyttelse af arbejdstagerne i tilfælde af en virksomhedsoverførsel, der sker inden for rammerne af en pre-pack-procedure***

65. Det skal på baggrund af det ovenstående undersøges, om en overførsel, der sker inden for rammerne af en *pre-pack*-procedure, som den, der i den foreliggende sag har vedrørt dele af virksomheden Estro Groep, er omfattet af undtagelsen i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/23 eller ej, og dermed om den i artikel 3 og 4 i nævnte direktiv omhandlede beskyttelsesordning til fordel for arbejdstagerne finder anvendelse på en sådan overførsel eller ej.

66. Det fremgår i denne forbindelse af oplysningerne i Domstolens sagsakter, at den procedure, der fører til en *pre-pack*, sådan som den har udviklet sig i praksis i Nederlandene, foregår i to faser, nemlig en forberedelsesfase, der finder sted forud for konkursdekretet, og en fase, der foregår samtidig med eller umiddelbart efter konkursdekretet.

67. Forberedelsesfasen indledes altid på den kriseramte virksomheds initiativ, idet den anmoder retten om at udpege en påtænkt kurator og en påtænkt tilsynsførende dommer. Retten kan frit foretage en sådan udpegning eller undlade at gøre det, afhængigt af, om den mener, at gennemførelse af en sådan procedure er ønskelig eller ej.

31 — Jf. præmis 23 og 24 i dom af 7.2.1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55).

32 — Jf. dom af 11.9.2014, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-328/13, EU:C:2014:2197, præmis 22 og den deri nævnte retspraksis).

68. Den tanke, der ligger til grund for en sådan forudgående udpegning, er, at den påtænkte kurator skal være i stand til, inden denne formelt udpeges som kurator i konkursbehandlingen, at indhente oplysninger om virksomheden og analysere dens finansielle situation og de mulige påtænkte løsninger, således at kuratoren meget hurtigt efter konkursdekretet kan anmode den tilsynsførende dommer om tilladelse til at gennemføre *pre-pack*-overdragelsen.

69. Med henblik herpå tager den påtænkte kurator kontakt til den pågældende virksomhed, undersøger dens regnskaber og andre relevante oplysninger og indhenter oplysninger om de påtænkte løsninger. Den påtænkte kurator kan *eventuelt* også inddrages i forhandlingerne om overdragelse af virksomheden eller af dens levedygtige dele.

70. I denne forberedelsesfase, der gennemføres inden konkursdekretet, forberedes virksomhedsoverdragelsen i mindste detalje. Salgsaftalen gennemføres således reelt i denne forberedelsesfase. Alt forberedes, således at overførslen øjeblikkelig kan træde i kraft samtidig med konkursdekretet, uden at virksomhedens drift afbrydes.

71. Når konkursen erklæres, udpeger retten den påtænkte kurator som kurator i konkursbehandlingen<sup>33</sup>, og den påtænkte tilsynsførende dommer bliver tilsynsførende dommer. Eftersom alle overdragelsesaspekterne aftales i forberedelsesfasen, anmoder kuratoren meget hurtigt efter indledningen af konkursbehandlingen (endog den samme dag, som det skete i Estro Groep-sagen) om tilladelse fra den tilsynsførende dommer til at gennemføre »*pre-pack*«-overdragelsen og får tilladelse hertil<sup>34</sup>. Den tilsynsførende dommer skal for at kunne give sin tilladelse så hurtigt naturligvis have modtaget fuldstændige og detaljerede oplysninger om transaktionen i løbet af forberedelsesfasen.

72. Det fremgår af forelæggelsesafgørelsen samt af indlæggene fra alle de parter, der deltog i retsforhandlingerne for Domstolen, at formålet med den strukturering af proceduren, som jeg netop har beskrevet, og nærmere bestemt forberedelsesfasen med henblik på forberedelse af overdragelsen i mindste detalje, er at undgå den afbrydelse, der ville blive resultatet af et brat ophør af virksomhedens aktiviteter på tidspunktet for konkursen, et ophør, der ville medføre et stort værditab for virksomheden eller de levedygtige enheder, der er genstand for overdragelsen. Af samme årsag holdes forberedelsesfasen normalt hemmelig, så den krisesituation, som den pågældende virksomhed befinder sig i, ikke bliver kendt.

73. Den påtænkte kurator og den påtænkte tilsynsførende dommer har formelt ingen beføjelser under forberedelsesfasen, eftersom denne fase ikke er reguleret ved lov. For så vidt som de, når konkursbehandlingen er blevet indledt, skal henholdsvis anmode om og give tilladelse til transaktionen, er det indlysende, at såvel den påtænkte kurator som den påtænkte tilsynsførende dommer alligevel har visse »uformelle« beføjelser under forberedelsesfasen, der kan påvirke gennemførelsen af overførslen. Der er dog kun tale om en uformel beføjelse, der savner retsgrundlag. Som såvel Smallsteps som den nederlandske regering har bemærket, foretager den påtænkte kurator ikke nogen administration, og den påtænkte tilsynsførende dommer kan ikke give nogen tilladelse, før den formelle konkurserklæring.

74. Med henblik på at kontrollere, om direktiv 2001/23 finder anvendelse på en virksomhedsoverførsel, der sker inden for rammerne af en sådan procedure, skal de i dette forslag til afgørelses punkt 53 opstillede kriterier anvendes.

33 — Det er kun i undtagelsestilfælde, og når der er tungtvejende grunde hertil, at den påtænkte kurator ikke udpeges til kurator i konkursbehandlingen.

34 — Retlig indgriben i proceduren, der fører til *pre-pack*, bevirker, at aftalen om virksomhedsoverdragelsen får samme værdi og retskraft som en retsafgørelse og ikke har samme værdi som en simpel kontraktlig aftale, der vil kunne ændres eller ikke gennemføres.



75. Først og fremmest skal *målet* med den pågældende procedure undersøges i denne forbindelse. Det er imidlertid ubestrideligt, at denne procedure som helhed, som den forelæggende ret har anført, vedrører en overførsel af virksomheden (eller af dens endnu levedygtige dele) med henblik på at gennemføre dens genstart uden afbrydelse lige efter konkursdekretet. Målet med denne procedure er at sikre en fortsættelse af virksomheden, samtidig med at den merværdi, der følger af fortsættelsen af dens drift, bevares. Hele forberedelsesfasen gennemføres for at realisere dette mål, der nås endeligt, når overførslen finder sted samtidig med konkursdekretet.

76. Det fremgår af den forelæggende rets bemærkninger, at en konkurs i forbindelse med *pre-pack*-proceduren i Nederlandene i realiteten anvendes som et middel til at gennemføre virksomhedens genstart. Der er i det væsentlige ikke tale om en egentlig konkurs, men om det, der kan kaldes en »teknisk konkurs«. Som Smallsteps redegjorde for under retsmødet, bekræftes dette endvidere af den omstændighed, at en konkurs i forbindelse med *pre-pack*-proceduren endog nogle gange ikke er nødvendig, idet forberedelsesfasen nogle gange ikke nødvendigvis fører til en konkurserklæring.

77. Den forelæggende ret har i øvrigt selv understreget, at konkursbehandlingen anvendes meget til omorganiseringssformål, og at den i disse tilfælde ikke tager sigte på en likvidation af virksomheden. Selv om en procedure, der fører til en *pre-pack*, kan finde delvist sted inden for rammerne af en konkursbehandling, kan der ikke herske tvivl om, at den ikke er en af de klassiske procedurer med henblik på likvidation af virksomheden<sup>35</sup>.

78. På dette tidspunkt i analysen skal det dog fremhæves, at det mål, der forfølges med *pre-pack*-proceduren - nemlig fortsættelse af driften af de levedygtige dele af virksomheden ved at undgå det værditab, der følger af en brat afbrydelse af dens virksomhed - ganske vist er prisværdigt. Spørgsmålet i den foreliggende sag er ikke, om *pre-pack*-proceduren kan tillades i EU-retten som sådan, men går snarere på forholdet mellem *pre-pack*-proceduren og direktiv 2001/23. Der skal imidlertid tages hensyn til de fordele for investorerne<sup>36</sup>, for kreditorerne, for arbejdstagerne og mere generelt for samfundet, der følger af procedurer til redning af virksomhederne og bevarelse af deres værdi, men den konkrete gennemførelse af disse procedurer skal imidlertid ske under overholdelse af de i EU-retten fastsatte garantier for arbejdstagerne.

79. For det andet skal der tages hensyn til de konkrete *nærmere regler for* gennemførelse af den procedure, der fører til en *pre-pack* i Nederlandene. Det fremgår imidlertid af beskrivelsen i punkt 66-73 i dette forslag til afgørelse, at en sådan procedure på flere måder adskiller sig fra en »klassisk« konkursbehandling.

80. Først og fremmest indledes en *pre-pack*-procedure altid af den pågældende virksomhed selv, mens forskellige aktører, som f.eks. kreditorerne, kan begære konkurs<sup>37</sup>.

35 — I denne forbindelse forekommer den nederlandske regerings påstand om, at proceduren, der fører til en *pre-pack*-aftale, eftersom den indgår i en konkurs, tilsigter en realisering af overdragerens aktiver, besynderlig. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at selve titlen på det lovforslag, der drøftes i det nederlandske parlament, og som i Nederlandene skal regulere *pre-pack*-proceduren, er »lov om fortsættelse af virksomheder« (jf. punkt 21 og fodnote 7 i dette forslag til afgørelse).

36 — Et element, der helt sikkert skal tages i betragtning i en økonomisk sammenhæng, der er kendetegnet ved forekomsten af »insolvency forum shopping«.

37 — Vedrørende dette differentieringselements relevans for analysen, jf. generaladvokatens Lenz' forslag til afgørelse Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1996:291, punkt 46).



81. Dernæst er forberedelsesfasen, i hvilken der i sidste ende træffes beslutning om alle detaljerne i forbindelse med overførslen, fuldstændig uformel. For det første forvaltes denne fase af virksomhedens ledelse, der gennemfører forhandlinger og træffer beslutninger om salg af virksomheden<sup>38</sup>. *Pre-pack*-proceduren i den foreliggende sag vedrørende de levedygtige dele af Estro Groep er et indlysende eksempel herpå<sup>39</sup>.

82. For det andet har jeg allerede anført, at den påtænkte kurator og den påtænkte tilsynsførende dommer formelt ikke har nogen beføjelser. Kuratoren foretager således ingen forvaltning<sup>40</sup>, og der foretages heller ikke en formel opgørelse af fordringerne<sup>41</sup>. Som jeg i øvrigt allerede har anført, skal den tilsynsførende dommer for at kunne give en tilladelse til en så hurtig overdragelse være informeret og i det væsentlige ikke have nogen indsigelser mod transaktionen inden konkursdekretet, således at godkendelsen blot bliver officiel efter konkursen. Denne fremgangsmåde kan imidlertid fuldstændig fratage den officielle kontrol dens indhold, idet denne kontrol skulle gennemføres under den formelle konkursbehandling.

83. Det viser sig således, at der er mange forskelle i forhold til konkursbehandlingen. Det fremgår navnlig klart, at kuratorens og rettens indflydelse er langt mindre i forbindelse med den »særlige« procedure, der fører til en *pre-pack*, end det er tilfældet i forbindelse med en »klassisk« konkursbehandling med henblik på realisering af overdragerens aktiver.

84. På baggrund af ovenstående analyse må det fastslås, at en procedure som den, der har udviklet sig i Nederlandene, og som fører til en *pre-pack*, henset til det mål, den forfølger, og dens anvendelsesbestemmelser, ikke kan betragtes som en konkursbehandling eller en tilsvarende insolvensprocedure, der indledes med henblik på realisering af overdragerens aktiver, og som er underlagt en kompetent offentlig myndigheds kontrol som omhandlet i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/23. En sådan procedure er således ikke omfattet af den i denne bestemmelse omhandlede undtagelse. Det følger heraf, at den i artikel 3 og 4 i direktiv 2001/23 omhandlede beskyttelsesordning finder anvendelse på en overførsel af en virksomhed eller de endnu levedygtige dele af den, der finder sted inden for rammerne af en sådan *pre-pack*-procedure. Det følger således af den omstændighed, at virksomhedens drift eller driften af de levedygtige dele af den fortsætter efter denne overførsel, at der ikke kan gives en forklaring på eller en begrundelse for, at arbejdstagerne i denne virksomhed eller i de overførte enheder fratages de rettigheder, de indrømmes med direktivet<sup>42</sup>.

85. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at en sådan fortolkning af direktiv 2001/23 ikke kan bestrides med et eventuelt argument om, at den vil kunne afskrække potentielle erhververe fra at overtage en kriseramet virksomhed (eller de sunde dele af denne). Dels har Domstolen allerede ved flere lejligheder forkastet et argument af denne art<sup>43</sup>. Dels skal det bemærkes, at det fremgår af nævnte direktivs artikel 4, stk. 1, andet led, at denne bestemmelse ikke er til hinder for, at der kan ske »afskedigelses af økonomiske, tekniske eller organisatoriske årsager, der medfører beskæftigelsesmæssige ændringer«. I forbindelse med disse afskedigelser skal alle de garantier, der findes i de relevante bestemmelser i national ret, overholdes.

38 — Et eksempel på, at Domstolen har taget hensyn til dette element i sin analyse, findes i præmis 29 i dom af 12.3.1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99, præmis 29), samt punkt 50 i generaladvokats Lenz' forslag til afgørelse Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1996:291).

39 — Det fremgår således af rapporten fra den stille forvalter for Estro Groep, nævnt i den forelæggende rets afgørelse, at Estro Groep selv valgte H.I.G. Capital som køber uden at rette seriøse henvendelser til andre potentielle købere, og at den påtænkte kurator i det væsentlige havde måttet acceptere denne situation.

40 — Jf. i denne retning dom af 7.12.1995, Spano m.fl. (C-472/93, EU:C:1995:421, præmis 29).

41 — Jf. dom af 12.3.1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99, præmis 29), samt punkt 47 i generaladvokats Lenz' forslag til afgørelse i samme sag (C-319/94, EU:C:1996:291).

42 — Jf. i denne retning dom af 25.7.1991, d'Urso m.fl. (C-362/89, EU:C:1991:326, præmis 32), af 7.12.1995, Spano m.fl. (C-472/93, EU:C:1995:421, præmis 30), og af 12.3.1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99, præmis 31).

43 — Jf. i denne forbindelse dom af 25.7.1991, d'Urso m.fl. (C-362/89, EU:C:1991:326, præmis 18 og 19), og af 7.12.1995, Spano m.fl. (C-472/93, EU:C:1995:421, præmis 34 og 35).

86. Hvad endelig angår den af den nederlandske regering omtalte bestemmelse i artikel 5, stk. 4, i direktiv 2001/23 om misbrug af insolvensbehandling, der blev nævnt under retsmødet, er den efter min opfattelse ikke relevant i den foreliggende sag. Det fremgår således af den analyse, jeg netop har foretaget, at *pre-pack*-proceduren, sådan som den har udviklet sig i Nederlandene, ikke udgør misbrug af en konkurs med henblik på at fratage arbejdstagerne de rettigheder, der er fastlagt i direktiv 2001/23. Den i nævnte direktiv omhandlede beskyttelsesordning finder derimod anvendelse i tilfælde af en overførsel inden for rammerne af en sådan *pre-pack*-procedure.

##### 5. Forslag til afgørelse vedrørende de første tre præjudicielle spørgsmål

87. På baggrund af det ovenstående skal det andet præjudicielle spørgsmål først og fremmest besvares således, at en procedure, der fører til en *pre-pack*, som den, der fandt sted i hovedsagen, ikke, selv om den kan gennemføres delvist inden for rammerne af en konkursbehandling, er omfattet af den i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/23 fastsatte undtagelse, således at den i nævnte direktivs artikel 3 og 4 omhandlede beskyttelsesordning for arbejdstagerne finder anvendelse i tilfælde af overførsel af en virksomhed eller af en del af denne inden for rammerne af en sådan *pre-pack*-procedure.

88. Dernæst følger besvarelsen af det første præjudicielle spørgsmål af den besvarelse, jeg har foreslået af det andet spørgsmål. For så vidt som den nederlandske konkursbehandling, sådan som den anvendes af visse retter i Nederlandene i tilfælde af en virksomhedsoverførsel inden for rammerne af en *pre-pack*-procedure, ikke indeholder bestemmelser om, at den i artikel 3 og 4 i direktiv 2001/23 fastsatte beskyttelsesordning til fordel for arbejdstagerne finder anvendelse på arbejdstagerne i den overdragende virksomhed (eller de dele af denne, der er omfattet af overførslen), er denne procedure ikke i overensstemmelse med nævnte direktiv.

89. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at princippet om en overensstemmende fortolkning kræver, at de nationale retter gør alt, hvad der henhører under deres kompetence – idet de tager den nationale ret i dens helhed i betragtning og anvender fortolkningsmetoder, der er anerkendt i denne ret – for at sikre den fulde virkning af EU-retten og for at nå et resultat, der er i overensstemmelse med det, der tilsigtes med EU-retten<sup>44</sup>.

90. Det påhviler således den forelæggende ret, som tager den nationale ret i dens helhed i betragtning og anvender fortolkningsmetoder, der er anerkendt i denne ret, at nå frem til et resultat, der er i overensstemmelse med det formål, der tilsigtes med direktiv 2001/23, og dermed at sikre, at den i direktiv 2001/23 fastsatte beskyttelsesordning finder anvendelse på arbejdstagerne i de overdragede dele af virksomheden, når en virksomhed eller visse dele af denne overføres inden for rammerne af en *pre-pack*-procedure.

91. Hvad angår det tredje præjudicielle spørgsmål fremgår det af punkt 57 og 58 samt punkt 75-77 i dette forslag til afgørelse, at henset til den omstændighed, at den procedure, der fører til en *pre-pack*, tilsigter en fortsættelse af virksomhedens drift (eller af de levedygtige dele af denne, der er omfattet af overdragelsen), kan den omstændighed, at anvendelsen af denne procedure ligeledes kan indebære en maksimering af kreditorernes provenu, ikke medføre, at den i direktiv 2001/23 fastsatte beskyttelsesordning til fordel for arbejdstagerne ikke finder anvendelse i tilfælde af en overførsel af en virksomhed, der sker inden for rammerne af en *pre-pack*-procedure<sup>45</sup>.

44 — Dom af 13.7.2016, Pöpperl (C-187/15, EU:C:2016:550, præmis 43), samt i denne retning dom af 24.1.2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, præmis 27 og den deri nævnte retspraksis), og af 11.11.2015, Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, præmis 34).

45 — Det skal i denne forbindelse bemærkes, at Domstolen i sag Dethier Équipement (dom af 12.3.1998, C-319/94, EU:C:1998:99) fastslog, at ordningen til beskyttelse af arbejdstagerne fandt anvendelse i tilfælde af en retslig likvidation, selv om denne procedure forfulgte begge formål. Jf. punkt 32 i generaladvokats Lenz' forslag til afgørelse Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1996:291).

## B. Det fjerde præjudicielle spørgsmål

92. Med det fjerde præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, hvornår overførslen af virksomheden helt nøjagtigt finder sted.

93. Det skal dog fastslås, at dette spørgsmål er stillet subsidiært i de påstande, som FNV og fagforeningens medsagsøgere har nedlagt for den forelæggende ret<sup>46</sup>. Som Kommissionen har bemærket, er et sådant spørgsmål kun relevant, såfremt det fastslås, at den i artikel 3 og 4 i direktiv 2001/23 omhandlede beskyttelsesordning ikke finder anvendelse i tilfælde af en virksomhedsoverførsel inden for rammerne af en *pre-pack*-procedure.

94. Under disse omstændigheder er jeg på baggrund af den foreslåede besvarelse af de tre første præjudicielle spørgsmål af den opfattelse, at det er unødigt at besvare det fjerde spørgsmål.

## V. Forslag til afgørelse

95. Henset til samtlige ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen, at den besvarer de af Rechtbank Midden-Nederland (ret i første instans i Midden-Nederland) stillede præjudicielle spørgsmål således:

- »1) En procedure som den, der har udviklet sig i Nederlandene, og som fører til en *pre-pack*, kan ikke, henset til det formål, den forfølger, og dens anvendelsesbestemmelser, og selv om den delvist kan gennemføres inden for rammerne af en konkursbehandling, betragtes som en konkursbehandling eller en tilsvarende insolvensprocedure, der indledes med henblik på realisering af overdragerens aktiver, og som er underlagt en kompetent offentlig myndigheds kontrol som omhandlet i artikel 5, stk. 1, i Rådets direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter. Følgelig henhører en sådan procedure ikke under den i denne bestemmelse fastsatte undtagelse, således at den i artikel 3 og 4 i direktiv 2001/23 omhandlede beskyttelsesordning finder anvendelse på en overførsel af en virksomhed eller af dennes endnu levedygtige dele, der finder sted inden for rammerne af en sådan *pre-pack*-procedure.
- 2) For så vidt som den nederlandske konkursbehandling, sådan som den anvendes af visse domstole i Nederlandene, i tilfælde af en virksomhedsoverførsel inden for rammerne af en *pre-pack*-procedure, ikke indeholder bestemmelser om, at den i artikel 3 og 4 i direktiv 2001/23 fastsatte beskyttelsesordning til fordel for arbejdstagerne finder anvendelse på arbejdstagerne i den overdragende virksomhed (eller de dele af denne, der er omfattet af overførslen), er denne procedure ikke i overensstemmelse med nævnte direktiv. Det påhviler den forelæggende ret, som tager den nationale ret i dens helhed i betragtning og anvender fortolkningsmetoder, der er anerkendt i denne ret, at nå frem til et resultat, der er i overensstemmelse med det formål, der tilsigtes med direktiv 2001/23, og dermed at sikre, at den i direktiv 2001/23 fastsatte beskyttelsesordning finder anvendelse på arbejdstagerne i de overdragede dele af virksomheden, når en virksomhed eller visse dele af denne overføres inden for rammerne af en *pre-pack*-procedure.
- 3) Henset til den omstændighed, at den procedure, der fører til en *pre-pack*, tilsigter en fortsættelse af virksomhedens drift (eller af de levedygtige dele af denne, der er omfattet af overdragelsen), kan den omstændighed, at anvendelsen af denne procedure ligeledes kan indebære en maksimering af

46 — Jf. punkt 33 i dette forslag til afgørelse.

kreditorernes provenu, ikke medføre, at den i direktiv 2001/23 fastsatte beskyttelsesordning til fordel for arbejdstagerne ikke finder anvendelse i tilfælde af en virksomhedsoverførsel, der sker inden for rammerne af en *pre-pack*-procedure.«