



Zbiór Orzeczeń

OPINIA RZECZNIKA GENERALNEGO
PAOLA MENGOZZIEGO
przedstawiona w dniu 29 marca 2017 r.¹

Sprawa C-126/16

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

[wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym złożony przez Rechtbank Midden-Nederland (sąd Niderlandów Środkowych)]

Odesłanie prejudycjalne — Dyrektywa 2001/23/WE — Ochrona praw pracowniczych w przypadku przejęcia przedsiębiorstw — Artykuł 5 ust. 1 — Wyjątek w razie upadłości lub postępowania upadłościowego — Pre-pack — Kontynuacja działalności przedsiębiorstwa

1. W niniejszej sprawie do Trybunału zwrócono się po raz pierwszy o dokonanie analizy instytucji prawnej zwanej pre-pack pod kątem prawa Unii.
2. Termin pre-pack (nazwa pochodzi z angielskiego: „pre-packaged insolvency sale”), pomimo że może mieć różne znaczenia w zależności od systemu prawnego, w którym jest używany, oznacza z reguły przeniesienie aktywów przedsiębiorstwa będącego w trudnej sytuacji ekonomicznej (zbycie) przygotowane przed ogłoszeniem upadłości z pomocą cichego syndyka (w niektórych jurysdykcjach wyznaczanego przez sąd), które zwykle jest realizowane bezpośrednio po wszczęciu postępowania upadłościowego.
3. Pre-pack rozwinął się początkowo w Stanach Zjednoczonych i w Zjednoczonym Królestwie, po czym rozpowszechnił się w kilku innych państwach członkowskich. Mniej lub bardziej zróżnicowane formy pre-packa istnieją zatem w państwach takich jak Niemcy, Francja² czy Niderlandy, które to państwo członkowskie złożyło wniosek o wydanie orzeczenia w trybie prejudycjalnym w niniejszej sprawie.
4. Sukces pre-packa wpisuje się w tendencję zwykłą we współczesnym prawie upadłościowym, sprzyjającą działaniom, które w odróżnieniu od działań klasycznych zmierzających do likwidacji przedsiębiorstwa znajdującego się w trudnej sytuacji ekonomicznej, mają na celu uzdrowienie tego przedsiębiorstwa albo przynajmniej uratowanie jego jeszcze rentownych ekonomicznie części³. W tych

1 — Język oryginału: francuski

2 — W wypadku Republiki Federalnej Niemiec zob. Schutzschirmverfahren, określone w §270b Insolvenzordnung (rozporządzenie w sprawie upadłości). We Francji cesja pre-pack została wprowadzona w art. L611–7 kodeksu handlowego.

3 — Ta tendencja została odzwierciedlona w ostatnim rozporządzeniu (UE) nr 2015/848 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie postępowań upadłościowych (Dz.U. 2015., L-141, s. 19). Zobacz w szczególności motyw 10 tego rozporządzenia.

okolicznościach pre-pack, który składa się z elementów nieformalnych (etap wstępny pozasądowy), jak i elementów formalnych (etap, który odbywa się w ramach postępowania upadłościowego) oferuje przedsiębiorstwom elastyczne narzędzie, zdolne szybko rozwiązać niektóre trudne sytuacje ekonomiczne.

5. Niniejsze odesłanie prejudycjalne, złożone przez Rechtbank Midden Nederland (sąd Niderlandów Środkowych), stawia jednak ważne pytanie dotyczące losu pracowników przedsiębiorstwa (lub części przedsiębiorstwa) objętego pre-packiem. Konkretnie sąd odsyłający zwraca się zasadniczo do Trybunału o rozstrzygnięcie, czy w ramach pre-packu, w formie, w jakiej instytucja ta rozwinęła się w praktyce w Niderlandach, system ochrony pracowników w przypadku przejęcia przedsiębiorstw, wprowadzony dyrektywą 2001/23/WE⁴, znajduje zastosowanie.

6. Aby udzielić odpowiedzi na to pytanie, Trybunał będzie musiał po raz pierwszy dokonać wykładni odstępstwa od stosowania dyrektywy 2001/23, przewidzianego w art. 5 ust. 1 tej dyrektywy. Dokonując wykładni tego przepisu w świetle orzecznictwa, które on kodyfikuje należy znaleźć właściwą równowagę między, z jednej strony, wymogiem, aby nie podważać stosowania instrumentów prawnych, takich jak pre-pack, które realizują „godny pochwały” cel polegający na ocaleniu wciąż rentownych części przedsiębiorstwa, a z drugiej strony, wymogiem niedopuszczenia do obejścia ochrony gwarantowanej pracownikom przez prawo Unii wskutek stosowania takich instrumentów.

I. Ramy prawne

A. Prawo Unii

7. Zgodnie ze swym motywem 3 dyrektywa 2001/23, która uchyliła i zastąpiła poprzednią dyrektywę 77/187/EWG⁵, ma na celu ochronę pracowników, zapewniając ochronę ich praw w przypadku przejęcia przedsiębiorstw.

8. Zgodnie z art. 1 ust. 1 lit. a) dyrektywa 2001/23 ma zastosowanie do „każdego przypadku przejęcia przedsiębiorstwa, zakładu lub części przedsiębiorstwa [bądź] zakładu przez innego pracodawcę w wyniku prawnego przeniesienia własności lub łączenia”.

9. Dyrektywa 2001/23 przewiduje w istocie trzy rodzaje ochrony dla pracowników.

10. Po pierwsze, gwarantuje ciągłość umów o pracę w przypadku przejęcia przedsiębiorstwa. Artykuł 3 ust. 1 wspomnianej dyrektywy stanowi zatem, że „prawa i obowiązki zbywającego wynikające z umowy o pracę lub stosunku pracy istniejącego w momencie przejęcia przechodzą, w wyniku tego przejęcia, na przejmującego [...]”.

11. Po drugie, w świetle art. 4 ust. 1 dyrektywy 2001/23, przejęcie przedsiębiorstwa „nie stanowi samo w sobie podstawy do zwolnienia, czy to przez zbywającego czy przejmującego”. Druga część tego ustępu uściśla jednak, że „postanowienie to nie stoi na przeszkodzie zwolnieniom z powodów ekonomicznych, technicznych lub organizacyjnych, powodujących zmiany w stanie zatrudnienia”.

12. Po trzecie, art. 7 dyrektywy 2001/23 przewiduje obowiązek informowania i przeprowadzania konsultacji przedstawicieli pracowników, zarówno ze strony zbywającego, jak i przejmującego.

4 — Dyrektywa Rady z dnia 12 marca 2001 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do ochrony praw pracowniczych w przypadku przejęcia przedsiębiorstw, zakładów lub części przedsiębiorstw lub zakładów (Dz.U. 2001., L-82, s. 16).

5 — Dyrektywa 77/187 z dnia 14 lutego 1977 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do ochrony praw pracowniczych w przypadku przejęcia przedsiębiorstw, zakładów lub części przedsiębiorstw lub zakładów (Dz.U. 1977, L 61, s. 26), zmienioną dyrektywą Rady 98/50/WE z dnia 29 czerwca 1998 r. (Dz.U. 1998, L 201, s. 88, zwana dalej „dyrektywą 77/187”).

13. Artykuł 5 dyrektywy 2001/23 przewiduje jednak wyjątek od stosowania art. 3 i 4 tej samej dyrektywy. Artykuł 5 ust. 1 stanowi:

„O ile państwa członkowskie nie ustalą inaczej, art. 3 i 4 nie mają zastosowania do jakiegokolwiek przejęcia przedsiębiorstwa, zakładu lub części przedsiębiorstwa lub zakładu, „jeżeli wobec zbywającego prowadzone jest postępowanie upadłościowe lub inne podobne postępowanie, wszczęte w celu likwidacji aktywów zbywającego i jeżeli znajduje się on pod nadzorem właściwego organu publicznego (którym może być likwidator, upoważniony przez właściwy organ publiczny).”

14. Artykuł 5 ust. 2 stanowi, że jeżeli art. 3 i 4 mają zastosowanie w przypadku przejęcia w trakcie postępowania upadłościowego, wszczętego w stosunku do zbywającego (bez względu na to, czy postępowanie takie zostało wszczęte w celu likwidacji aktywów zbywającego) i takie postępowanie podlega nadzorowi właściwego organu publicznego”, to państwo członkowskie może ustalić, że nie należy stosować niektórych aspektów systemu ochrony określonego w art. 3 i 4 niniejszej dyrektywy.

15. Wreszcie art. 5 ust. 4 dyrektywy 2001/23 stanowi, że „państwa członkowskie podejmują odpowiednie środki, aby zapobiec nadużywaniu postępowań upadłościowych w sposób pozbawiający pracowników praw przewidzianych w niniejszej dyrektywie”.

B. Prawo niderlandzkie

16. Przepisami, które regulują w prawie krajowym prawa pracowników w przypadku przejęcia przedsiębiorstw, są art. 7:662 do art. 7:666 oraz art. 7:670 ust. 8 Burgerlijk Wetboek (kodeksu cywilnego, zwanego dalej „BW”).

17. Ściślej rzecz biorąc, zgodnie z art. 7:663 BW „przejęcie przedsiębiorstwa powoduje z urzędu przeniesienie na rzecz przejmującego praw i obowiązków, które dla pracodawcy tego przedsiębiorstwa wynikają w tym momencie z umowy o pracę zawartej pomiędzy tym pracodawcą a zatrudnionym pracownikiem w tym przedsiębiorstwie”.

18. Artykuł 7:666 ust. 1 lit. a) BW przewiduje jednak od tego odstępstwo i stanowi, że „art. 7:662 do 7:665 i art. 7:670 ust. 8 nie mają zastosowania do przejęcia przedsiębiorstwa w sytuacji, gdy [...] ogłoszona została upadłość pracodawcy, a przedsiębiorstwo należy do masy upadłości”.

19. Niderlandzkie postępowanie upadłościowe jest określone w Faillissementswet (ustawie o upadłości).

20. Od 2012 r. wiele niderlandzkich sądów⁶ poprzedza w niektórych przypadkach upadłość etapem przygotowawczym, zmierzającym do przeniesienia aktywów przedmiotowego przedsiębiorstwa (pre-pack). Wspomniany etap przygotowawczy rozpoczyna się zawsze z inicjatywy przedmiotowego przedsiębiorstwa, które wnosi do sądu o ustanowienie cichego syndyka, jak również cichego sędziego-komisarza. Przeniesienie aktywów jest przygotowane przed ogłoszeniem upadłości z pomocą cichego syndyka i jest realizowane bezpośrednio po ogłoszeniu upadłości.

21. Do chwili obecnej w Niderlandach ani etap przygotowawczy, ani pre-pack jako taki nie są regulowane przez prawo, ale są wynikiem praktyki. Wstępny projekt ustawy, zatytułowany „Ustawa o kontynuacji działalności przedsiębiorstw”, jest w chwili obecnej przedmiotem dyskusji w parlamencie niderlandzkim⁷.

6 — Z postanowienia odsyłającego wynika, że do chwili obecnej, pre-pack jest uznawany jedynie w sądach w Amsterdamie, Rotterdamie, Overijssel, Zeeland West Brabant, Gelderland, Oost Brabant, Hadze i Noord Nederland oraz że nie jest on stosowany przez sąd odsyłający.

7 — Zobacz <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-34218-1.html>. Z postanowienia odsyłającego wynika, że wspomniany wstępny projekt ustawy ma na celu, z jednej strony, wkład w skuteczność rozporządzenia upadłościowego, a z drugiej strony, ułatwienie szybkiego wznowienia działalności rentownych części po ogłoszeniu upadłości, w taki sposób, aby móc zachować wartość przedsiębiorstwa i zatrudnienia.

II. Postępowanie główne i pytania prejudycjalne

22. Do chwili ogłoszenia upadłości Estro Groep BV było największą spółką w Niderlandach zajmującą się prowadzeniem świetlic dla dzieci. Posiadała ona około 380 placówek w całych Niderlandach i zatrudniała około 3600 pracowników. W okresie wystąpienia okoliczności rozpatrywanych przed sądem odsyłającym głównym akcjonariuszem Estro Groep był inwestor Bayside Capital.

23. W listopadzie 2013 r. można było przewidzieć, że bez nowego finansowania w lecie 2014 r. Estro Groep nie będzie już w stanie wywiązywać się ze swych zobowiązań płatniczych.

24. W poszukiwaniu takiego finansowania Estro Groep najpierw konsultowała się z kredytodawcami i głównymi akcjonariuszami, jak również z innymi kredytodawcami w celu uzyskania nowego finansowania. Te konsultacje, zwane „planem A”, okazały się jednak bezowocne.

25. Równoległe do negocjacji w ramach Planu A, Estro Groep opracowała inny plan, zwany „projektem Butterfly”. Ten plan zakładał wznowienie działalności ważnej części Estro Groep w następstwie pre-packu. Wspomniane wznowienie miało się opierać na trzech zasadach, czyli po pierwsze, wznowieniu działalności 243 z 380 placówek; po drugie, utrzymaniu miejsc pracy dla około 2500 pracowników z ogólnej liczby około 3600; po trzecie, ciągłości usług w lipcu 2014 r.

26. Przy realizacji projektu Butterfly, Estro Groep skontaktowała się jako z potencjalnym nabywcą jedynie ze spółką H.I.G. Capital, siostrzaną spółką swojego głównego akcjonariusza, Bayside Capital. Żadne inne potencjalne rozwiązanie nie zostało rozpatrzone.

27. W dniu 5 czerwca 2014 r. Estro Groep wniosła do rechtbank Amsterdam (sądu w Amsterdamie) o ustanowienie cichego zarządcy. W dniu 10 czerwca 2014 r. cichy zarządca został ustanowiony.

28. Dnia 20 czerwca 2014 r. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Smallsteps BV została wyznaczona do przejścia w celu wznowienia działalności na rachunek H.I.G. Capital większości placówek świetlicowych spółki Estro Groep w ramach projektu Butterfly.

29. Dnia 4 lipca 2014 r. Estro Groep wniosła do rechtbank Amsterdam (sądu w Amsterdamie) wniosek o odroczenie płatności.

30. Dnia 5 lipca 2014 r. wniosek ten został przekształcony we wniosek o ogłoszenie upadłości Estro Groep. Tego samego dnia ogłoszono upadłość.

31. W tym samym dniu, 5 lipca 2014 r., podpisano umowę sprzedaży (pre-pack) pomiędzy zarządcą a spółką Smallsteps, na której podstawie spółka ta kupiła przedsiębiorstwo składające się z około 250 placówek Estro Groep i zobowiązała się do zapewnienia miejsca pracy około 2600 pracownikom Estro Groep w dniu ogłoszenia upadłości.

32. Dnia 7 lipca 2014 r. zarządca zwolnił wszystkich pracowników zatrudnianych przez Estro Groep. Około 2600 pracowników zatrudnionych przez Estro Groep otrzymało oferty zawarcia nowych umów o pracę od Smallsteps, a ponad tysiąc zostało ostatecznie zwolnionych.

33. Federatie Nederlandse Vakvereniging (zwane dalej „FNV”), niderlandzka organizacja związkowa oraz cztery inne powódki, które pracowały w placówkach przejętych przez spółkę Smallsteps, lecz po ogłoszeniu upadłości nie otrzymały oferty zawarcia nowych umów o pracę, wniosły powództwo do sądu odsyłającego. W pozwie wnoszą w pierwszym rzędzie o stwierdzenie, że do instytucji pre-packu, zawartej pomiędzy Estro Groep a spółką Smallsteps, ma zastosowanie dyrektywa 2001/23, a tym

samym wspomniane cztery powódki powinny być uważane jako zatrudnione z mocy prawa w Smallsteps na niezmienionych warunkach. Posiłkowo wniosły o stwierdzenie, że zastosowanie ma także art. 7:662 i nast. BW, gdyż przejęcie przedsiębiorstwa nastąpiło przed ogłoszeniem upadłości. Spółka Smallsteps odrzuca żądania skarżących.

34. W tych okolicznościach, Rechtbank Midden-Nederland (sąd Niderlandów Środkowych) postanowił zawiesić postępowanie i zwrócić się do Trybunału z następującymi pytaniami prejudycjalnymi:

- „1) Czy w przypadku przeniesienia własności przedsiębiorstwa, którego upadłość ogłoszono a ogłoszenie to zostało poprzedzone pre-packiem, pod kontrolą sądu, mającym wyraźnie na celu zachowanie (części) tego przedsiębiorstwa, niderlandzkie postępowanie upadłościowe jest zgodne z zamysłem i celem dyrektywy 2001/23 i czy wobec tego art. 7:666 ust. 1 inition i lit. a) BW jest (wciąż) zgodny z tą dyrektywą?
- 2) Czy dyrektywa 2001/23 ma zastosowanie w sytuacji, gdy nawet przed wszczęciem postępowania upadłościowego wyznaczony przez sąd »cichy syndyk« zapoznaje się z sytuacją dłużnika, bada możliwości wznowienia działalności przedsiębiorstwa za pośrednictwem podmiotu trzeciego oraz przygotowuje transakcje, które mają dojść do skutku wkrótce po ogłoszeniu upadłości, aby doprowadzić do wznowienia działalności przedsiębiorstwa dzięki przeniesieniu jego aktywów, w efekcie którego przedsiębiorstwo dłużnika lub jego część zostaje przejęte z dniem ogłoszenia upadłości lub wkrótce po tej dacie, zaś jego działalność jest kontynuowana w całości lub w części w sposób (praktycznie) nieprzerwany?
- 3) Czy w tym kontekście ma znaczenie to, czy kontynuacja działalności przedsiębiorstwa jest pierwszorzędym celem pre-packa, czy też poprzez pre-pack i sprzedaż aktywów tworzących w formie „ciągłości przedsiębiorstwa” bezpośrednio po ogłoszeniu upadłości cichy syndyk zmierza przede wszystkim do maksymalizacji zysków ogółu wierzycieli, czy wreszcie w ramach pre-packa i przed ogłoszeniem upadłości zawarte zostaje dobrowolne porozumienie w przedmiocie przejęcia aktywów (kontynuacji działalności przedsiębiorstwa), a jego wdrożenie zostaje sformalizowane lub zrealizowane po ogłoszeniu upadłości? Ponadto, jak należy oceniać tę sytuację, jeśli maksymalizacja zysków jest dodatkowym celem zapewnienia kontynuacji działalności przedsiębiorstwa?
- 4) Czy chwilę przejęcia przedsiębiorstwa dla potrzeb stosowania dyrektywy 2001/23 i opartych na niej art. 7:662 i nast. BW, w ramach pre-packu poprzedzającego ogłoszenie upadłości przedsiębiorstwa, określa rzeczywiste porozumienie w przedmiocie przejęcia przedsiębiorstwa zawarte przed ogłoszeniem upadłości, czy też chwilę tę stanowi dzień, w którym następuje przejęcie od zbywającego przez przejmującego statusu pracodawcy odpowiedzialnego za działalność danego podmiotu?”.

III. Postępowanie przed Trybunałem

35. Postanowienie odsyłające wpłynęło do sekretariatu Trybunału w dniu 26 lutego 2016 r. FNV, Smallsteps, rząd niderlandzki i Komisja Europejska przedłożyły uwagi oraz wzięły udział w rozprawie, która odbyła się w dniu 18 stycznia 2017 r.

IV. Analiza

A. W przedmiocie pierwszego, drugiego i trzeciego pytania prejudycjalnego

1. Uwagi wstępne

36. Należy dokonać łącznej analizy trzech pierwszych pytań prejudycjalnych. Poprzez te pytania sąd odsyłający zmierza w istocie do ustalenia, czy dyrektywa 2001/23 może mieć zastosowanie w przypadku przejęcia przedsiębiorstwa w ramach pre-packu, instytucji, jaka rozwinęła się w praktyce w Niderlandach (pytanie drugie) i czy w takim kontekście, niderlandzkie postępowanie upadłościowe, w szczególności art. 7:666 BW, w formie, w jakiej stosowany jest w praktyce, jest zgodny z zamysłem i celem tej dyrektywy (pytanie pierwsze). W pytaniu trzecim sąd odsyłający zmierza zasadniczo do ustalenia, czy odpowiedź na te pytania powinna różnić się w zależności od tego, czy pierwszorzędym celem pre-packa jest kontynuacja działalności przedsiębiorstwa czy maksymalizacja zysków.

37. Powyższe pytania prejudycjalne poruszają na samym wstępie kwestię zastosowania odstępstwa przewidzianego w art. 5 ust. 1 dyrektywy 2001/23 do przejęć przedsiębiorstw, odbywających się w ramach pre-packu.

38. Strony, które przedłożyły uwagi Trybunałowi, mają przeciwne stanowiska w tym względzie. Z jednej strony, FNV i Komisja uważają, że postępowanie, w ramach którego jest zawarty pre-pack nie wchodzi w zakres odstępstwa z art. 5 ust. 1 dyrektywy 2001/23. Z powyższego wynika, że skoro niderlandzkie prawo upadłościowe nie przewiduje zastosowania wobec pracowników określonych w tej dyrektywie gwarancji w przypadku przejęcia przedsiębiorstwa, do którego doszło w ramach pre-packa, to prawo nie jest zgodne z omawianą dyrektywą.

39. Z drugiej strony, spółka Smallsteps, jak również rząd niderlandzki utrzymują natomiast, że upadłość poprzedzona etapem wstępnym, zmierzającym do zawarcia pre-packu, tak jak miało to miejsce w przypadku Estro Groep, wchodzi w zakres odstępstwa z art. 5 ust. 1 dyrektywy 2001/23, a tym samym art. 7:666 ust. 1 BW w formie w jakiej stosowany jest w praktyce w Niderlandach, jest całkowicie zgodny z tą dyrektywą.

40. Wskazałem już, że niniejsza sprawa stanowi dla Trybunału pierwszą okazję do dokonania wykładni art. 5 dyrektywy 2001/23, oraz że wprowadzenie wyraźnego odstępstwa od stosowania tej dyrektywy w ust. 1 tego przepisu stanowi kodyfikację orzecznictwa Trybunału. W tych okolicznościach stoję na stanowisku, że aby móc w pełni zrozumieć zakres tego przepisu, należy dokonać analizy zasad opracowanych przez Trybunał w tym orzecznictwie, które odnosi się do dawnej dyrektywy 77/187, uchylonej następnie dyrektywą 2001/23⁸.

2. Orzecznictwo Trybunału w przedmiocie stosowania systemu ochrony pracowników w przypadku przejęcia przedsiębiorstwa, następującego w ramach postępowania przewidzianego dla przedsiębiorstwa znajdującego się w trudnej sytuacji ekonomicznej

41. Trybunał zmierzył się po raz pierwszy z kwestią stosowania gwarancji przewidzianych w dyrektywie 77/187 w przypadku przejęcia przedsiębiorstwa, które nastąpiło w ramach postępowania w sprawie niewypłacalności, a konkretnie upadłościowego w sprawie zakończonej wyrokiem z dnia 7 lutego 1985 r., Abels⁹.

8 — Dyrektywa 77/187 zapewniała dla pracowników takie same formy ochrony, jakie przewiduje dyrektywa 2001/23, jednak nie ustanawiała wyraźnego odstępstwa od stosowania omawianej dyrektywy w przypadku przejęcia przedsiębiorstwa w ramach postępowania w sprawie niewypłacalności.

9 — 135/83, EU:C:1985:55.

42. W wyroku tym, przypomniawszy, iż cel dyrektywy 77/187 polegał na tym, aby zapobiec sytuacji, w której restrukturyzacja w ramach rynku wewnętrznego nie działa na niekorzyść pracowników¹⁰, Trybunał położył nacisk na szczególny charakter prawa upadłościowego. W ten sposób wskazał, że prawo to charakteryzuje się szczególnymi procedurami, które mają na celu równowagę różnorodnych interesów, w szczególności interesów różnych kategorii wierzycieli, i które pociągają za sobą odstępstwo, co najmniej częściowe, od innych przepisów o charakterze ogólnym, takich jak przepisy prawa socjalnego¹¹.

43. To właśnie z powodu tego szczególnego charakteru Trybunał orzekł, że dyrektywa 77/187 nie znajdowała zastosowania do „przejęcia przedsiębiorstw [...], które nastąpiło w ramach postępowania upadłościowego, mającego na celu, pod nadzorem właściwego organu sądowego, likwidację majątku zbywającego”¹², pozostawiając jednocześnie państwu członkowskim swobodę stosowania, w całości lub częściowo, zasad omawianej dyrektywy na podstawie ich własnego prawa krajowego¹³.

44. W tym samym wyroku Trybunał orzekł natomiast, że dyrektywa 77/187 miała zastosowanie do postępowania takiego, jak odroczenie płatności, pomimo pewnych wspólnych cech tego postępowania z postępowaniem upadłościowym. Trybunał uznał bowiem, że powody uzasadniające niemożność stosowania wspomnianej dyrektywy w przypadku postępowania upadłościowego nie obowiązywały dla postępowania mającego miejsce na etapie poprzedzającym ogłoszenie upadłości, kontrolowanego przez sąd w węższym zakresie i zmierzającego w pierwszym rzędzie do ochrony masy majątkowej oraz do kontynuacji działalności przedsiębiorstwa w przeszłości¹⁴.

45. Następnie w wyroku z dnia 25 lipca 1991 r., d’Urso¹⁵ i in. Trybunał wskazał wyraźnie, iż kluczowym kryterium, które należy wziąć pod uwagę przy ustalaniu stosowania dyrektywy 77/187 do przejęcia przedsiębiorstwa w ramach postępowania układowego z wierzycielami, było kryterium celu realizowanego przez rozpatrywane postępowanie¹⁶.

46. Na tej podstawie, Trybunał uznał, że w przypadku gdy postępowanie rozpatrywane w tym wypadku¹⁷ miało na celu *likwidację* majątku dłużnika w celu zbiorowego zaspokojenia wierzycieli, przejęcia następujące w tych ramach prawnych były wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy 77/187. Natomiast w przypadku gdy dekret nakazujący stosowanie omawianego postępowania przewidywał również *kontynuację* działalności przedsiębiorstwa pod kierownictwem komisarza, celem tego postępowania było w pierwszym rzędzie zapewnienie kontynuacji działalności przedsiębiorstwa. W takim wypadku, realizowany w ten sposób cel ekonomiczny i socjalny nie mógł wyjaśniać ani uzasadniać tego, że kiedy następuje przejęcie danego przedsiębiorstwa, jego pracownicy są pozbawieni praw przyznanych im w tej dyrektywie¹⁸.

10 — Wyrok z dnia 7 lutego 1985 r., Abels (135/83, EU:C:1985:55, pkt 14, 18). Zobacz w tym względzie także wyrok z dnia 25 lipca 1991 r., d’Urso i in. (C-362/89, EU:C:1991:326, pkt 23).

11 — Wyrok z dnia 7 lutego 1985 r., Abels (135/83, EU:C:1985:55, pkt 15–17).

12 — Wyrok z dnia 7 lutego 1985 r., Abels (135/83, EU:C:1985:55, pkt 23, 30). Zobacz w tym względzie także wyrok z dnia 25 lipca 1991 r., d’Urso i in. (C-362/89, EU:C:1991:326, pkt 23).

13 — Wyrok z dnia 7 lutego 1985 r., Abels (135/83, EU:C:1985:55, pkt 24).

14 — Wyrok z dnia 7 lutego 1985 r., Abels (135/83, EU:C:1985:55, pkt 28, 29).

15 — C-362/89, EU:C:1991:326.

16 — Wyrok z dnia 25 lipca 1991 r., d’Urso i in. (C-362/89, EU:C:1991:326, pkt 26). W tym wyroku Trybunał uściślił także, że z uwagi na różnice między systemami prawnymi państw członkowskich, kryterium zakresu kontroli sprawowanej przez sąd w postępowaniu nie jest samo w sobie wystarczające, aby określić zakres stosowania dyrektywy 77/187 (pkt 25).

17 — Spór w postępowaniu głównym dotyczył zastosowania ochrony przewidzianej w dyrektywie 77/187 w przypadku przejęcia przedsiębiorstwa podlegającego nadzwyczajnemu postępowaniu administracyjnemu dużych przedsiębiorstw znajdujących się w trudnej sytuacji ekonomicznej zawartego w przepisach włoskich mających zastosowanie w okresie, w którym wystąpiły okoliczności faktyczne. Trybunał orzekł, że przepisy włoskie w tej sprawie przejawiały różne cechy, w zależności od tego, czy dekret ustanawiający wymuszoną likwidację administracyjną stanowił o kontynuacji działalności przedsiębiorstwa. Zobacz wyrok z dnia 25 lipca 1991 r., d’Urso i in. (C-362/89, EU:C:1991:326, pkt 30).

18 — Wyrok z dnia 25 lipca 1991 r., d’Urso i in. (C-362/89, EU:C:1991:326, pkt 31, 32).

47. Trybunał potwierdził to stanowisko w późniejszym wyroku z dnia 7 grudnia 1995 r. *Spano i in.*¹⁹. Mając ustalić, czy dyrektywa 77/187 miała zastosowanie do przejęcia przedsiębiorstwa, którego trudna sytuacja ekonomiczna została stwierdzona na mocy właściwych przepisów włoskich, Trybunał w pierwszym rzędzie potwierdził, że decydującym kryterium w celu ustalenia zastosowania dyrektywy 77/187 jest cel realizowany w rozpatrywanym postępowaniu. Następnie, Trybunał zauważył, że zgodnie z włoskimi przepisami prawnymi, akt, poprzez który, przedsiębiorstwo zostało uznane za znajdujące się w trudnej sytuacji ekonomicznej, miał na celu umożliwienie uzdrowienia sytuacji ekonomicznej i finansowej przedsiębiorstwa oraz, w szczególności, utrzymania miejsc pracy. Skoro zatem przedmiotowe postępowanie miało na celu utrzymanie działalności przedsiębiorstwa w celu jego późniejszego uzdrowienia, i w przeciwieństwie do postępowań upadłościowych, nie wiązało się z kontrolą sądową ani z wprowadzeniem zarządu komisarycznego majątkiem przedsiębiorstwa i nie obejmowało także zawieszenia wypłat, Trybunał orzekł, że cel ekonomiczny i socjalny tego postępowania nie uzasadniał tego, by w przypadku przejęcia pracownicy przedsiębiorstwa byli pozbawieni praw przyznanych im na mocy dyrektywy 77/187²⁰.

48. Wreszcie w wyroku z dnia 12 marca 1998 r., *Dethier Équipement*²¹, Trybunał – mając ustalić, czy dyrektywa 77/187 znajdowała zastosowanie do przejęcia przedsiębiorstwa na etapie postępowania likwidacyjnego na gruncie prawa belgijskiego – rozwinął następnie swoje stanowisko. Po pierwsze, uściślił, że oprócz kryterium celu postępowania, należało również mieć na uwadze zasady przedmiotowego postępowania, w szczególności w zakresie, w jakim oznaczają kontynuację działalności przedsiębiorstwa lub jej zakończenie, jak również cele dyrektywy 77/187²². W omawianej sprawie Trybunał stwierdził, że mimo, iż przedmiotowe postępowanie zmierzało do likwidacji majątku, sytuacja przedsiębiorstwa będącego na etapie postępowania likwidacyjnego²³ przejawiała kilka znaczących różnic w stosunku do sytuacji przedsiębiorstwa w upadłości, zwłaszcza jeśli chodzi o mianowanie i zadania likwidatora. W szczególności w belgijskim postępowaniu likwidacyjnym, w przeciwieństwie do postępowania upadłościowego, likwidator, pomimo powołania przez sąd, był organem spółki sprzedającym aktywa pod nadzorem walnego zgromadzenia akcjonariuszy. W tych okolicznościach Trybunał uznał, że względy, które skłoniły go do wykluczenia stosowania dyrektywy 77/187 w przypadku upadłości mogą nie być wystarczające w przypadku, gdy przedsiębiorstwo stanowi przedmiot postępowania likwidacyjnego. Ma to szczególne znaczenie w przypadku takim jak spór zawisły przed sądem krajowym, w którym kontynuacja działalności była zapewniona wtedy, gdy przedsiębiorstwo podlega przejęciu²⁴.

3. W przedmiocie odstępstwa zawartego w art. 5 ust. 1 dyrektywy 2001/23

49. W następstwie wyroków, których analizy właśnie dokonałem, prawodawca Unii Europejskiej wprowadził w 1998 r.²⁵.. w dyrektywie 77/187 przepis, który jest obecnie zawarty w art. 5 ust. 1 dyrektywy 2001/23.

19 — C-472/93, EU:C:1995:421.

20 — Wyrok z dnia 7 grudnia 1995 r., *Spano i in.* (C-472/93, EU:C:1995:421, pkt 24–30).

21 — C-319/94, EU:C:1998:99.

22 — Wyrok z dnia 12 marca 1998 r., *Dethier Équipement* (C-319/94, EU:C:1998:99, pkt 25). Zobacz także wyrok z dnia 12 listopada 1998 r. *Europièces* (C-399/96, EU:C:1998:532, pkt 26).

23 — Wspomniane różnice są szczegółowo streszczone w pkt 9 wyroku z dnia 12 marca 1998 r., *Dethier Équipement* (C-319/94, EU:C:1998:99).

24 — Wyrok z dnia 12 marca 1998 r., *Dethier Équipement* (C-319/94, EU:C:1998:99, pkt 26–31). Zobacz także wyrok z dnia 12 listopada 1998 r. *Europièces* (C-399/96, EU:C:1998:532, pkt 31, 32). W tym ostatnim wyroku, Trybunał zastosował kryteria rozwinięte w wyroku z dnia 12 marca 1998 r., *Dethier Équipement* (C-319/94, EU:C:1998:99) w dobrowolnym postępowaniu likwidacyjnym w prawie belgijskim.

25 — Zobacz art. 4a dyrektywy 98/50 przywołanej w przypisie 5 niniejszej opinii.

50. Przepis ten stanowi, że o ile państwa członkowskie nie ustalą inaczej, system ochrony przewidziany w art. 3 i 4 dyrektywy 2001/23 nie ma zastosowania do przejęcia przedsiębiorstw, jeżeli wobec zbywającego prowadzone jest postępowanie upadłościowe lub inne podobne postępowanie, wszczęte w celu likwidacji aktywów zbywającego, i jeżeli znajduje się on pod nadzorem właściwego organu publicznego.

51. Wspomniany przepis odnosi się do postępowania „wszczętego w celu likwidacji aktywów zbywającego” i znajdującego się pod nadzorem właściwego organu publicznego”, a tym samym wyraźnie przyjmuje on sformułowania używane przez Trybunał w wyrokach *Abels* i *d’Urso* i in.²⁶ dla postępowania upadłościowego²⁷.

52. W tych okolicznościach nie ulega wątpliwości, co zresztą podnieśli wszyscy uczestnicy postępowania, którzy złożyli swe uwagi przed Trybunałem, że odstępowo zawarte w art. 5 ust. 1 dyrektywy 2001/23 powinno być interpretowane w świetle zasad rozwiniętych przez Trybunał w wyrokach rozpatrywanych w punktach 41–48 niniejszej opinii.

53. Tymczasem z analizy tych wyroków wynika, że aby ustalić, czy system ochrony pracowników zawarty w dyrektywie 77/187, a obecnie w dyrektywie 2001/23, miał zastosowanie do przejęcia w ramach postępowania przewidzianego w trudnych sytuacjach ekonomicznych przedsiębiorstwa, Trybunał rozważył dwa kryteria, czyli *cel* realizowany przez rozpatrywane postępowanie oraz *zasady* tego postępowania, przy uwzględnieniu celów tej dyrektywy. Ściślej rzecz ujmując, z analizy orzecznictwa wynika, iż wyłączenie ze wspomnianego systemu ochrony jest uzasadnione tylko w przypadku, gdy przedmiotowe postępowanie, przy uwzględnieniu jego celów i zasad, ma na celu likwidację aktywów przedsiębiorstwa. Natomiast jeżeli, przy uwzględnieniu tych celów i zasad, przedmiotowe postępowanie zmierza do kontynuacji działalności przedsiębiorstwa, jego cel ekonomiczny i socjalny nie uzasadnia pozbawienia pracowników praw, które przyznaje im omawiana dyrektywa²⁸ w przypadku przejęcia przedsiębiorstwa.

54. To rozróżnienie między postępowaniami wszczętymi w celu likwidacji oraz postępowaniami mającymi na celu kontynuację przedsiębiorstwa nie wynika jedynie z orzecznictwa Trybunału, ale jak słusznie wskazała Komisja, ma ono obecnie podstawę w samej treści art. 5 dyrektywy 2001/23. Przepis ten rozróżnia bowiem, z jednej strony, postępowania w sprawie niewypłacalności zmierzające do likwidacji aktywów zbywającego (są one wyraźnie wymienione w art. 5 ust. 1 i są wyłączone z zakresu stosowania dyrektywy 2001/23) a, z drugiej strony, postępowania w sprawie niewypłacalności (wspomniane w art. 5 ust. 2), które nie zostały wszczęte w celu likwidacji aktywów zbywającego i pociągają za sobą utrzymanie działalności przedsiębiorstwa.

55. Tymczasem ustalenie, w konkretnym przypadku, czy zbycie ma miejsce w ramach postępowania w sprawie niewypłacalności zmierzającego do likwidacji aktywów zbywającego, czy postępowania zmierzającego do utrzymania działalności przedsiębiorstwa może nie być oczywiste.

26 — Zobacz pkt 23 wyroku z dnia 7 lutego 1985 r., *Abels* (135/83, EU:C:1985:55) oraz pkt 23 wyroku z dnia 25 lipca 1991 r., *d’Urso* i in. (C-362/89, EU:C:1991:326), zob. także pkt 43 niniejszej opinii.

27 — Wynika z tego, że nie może zostać uwzględniona teza wysunięta przez *Smallsteps* zarówno przed sądem odsyłającym, jak również przed Trybunałem, według której wymóg przewidziany w art. 5 ust. 1 dyrektywy 2001/23, że postępowanie jest „wszczęte w celu likwidacji aktywów zbywającego” i znajduje się „pod nadzorem właściwego organu publicznego”, miałby zastosowanie jedynie do postępowań podobnych do upadłości, a nie do upadłości jako takiej. Taka bowiem wykładnia zdecydowanie sprzeciwia się brzmieniu pkt wyroków z dnia 7 lutego 1985 r., *Abels* (135/83, EU:C:1985:55) i z dnia 25 lipca 1991 r., *d’Urso* i in. (C-362/89, EU:C:1991:326), wspomnianych w poprzednim przypisie.

28 — Wynika z tego, że wykładnia zaproponowana przez rząd niderlandzki, według której elementem decydującym dla określenia zastosowania dyrektywy 2001/23 do przejęcia, byłoby to, że dotyczy ono działalności przemysłowej lub handlowej upadłego przedsiębiorstwa, nie ma uzasadnienia. W świetle orzecznictwa nie liczy się bowiem sytuacja, w jakiej znajduje się działalność będąca przedmiotem przejęcia, ale cel (kontynuacja lub likwidacja przedsiębiorstwa) realizowany w postępowaniu, w ramach którego następuje przejęcie, który to cel powinien być postrzegany w świetle zasad tego postępowania.

56. Z jednej strony jest bowiem możliwe, że zbycie rentownych części niewypłacalnego przedsiębiorstwa miało miejsce w ramach postępowania, które, tak jak ogłoszenie upadłości, zmierza do likwidacji aktywów zbywającego. Z drugiej strony, takie określenie może okazać się skomplikowane w przypadku postępowań „nietypowych”, takich jak na przykład postępowanie, które rozwinęło się w Niderlandach celem zawarcia pre-packu, które odbywa się, co najmniej częściowo, poza prawnymi ramami, i które ma hybrydowy charakter w zakresie, w jakim łączy elementy nieformalne oraz elementy wynikające z postępowania formalnego (czyli postępowania upadłościowego regulowanego ustawą o prawie upadłościowym).

57. W tym względzie stoję na stanowisku, że co do zasady można uznać, iż przejęcie odbywa się w ramach postępowania zmierzającego do kontynuacji działalności przedsiębiorstwa wtedy, gdy to postępowanie jest nakierowane wyraźnie na cel zachowania charakteru operacyjnego przedsiębiorstwa (lub jego rentownych części) w taki sposób, aby pozwolić na zachowanie wartości wynikającej z nieprzerwanej kontynuacji działalności przedsiębiorstwa, lub stosowane w tym celu. Jeśli chodzi natomiast o postępowania zmierzające do likwidacji aktywów, nie zmierzają one do takiego konkretnego celu, lecz dążą jedynie do maksymalizacji zbiorowego zaspokojenia wierzycieli.

58. Oczywiście jest, że cel w postaci zachowania charakteru operacyjnego części zbytego przedsiębiorstwa oraz cel w postaci maksymalizacji zbiorowego zaspokojenia wierzycieli w pewnym stopniu pokrywają się. Wartość przedsiębiorstwa, które jest nadal normalnie operacyjne jest bowiem na ogół zdecydowanie wyższa zarówno od wartości aktywów rozpatrywanych z osobna, jak również od wartości, jaką miałyby to samo przedsiębiorstwo gdyby ujawniono jego poważne zagrożenie finansowe²⁹. Tym samym, zachowanie charakteru operacyjnego rentownej części przedsiębiorstwa będącego w trudnej sytuacji ekonomicznej, która potencjalnie pozwala otrzymać wyższą cenę za jego zbycie, podlega maksymalizacji zbiorowego zaspokojenia wierzycieli³⁰. Jednakże, w postępowaniach zmierzających do kontynuacji działalności przedsiębiorstwa, jego zachowanie stanowi główny element, ostateczny cel postępowania jako takiego lub jego konkretnego stosowania. W postępowaniach zmierzających do likwidacji natomiast, zachowanie działalności jest nastawione jedynie na zaspokojenie wierzycieli.

59. Uważam zatem, że w tym właśnie kierunku należy dokonać wykładni przepisu art. 5 ust. 1 dyrektywy 2001/23 w świetle orzecznictwa, które przepis ten skodyfikował.

60. Przed sprawdzeniem możliwości stosowania tego przepisu w przypadku przejęcia mającego miejsce, tak jak w niniejszej sprawie, w ramach postępowania prowadzącego do zawarcia pre-packu w formie w jakiej rozwinął się w praktyce w Niderlandach, wydają się jednak stosowne poczynić jeszcze dwie uwagi.

61. Po pierwsze, jako odstępstwo od pierwszorzędnego celu realizowanego przez dyrektywę 2001/23, czyli ochrony pracowników, oraz od stosowania gwarancji, jakie ta dyrektywa dla nich przewiduje, odstępstwo z art. 5 ust. 1 dyrektywy 2001/23 musi być poddane ścisłej wykładni.

62. Po drugie, art. 5 dyrektywy 2001/23, a zwłaszcza jego ust. 1 i 2, pozostawiają dużą swobodę państwom członkowskim w przedmiocie określenia zakresu stosowania zawartych w nich odstępstw. Z jednej bowiem strony, art. 5 ust. 1 zdanie pierwsze pozostawia wyraźnie państwom członkowskim możliwość „ustal[ając] inaczej”, podjęcia decyzji o zastosowaniu w całości art. 3 i 4 dyrektywy 2001/23 w przypadku upadłości lub podobnego postępowania. Z drugiej strony, art. 5 ust. 2 tej dyrektywy

29 — Świadomość istnienia trudnej sytuacji finansowej przedsiębiorstwa może bowiem mieć szkodliwe konsekwencje w odniesieniu do postawy klientów, dostawców, inwestorów wobec niego, co może z kolei nieść negatywne konsekwencje dla działalności oraz wartości tego przedsiębiorstwa.

30 — Jako konkretny przykład postępowania, w którym obydwie ww. cele pokrywają się, zob. pkt 32 opinii rzecznika generalnego Lenza w sprawie Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1996:291).

zezwała państwom członkowskim na częściowe stosowanie wspomnianych art. 3 i 4 do przejęcia przedsiębiorstw, mającego miejsce w trakcie postępowania w sprawie niewypłacalności wszczętego w stosunku do zbywającego (niezależnie od tego, czy postępowanie zostało wszczęte w celu likwidacji jego aktywów).

63. Przyznanie państwom członkowskim takiej dużej swobody działania jest nie tylko zgodne z wyrokiem z dnia 7 lutego 1985 r., Abels³¹, ale jest również spójne z szerokimi uprawnieniami do działania, przyznawanym na ogół państwom członkowskim w ramach realizacji oraz stosowania dyrektywy 2001/23, które to przyznanie opiera się na tym, że wspomniana dyrektywa ma na celu jedynie częściową harmonizację dziedziny, którą reguluje, i nie zmierza do ustanowienia jednolitego poziomu ochrony w całej Unii w oparciu o wspólne kryteria³².

64. W niniejszej sprawie należy jednak stwierdzić, że Królestwo Niderlandów nie skorzystało z wyraźnie przyznanej mu w art. 5 dyrektywy 2001/23 swobody działania. Podczas rozprawy, w odpowiedzi na konkretne pytanie Trybunału, rząd niderlandzki wyraźnie potwierdził, że Królestwo Niderlandów nie ustanowiło szczególnego przepisu, który używając sformułowań dyrektywy, stanowiłby „inaczej” niż art. 5 ust. 1. Odstępstwo przewidziane w tym przepisie trzeba więc uznać za mające zastosowanie w niniejszej sprawie.

4. W przedmiocie możliwości stosowania systemu ochrony pracowników przewidzianego w art. 3 i 4 dyrektywy 2001/23 w przypadku przejęcia przedsiębiorstwa następującego w ramach pre-packu

65. W świetle wszystkich powyższych rozważań, należy zbadać, czy przejęcie w ramach pre-packu, takie jak w przypadku części Estro Groep w niniejszej sprawie, podlega odstępstwu z art. 5 ust. 1 dyrektywy 2001/23 a w konsekwencji, czy system ochrony pracowników przewidziany w art. 3 i 4 tej dyrektywy ma zastosowanie w przypadku takiego przejęcia.

66. W tym kontekście, z informacji przedstawionych w aktach Trybunału wynika, że postępowanie zmierzające do zawarcia pre-packu w formie, w jakiej rozwinął się w praktyce w Niderlandach, odbywa się w dwóch etapach: czyli etapie przygotowawczym, poprzedzającym ogłoszenie upadłości, oraz etapie równoległym lub następującym bezpośrednio po ogłoszeniu upadłości.

67. Etap przygotowawczy rozpoczyna się zawsze z inicjatywy przedsiębiorstwa znajdującego się w trudnej sytuacji, które wnosi do sądu o ustanowienie cichego syndyka oraz cichego sędziego-komisarza. Sąd może dokonać takiego ustanowienia w zależności od tego, czy uzna, że taka procedura byłaby wskazana.

68. Idea, która przyświeca temu przedterminowemu ustanowieniu, polega na umożliwieniu cichemu syndykowi, przed jego formalnym wyznaczeniem na syndyka masy upadłościowej, zapoznania się z informacjami na temat przedsiębiorstwa, jak również dokonania analizy sytuacji finansowej tego przedsiębiorstwa oraz branych pod uwagę możliwych rozwiązań po to, aby bardzo szybko po ogłoszeniu upadłości móc złożyć wnioski do sędziego-komisarza o zezwolenie na realizację zbycia pre-packu.

69. W tym celu cichy syndyk nawiązuje kontakt z przedmiotowym przedsiębiorstwem, bada jego księgowość oraz inne ważne dane oraz otrzymuje informacje na temat możliwych rozwiązań. Może, ewentualnie, uczestniczyć w negocjacjach dotyczących zbycia przedsiębiorstwa lub jego rentownych jednostek.

31 — Zobacz pkt 23,24 wyroku z dnia 7 lutego 1985 r., Abels (135/83, EU:C:1985:55).

32 — Zobacz wyrok z dnia 11 września 2014 r., Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-328/13, EU:C:2014:2197, pkt 22 i przytoczone tam orzecznictwo).

70. Na tym etapie przygotowawczym, mającym miejsce przed ogłoszeniem upadłości, zbycie przedsiębiorstwa jest przygotowywane we wszelkich najdrobniejszych szczegółach. W ten sposób, umowa sprzedaży jest fizycznie wprowadzona na tym etapie przygotowawczym. Wszystko jest przygotowane, aby przystąpić niezwłocznie do wykonania przejęcia równoległe z ogłoszeniem upadłości, bez przerywania działalności przedsiębiorstwa.

71. Gdy tylko zostaje ogłoszona upadłość, sąd wyznacza cichego syndyka na syndyka masy upadłościowej³³, a cichy sędzia-komisarz staje się sędzią komisarzem. Gdy wszystkie elementy zbycia są ustalone na etapie przygotowawczym, w bardzo szybkim czasie po ogłoszeniu upadłości (nawet w przeciągu jednego dnia, tak jak w przypadku Estro Groep) syndyk składa wniosek oraz otrzymuje zezwolenie sędziego komisarza na zbycie pre-packu³⁴. Nie ulega wątpliwości, że w celu możliwości wydania zezwolenia w tak krótkim czasie, sędzia komisarz musi wcześniej otrzymać kompletne i szczegółowe informacje na temat transakcji w trakcie etapu przygotowawczego.

72. Z postanowienia odsyłającego, jak również z uwag wszystkich uczestników postępowania przed Trybunałem wynika, że celem strukturyzacji postępowania, które opisałem, a w szczególności etapu przygotowawczego zmierzającego do opracowania zbycia w najdrobniejszych szczegółach, jest uniknięcie przerwania działalności spowodowanego nagłym zawieszeniem działalności przedsiębiorstwa w momencie upadłości, które to przerwanie pociągnęłoby za sobą utratę dużej wartości przedsiębiorstwa lub jego rentownych jednostek, będących przedmiotem zbycia. Z tego samego powodu etap przygotowawczy ma charakter poufny, aby informacja o trudnej sytuacji ekonomicznej rzeczzonego przedsiębiorstwa nie została podana do publicznej wiadomości.

73. Jeśli chodzi o uprawnienia cichego syndyka oraz cichego sędziego-komisarza w trakcie etapu przygotowawczego, żaden z nich nie posiada formalnie żadnych uprawnień, jako że ten etap nie jest regulowany przez przepisy prawa. Tymczasem skoro gdy tylko ogłoszona jest upadłość, cichy syndyk oraz cichy sędzia-komisarz są zobowiązani odpowiednio do wystąpienia o zezwolenie na transakcję oraz udzielenia tego zezwolenia, nie ulega wątpliwości, że w trakcie etapu przygotowawczego, zarówno cichy syndyk, jak i cichy sędzia-komisarz mają jednak pewne uprawnienia natury „nieformalnej”, które mogą mieć wpływ na przebieg przejęcia. Niemniej jednak, chodzi jedynie o uprawnienia nieformalne, niemające podstawy prawnej. Dodatkowo jak wskazała zarówno spółka Smallsteps, jak i rząd niderlandzki, cichy syndyk nie prowadzi żadnego zarządu, a cichy sędzia-komisarz nie może wydać żadnego zezwolenia przed formalnym ogłoszeniem upadłości.

74. Celem sprawdzenia, czy dyrektywa 2001/23 znajduje zastosowanie do przejęcia przedsiębiorstwa w ramach takiego postępowania, należy zastosować kryteria wspomniane w pkt 53 niniejszej opinii.

75. W tym względzie, w pierwszej kolejności należy rozważyć *cel* przedmiotowego postępowania. Tymczasem jak podnosi sąd odsyłający, wydaje się niepodważalne, że to postępowanie, traktowane jako całość, zmierza do przejęcia przedsiębiorstwa (lub jego wciąż rentownych jednostek) w celu wznowienia jego działalności, bez okresu przerwy, od razu po ogłoszeniu upadłości. Celem tego postępowania jest zapewnienie kontynuacji działalności przedsiębiorstwa poprzez zachowanie wartości dodanej wynikającej z dalszej eksploatacji tego przedsiębiorstwa. Cały etap przygotowawczy jest nastawiony na osiągnięcie tego celu, który jest definitywnie osiągnięty w chwili przejęcia przedsiębiorstwa równoległe z ogłoszeniem upadłości.

33 — Jedynie w wyjątkowych przypadkach lub z poważnych przyczyn cichy syndyk nie jest mianowany syndykiem upadłościowym.

34 — Konsekwencją zaangażowania sądowego w postępowanie prowadzące do pre-packa jest to, że umowa zbycia przedsiębiorstwa nabywa wartość oraz moc orzeczenia sądowego, a nie zwykłego porozumienia umownego, które może zostać zmienione lub nie być egzekwowane.

76. Z uwag sądu odsyłającego wynika, że postępowanie upadłościowe w przypadku pre-packa w Niderlandach jest wykorzystywane jako metoda realizacji wznowienia działalności przedsiębiorstwa. Nie chodzi bowiem o prawdziwą upadłość, ale o upadłość, którą można określić jako „upadłość techniczną”. Potwierdza to ponadto okoliczność, podniesiona przez Smallsteps w trakcie rozprawy, że w kontekście pre-packa ogłoszenie upadłości nie jest zawsze konieczne, jako że etap wstępny niekoniecznie zawsze prowadzi do ogłoszenia upadłości.

77. Ponadto, sąd odsyłający sam podkreślił, że w praktyce postępowanie upadłościowe wykorzystuje się często w celach reorganizacji, i że w takich przypadkach nie ma ono na celu likwidacji przedsiębiorstwa. Zatem, mimo że postępowanie prowadzące do zawarcia pre-packa mogłoby odbywać się po części w ramach postępowania upadłościowego, nie ulega wątpliwości, że nie można go zakwalifikować jako postępowania klasycznego, zmierzającego do likwidacji przedsiębiorstwa³⁵.

78. W tej części analizy pragnę podkreślić, że zamierzony cel pre-packa – czyli kontynuacja działalności rentownych części przedsiębiorstwa, przy jednoczesnym uniknięciu utraty wartości wynikającej z nagłego przerwania działalności – jest z pewnością godny pochwały. Kwestia poruszona w niniejszej sprawie nie dotyczy dopuszczalności pre-packa jako takiego w prawie Unii, ale raczej interakcji pomiędzy pre-packiem a dyrektywą 2001/23. Tymczasem chociaż należy uwzględnić korzyści dla inwestorów³⁶, wierzycieli, samych pracowników, jak również ogólniej dla społeczeństwa, wynikających z istnienia postępowań mających na celu utrzymanie działalności przedsiębiorstwa oraz zachowania jego wartości, realizacja tych postępowań w konkretnej sytuacji musi jednak odbywać się z poszanowaniem gwarancji przewidzianych przez prawo Unii dla pracowników.

79. Po drugie, należy wziąć pod uwagę szczególne *zasady* przebiegu postępowania prowadzącego do zawarcia pre-packa w Niderlandach. Otóż z opisu przedstawionego w pkt 66–73 niniejszej opinii wynika, że takie postępowanie różni się w kilku elementach od „klasycznego” postępowania upadłościowego.

80. Postępowanie prowadzące do pre-packa jest przede wszystkim zawsze zapoczątkowane przez samą przedmiotową spółkę, podczas gdy postępowanie upadłościowe może być zapoczątkowane przez różne podmioty, na przykład przez wierzycieli³⁷.

81. Ponadto, etap przygotowawczy, w którym ostatecznie rozstrzygają się wszystkie szczegóły przejęcia, ma charakter całkowicie nieformalny. Z jednej strony, etap ten jest kierowany przez dyrekcję przedsiębiorstwa, która prowadzi negocjacje i podejmuje decyzje dotyczące sprzedaży przedsiębiorstwa³⁸. Ewidentnym tego dowodem³⁹ jest zawarcie w niniejszej sprawie pre-packa dotyczącego rentownych jednostek Estro Groep.

35 — W tym kontekście stanowisko rządu niderlandzkiego, który twierdził, że postępowanie prowadzące do zawarcia pre-packa, ze względu na to, iż wpisuje się w ramy upadłości, zmierza do likwidacji aktywów zbywającego, wydaje się odosobnione. W tym kontekście pragnę zauważyć, że sam tytuł projektu ustawy, która jest dyskutowana w parlamencie niderlandzkim i która powinna regulować w Niderlandach pre-pack, brzmi „Ustawa o kontynuacji działalności przedsiębiorstw” (zob. pkt 21 oraz przypis 7 niniejszej opinii).

36 — Element, który z pewnością należy uwzględnić w kontekście ekonomicznym określonym przez istnienie praktyk insolvency forum shopping.

37 — W kwestii znaczenia tego elementu rozróżnienia w analizie, zob. opinię rzecznika generalnego Lenza w sprawie Dethier Équipement, (C-319/94, EU:C:1996:291, pkt 46).

38 — W odniesieniu do przykładu, w którym Trybunał wziął pod uwagę ten element w swojej analizie, zob. pkt 29 wyroku z dnia 12 marca 1998 r., Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99, pkt 29) oraz pkt 50 opinii rzecznika generalnego Lenza w sprawie Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1996:291).

39 — I tak z raportu oficjalnego zarządcy Estro Groep, wspomnianego w postanowieniu sądu odsyłającego, wynika, że Estro Groep wybrała samodzielnie H.I.G. Capital jako kupca, nie kontaktując się z innymi potencjalnymi nabywcami, oraz że cichy syndyk musiał zasadniczo zaakceptować taką sytuację.

82. Z drugiej strony wskazałem, że na tym etapie cichy syndyk oraz cichy sędzia-komisarz nie posiadają formalnie żadnych uprawnień. Nie istnieje więc żaden zarząd ze strony syndyka⁴⁰ ani formalne postępowanie dotyczące ustalenia spisu wierzytelności⁴¹. Ponadto wskazałem, że aby móc wydać tak szybko zezwolenie na zbycie, sędzia-komisarz musi wcześniej zapoznać się z informacjami na temat przedsiębiorstwa oraz zasadniczo nie może zgłosić sprzeciwu wobec transakcji przed ogłoszeniem upadłości tak, aby zezwolenie mogło być w prosty sposób sformalizowane po ogłoszeniu upadłości. Tymczasem taki sposób postępowania może prawie całkowicie pozbawiać znaczenia kontrolę urzędową, która powinna mieć miejsce podczas formalnego postępowania upadłościowego.

83. W konsekwencji można zauważyć dużą liczbę różnic w porównaniu z postępowaniem upadłościowym. W szczególności wydaje się, że wpływ syndyka i sądu jest znacząco mniejszy w przypadku postępowania „szczególnego”, zmierzającego do zawarcia pre-packu, niż w przypadku „klasycznego” postępowania upadłościowego, mającego na celu likwidację aktywów zbywającego.

84. W świetle powyższej analizy należy stwierdzić, że postępowanie takie, jakie rozwinęło się w Niderlandach, zmierzające do zawarcia pre-packu, biorąc pod uwagę realizowany przez nie cel oraz zasad jego stosowania, oraz pomimo tego, iż może ono odbywać się częściowo w ramach postępowania upadłościowego, nie może być taktowane jako postępowanie upadłościowe lub inne podobne postępowanie w sprawie niewypłacalności, wszczęte w celu likwidacji aktywów zbywającego pod nadzorem właściwego organu publicznego w rozumieniu art. 5 ust. 1 dyrektywy 2001/23. W konsekwencji, takie postępowanie nie podlega odstępstwu zawartemu w tym przepisie. Z powyższego wynika, że system ochrony przewidziany w art. 3 i 4 dyrektywy 2001/23 ma zastosowanie do przejścia przedsiębiorstwa lub jego wciąż rentownych części w ramach pre-packu. Z okoliczności, że po przejściu działalność przedsiębiorstwa lub jego rentownych części jest kontynuowana wynika bowiem, iż nie można wyjaśnić ani uzasadnić sytuacji, w której pracownicy tego przedsiębiorstwa lub jego przejętych części są pozbawieni praw, jakie przyznaje im ta dyrektywa⁴².

85. W tym względzie, należy dodatkowo zauważyć, że taka wykładnia dyrektywy 2001/23 nie może zostać podważona ewentualnym argumentem, iż mogłaby zniechęcać potencjalnych przejmujących do nabycia przedsiębiorstwa będącego w trudnej sytuacji (lub jego rentownych części). Z jednej strony bowiem Trybunał wielokrotnie odrzucał tego typu argumenty⁴³. Z drugiej strony należy przypomnieć, że zgodnie z art. 4 ust. 1 zdanie drugie tej samej dyrektywy, nie stoi ona na przeszkodzie „zwolnieni[om] z przyczyn ekonomicznych, technicznych lub organizacyjnych powodujących zmiany w stanie zatrudnienia”. Te zwolnienia powinny jednak odbywać się z poszanowaniem wszystkich gwarancji przewidzianych w odpowiednich przepisach prawa krajowego.

86. Jeśli wreszcie chodzi o przepis art. 5 ust. 4 dyrektywy 2001/23, wspomniany przez rząd niderlandzki i powoływany podczas rozprawy, dotyczący nadużywania postępowań upadłościowych, nie sądzę, żeby był on właściwy w niniejszej sprawie. Z dokonanej przeze mnie analizy wynika bowiem, że pre-pack w formie, w jakiej rozwinął się w Niderlandach, nie stanowi nadużycia postępowania upadłościowego, które pozbawia pracowników praw przewidzianych w dyrektywie 2001/23. Przeciwnie, system ochrony przewidziany w tej dyrektywie ma zastosowanie w przypadku przejścia w ramach pre-packu.

40 — Zobacz w tym względzie wyrok z dnia 7 grudnia 1995 r. Spano i in. (C-472/93, EU:C:1995:421, pkt 29).

41 — Zobacz wyrok z dnia 12 marca 1998 r., Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99, pkt 29), a także pkt 47 opinii rzecznika generalnego Lenza w sprawie Dethier Équipement, (C-319/94, EU:C:1996:291).

42 — Zobacz podobnie wyroki: z dnia 25 lipca 1991 r., d’Urso i in. (C-362/89, EU:C:1991:326, pkt 32), z dnia 7 grudnia 1995 r., Spano i in. (C-472/93, EU:C:1995:421, pkt 30); z dnia 12 marca 1998 r., Dethier Équipement, (C-319/94, EU:C:1998:99, pkt 31).

43 — Zobacz w tym względzie wyroki: z dnia 25 lipca 1991 r., d’Urso i in. (C-362/89, EU:C:1991:326, pkt 18, 19); z dnia 7 grudnia 1995 r., Spano i in. (C-472/93, EU:C:1995:421, pkt 34, 35).

5. W przedmiocie wniosków w sprawie trzech pierwszych pytań prejudycjalnych

87. W świetle wszystkich powyższych rozważań, należy najpierw odpowiedzieć na drugie pytanie prejudycjalne w ten sposób, że postępowanie zmierzające do zawarcia pre-packu, takiego jak rozpatrywany w niniejszej sprawie, mimo że może się odbywać częściowo w ramach postępowania upadłościowego, nie podlega odstępstwu zawartemu w art. 5 ust. 1 dyrektywy 2001/23, a tym samym system ochrony pracowników przewidziany w art. 3 i 4 tej dyrektywy znajduje zastosowanie w przypadku przejęcia przedsiębiorstwa lub jakiejś jego części w ramach pre-packu.

88. Następnie, odpowiedź na pierwsze pytanie prejudycjalne wynika z odpowiedzi zaproponowanej na pytanie drugie. Bowiem o ile niderlandzkie postępowanie upadłościowe, stosowane przez niektóre sądy w Niderlandach, nie przewiduje w przypadku przejęcia przedsiębiorstwa w ramach pre-packu zastosowania systemu ochrony na rzecz pracowników zbytego przedsiębiorstwa (lub jego części będących przedmiotem przejęcia), o którym mowa w art. 3 i 4 dyrektywy 2001/23, takie postępowanie nie jest zgodne z omawianą dyrektywą.

89. Jednakże, w tym względzie należy przypomnieć, że zasada wykładni zgodnej z dyrektywą wymaga, aby sądy krajowe czyniły wszystko, co leży w zakresie ich kompetencji, uwzględniając wszystkie przepisy prawa krajowego i stosując uznane w porządku krajowym metody wykładni, by zapewnić pełną skuteczność prawa Unii i dokonać rozstrzygnięcia zgodnego z zamierzonymi przez niego celami⁴⁴.

90. Do sądu odsyłającego należy zatem, przy uwzględnieniu wszystkich przepisów prawa krajowego oraz stosowaniu uznanych w porządku krajowym metod wykładni, znalezienie rozstrzygnięcia zgodnego z celem dyrektywy 2001/23, czyli zagwarantowaniem, aby w przypadku przejęcia przedsiębiorstwa lub niektórych jego części w ramach pre-packu, stosowanie systemu ochrony przewidzianego w dyrektywie 2001/23 na rzecz pracowników części zbytych przedsiębiorstwa było zapewnione.

91. W zakresie trzeciego pytania prejudycjalnego, z pkt 57 i 58, jak również 75–77 niniejszej opinii wynika, że biorąc pod uwagę fakt, iż postępowanie prowadzące do zawarcia pre-packu ma na celu kontynuację działalności przedsiębiorstwa (lub jego jeszcze rentownych części będących przedmiotem zbycia), okoliczność, że stosowanie tego postępowania może obejmować także maksymalizację zaspokojenia wierzycieli, nie może skutkować tym, że system ochrony przewidziany w dyrektywie 2001/23 na rzecz pracowników nie ma zastosowania w przypadku przejęcia przedsiębiorstwa w ramach pre-packu⁴⁵.

B. W przedmiocie czwartego pytania prejudycjalnego

92. W czwartym pytaniu prejudycjalnym sąd odsyłający porusza kwestię dokładnej daty przejęcia przedsiębiorstwa.

44 — Wyrok Pöpperl z dnia 13 lipca 2016 r. (C-187/15, EU:C:2016:550, pkt 43), jak również, w tym kontekście, wyroki Dominguez z dnia 24 stycznia 2012 r. (C-282/10, EU:C:2012:33, pkt 27, orzecznictwo przywołane), jak również Klausner Holz Niedersachsen z dnia 11 listopada 2015 r. (C-505/14, EU:C:2015:742, pkt 34).

45 — W tym względzie pragnę zauważyć, że w sprawie Dethier Équipement (wyrok z dnia 12 marca 1998 r., C-319/94, EU:C:1998:99) Trybunał orzekł, że system ochrony pracowników miał zastosowanie w przypadku postępowania likwidacyjnego, podczas gdy to postępowanie realizowało obydwa te cele. Zobacz pkt 32 opinii rzecznika generalnego Lenza w sprawie Dethier Équipement, (C-319/94, EU:C:1996:291).

93. Jednakże należy stwierdzić, że to pytanie jest postawione w związku z żądaniami wysuniętymi przez FNV oraz przez powódki posiłkowo przed sądem odsyłającym⁴⁶. Tymczasem, jak wskazała Komisja, takie pytanie ma znaczenie tylko w przypadku, gdyby sąd orzekł, że system ochrony przewidziany w art. 3 i 4 dyrektywy 2001/23 nie ma zastosowania w przypadku przejęcia przedsiębiorstwa w ramach pre-packu.

94. W tych okolicznościach, w świetle odpowiedzi zaproponowanej na trzy pierwsze pytania prejudycjalne, stoję na stanowisku, że nie jest konieczne udzielenie odpowiedzi na pytanie czwarte.

V. Podsumowanie

95. Na podstawie wszystkich powyższych uwag proponuję, aby Trybunał odpowiedział na pytania prejudycjalne postawione przez Rechtbank Midden-Nederland (sąd Niderlandów Środkowych) w następujący sposób:

- 1) Postępowanie takie, jakie rozwinęło się w Niderlandach, prowadzące do zawarcia pre-packu, biorąc pod uwagę realizowany przez nie cel oraz zasady jego stosowania oraz, pomimo tego, że może ono częściowo odbywać się w ramach postępowania upadłościowego, nie może być traktowane jako postępowanie upadłościowe lub podobne postępowanie w sprawie niewypłacalności wszczęte w celu likwidacji aktywów zbywającego i znajdujące się pod nadzorem właściwego organu publicznego w rozumieniu art. 5 ust. 1 dyrektywy Rady 2001/23/WE z dnia 12 marca 2001 r. w sprawie zbliżania ustawodawstw państw członkowskich odnoszących się do ochrony praw pracowniczych w przypadku przejęcia przedsiębiorstw, zakładów lub części przedsiębiorstw lub zakładów. W konsekwencji, takie postępowanie nie wchodzi w zakres odstępstwa przewidzianego w tym przepisie, a tym samym system ochrony przewidziany w art. 3 i 4 dyrektywy 2001/23 ma zastosowanie do przejęcia przedsiębiorstwa lub jego wciąż rentownych części w ramach pre-packu.
- 2) W zakresie, w jakim niderlandzkie postępowanie upadłościowe, w formie stosowanej przez niektóre sądy w Niderlandach w przypadku przejęcia przedsiębiorstwa w ramach pre-packu, nie przewiduje stosowania wobec pracowników zbytego przedsiębiorstwa (lub jego części będących przedmiotem przejęcia) systemu ochrony przewidzianego na ich rzecz w art. 3 i 4 dyrektywy 2001/23, to postępowanie to nie jest zgodne z omawianą dyrektywą. Do sądu odsyłającego należy, przy uwzględnieniu wszystkich przepisów prawa krajowego oraz stosowaniu uznanych w porządku krajowym metod wykładni, znalezienie rozstrzygnięcia zgodnego z celem dyrektywy 2001/23, a więc z zagwarantowaniem, aby w przypadku przejęcia przedsiębiorstwa lub niektórych jego części w ramach pre-packu, zapewnione było stosowanie systemu ochrony przewidzianego w dyrektywie 2001/23 na rzecz pracowników części zbytych przedsiębiorstwa.
- 3) Biorąc pod uwagę to, że postępowanie prowadzące do zawarcia pre-packu ma na celu kontynuację działalności przedsiębiorstwa (lub jego jeszcze rentownych części będących przedmiotem zbycia), okoliczność, że stosowanie tego postępowania może obejmować także maksymalizację zaspokojenia wierzycieli nie może skutkować tym, że system ochrony przewidziany w dyrektywie 2001/23 na rzecz pracowników nie ma zastosowania w przypadku przejęcia przedsiębiorstwa w ramach pre-packu.

46 — Zobacz pkt 33 niniejszej opinii.