



Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA
PAOLA MENGOZZIJA,
predstavljeni 29. marca 2017¹

Zadeva C-126/16

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

(Predlog za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Rechtbank Midden-Nederland (sodišče osrednje Nizozemske))

„Predhodno odločanje — Direktiva 2001/23/ES — Ohranitev pravic delavcev v primeru prenosa podjetij — Člen 5(1) — Izjema v primeru stečaja ali postopka zaradi plačilne nesposobnosti — ‚Pre-pack‘ — Nadaljevanje poslovanja podjetja“

1. Sodišče je v tej zadevi prvič pozvano, naj z vidika prava Unije analizira „*pre-pack*“.
2. Čeprav ima lahko izraz „*pre-pack*“ (ki izhaja iz angleškega izraza *pre-packaged insolvency sale*) različne pomenne glede na pravni red, v katerem se uporablja, na splošno pomeni postopek v zvezi s sredstvi podjetja v težavah (odsvojitve), ki se s pomočjo upravitelja (ki ga v nekaterih jurisdikcijah imenuje sodišče) pripravi pred začetkom postopka zaradi plačilne nesposobnosti (običajno stečaja) in se običajno izvede takoj po začetku postopka zaradi plačilne nesposobnosti.
3. *Pre-pack*, ki se je prvotno razvil v Združenih državah Amerike in Združenem kraljestvu, se je nato razširil v več drugih držav članic. Bolj ali manj različne oblike *pre-packa* tako obstajajo na primer v Nemčiji in Franciji² ter na Nizozemskem, to je v državi članici, ki je vložila predlog za sprejetje predhodne odločbe v tej zadevi.
4. Uspeh *pre-packa* izhaja iz vse večje težnje v sodobnem insolvenčnem pravu, da se prednost daje pristopom, katerih cilj je – v nasprotju s klasičnim pristopom, ki je namenjen likvidaciji podjetja v težavah – sanacija podjetja ali vsaj rešitev njegovih enot, ki so ekonomsko še sposobne preživeti.³ V takem okviru *pre-pack*, za katerega so značilni neformalni elementi (izvensodna predhodna faza) in formalni elementi (faza, ki poteka v okviru postopka zaradi plačilne nesposobnosti), za podjetja pomeni prilagodljiv instrument, s katerim se lahko hitro rešijo nekatera krizna stanja.

1 — Jezik izvirnika: francoščina.

2 — Za Zvezno republiko Nemčijo glej „*Schutzschirmverfahren*“, določen v členu 270b Insolvenzordnung (uredba o insolventnosti). V Franciji je bila „odsvojitve v okviru *pre-packa*“ vključena v člen L611-7 trgovinskega zakonika.

3 — Ta težnja je bila izražena v nedavni Uredbi (EU) 2015/848 Evropskega parlamenta in Sveta z dne 20. maja 2015 o postopkih v primeru insolventnosti (UL 2015, L 141, str. 19). Glej zlasti uvodno izjavo 10 te uredbe.

5. Vendar je s tem predlogom za sprejetje predhodne odločbe, ki ga je vložilo Rechtbank Midden-Nederland (sodišče osrednje Nizozemske), postavljeno pomembno vprašanje v zvezi z usodo delavcev podjetja (ali dela podjetja), za katero se uporabi *pre-pack*. Natančneje, predložitveno sodišče Sodišče v bistvu sprašuje, ali se v okviru *pre-packa*, kot se je v praksi razvil na Nizozemskem, sistem varstva delavcev v primeru prenosa podjetij, vzpostavljen z Direktivo 2001/23/ES⁴, uporablja ali ne.

6. Sodišče bo moralo za odgovor na to vprašanje – prvič – razložiti izjemo glede uporabe Direktive 2001/23, določeno v členu 5(1) te direktive. Pri razlagi te določbe bo treba glede na sodno prakso, ki jo kodificira, najti pravo ravnotežje med zahtevo, naj se ne ogrozi uporaba pravnih instrumentov, kot je *pre-pack*, s katerimi se poskuša doseči „hvalevreden“ cilj rešitve enot, ki so ekonomsko še sposobne preživeti, na eni strani in zahtevo, naj se z uporabo takih instrumentov ne omogoči zaobid varstva, ki je s pravom Unije zagotovljeno delavcem, na drugi strani.

I. Pravni okvir

A. Pravo Unije

7. Iz uvodne izjave 3 Direktive 2001/23, s katero je bila razveljavljena in nadomeščena nekdanja Direktiva 77/187/EGS⁵, izhaja, da je njen namen varstvo delavcev z zagotovitvijo ohranitve njihovih pravic v primeru prenosa podjetij.

8. Člen 1(1)(a) Direktive 2001/23 določa, da se Direktiva uporablja „za vsak prenos podjetja, obrata ali dela podjetja ali obrata na drugega delodajalca, ki je posledica pogodbenega prenosa ali združitve“.

9. V Direktivi 2001/23 so v bistvu predvidene tri vrste varstva delavcev.

10. Prvič, zagotovljeno je nadaljevanje pogodb o zaposlitvi v primeru prenosa podjetja. Tako je v členu 3(1) navedene direktive določeno: „Pravice in obveznosti odsvojitelja, ki izhajajo iz na dan prenosa obstoječe pogodbe o zaposlitvi ali delovnega razmerja, se na podlagi takega prenosa prenesejo na pridobitelja.“

11. Drugič, člen 4(1) Direktive 2001/23 določa, da prenos podjetja „sam po sebi odsvojitelju ali pridobitelju ne daje podlage za odpuščanje“. Vendar je v drugem stavku istega odstavka pojasnjeno, da „[t]a določba ne preprečuje morebitnega odpuščanja iz ekonomskih, tehničnih ali organizacijskih razlogov, zaradi katerih so potrebne kadrovske spremembe“.

12. Tretjič, člen 7 Direktive 2001/23 določa obveznosti informiranja predstavnikov delavcev in posvetovanja z njimi, ki veljajo za odsvojitelja in pridobitelja.

13. Vendar je v členu 5 Direktive 2001/23 določena izjema glede uporabe členov 3 in 4 navedene direktive. V odstavku 1 tega člena 5 je določeno:

„Če države članice ne določijo drugače, se člena 3 in 4 ne uporabljata za prenos podjetja, obrata ali dela podjetja ali obrata, če je odsvojitelj v stečajnem ali temu podobnem postopku zaradi plačilne nesposobnosti, ki je bil začet z namenom likvidacije premoženja odsvojitelja in je pod nadzorom pristojnega organa oblasti (ki je lahko tudi stečajni upravitelj, ki ga je pooblastil pristojni organ oblasti).“

4 — Direktiva Sveta z dne 12. marca 2001 o približevanju zakonodaje držav članic v zvezi z ohranjanjem pravic delavcev v primeru prenosa podjetij, obratov ali delov podjetij ali obratov (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 5, zvezek 4, str. 98).

5 — Direktiva Sveta z dne 14. februarja 1977 o približevanju zakonodaje držav članic v zvezi z ohranjanjem pravic delavcev v primeru prenosa podjetij, obratov ali delov podjetij ali obratov (UL 1977, L 61, str. 26), kakor je bila spremenjena z Direktivo Sveta 98/50/ES z dne 29. junija 1998 (UL 1998, L 201, str. 88) (v nadaljevanju: Direktiva 77/187).

14. V odstavku 2 istega člena je določeno, da „[k]adar se člena 3 in 4 uporabljata za prenos v postopkih plačilne nesposobnosti (ne glede na to, ali je bil postopek sprožen z namenom likvidacije premoženja odsvojitelja) in pod pogojem, da postopek nadzira pristojni organ oblasti,“ lahko država članica določi, da se nekateri vidiki sistema varstva iz členov 3 in 4 navedene direktive ne uporabijo.

15. Nazadnje, v skladu s členom 5(4) Direktive 2001/23 „[d]ržave članice sprejmejo ustrezne ukrepe, da preprečijo zlorabo postopkov plačilne nesposobnosti, zaradi katerih bi bili delavci prikrajšani za pravice, ki jih predvideva ta direktiva“.

B. Nizozemsko pravo

16. Določbe, s katerimi so v nacionalnem pravu urejene pravice delavcev v primeru prenosa podjetij, so člani od 7:662 do 7:666 in člen 7:670(8) Burgerlijk Wetboek (civilni zakonik, v nadaljevanju: BW).

17. Natančneje, v skladu s členom 7:663 BW se „[s] prenosom podjetja [...] po zakonu na pridobitelja prenesejo pravice in obveznosti, ki v tistem trenutku veljajo za delodajalca v tem podjetju na podlagi pogodbe o zaposlitvi med njim in delavcem, dejavnim v podjetju“.

18. Vendar je v členu 7:666(1)(a) BW določeno odstopanje, v skladu s katerim se „[č]leni od 7:662 do 7:665 ter člen 7:670(8) [...] ne uporabljajo za prenos podjetja, kadar je [...] razglašen stečaj delodajalca in podjetje spada v stečajno maso“.

19. Nizozemski stečajni postopek je opredeljen v Faillissementswet (zakon o stečaju).

20. Od leta 2012 več nizozemskih sodišč⁶ v nekaterih primerih pred stečajem izvede pripravljalno fazo, ki je namenjena sklenitvi posla v zvezi s sredstvi zadevnega podjetja (*pre-pack*). Ta pripravljalna faza se vedno začne na pobudo zadevnega podjetja, ki sodišču predlaga, naj imenuje predvidenega upravitelja in tudi predvidenega stečajnega sodnika. Posel v zvezi s sredstvi se pripravi pred razglasitvijo stečaja s pomočjo predvidenega upravitelja, ta pa ga izvede takoj po razglasitvi stečaja.

21. Za zdaj na Nizozemskem niti pripravljalna faza niti *pre-pack* kot tak nista urejena z zakonom, ampak sta rezultat prakse. Osnutek predloga zakona z naslovom „zakon o nadaljevanju podjetij“ je trenutno v obravnavi v nizozemskem parlamentu.⁷

II. Spor o glavni stvari in vprašanja za predhodno odločanje

22. Skupina Estro Groep BV je bila do stečaja največja družba za varstvo otrok na Nizozemskem. Imela je skoraj 380 zavodov na celotnem nizozemskem ozemlju in zaposlovala približno 3600 delavcev. V času dejanskega stanja v zadevi pred predložitvenim sodiščem je bilo glavni delničar skupine Estro Groep investicijsko podjetje Bayside Capital.

23. Novembra 2013 je bilo že mogoče predvideti, da skupina Estro Groep poleti 2014 brez dodatnega financiranja ne bo več zmogla plačevati svojih obveznosti.

24. Skupina Estro Groep se je pri iskanju takega financiranja najprej dogovarjala s svojimi glavnimi vlagatelji in delničarji ter drugimi vlagatelji, da bi pridobila nova financiranja. Vendar to dogovarjanje, imenovano „Načrt A“, ni obrodilo sadov.

6 — Iz predložitvene odločbe izhaja, da je *pre-pack* za zdaj predviden samo na sodiščih v Amsterdamu, Rotterdamu, Overijsslu, Zeeland-West-Brabantu, Gelderlandu, Oost-Brabantu, Haagu in Noord-Nederlandu, predložitveno sodišče pa ga ne predvideva.

7 — Glej <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-34218-1.html>. Iz predložitvene odločbe izhaja, da naj bi ta osnutek predloga zakona po eni strani prispeval k učinkovitosti ureditve stečaja in po drugi strani po stečaju spodbudil hitri ponovni zagon enot podjetja, sposobnih preživetja, tako da bi se lahko ohranile vrednost podjetja in zaposlitve.

25. Vzporedno s pogajanjem v okviru Načrta A je skupina Estro Groep izdelala drug načrt, imenovan „projekt Butterfly“. V njem je bil predviden ponovni zagon pomembnega dela skupine Estro Groep po *pre-packu*. Navedeni ponovni zagon bi moral temeljiti na treh načelih, in sicer, prvič, ponovnem zagonu 243 zavodov od 380, drugič, ohranitvi zaposlitve za skoraj 2500 delavcev od skupno 3600 in, tretjič, nadaljevanju storitve od julija 2014.

26. Skupina Estro Groep je pri izvajanju projekta Butterfly kot z morebitnim kupcem stopila v stik samo s H.I.G. Capital, sestrsko družbo svojega glavnega delničarja Bayside Capital. Preučena ni bila nobena druga možnost.

27. Skupina Estro Groep je 5. junija 2014 pri rechtbank Amsterdam (sodišče v Amsterdamu) vložila predlog za imenovanje predvidenega upravitelja. Ta je bil imenovan 10. junija 2014.

28. 20. junija 2014 je bila ustanovljena družba z omejeno odgovornostjo Smallsteps BV, ki naj bi kot podjetje za ponovni zagon za račun družbe H.I.G. Capital v okviru projekta Butterfly prevzela velik del zavodov za varstvo otrok skupine Estro Groep.

29. Skupina Estro Groep je 4. julija 2014 pri rechtbank Amsterdam (sodišče v Amsterdamu) vložila predlog za odlog plačila.

30. 5. julija 2014 je bil ta predlog preoblikovan v predlog za razglasitev stečaja skupine Estro Groep. Stečaj je bil razglašen istega dne.

31. Prav tako 5. julija 2014 je bila podpisana pogodba o prodaji (*pre-pack*) med upraviteljem in družbo Smallsteps, v skladu s katero je ta družba kupila podjetje s približno 250 zavodi skupine Estro Groep in se zavezala, da bo na dan stečaja ponudila zaposlitev skoraj 2600 delavcem skupine Estro Groep.

32. Upravitelj je 7. julija 2014 odpustil vse delavce skupine Estro Groep. Družba Smallsteps je novo pogodbo o zaposlitvi ponudila skoraj 2600 delavcem, ki so bili zaposleni v skupini Estro Groep, več kot tisoč pa jih je bilo dokončno odpuščenih.

33. Federatie Nederlandse Vakvereniging (v nadaljevanju: FNV), nizozemska sindikalna organizacija, in štiri sotožeče stranke, ki so delale v zavodih, ki jih je prevzela družba Smallsteps, vendar jim po stečaju ni bila ponujena nova pogodba o zaposlitvi, so pri predložitvenem sodišču vložile tožbo. V navedeni tožbi predlagajo, primarno, naj se ugotovi, da se Direktiva 2001/23 uporablja za *pre-pack*, sklenjen med skupino Estro Groep in družbo Smallsteps, in da je torej treba za navedene štiri sotožeče stranke šteti, da odslej pravno veljavno in pod nespremenjenimi delovnimi pogoji delajo za družbo Smallsteps. Podredno predlagajo, naj se ugotovi, da se člen 7:662 in naslednji BW vseeno uporabljajo, ker je bilo podjetje preneseno pred stečajem. Družba Smallsteps zavrača predloga tožečih strank.

34. V teh okoliščinah je Rechtbank Midden-Nederland (sodišče osrednje Nizozemske) prekinilo odločanje in Sodišču v predhodno odločanje predložilo ta vprašanja:

- „1. Ali je nizozemski stečajni postopek v primeru prenosa plačilno nesposobnega podjetja, pri čemer se je pred stečajem izvedel *pre-pack*, ki ga je nadziralo sodišče in katerega izrecni namen je bil preživetje (delov) podjetja, skladen s smislom in z namenom Direktive 2001/23/ES in ali je člen 7:666(1)(a) BW glede na navedeno (še) skladen z direktivo?
2. Ali se Direktiva 2001/23/ES uporablja v primeru, v katerem se tako imenovani ‚predvideni upravitelj‘ (‚beoogd curator‘), ki ga imenuje sodišče, že pred začetkom stečaja seznanj s položajem dolžnika in preveri, ali bi lahko tretja oseba morda na novo začela opravljati dejavnost podjetja, ter se hkrati pripravlja na dejanja, ki jih je treba za uresničitev novega začetka s prenosom premoženja

izvršiti kmalu po začetku stečaja in s katerimi se bo ob začetku stečaja ali kmalu po njem preneslo podjetje dolžnika ali njegov del, opravljanje dejavnosti pa se v celoti ali delno nadaljuje (skoraj) brez prekinitve?

3. Ali je treba položaj presoditi drugače, če je osnovni namen *pre-packa* nadaljevanje podjetja ali če je namen (predvidenega) upravitelja predvsem, da s *pre-packom* in z odsvojitvijo premoženja delujočega podjetja („going concern“) takoj po začetku stečaja iztrži čim več za vse upnike, ali če se v okviru *pre-packa* pred začetkom stečaja doseže soglasje volj o prenosu premoženja (nadaljevanje podjetja), katerega izvedba se formalizira in/ali realizira po začetku stečaja? Kako pa je treba presoditi položaj, v katerem je namen upravitelja tako nadaljevanje podjetja kot tudi čim večji izkupiček?
4. Ali je dan prenosa podjetja za namene uporabe Direktive 2001/23/ES in člena 7:662 in naslednjih BW, ki temeljijo na njej, v okviru *pre-packa*, ki se izvede pred stečajem podjetja, dan, na katerega se pred začetkom stečaja doseže dejansko soglasje volj o prenosu podjetja, ali dan, na katerega se z odsvojitelja na pridobitelja dejansko prenese imetništvo, s katerim je povezana odgovornost za opravljanje dejavnosti zadevnega subjekta?“

III. Postopek pred Sodiščem

35. Predložitvena odločba je v sodno tajništvo Sodišča prispela 26. februarja 2016. Organizacija FNV, družba Smallsteps, nizozemska vlada in Evropska komisija so predložile stališča in intervenirale na obravnavi, ki je potekala 18. januarja 2017.

IV. Analiza

A. Prvo, drugo in tretje vprašanje za predhodno odločanje

1. Uvodne ugotovitve

36. Prva tri vprašanja za predhodno odločanje je treba analizirati skupaj. Predložitveno sodišče želi s temi vprašanji v bistvu izvedeti, ali se lahko Direktiva 2001/23 uporablja v primeru prenosa podjetja, izvedenega v okviru *pre-packa*, kot se je v praksi razvil na Nizozemskem (drugo vprašanje), in ali sta v takem okviru nizozemski stečajni postopek, zlasti člen 7:666 BW, kakor se uporablja v praksi, skladna s ciljem in namenom navedene direktive (prvo vprašanje). S tretjim vprašanjem želi v bistvu izvedeti, ali je treba na ta vprašanja odgovoriti različno, odvisno od tega, ali je glavni cilj *pre-packa* nadaljevanje podjetja in/ali čim večji izkupiček iz odsvojitve.

37. S temi vprašanji za predhodno odločanje se predhodno postavlja vprašanje uporabe izjeme iz člena 5(1) Direktive 2001/23 za prenose podjetij, izvedene v okviru *pre-packa*.

38. Stranke, ki so pri Sodišču predložile stališča, imajo v zvezi s tem različna mnenja. Po eni strani organizacija FNV in Komisija menita, da postopek, v okviru katerega je sklenjen *pre-pack*, ne spada v odstopanje iz člena 5(1) Direktive 2001/23. Iz tega naj bi sledilo, da nizozemsko stečajno pravo ni v skladu z navedeno direktivo, ker ne določa, da se v primeru odsvojitve podjetja, izvedene v okviru *pre-packa*, za delavce uporabijo jamstva, določena s to direktivo.

39. Po drugi strani pa družba Smallsteps in nizozemska vlada menita, da stečaj, pred katerim se izvede predhodna faza, namenjena sklenitvi *pre-packa*, kot je bila izvedena v primeru skupine Estro Groep, spada v izjemo iz člena 5(1) Direktive 2001/23, tako da naj bi bil člen 7:666(1) BW, kot ga v praksi uporablja Nizozemska, v skladu z navedeno direktivo.

40. Navedel sem že, da Sodišče v tej zadevi prvič razlaga člen 5 Direktive 2001/23 in da vključitev izrecne izjeme glede uporabe navedene direktive v odstavek 1 tega člena pomeni kodifikacijo sodne prakse Sodišča. V teh okoliščinah menim, da je treba za popolno razumevanje obsega te določbe analizirati načela, ki jih je Sodišče izoblikovalo v tej sodni praksi, ki se nanaša na nekdanjo Direktivo 77/187, ki je bila pozneje razveljavljena z Direktivo 2001/23.⁸

2. Sodna praksa Sodišča o uporabi sistema varstva delavcev v primeru prenosa podjetja v okviru postopka, predvidenega za podjetje v težavah

41. Sodišče se je z vprašanjem uporabe jamstev, določenih z Direktivo 77/187, prvič srečalo v primeru odsvojitve podjetja, izvedene v okviru postopka zaradi plačilne nesposobnosti, natančneje stečaja, v zadevi, v kateri je bila izrečena sodba z dne 7. februarja 1985, Abels⁹.

42. Sodišče je v tej sodbi najprej opozorilo, da je cilj Direktive 77/187 preprečiti, da bi bilo prestrukturiranje znotraj enotnega trga izvedeno v škodo delavcev,¹⁰ in nato izpostavilo specifičnost stečajnega prava. Tako je poudarilo, da so za to pravo značilni posebni postopki, katerih namen je tehtanje različnih interesov, zlasti interesov različnih razredov upnikov, in ki pomenijo vsaj delno odstopanje od drugih določb splošne narave, kot so določbe socialnega prava.¹¹

43. Sodišče je zaradi te specifičnosti razsodilo, da se Direktiva 77/187 ne uporablja za „prenose podjetij [...], izvedene v okviru stečajnega postopka, katerega namen je likvidacija premoženja odsvojitelja pod nadzorom pristojnega sodnega organa“,¹² pri čemer pa je državam članicam pustilo svobodo, da vsa ali nekatera načela iz navedene direktive uporabijo zgolj na podlagi svojega nacionalnega prava¹³.

44. Nasprotno pa je Sodišče v isti sodbi razsodilo, da se Direktiva 77/187 uporablja za postopek, kot je odlog plačila, kljub nekaterim skupnim značilnostim tega postopka s stečajnim postopkom. Menilo je namreč, da razlogi, ki upravičujejo neuporabo navedene direktive v primeru stečajnih postopkov, ne veljajo za postopek, izveden v fazi pred stečajem, ki vključuje bolj omejen nadzor sodišča ter je namenjen predvsem zavarovanju stečajne mase in po potrebi nadaljevanju dejavnosti podjetja v prihodnosti.¹⁴

45. Pozneje je Sodišče v sodbi z dne 25. julija 1991, d'Urso in drugi¹⁵, izrecno navedlo, da je odločilno merilo, ki ga je treba upoštevati pri ugotovitvi, ali se Direktiva 77/187 uporablja za prenos podjetja, izveden v okviru postopka dogovora z upniki, cilj, ki naj bi bil dosežen z zadevnim postopkom.¹⁶

8 — Z Direktivo 77/187 so bile za delavce določene enake oblike varstva, kot so določene z Direktivo 2001/23, vendar pa ni bila določena izrecna izjema glede uporabe navedene direktive, če se podjetje prenese v okviru postopka zaradi plačilne nesposobnosti.

9 — 135/83, EU:C:1985:55.

10 — Sodba z dne 7. februarja 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, točki 14 in 18). V zvezi s tem glej tudi sodbo z dne 25. julija 1991, d'Urso in drugi (C-362/89, EU:C:1991:326, točka 23).

11 — Sodba z dne 7. februarja 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, točke od 15 do 17).

12 — Sodba z dne 7. februarja 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, točki 23 in 30). Glej tudi sodbo z dne 25. julija 1991, d'Urso in drugi (C-362/89, EU:C:1991:326, točka 23).

13 — Sodba z dne 7. februarja 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, točka 24).

14 — Sodba z dne 7. februarja 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, točki 28 in 29).

15 — C-362/89, EU:C:1991:326.

16 — Sodba z dne 25. julija 1991, d'Urso in drugi (C-362/89, EU:C:1991:326, točka 26). Sodišče je v tej sodbi tudi pojasnilo, da ob upoštevanju razlik med pravnimi sistemi držav članic merilo obsega nadzora, ki ga v zvezi s postopkom izvaja sodišče, samo po sebi ne omogoča določitve področja uporabe Direktive 77/187 (točka 25).

46. Na tej podlagi je menilo, da so v primeru, ko je zadevni postopek v obravnavani zadevi¹⁷ namenjen *likvidaciji* premoženja dolžnika zaradi skupnega poplačila terjatev upnikov, prenosi, izvedeni v tem pravnem okviru, izključeni s področja uporabe Direktive 77/187. Nasprotno pa, kadar je bilo z odlokom, s katerim je bila odrejena uporaba navedenega postopka, določeno tudi *nadaljevanje* dejavnosti podjetja pod nadzorom upravitelja, je bil cilj tega postopka predvsem zagotoviti nadaljevanje dejavnosti podjetja. V takem primeru se z ekonomskim in socialnim ciljem, ki se je tako poskušal doseči, ni moglo pojasniti niti upravičiti dejstva, da so delavcem ob prenosu zadevnega podjetja odvzete pravice, ki so jim priznane z navedeno direktivo.¹⁸

47. Sodišče je ta pristop potrdilo v poznejši sodbi z dne 7. decembra 1995, Spano in drugi¹⁹. Sodišče, ki je bilo pozvano, naj ugotovi, ali se Direktiva 77/187 uporablja za prenos podjetja, katerega kritične težave so bile ugotovljene na podlagi upoštevne italijanske zakonodaje, je najprej potrdilo, da je odločilno merilo za določitev, ali se navedena direktiva uporablja, cilj zadevnega postopka. Nato je navedlo, da je akt, s katerim je podjetje v skladu z italijansko zakonodajo razglašeno za podjetje v težavah, namenjen temu, da se omogoči ponovna vzpostavitev ekonomskega in finančnega položaja podjetja ter predvsem ohranitev delovnih mest. Ker je bil zadevni postopek namenjen spodbuditi ohranitve dejavnosti podjetja z namenom njegovega poznejšega okrevanja in v nasprotju s stečajnimi postopki ni vključeval niti sodnega nadzora, niti ukrepa upravljanja premoženja podjetja, niti odloga plačila, je Sodišče razsodilo, da ekonomski in socialni cilj tega postopka ni upravičeval, da so bile delavcem podjetja ob prenosu odvzete pravice, ki so jim bile priznane z Direktivo 77/187.²⁰

48. Nazadnje, Sodišče je v sodbi z dne 12. marca 1998, Dethier Équipement²¹, v kateri je bilo pozvano, naj določi, ali se Direktiva 77/187 uporablja za prenos podjetja v sodni likvidaciji v smislu belgijske zakonodaje, svoj pristop še dodelalo. Najprej je pojasnilo, da je treba poleg merila cilja postopka upoštevati tudi pogoje zadevnega postopka, zlasti, ali ti pomenijo, da se bo dejavnost podjetja nadaljevala ali bo prenehala, ter tudi cilje Direktive 77/187.²² Sodišče je v navedeni zadevi ugotovilo, da čeprav je bil zadevni postopek namenjen likvidaciji premoženja, se je položaj podjetja v sodni likvidaciji v več pomembnih pogledih razlikoval od položaja podjetja v stečaju,²³ zlasti kar zadeva imenovanje in naloge likvidatorja. Zlasti je bil v belgijskem postopku sodne likvidacije – v nasprotju s stečajnim postopkom – likvidator, čeprav ga je imenovalo sodišče, organ družbe, ki je opravil prodajo premoženja pod nadzorom generalne skupščine. V teh okoliščinah je Sodišče menilo, da bi lahko bili razlogi, na podlagi katerih je izključilo uporabo Direktive 77/187 v primeru stečaja, odsotni v primeru podjetja v sodni likvidaciji, zlasti v primeru, kot ga je obravnavalo nacionalno sodišče, v katerem je bilo ob prenosu podjetja zagotovljeno nadaljevanje poslovanja.²⁴

3. Izjema, določena v členu 5(1) Direktive 2001/23

49. Po sodbah, ki sem jih analiziral, je zakonodajalec Evropske unije leta 1998²⁵ v Direktivo 77/187 vključil določbo, ki je zdaj vsebovana v členu 5(1) Direktive 2001/23.

17 — Spor o glavni stvari se je nanašal na uporabo varstva, določenega z Direktivo 77/187, v primeru prenosa podjetja, podvrženega postopku izredne uprave za velika podjetja v težavah, predvidenemu s takrat veljavno italijansko zakonodajo. Sodišče je ugotovilo, da je bila italijanska zakonodaja na tem področju različna, odvisno od tega, ali je bilo z odlokom, s katerim je bila odrejena prisilna upravna likvidacija, določeno nadaljevanje dejavnosti podjetja ali ne. Glej sodbo z dne 25. julija 1991, d'Urso in drugi (C-362/89, EU:C:1991:326, točka 30).

18 — Sodba z dne 25. julija 1991, d'Urso in drugi (C-362/89, EU:C:1991:326, točki 31 in 32).

19 — C-472/93, EU:C:1995:421.

20 — Sodba z dne 7. decembra 1995, Spano in drugi (C-472/93, EU:C:1995:421, točke od 24 do 30).

21 — C-319/94, EU:C:1998:99.

22 — Sodba z dne 12. marca 1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99, točka 25). Glej tudi sodbo z dne 12. novembra 1998, Europièces (C-399/96, EU:C:1998:532, točka 26).

23 — Te razlike so podrobno povzete v točki 9 sodbe z dne 12. marca 1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99).

24 — Sodba z dne 12. marca 1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99, točke od 26 do 31). Glej tudi sodbo z dne 12. novembra 1998, Europièces (C-399/96, EU:C:1998:532, točki 31 in 32). Sodišče je v zadnjenavedeni sodbi merila, ki jih je izdelalo v sodbi z dne 12. marca 1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99), uporabilo za postopek prostovoljne likvidacije v belgijskem pravu.

25 — Glej člen 4a Direktive 98/50, navedene v opombi 5 teh sklepnih predlogov.

50. Z njo je določeno, da se, razen če države članice ne določijo drugače, sistem varstva, določen v členih 3 in 4 Direktive 2001/23, ne uporablja za prenos podjetij, če je odsvojitelj v stečajnem ali podobnem postopku zaradi plačilne nesposobnosti, ki je bil začel z namenom likvidacije premoženja odsvojitelja in je pod nadzorom pristojnega organa oblasti.

51. V delu, v katerem se ta določba sklicuje na postopek, ki je „začet z namenom likvidacije premoženja odsvojitelja“ in „pod nadzorom pristojnega organa oblasti“, je očitno povzeto izrazoslovje, ki ga je Sodišče v sodbah Abels ter d’Urso in drugi²⁶ uporabilo za stečaj.²⁷

52. V teh okoliščinah ni dvoma, da je treba, kot so sicer navedle vse stranke, ki so predložile stališča pred Sodiščem, izjemo, ki jo vsebuje člen 5(1) Direktive 2001/23, razlagati glede na načela, ki jih je Sodišče izdelalo v sodbah, preučeni v točkah od 41 do 48 teh sklepnih predlogov.

53. Iz analize teh sodb izhaja, da je Sodišče za ugotovitev, ali se sistem varstva delavcev, določen z Direktivo 77/187 – zdaj določen z Direktivo 2001/23 – uporablja za prenos, izveden v okviru postopka, predvidenega za podjetja v težavah, ali ne, pretehtalo dve merili, in sicer *cilj* zadevnega postopka in *pogoje* tega postopka, ob upoštevanju ciljev navedene direktive. Natančneje, iz analize sodne prakse izhaja, da je izključitev iz navedenega sistema varstva upravičena samo, če je zadevni postopek ob upoštevanju njegovih ciljev in pogojev namenjen likvidaciji premoženja podjetja. Nasprotno pa, če je zadevni postopek ob upoštevanju njegovih ciljev in pogojev namenjen nadaljevanju poslovanja podjetja, njegov ekonomski in socialni cilj ne upravičuje tega, da so v primeru prenosa podjetja njegovim delavcem odvzete pravice, ki so jim priznane z navedeno direktivo.²⁸

54. To razlikovanje med postopki, namenjenimi likvidaciji, in postopki, namenjenimi nadaljevanju podjetja, ne izhaja samo iz sodne prakse Sodišča, ampak ima, kot je pravilno poudarila Komisija, zdaj svojo podlago tudi v samem besedilu člena 5 Direktive 2001/23. V tem členu je namreč vzpostavljeno razlikovanje med postopki zaradi plačilne nesposobnosti, ki so tako kot stečaj namenjeni likvidaciji premoženja odsvojitelja (ti postopki so izrecno navedeni v odstavku 1 navedenega člena in so izključeni s področja uporabe Direktive 2001/23), in postopki zaradi plačilne nesposobnosti (navedeni v odstavku 2 navedenega člena), ki niso bili začeti z namenom likvidacije premoženja odsvojitelja in se nanašajo na nadaljevanje podjetja.

55. Konkretna ugotovitev, ali je bila odsvojitvev izvedena v okviru postopka zaradi plačilne nesposobnosti, namenjenega likvidaciji premoženja odsvojitelja, ali postopka, namenjenega nadaljevanju podjetja, ni nujno enostavna.

56. Po eni strani je namreč dejansko mogoče, da se odsvojitvev preživetja sposobnih delov podjetja, ki je plačilno nesposobno, izvede v okviru postopka, ki je tako kot stečaj namenjen likvidaciji premoženja odsvojitelja. Po drugi strani se lahko taka ugotovitev izkaže za zapleteno v primerih „neobičajnih“ postopkov, kot je na primer postopek, ki se je na Nizozemskem razvil za sklenitev *pre-packa*, ki vsaj delno poteka zunaj pravnega okvira in je mešane narave, ker vključuje neformalne elemente elemente formalnega postopka (in sicer stečajnega postopka, kakor je urejen z zakonom o stečaju).

26 — Glej točko 23 sodbe z dne 7. februarja 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55), in točko 23 sodbe z dne 25. julija 1991, d’Urso in drugi (C-362/89, EU:C:1991:326), ter točko 43 teh sklepnih predlogov.

27 — Iz tega sledi, da ni mogoče sprejeti trditve, ki jo družba Smallsteps navaja tako pred predložitvenim sodiščem kot pred Sodiščem in v skladu s katero se zahteva, določena v členu 5(1) Direktive 2001/23, da je postopek „začet z namenom likvidacije premoženja odsvojitelja“ in je „pod nadzorom pristojnega organa oblasti“, uporablja izključno za postopke, podobne stečaju, in ne za stečaj kot tak. Taka razlaga je namreč očitno v nasprotju z vsebino točk sodbe z dne 7. februarja 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55), in sodbe z dne 25. julija 1991, d’Urso in drugi (C-362/89, EU:C:1991:326), navedenih v opombi na tej strani.

28 — Iz tega izhaja, da ni utemeljena razlaga, ki jo predlaga nizozemska vlada in v skladu s katero je odločilni element za določitev, ali se Direktiva 2001/23 uporablja za prenos, to, da se ta nanaša na industrijske ali komercialne dejavnosti podjetja v stečaju. V sodni praksi namreč ne šteje položaj, v katerem so dejavnosti, ki se prenesejo, ampak šteje cilj (nadaljevanje ali likvidacija podjetja) postopka, v okviru katerega se izvede prenos, pri čemer je treba cilj razlagati glede na pogoje tega postopka.

57. V zvezi s tem menim, da se lahko na splošno šteje, da je bil prenos izveden v okviru postopka, ki je namenjen nadaljevanju podjetja, kadar je ta postopek načrtovan ali uporabljen prav s ciljem, da se ohrani operativnost podjetja (ali njegovih preživetja sposobnih enot), tako da se omogoči ohranitev vrednosti, ki izhaja iz nadaljevanja njegovega poslovanja brez prekinitve. Nasprotno pa postopki, ki so namenjeni likvidaciji premoženja, niso oblikovani posebej za doseg takega cilja, ampak se z njimi poskuša zgolj čim več iztržiti za skupno poplačilo terjatev upnikov.

58. Seveda lahko obstaja določeno prekrivanje med ciljem ohranitve operativnosti odsvojenega dela podjetja in ciljem čim večjega iztržka za skupno poplačilo terjatev upnikov. Vrednost podjetja, ki še normalno posluje, je namreč na splošno precej večja tako od vrednosti njegovih sredstev, upoštevanih ločeno, kot od vrednosti, ki bi jo isto podjetje imelo, če bi bile njegove resne finančne težave javno razglašene.²⁹ Tako se lahko z ohranitvijo operativnosti preživetja sposobnega dela podjetja v težavah, ki potencialno omogoča pridobitev višje cene za njegovo odsvojitve, poveča iztržek za poplačilo terjatev upnikov.³⁰ Vendar v postopkih, ki so namenjeni nadaljevanju podjetja, njegova ohranitev pomeni osrednji element in končni cilj postopka kot takega ali njegove konkretne uporabe. Nasprotno pa je v postopkih, ki so namenjeni likvidaciji, navedena ohranitev namenjena zgolj poplačilu terjatev upnikov.

59. V tem smislu je torej treba po mojem mnenju člen 5(1) Direktive 2001/23 razlagati glede na sodno prakso, ki jo je kodificiral.

60. Preden se preveri, ali se ta določba uporablja v primeru prenosa, ki je bil tako kot v obravnavani zadevi izveden v okviru postopka za sklenitev *pre-packa*, kot se je razvil na Nizozemskem, se zdi primerno navesti še dve pripombi.

61. Prvič, izjemo iz člena 5(1) Direktive 2001/23 je treba kot odstopanje od glavnega cilja Direktive 2001/23, to je varstva delavcev, in uporabe jamstev, ki so z njo določena v njihovo korist, razlagati ozko.

62. Drugič, s členom 5 Direktive 2001/23, zlasti njegovima odstavkoma 1 in 2, je državam članicam prepuščeno široko polje proste presoje pri opredelitvi področja uporabe v njej predvidenih izjem. Po eni strani je namreč s prvim stavkom odstavka 1 tega člena državam članicam izrecno dana možnost, da „določijo drugače“ in v primeru stečaja ali podobnega postopka v celoti uporabljajo člena 3 in 4 Direktive 2001/23. Po drugi strani je z odstavkom 2 člena 5 navedene direktive državam članicam dovoljeno, da navedena člena 3 in 4 uporabljajo delno za prenose podjetij, izvedene v okviru postopka zaradi plačilne nesposobnosti, začetega v zvezi z odsvojiteljem (ne glede na to, ali se je ta postopek začel z namenom likvidacije njegovega premoženja ali ne).

63. Priznavanje takega širokega polja proste presoje državam članicam ni samo v skladu s sodbo z dne 7. februarja 1985, Abels³¹, ampak tudi s širokim pooblastilom za ukrepanje, ki je državam članicam na splošno priznано v okviru izvajanja in uporabe Direktive 2001/23 ter temelji na dejstvu, da je namen te direktive le delna uskladitev področja, ki ga ureja, in ne vzpostavitev enotne ravni varstva za celotno Unijo na podlagi skupnih meril³².

29 — Seznanjenost z obstojem hudih finančnih težav podjetja ima lahko namreč škodljive posledice za odnos strank, dobaviteljev in vlagateljev do podjetja, kar lahko povzroči precejšnje negativne posledice za njegove dejavnosti in torej njegovo vrednost.

30 — Za konkretni primer postopka, v katerem se oba cilja prekrivata, glej točko 32 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca C. O. Lenza v zadevi Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1996:291).

31 — Glej točki 23 in 24 sodbe z dne 7. februarja 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55).

32 — Glej sodbo z dne 11. septembra 2014, Österreichischer Gewerkschaftsbund (C-328/13, EU:C:2014:2197, točka 22 in navedena sodna praksa).

64. Vendar je treba v obravnavani zadevi ugotoviti, da Kraljevina Nizozemska ni uporabila polja proste presoje, ki ji je izrecno priznано s členom 5 Direktive 2001/23. Nizozemska vlada je na obravnavi na podlagi posebnega vprašanja Sodišča potrdila, da Kraljevina Nizozemska ni sprejela posebne določbe, ki bi, če uporabim izraze iz navedene direktive, določala „drugače“ od navedenega člena 5(1). Zato je v obravnavani zadevi upoštevana izjema, kot je predvidena v tej določbi.

4. Uporaba sistema varstva delavcev, določenega v členih 3 in 4 Direktive 2001/23, v primeru prenosa podjetja, izvedenega v okviru pre-packa

65. Glede na vse zgornje preudarke je treba preučiti, ali prenos, izveden v okviru *pre-packa*, kot je ta, ki se v obravnavani zadevi nanaša na enote skupine Estro Groep, spada pod izjemo iz člena 5(1) Direktive 2001/23 ali ne in ali se posledično sistem varstva, ki je v členih 3 in 4 te direktive določen v korist delavcev, v primeru takega prenosa uporablja ali ne.

66. V zvezi s tem iz informacij v spisu Sodišča izhaja, da postopek, ki vodi do sklenitve *pre-packa*, kot se je v praksi razvil na Nizozemskem, poteka v dveh fazah, in sicer sta to pripravljalna faza pred razglasitvijo stečaja in faza, ki poteka sočasno z razglasitvijo stečaja ali takoj po njej.

67. Pripravljalna faza se vedno začne na pobudo podjetja v težavah, ki sodišču predlaga, naj imenuje predvidenega upravitelja in predvidenega stečajnega sodnika. Sodišče lahko opravi tako imenovanje ali ne, odvisno od tega, ali meni, da je izvedba takega postopka zaželena.

68. Zamisel, na kateri temelji to predčasno imenovanje, je, da se predvidenemu upravitelju omogoči, da se, preden je formalno imenovan za stečajnega upravitelja, pouči o podjetju ter analizira njegov finančni položaj in morebitne predvidene rešitve, tako da lahko zelo hitro po razglasitvi stečaja stečajnega sodnika zaprosi za dovoljenje za izvedbo odsvojitve v okviru *pre-packa*.

69. Predvideni upravitelj v ta namen stopi v stik z zadevnim podjetjem, preuči njegovo knjigovodstvo in druge upoštevalne podatke o njem ter prejme informacije o predvidenih rešitvah. *Eventualno* je lahko tudi vključen v pogajanja v zvezi z odsvojitvijo podjetja ali njegovih enot, sposobnih preživetja.

70. V tej pripravljalni fazi, ki poteka pred razglasitvijo stečaja, je odsvojitvev podjetja pripravljena do najmanjše podrobnosti. Tako je v tej pripravljalni fazi izdelana pogodba o prodaji. Vse je pripravljeno za takojšnjo izvedbo prenosa sočasno z razglasitvijo stečaja brez prekinitve dejavnosti podjetja.

71. Ko je stečaj razglašen, sodišče predvidenega upravitelja imenuje za stečajnega upravitelja³³, predvideni stečajni sodnik pa postane stečajni sodnik. Če so vsi elementi odsvojitve dogovorjeni v pripravljalni fazi, upravitelj zelo hitro po začetku stečaja (celo isti dan, kot se je to zgodilo v primeru skupine Estro Groep) zaprosi in dobi dovoljenje stečajnega sodnika za odsvojitvev v okviru *pre-packa*.³⁴ Da lahko stečajni sodnik tako hitro da svoje dovoljenje, mora med pripravljalno fazo seveda prejeti popolne in podrobne informacije o poslu.

72. Iz predložitvene odločbe in tudi stališč vseh strank, ki so sodelovale v postopku pred Sodiščem, izhaja, da je cilj strukture postopka, ki sem ga opisal, in zlasti pripravljalne faze, namenjene pripravi odsvojitve do najmanjše podrobnosti, izogniti se razdoru, ki bi izhajal iz nenadne ustavitve dejavnosti podjetja ob stečaju in bi povzročil veliko izgubo vrednosti podjetja ali preživetja sposobnih enot, ki so predmet odsvojitve. Iz istega razloga pripravljalna faza običajno poteka tajno, da težave, v katerih je zadevno podjetje, ne bi prišle v javnost.

33 — Le v izjemnih primerih in iz resnih razlogov predvideni upravitelj ni imenovan za stečajnega upravitelja.

34 — Posledica posredovanja sodišča v okviru postopka, ki vodi do *pre-packa*, je, da dogovor o odsvojitvi podjetja pridobi vrednost in moč sodne odločbe, in tako nima zgolj vrednosti in moči preprostega pogodbenega dogovora, ki bi ga bilo mogoče spreminjati ali ne izvajati.

73. Kar zadeva pooblastila predvidenega upravitelja in predvidenega stečajnega sodnika v pripravljalni fazi, nobeden od njiju formalno nima pooblastila, ker ta faza ni urejena z zakonom. Ker pa morata, ko je razglašen stečaj, zaprositi oziroma dati dovoljenje za posel, je očitno, da ima tako predvideni upravitelj kot predvideni stečajni sodnik v pripravljalni fazi vseeno neko „neformalno“ pooblastilo, ki lahko vpliva na potek prenosa. Kljub temu je to samo neformalno pooblastilo, ki nima zakonske podlage. Poleg tega, kot sta navedli družba Smallsteps in nizozemska vlada, predvideni upravitelj ne zagotavlja nikakršnega upravljanja, stečajni sodnik pa ne more dati dovoljenja pred formalno razglasitvijo stečaja.

74. Da se preveri, ali se Direktiva 2001/23 uporablja za prenos podjetja, izveden v okviru takega postopka, je treba uporabiti merila, navedena v točki 53 teh sklepnih predlogov.

75. V zvezi s tem je treba na prvem mestu preučiti *cilj* zadevnega postopka. Zdi se nesporno, da je, kot poudarja predložitveno sodišče, ta postopek kot celota namenjen prenosu podjetja (ali njegovih enot, ki so še sposobne preživeti), da bi se ponovni zagon tega podjetja brez prekinitve uresničil takoj po razglasitvi stečaja. Cilj tega postopka je zagotoviti nadaljevanje podjetja ob ohranitvi presežne vrednosti, ki izhaja iz kontinuitete njegovega poslovanja. Celotna pripravljalna faza je izvedena z namenom dosege tega cilja, ki je dokončno dosežen s prenosom, izvedenim sočasno z razglasitvijo stečaja.

76. Iz stališč predložitvenega sodišča izhaja, da se v primeru *pre-packa* na Nizozemskem stečaj v resnici uporabi kot sredstvo za uresničitev ponovnega zagona podjetja. V bistvu ne gre za pravi stečaj, ampak za to, kar bi lahko opredelili kot „tehnični stečaj“. To je potrjeno tudi z dejstvom, ki ga je družba Smallsteps poudarila na obravnavi, in sicer da v okviru *pre-packa* stečaj celo ni vedno potreben, saj se pripravljalna faza včasih ne konča nujno z razglasitvijo stečaja.

77. Poleg tega je predložitveno sodišče samo poudarilo, da se v praksi stečajni postopek velikokrat uporablja za reorganizacijo in da v takih primerih njegov namen ni likvidacija podjetja. Čeprav lahko postopek, ki vodi do sklenitve *pre-packa*, delno poteka v okviru stečajnega postopka, pa ni dvoma, da ga ni mogoče uvrstiti med klasične postopke, namenjene likvidaciji podjetja.³⁵

78. Vendar moram na tej točki analize poudariti, da je cilj, ki se poskuša doseči s *pre-packom* – to je nadaljevanje poslovanja preživetja sposobnih delov podjetja, da se prepreči izguba vrednosti zaradi nenadne prekinitve dejavnosti podjetja – nedvomno hvalevreden. Vprašanje, ki se postavlja v tej zadevi, ni vprašanje dopustnosti *pre-packa* kot takega v pravu Unije, ampak predvsem vprašanje vzajemnega delovanja *pre-packa* in Direktive 2001/23. Čeprav je treba upoštevati koristi, ki za vlagatelje³⁶, upnike, same delavce in tudi za družbo na splošno izhajajo iz postopkov, namenjenih reševanju podjetij in ohranjanju njihove vrednosti, pa mora konkretno izvajanje teh postopkov potekati ob upoštevanju jamstev, ki so s pravom Unije določena za delavce.

79. Na drugem mestu je treba preučiti konkretne *pogoje* poteka postopka, ki vodi do sklenitve *pre-packa* na Nizozemskem. Iz opisa v točkah od 66 do 73 teh sklepnih predlogov izhaja, da se tak postopek v več elementih razlikuje od „klasičnega“ stečajnega postopka.

80. Najprej, postopek, ki vodi do *pre-packa*, vedno začne zadevna družba sama, medtem ko lahko stečajni postopek sprožijo različni akterji, kot so na primer upniki.³⁷

35 — V tem okviru se trditev nizozemske vlade, da je postopek, ki vodi do sklenitve *pre-packa*, glede na dejstvo, da spada v okvir stečaja, namenjen likvidaciji premoženja odsvojitelja, zdi nenavadna. V zvezi s tem poudarjam, da je celo naslov osnutka zakona, ki je v obravnavi v nizozemskem parlamentu in naj bi urejal *pre-pack* na Nizozemskem, „zakon o nadaljevanju podjetij“ (glej točko 21 in opombo 7 teh sklepnih predlogov).

36 — Element, ki ga je zagotovo treba upoštevati v gospodarskem okolju, za katero je značilen obstoj praks izbiranja najugodnejšega stečajnega sodišča (*insolvency forum shopping*).

37 — Za upoštevnost tega elementa razlikovanja v analizi glej sklepane predloge generalnega pravobranilca C. O. Lenza v zadevi Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1996:291, točka 46).

81. Dalje, pripravljalna faza, v kateri se dokončno določijo vse podrobnosti prenosa, je popolnoma neformalna. Po eni strani to fazo upravlja vodstvo podjetja, ki vodi pogajanja in sprejme odločitve v zvezi s prodajo podjetja.³⁸ Sklenitev *pre-packa* v obravnavani zadevi v zvezi z enotami skupine Estro Groep, ki so sposobne preživeti, je očiten primer tega.³⁹

82. Po drugi strani, kot sem navedel, v tej fazi predvideni upravitelj in predvideni stečajni sodnik formalno nimata nobenih pooblastil. Tako upravitelj ne zagotavlja nikakršnega upravljanja,⁴⁰ niti ni formalnega postopka ugotavljanja obveznosti⁴¹. Poleg tega sem navedel, da je moral biti stečajni sodnik, da bi lahko tako hitro dal dovoljenje za odsvojitve, obveščen in da v bistvu ni smel nasprotovati poslu pred razglasitvijo stečaja, tako da se je lahko odobritev po začetku stečaja samo še formalizirala. S takim postopanjem pa se lahko skoraj popolnoma odvzame bistvo uradnemu nadzoru, ki bi se moral izvajati med formalnim stečajnim postopkom.

83. Posledično se pojavljajo številne razlike v primerjavi s stečajnim postopkom. Zlasti je jasno, da je vpliv upravitelja in sodišča veliko manjši v primeru „posebnega“ postopka, ki vodi do sklenitve *pre-packa*, kot v primeru „klasičnega“ stečajnega postopka, namenjenega likvidaciji premoženja odsvojitelja.

84. Glede na zgornjo analizo je treba ugotoviti, da postopka, kot je ta, ki se je razvil na Nizozemskem in vodi do sklenitve *pre-packa*, ob upoštevanju njegovega cilja in njegovih pogojev uporabe ter čeprav lahko delno poteka v okviru stečajnega postopka, ni mogoče šteti za stečajni postopek ali podoben postopek zaradi plačilne nesposobnosti, ki je bil začel z namenom likvidacije premoženja odsvojitelja in je pod nadzorom pristojnega organa oblasti v smislu člena 5(1) Direktive 2001/23. Zato tak postopek ne spada pod izjemo, določeno v tej določbi. Iz tega sledi, da se sistem varstva, določen v členih 3 in 4 Direktive 2001/23, uporablja za prenos podjetja ali njegovih preživetja še sposobnih delov, izveden okvira takega *pre-packa*. Iz okoliščine, da se po tem prenosu dejavnost podjetja ali njegovih preživetja sposobnih delov nadaljuje, namreč izhaja, da ni mogoče pojasniti niti upravičiti, da so delavcem tega podjetja ali njegovih prenesenih enot odvzete pravice, ki so jim priznane z navedeno direktivo.⁴²

85. V zvezi s tem je treba še poudariti, da take razlage Direktive 2001/23 ni mogoče ovreči z morebitnim argumentom, da bi lahko morebitne pridobitelje odvrnila od nakupa podjetja v težavah (ali delov podjetja, ki so sposobni preživeti). Po eni strani je namreč Sodišče tovrstni argument že večkrat zavrnilo.⁴³ Po drugi strani je treba opozoriti, da v skladu s členom 4(1), drugi stavek, navedene direktive ta „ne preprečuje morebitnega odpuščanja iz ekonomskih, tehničnih ali organizacijskih razlogov, zaradi katerih so potrebne kadrovske spremembe“. Vendar morajo biti ta odpuščanja izvedena ob spoštovanju vseh jamstev, določenih z upoštevnimi določbami nacionalnega prava.

38 — Za primer, v katerem je Sodišče ta element upoštevalo v svoji analizi, glej točko 29 sodbe z dne 12. marca 1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99, točka 29), in točko 50 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca C. O. Lenza v zadevi Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1996:291).

39 — Tako iz poročila tihega upravitelja skupine Estro Groep, navedenega v odločbi predložitvenega sodišča, izhaja, da je skupina Estro Groep sama izbrala družbo H. I. G. Capital kot kupca, ne da bi resno stopila v stik z drugimi potencialnimi kupci, in da je predvideni upravitelj v bistvu moral sprejeti tak položaj.

40 — V zvezi s tem glej sodbo z dne 7. decembra 1995, Spano in drugi (C-472/93, EU:C:1995:421, točka 29).

41 — Glej sodbo z dne 12. marca 1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99, točka 29), in točko 47 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca C. O. Lenza v isti zadevi (C-319/94, EU:C:1996:291).

42 — Glej v tem smislu sodbe z dne 25. julija 1991, d'Urso in drugi (C-362/89, EU:C:1991:326, točka 32); z dne 7. decembra 1995, Spano in drugi (C-472/93, EU:C:1995:421, točka 30), in z dne 12. marca 1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99, točka 31).

43 — V zvezi s tem glej sodbi z dne 25. julija 1991, d'Urso in drugi (C-362/89, EU:C:1991:326, točki 18 in 19), in z dne 7. decembra 1995, Spano in drugi (C-472/93, EU:C:1995:421, točki 34 in 35).

86. Kar nazadnje zadeva določbo Direktive 2001/23, ki jo je navedla nizozemska vlada in na katero je bilo opozorjeno na obravnavi, to je člen 5(4) navedene direktive v zvezi z zlorabo postopkov zaradi plačilne nesposobnosti, menim, da ta določba v tej zadevi ni upoštevna. Iz analize, ki sem jo opravil, namreč izhaja, da *pre-pack*, kot se je razvil na Nizozemskem, ne pomeni zlorabe stečaja, da bi se delavcem odvzele pravice, ki izhajajo iz Direktive 2001/23. Nasprotno, sistem varstva, določen s to direktivo, se v primeru prenosa, izvedenega v okviru takega *pre-packa*, dejansko uporablja.

5. Predlog v zvezi s prvimi tremi vprašanji za predhodno odločanje

87. Glede na vse zgoraj navedeno je treba najprej odgovoriti na drugo vprašanje za predhodno odločanje, in sicer tako, da postopek, ki vodi do sklenitve *pre-packa*, kot je ta, ki je bil izveden v zadevi v glavni stvari, čeprav lahko delno poteka v okviru stečajnega postopka, ne spada v izjemo iz člena 5(1) Direktive 2001/23, tako da se sistem varstva delavcev, določen v členih 3 in 4 navedene direktive, uporablja v primeru prenosa podjetja ali njegovega dela v okviru takega *pre-packa*.

88. Dalje, odgovor na prvo vprašanje za predhodno odločanje izhaja iz rešitve, ki jo predlagam za drugo vprašanje. Če namreč v primeru prenosa podjetja, izvedenega v okviru *pre-packa*, nizozemski stečajni postopek, kot ga uporabljajo nekatera sodišča na Nizozemskem, ne določa, da se za delavce odsvojenega podjetja (ali njegovih delov, ki so predmet prenosa) uporablja sistem varstva, ki je v njihovo korist določen v členih 3 in 4 Direktive 2001/23, ta postopek ni v skladu z navedeno direktivo.

89. Vendar je treba v zvezi s tem opozoriti, da načelo skladne razlage zahteva, da nacionalna sodišča ob upoštevanju celotnega nacionalnega prava in ob uporabi načinov razlage, ki jih priznava nacionalno pravo, naredijo vse, kar je v njihovi pristojnosti, da zagotovijo polni učinek prava Unije in dosežejo rešitev, ki je v skladu z njegovim ciljem.⁴⁴

90. Predložitveno sodišče mora torej ob upoštevanju celotnega nacionalnega prava in ob uporabi načinov razlage, ki jih priznava nacionalno pravo, priti do rešitve, ki je v skladu s ciljem Direktive 2001/23, in torej zagotoviti, da je v primeru prenosa podjetja ali nekaterih njegovih delov v okviru *pre-packa* zagotovljena uporaba sistema varstva, določenega z Direktivo 2001/23, v korist delavcev prenesenih delov podjetja.

91. Kar zadeva tretje vprašanje za predhodno odločanje, iz točk 57 in 58 ter od 75 do 77 teh sklepnih predlogov izhaja, da ob upoštevanju dejstva, da je postopek, ki vodi do sklenitve *pre-packa*, namenjen nadaljevanju poslovanja podjetja (ali preživetja sposobnih delov podjetja, ki so predmet odsvojitve), okoliščina, da lahko uporaba tega postopka vključuje tudi čim večji iztržek za poplačilo terjatev upnikov, ne more imeti za posledico tega, da se sistem varstva, ki je z Direktivo 2001/23 določen v korist delavcev, ne uporabi v primeru prenosa podjetja, izvedenega v okviru *pre-packa*.⁴⁵

B. Četrto vprašanje za predhodno odločanje

92. Predložitveno sodišče s četrtem vprašanjem za predhodno odločanje sprašuje, kdaj točno je izveden prenos podjetja.

44 — Sodba z dne 13. julija 2016, Pöpperl (C-187/15, EU:C:2016:550, točka 43), ter v tem smislu sodbi z dne 24. januarja 2012, Dominguez (C-282/10, EU:C:2012:33, točka 27 in navedena sodna praksa), in z dne 11. novembra 2015, Klausner Holz Niedersachsen (C-505/14, EU:C:2015:742, točka 34).

45 — V zvezi s tem poudarjam, da je Sodišče v zadevi Dethier Équipement (sodba z dne 12. marca 1998, C-319/94, EU:C:1998:99) razsodilo, da se je sistem varstva delavcev uporabljal v primeru sodne likvidacije, čeprav je bil ta postopek namenjen obema ciljema. Glej točko 32 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca C. O. Lenza v zadevi Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1996:291).

93. Vendar je treba ugotoviti, da je to vprašanje postavljeno v zvezi s predlogom, ki so ga organizacija FNV in njene sotožeče stranke pred predložitvenim sodiščem navedle podredno.⁴⁶ Kot je poudarila Komisija, je tako vprašanje upošteveno samo, če bi bilo treba razsoditi, da se sistem varstva, določen v členih 3 in 4 Direktive 2001/23, ne uporablja v primeru prenosa podjetja, izvedenega v okviru *pre-packa*.

94. V teh okoliščinah glede na odgovor, ki ga predlagam za prva tri vprašanja za predhodno odločanje, menim, da Sodišču ni treba odgovoriti na četrto vprašanje.

V. Predlog

95. Na podlagi vseh zgornjih preudarkov Sodišču predlagam, naj na vprašanja za predhodno odločanje, ki jih je postavilo Rechtbank Midden-Nederland (sodišče osrednje Nizozemske), odgovori:

- 1) Postopka, kot je ta, ki se je razvil na Nizozemskem in vodi do sklenitve *pre-packa*, ob upoštevanju njegovega cilja in njegovih pogojev uporabe ter čeprav lahko delno poteka v okviru stečajnega postopka, ni mogoče šteti za stečajni postopek ali podoben postopek zaradi plačilne nesposobnosti, ki je bil začet z namenom likvidacije premoženja odsvojitelja in je pod nadzorom pristojnega organa oblasti v smislu člena 5(1) Direktive Sveta 2001/23/ES z dne 12. marca 2001 o približevanju zakonodaje držav članic v zvezi z ohranjanjem pravic delavcev v primeru prenosa podjetij, obratov ali delov podjetij ali obratov. Zato tak postopek ne spada v izjemo, predvideno v tej določbi, tako da se sistem varstva, določen v členih 3 in 4 Direktive 2001/23, uporablja za prenos podjetja ali njegovih preživetja še sposobnih delov, izveden v okviru takega *pre-packa*.
- 2) Če v primeru prenosa podjetja, izvedenega v okviru *pre-packa*, nizozemski stečajni postopek, kot ga uporabljajo nekatera sodišča na Nizozemskem, ne določa, da se za delavce odsvojenega podjetja (ali njegovih delov, ki so predmet prenosa) uporablja sistem varstva, ki je v njihovo korist določen v členih 3 in 4 Direktive 2001/23, ta postopek ni v skladu z navedeno direktivo. Predložitveno sodišče mora ob upoštevanju celotnega nacionalnega prava in ob uporabi načinov razlage, ki jih priznava nacionalno pravo, priti do rešitve, ki je v skladu s ciljem, zastavljenim z Direktivo 2001/23, in torej zagotoviti, da je v primeru prenosa podjetja ali nekaterih njegovih delov v okviru *pre-packa* zagotovljena uporaba sistema varstva, določenega z Direktivo 2001/23, v korist delavcev prenesenih delov podjetja.
- 3) Ob upoštevanju dejstva, da je postopek, ki vodi do sklenitve *pre-packa*, namenjen nadaljevanju poslovanja podjetja (ali preživetja še sposobnih delov podjetja, ki so predmet odsvojitve), okoliščina, da lahko uporaba tega postopka vključuje tudi čim večji iztržek za poplačilo terjatev upnikov, ne more imeti za posledico tega, da se sistem varstva, ki je z Direktivo 2001/23 določen v korist delavcev, ne uporabi v primeru prenosa podjetja, izvedenega v okviru *pre-packa*.

⁴⁶ — Glej točko 33 teh sklepnih predlogov.