

Zaak C-431/23**Samenvatting van het verzoek om een prejudiciële beslissing overeenkomstig artikel 98, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie****Datum van indiening:**

11 juli 2023

Verwijzende rechter:

Tribunal du travail de Liège (België)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

26 mei 2023

Verzoekende partijen:

AE e.a.

Verwerende partijen:

BA, EP en RI, als curatoren van WIBRA BELGIË SA

WIBRA BELGIË SRL

I. Feiten

- 1 WIBRA is een Nederlandse onderneming met in België en Nederland gevestigde kleinhandelszaken, die allerlei consumptieproducten (textiel, decoratie, schoonmaakproducten enz.) tegen lage prijzen verkoopt.
- 2 Het Belgische filiaal, de naamloze vennootschap Wibra België (hierna: „nv Wibra België”) leed in 2020 aanzienlijk omzetverlies toen zijn winkels door de COVID-19-crisis tijdelijk moesten sluiten. In die periode baatte het 81 winkels uit en had het 439 werknemers in dienst.
- 3 Op 20 juli 2020 heeft de nv Wibra België een buitengewone ondernemingsraad gehouden en een persbericht verspreid met de mededeling dat de onderneming zich in een precaire situatie bevond, een deel van haar winkels in België wou behouden en om een gerechtelijke reorganisatie moest verzoeken.

- 4 Op 30 juli 2020 heeft ze een verzoek tot gerechtelijke reorganisatie ingediend bij de Gentse ondernemingsrechtbank, afdeling Dendermonde (België) (hierna: „ondernemingsrechtbank”). Bij vonnis van die dag zijn drie gerechtsmandatarissen (BA, EP en RI) aangesteld met de opdracht de activiteiten van de vennootschap geheel of gedeeltelijk te organiseren en over te dragen.
- 5 De gerechtsmandatarissen hebben de ondernemingsrechtbank het enige bod overgelegd dat ze gekozen hadden; het werd uitgebracht door de Nederlandse vennootschap Wibra Nederland BV en had tot doel „*met een nog op te richten vennootschap een deel van de nog uitgebate winkels een doorstart te laten maken op de Belgische markt, in afgeslankte/beperkte/vrijere vorm*”¹. Het bod had betrekking op de aankoop van 36 van de 81 bedrijfsruimten, waaronder de zetel, en op de overname 183 van de 439 personeelsleden, die de kandidaat-verkrijger had geselecteerd.
- 6 Op 30 september 2020 werd de besloten vennootschap Wibra België (hierna: „bv Wibra België”) opgericht om een deel van de activiteiten van de nv Wibra België over te nemen en voort te zetten.
- 7 Op 1 oktober 2020 heeft de nv Wibra België, in aanwezigheid van vertegenwoordigers van de vakorganisaties, opnieuw een buitengewone ondernemingsraad gehouden. Volgens de nv Wibra België wilden het bestuur en de gerechtsmandatarissen op die manier het personeel de nodige informatie verstrekken over het verzoek tot homologatie van het overnamebod voor de toepassing van de procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag.
- 8 Op 8 oktober 2020 heeft de ondernemingsrechtbank dit verzoek om homologatie afgewezen. Hierbij werd geoordeeld dat sommige bepalingen van het overnamevoorstel enerzijds in strijd waren met collectieve arbeidsovereenkomst (hierna: „cao”) nr. 102 van 5 oktober 2011 betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ten gevolge van een gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag (BS van 25.4.2013, blz. 25097), en anderzijds met richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (PB 2001, L 82, blz. 16).
- 9 Diezelfde dag heeft de ondernemingsrechtbank de nv Wibra België failliet verklaard en BA, EP en RI als curatoren aangesteld.

¹ Vonnis van de ondernemingsrechtbank van Gent, 8 oktober 2020 [punt 5], vrije vertaling door de verwijzende rechter.

- 10 De personeelsleden werden onmiddellijk op de hoogte gebracht van het vonnis en van de beëindiging van hun arbeidsovereenkomst, met betaling van een opzeggingsvergoeding.
- 11 Ondanks de afwijzing van het overnamebod door de ondernemingsrechtbank en het faillissementsvonnis, kondigde WIBRA op 9 oktober in een persbericht aan dat 36 winkels snel zouden worden heropend en dat 183 werknemers aan de hand van nieuwe arbeidsovereenkomsten zouden worden overgenomen.
- 12 Diezelfde dag hebben de curatoren een deel van de activa van de nv Wibra België overgedragen aan de bv Wibra België, die 183 van de 439 ontslagen werknemers in dienst heeft genomen.
- 13 Op 1 april 2021 hebben een aantal niet-overgenomen werknemers bij de curatoren geïnformeerd naar de naleving van de procedure van voorafgaande inlichting en raadpleging en naar de wijze waarop bepaalde activiteiten van de nv Wibra België op 9 oktober 2020 op de verkrijger zijn overgegaan.
- 14 De curatoren hebben geantwoord dat de verplichtingen inzake inlichting en raadpleging van de vertegenwoordigers van de werknemers tijdens de procedure van gerechtelijke reorganisatie werden nageleefd:

de ondernemingsrechtbank zou, los van het besluit tot afwijzing van het overnamevoorstel, toezicht op het verloop van de procedure hebben uitgeoefend, dit hebben goedgekeurd en de vertegenwoordigers van het personeel ter terechtzitting hebben gehoord.
- 15 Uit het dossier blijkt dat de bv Wibra België sinds 2021 veel winst heeft geboekt en dat sinds het faillissement nieuwe Belgische winkels zijn heropend onder de naam WIBRA.

II. Voorwerp van het geding en standpunt van de partijen

- 16 Zestig voormalige werknemers (hierna: „verzoekers”) hebben bij de verwijzende rechter een vordering tot schadevergoeding ingesteld tegen de failliete nv Wibra België (BA, EP en RI, in hun hoedanigheid van curatoren; hierna ook: „eerste verweerders”) en tegen de nieuwe vennootschap, de bv Wibra België.

Zij vorderen onder meer dat:

- wordt vastgesteld dat verweerders hun verplichtingen niet zijn nagekomen inzake voorafgaande inlichting en raadpleging bij collectief ontslag die voortvloeien uit cao nr. 24 van 2 oktober 1975 betreffende de procedure van inlichting en raadpleging van de werknemersvertegenwoordigers met betrekking tot het collectief ontslag (BS van 17/02/1976, nr. 1975100250, blz. 1716) en van artikel 66 van de wet van 13 februari 1998 houdende

bepalingen tot bevordering van de tewerkstelling (BS van 19/02/1998, nr. 1998012088, blz. 4643) (hierna: „wet van 13 februari 1998”);

- wordt vastgesteld dat de overdracht van activiteiten tussen de failliete nv Wibra België en de bv Wibra België een overgang van een onderneming krachtens overeenkomst is in de zin van cao nr. 32 bis van 7 juni 1985 betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ingevolge de overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst en tot regeling van de rechten van de werknemers die overgenomen worden bij overname van activa na faillissement (BS van 9.8.1985, nr. 1985800218, blz. 11528);
- bijgevolg de door verzoekers geleden schade wordt berekend, op basis daarvan hun vorderingen tot schadevergoeding tegen de failliete nv Wibra België worden vastgesteld en dat de zaak wordt terugverwezen naar de bevoegde ondernemingsrechtbank voor een uitspraak over de opname van deze schuldvorderingen in het passief van de faillissementsboedel;
- de bv Wibra België hoofdelijk of in solidum, en bij gebreke daarvan persoonlijk, wordt veroordeeld tot betaling van de vastgestelde schadevergoeding.

- 17 De nv Wibra België stelt dat de vorderingen ongegrond zijn omdat zij betrekking hebben op schending van cao nr. 24 betreffende het collectieve ontslag en omdat zij zijn gebaseerd op cao nr. 32 bis betreffende de overgang van ondernemingen.

Met betrekking tot het bezwaar dat nauwkeurige en concrete informatie over het collectieve ontslag ontbreekt, stelt zij dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen de periode vóór de procedure van gerechtelijke reorganisatie, de periode erna en het faillissement zelf.

Zij meent dat de transactie tussen de failliete nv Wibra België en de bv Wibra België niet kan worden aangemerkt als een overgang van onderneming krachtens overeenkomst in de zin van cao nr. 32 bis, maar dat de rechten van de overgenomen werknemers moeten worden onderzocht in het kader van een overname van activa na faillissement.

- 18 De bv Wibra België betoogt dat de vorderingen ongegrond zijn. Krachtens artikel 65 van de wet van 13 februari 1998 is de toepassing van cao nr. 24 uitdrukkelijk uitgesloten in geval van faillissement.

Zij stelt tevens dat verzoekers zich niet op de bepalingen van het Unierecht kunnen beroepen om de werkgever verplichtingen op te leggen aangezien richtlijn 2001/23 niet in nationaal recht is omgezet en de uitlegging ervan bijgevolg geen horizontale rechtstreekse werking heeft.

Volgens haar kan zij niet hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld met de nv Wibra België voor de op de datum van de overgang van de activa en het personeel

bestaande schulden, aangezien de in casu toepasselijke bepalingen zijn opgenomen in hoofdstuk III en niet in hoofdstuk II van cao 32 bis.

III. In rechte — Verplichtingen tot inlichting en raadpleging van de vertegenwoordigers van de werknemers in geval van collectief ontslag

- 19 Verschillende nationale bepalingen voorzien in verplichtingen om de vertegenwoordigers van de werknemers vooraf in te lichten en hen te raadplegen in geval van collectief ontslag. Deze bepalingen strekken ertoe de gevolgen van een collectief ontslag te voorkomen, te beperken of te verzachten door middel van sociale begeleidingsmaatregelen, waarbij de voorkeur uitgaat naar dialoog en er eerlijke, volledige en transparante informatie wordt verstrekt. Deze bepalingen zijn met name opgenomen in cao nr. 24, waarnaar artikel 66 van de wet van 13 februari 1998 verwijst.
- 20 In artikel 2 van richtlijn 98/59/EG van de Raad van 20 juli 1998 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag (PB 1998, L 225, blz. 16) worden de verplichtingen inzake voorlichting en raadpleging vastgesteld die rusten op de werkgever die overweegt tot collectief ontslag over te gaan.
- 21 Bij arrest van 12 oktober 2004, Commissie/Portugal (C-55/02, EU:C:2004:605), heeft het Hof gepreciseerd dat de regeling inzake collectief ontslag van toepassing is op alle ontslagen om redenen die geen betrekking hebben op de persoon van de werknemer, zoals het faillissement.
- 22 In zijn arrest van 3 maart 2011, █████ e.a. (C-235/10 tot en met C-239/10, EU:C:2011:119) heeft het Hof geoordeeld dat de artikelen 1 tot en met 3 van richtlijn 98/59 aldus moeten worden uitgelegd dat zij van toepassing zijn op de beëindiging van de werkzaamheden van de werkgever-onderneming ten gevolge van een rechterlijke beslissing waarbij haar ontbinding en liquidatie worden gelast wegens insolventie, zelfs indien het nationale recht bij een dergelijke beëindiging voorziet in de beëindiging met onmiddellijke ingang van de arbeidsovereenkomsten van de werknemers. Tot en met de definitieve uitdoving van de rechtspersoonlijkheid van een onderneming waarvan de ontbinding en de liquidatie werden gelast, moeten de uit de artikelen 2 en 3 van richtlijn 98/59 voortvloeiende verplichtingen worden nageleefd. De ingevolge deze artikelen op de werkgever rustende verplichtingen moeten worden nageleefd door de directie van de betrokken onderneming, indien deze aanblijft, zelfs met beperkte beheersbevoegdheden, of door de liquidateur ervan, indien hij het beheer ervan volledig heeft overgenomen.

1. Verplichtingen van eerste verweerders als curatoren in het faillissement

- 23 Artikel 65 van de wet van 13 februari 1998 sluit uitdrukkelijk de toepassing uit van hoofdstuk VII van deze wet betreffende de verplichtingen tot voorafgaande

inlichting en raadpleging wanneer het collectieve ontslag plaatsgrijpt in het kader van een procedure van faillissement.

- 24 Richtlijn 98/59 legt de werkgever die in staat van faillissement verkeert evenmin uitdrukkelijk een dergelijke verplichting op.
- 25 De werkgever is in het kader van een faillissement noch op grond van richtlijn 98/59, noch op grond van de uitlegging die het Hof daaraan heeft gegeven, verplicht tot voorafgaande inlichting en raadpleging.

Richtlijnen hebben immers geen horizontale rechtstreekse werking; voordat zij in nationaal recht worden omgezet, kunnen zij wel een directe bron van rechten, maar niet van verplichtingen voor personen zijn.

- 26 Aangezien de enige bepalingen die bij collectief ontslag een verplichting tot voorafgaande inlichting en raadpleging opleggen, de toepassing ervan uitsluiten bij faillissement, kan de nv Wibra België niet worden verweten zich na de faillietverklaring aan haar verplichting te onttrekken.
- 27 BA, EP en RI kunnen als curatoren in het faillissement van de nv Wibra België dus niet aansprakelijk worden gesteld voor de door verzoekers gestelde schade, aangezien zij in die hoedanigheid niet verplicht waren de cao's tot regeling van voorafgaande raadpleging of bemiddeling vóór collectief ontslag in acht te nemen.

2. Verplichtingen van eerste verweerders als gerechtsmandatarissen

- 28 De aansprakelijkheid van BA, EP en RI als aangestelde gerechtsmandatarissen in het kader van de gerechtelijke reorganisatie van de vennootschap is echter geheel anders.
- 29 Zij hebben in die hoedanigheid onderhandeld over de overname van een deel van de activiteiten en het personeel door de moedermaatschappij, Wibra Nederland [BV]. Op 21 september 2020 zijn ze ingegaan op het bod van die vennootschap, waarbij 183 van de 439 personeelsleden zouden worden overgenomen.
- 30 Toen eerste verweerders de onderhandelingen met Wibra Nederland [BV] hadden aangevat, en uiterlijk op 21 september 2020, het tijdstip waarop ze op het bod zijn ingegaan, wisten ze bijgevolg al, of hadden ze al moeten weten, dat een collectief ontslag onafwendbaar was.
- 31 In tegenstelling tot wat geldt voor een faillissement, zijn de verplichtingen inzake voorafgaande inlichting en raadpleging bij een collectief ontslag niet uitdrukkelijk uitgesloten bij een gerechtelijke reorganisatie. Deze verplichtingen waren dus op de nv Wibra België van toepassing in het kader van de gerechtelijke reorganisatie waartoe de ondernemingsrechtbank op 30 juli 2020 had beslist.
- 32 In de nationale bepalingen ter zake zijn de voorschriften van artikel 2, lid 3, van richtlijn 98/59 nauwgezet overgenomen:

„Teneinde de vertegenwoordigers van de werknemers in staat te stellen constructieve voorstellen te doen, is de werkgever verplicht hun tijdig in de loop van het overleg:

a) alle nuttige gegevens te verstrekken, en

b) in elk geval schriftelijk mededeling te doen van:

i) de redenen van het plan voor ontslag;

ii) het aantal en de categorieën van voor ontslag in aanmerking komende werknemers;

iii) het aantal en de categorieën werknemers die hij gewoonlijk in dienst heeft;

iv) de periode die voor het doen plaatsvinden van de ontslagen wordt overwogen;

v) de criteria die aangelegd zouden worden bij het selecteren van de voor ontslag in aanmerking komende werknemers, voor zover de werkgever krachtens de nationale wetgevingen en/of gebruiken daartoe de bevoegdheid heeft gekregen;

vi) de wijze van berekening die zou worden toegepast voor elke eventuele afvloeiingsuitkering buiten die welke uit de nationale wetgevingen en/of gebruiken voortvloeit. [...]”

- 33 De nv Wibra België stelt dat zij de vertegenwoordigers van het personeel via haar gerechtsmandatarissen heeft geraadpleegd en ingelicht over haar economische situatie en de voorgenomen oplossingen. Zij verwijst naar verschillende bijeenkomsten die na de inleiding van de procedure van gerechtelijke reorganisatie hebben plaatsgevonden.
- 34 In de notulen van deze vergaderingen wordt echter geen gewag gemaakt van de begeleidings- en inlichtingsmaatregelen die met een collectief ontslag gepaard gaan.
- 35 Uit de verschillende mededelingen van de nv Wibra België en de inhoud van de vóór het faillissement gehouden ondernemingsraden is gebleken dat het sociaal overleg is tekortgeschoten en de procedure voor collectief ontslag niet werd nageleefd.
- 36 Bewijs van een schriftelijk verslag als bedoeld in artikel 66, lid 1, van de wet van 13 februari 1998 is niet voorhanden. Op 1 oktober 2020 wist de nv Wibra België echter, of had zij moeten weten, dat een collectief ontslag niet langer kon worden afgewend en dat dit zou plaatsvinden na de aanvaarding van het overnamebod in

het kader van de procedure tot gerechtelijke reorganisatie of, bij afwijzing van dit bod, als gevolg van het faillissement van de vennootschap.

- 37 Het feit dat de vertegenwoordigers van het personeel zijn gehoord ter terechtzitting van 5 oktober 2020 die heeft geleid tot het vonnis van faillietverklaring van 8 oktober, volstaat niet om aan te tonen dat de betrokken verplichtingen zijn nagekomen.
- 38 Aangezien het overnamebod in het kader van procedure van gerechtelijke reorganisatie niets had opgeleverd, konden de vertegenwoordigers van de werknemers het nakende faillissement van de onderneming niet voorzien. Door de juridische omstandigheden van de transactie waren de vertegenwoordigers van het personeel dan ook niet in staat om het bestuur van de vennootschap naar behoren en binnen een redelijke termijn om uitleg te verzoeken.
- 39 De werknemers werden niet duidelijk en onvoldoende ingelicht over wat er met hen zou gebeuren. Tegelijkertijd bereidde de onderneming haar herstructurering voor; zij kon niet onkundig zijn van een op handen zijnde collectief ontslag en van de daaruit voortvloeiende verplichtingen.
- 40 Ten overvloede, en in tegenstelling tot wat de nv Wibra België beweert, ontslaat het feit dat de gerechtsmandatarissen hun opdracht uitvoeren „onder het toezicht en gezag van de rechtbank” haar niet van haar verplichtingen tot inlichting en raadpleging. De procedure van de gerechtelijke reorganisatie heeft geen invloed op het beheer van de vennootschap, aangezien de leiding ervan volledig in handen van haar organen blijft.
- 41 De redenering van verweerders komt hierop neer dat de ondernemingsrechtbank heeft verzuimd een schending van de regels inzake collectief ontslag vast te stellen. De nv Wibra België heeft echter bewust de weigering van de rechter om het overnamebod te homologeren omzeild door, niettegenstaande deze weigering, een deel van haar activiteiten, bedrijfsruimten en personeel aan de daartoe eerder opgerichte bv Wibra België over te dragen en de zorg voor het niet-overgenomen personeel op de curatoren en het Fonds sluiting ondernemingen (en dus de gehele gemeenschap) af te wentelen.
- 42 Het heeft bijgevolg geen zin te stellen dat de rechter toezicht hield op de verplichtingen van de nv Wibra België, te meer daar dit toezicht uiteindelijk heeft geleid tot een afwijzing van het door de gerechtsmandatarissen overgelegde bod.

IV. Juridische kwalificatie van de transactie van overdracht van activa van de nv Wibra België aan de bv Wibra België: overgang van onderneming krachtens overeenkomst of overdracht van activa na faillissement?

- 43 Richtlijn 2001/23 voert twee regelingen in ter bescherming van de werknemers bij overgang van de onderneming: enerzijds de overname door de verkrijger van alle personeelsleden van de overgegangene onderneming (artikel 4, lid 1), en anderzijds

de overgang naar de verkrijger van alle uit de overgegane arbeidsovereenkomsten voortvloeiende rechten en verplichtingen (artikel 3, lid 1).

- 44 Deze richtlijn is met name door cao nr. 32 bis in Belgisch recht omgezet. Artikel 6 van die cao bepaalt dat hoofdstuk II, betreffende de rechten van de werknemers bij wijziging van werkgever ingevolge de overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst: „[...] *van toepassing [is] bij iedere wijziging van werkgever die het gevolg is van om het even welke overgang van een onderneming of van een gedeelte van een onderneming krachtens overeenkomst, met uitsluiting van de gevallen [van overname na activa na faillissement]. Onder voorbehoud van het bepaalde in het eerste lid wordt in deze collectieve arbeidsovereenkomst als overgang beschouwd de overgang, met het oog op de voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan*”.
- 45 Voor de overgang van een onderneming in de zin van richtlijn 2001/23 en cao nr. 32 bis zijn drie elementen vereist:
- een wijziging van werkgever;
 - de overgang van een onderneming of van een gedeelte van een onderneming;
 - een overeenkomst die ten grondslag ligt aan de overgang. Het Hof heeft aan het begrip overdracht krachtens overeenkomst een soepele uitlegging gegeven om tegemoet te komen aan het doel van de richtlijn, namelijk de bescherming van de werknemers bij overgang van de onderneming, en heeft geoordeeld dat deze richtlijn „*dus van toepassing [is] telkens wanneer in het kader van de contractuele betrekkingen een wijziging plaats vindt in de natuurlijke of rechtspersoon die verantwoordelijk is voor de exploitatie van de onderneming en als werkgever verplichtingen aangaat ten opzichte van de werknemers van de onderneming*” (arrest van 15 juni 1988, Bork International e.a., 101/87, EU:C:1988:308, punt 13).
- 46 Artikel 7 van cao 32bis bepaalt: „*De rechten en verplichtingen, welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang in de zin van artikel 1, 1, bestaande arbeidsovereenkomsten, gaan door deze overgang op de verkrijger over*”.
- 47 Artikel 8 voorziet in een hoofdelijkheid van de schulden tussen de vervreemder en de verkrijger met betrekking tot „*de [in de] zin van artikel 1, 1°, bestaande schulden, die uit de op dat tijdstip bestaande arbeidsovereenkomsten voortvloeien*”.
- 48 Artikel 11 en volgende van hoofdstuk III heeft betrekking op de situatie van de werknemers in geval van overname van activa na faillissement. In dit geval is er in afwijking van de bepalingen van hoofdstuk II, geen sprake van overgang naar

de verkrijger van de bestaande sociale schulden op de datum van overgang, noch van hoofdelijkheid met de vervreemder.

49 Op dezelfde wijze bepaalt artikel 5 van richtlijn 2001/23:

„Tenzij de lidstaten anders bepalen, zijn de artikelen 3 en 4 niet van toepassing op een overgang van een onderneming, vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn)”.

50 Ten slotte werd cao nr. 102 gesloten na de inwerkingtreding van de wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen (BS van 9.2.2009, nr. 2009009047, blz. 8436), die een overdrachtsregeling onder gerechtelijk gezag heeft ingevoerd.

51 Naar aanleiding van de Covid-19-crisis heeft de wetgever verschillende steunmaatregelen voor ondernemingen in het leven geroepen. Een daarvan is de zogenoemde „pre-pack” of het „stil faillissement”, bedoeld in art XX.39/1 van het Wetboek van economisch recht, onder de titel betreffende de gerechtelijke reorganisatie van ondernemingen.

52 De pre-pack is een fase ter voorbereiding van de reorganisatie van de onderneming, waarin een gerechtsmandataris kan worden aangesteld om tot een minnelijk of collectief akkoord te komen wanneer de schuldenaar kan aantonen dat de continuïteit van de onderneming onmiddellijk of op termijn bedreigd is.

53 Deze rechtsfiguur *„is in wezen een procedure in twee fasen: de eerste, over het algemeen vertrouwelijk, waarin met de verschillende of een aantal betrokken partijen over een herstructurering wordt onderhandeld en daarover tot een akkoord wordt gekomen, en de tweede, waarin dit akkoord wordt geformaliseerd in het kader van een insolventieprocedure, die in beginsel kort zal zijn, aangezien de herstructurering reeds in de eerste fase is uitgewerkt en onderhandeld”*.²

54 De Belgische wetgever wilde op die manier de onderhandelingen over een reorganisatieplan op vertrouwelijke wijze regelen en hierbij de nadelen van een bekendmaking uit de weg gaan (pre-packplan)³, maar heeft geen wetgeving uitgevaardigd over de voorbereiding van de overdracht van de onderneming (pre-packoverdracht).

² ALTER, C. en PLETINCKX, Z, „Loi du 21 mars 2021 modifiant le livre XX du Code de droit économique et le Code des Impôts sur les revenus 1992”, *Journal des Tribunaux*, 2021/20, nr. 6858, blz. 367.

³ Parl. St. Kamer, 2019/2020, nr. 1337/004, blz. 10.

- 55 In het arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. (C-126/16, EU:C:2017:489), is geoordeeld dat de in het Nederlandse recht toepasselijke pre-packoverdracht in strijd is met artikel 5 van richtlijn 2001/23. Volgens het Hof „wordt de in het hoofdgeding aan de orde zijnde pre-pack, [...], weliswaar voorbereid vóór de faillietverklaring, maar wordt deze daarna pas uitgevoerd. Een dergelijke transactie, die daadwerkelijk het faillissement impliceert, kan dus onder het begrip ‚faillissementsprocedure‘ in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 vallen” (punt 46); en „[heeft] de fase van de pre-pack zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, die voorafgaat aan de faillietverklaring, geen enkele grondslag in de betrokken nationale wettelijke regeling [...]” (punt 53).
- 56 Die transactie wordt volgens het Hof „in zoverre dus niet uitgevoerd onder toezicht van de rechtbank, maar, zoals uit het dossier bij het Hof blijkt, door de leiding van de onderneming, die de onderhandelingen voert en de besluiten neemt die de verkoop van de failliete onderneming voorbereiden” (punt 54). Kortom, „[o]fschoon de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris op verzoek van de failliete onderneming door de rechtbank worden aangesteld, beschikken zij formeel immers over geen enkele bevoegdheid. Zij staan derhalve niet onder toezicht van een overheidsinstantie” (punt 55).
- 57 Het Hof bevestigt zijn rechtspraak met een gelijksoortige motivering in het arrest █████ van 16 mei 2019 (C-509/17, EU:C:2019:424): „Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, met name de artikelen 3 tot en met 5, moet aldus worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling als de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling, die in geval van overdracht van een onderneming in het kader van een procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, welke procedure wordt gevoerd met het oog op het behoud van het geheel of een gedeelte van de vervreemder of van zijn activiteiten, bepaalt dat de verkrijger het recht heeft om te kiezen welke werknemers hij wil overnemen”.
- 58 In het arrest van 28 april 2022, Federatie Nederlandse Vakbeweging (pre-packprocedure) (C-237/20, EU:C:2022:321), heeft het Hof zijn standpunt herzien in een geval waarin een failliete Nederlandse onderneming haar activiteiten via de pre-packregeling had overgedragen aan twee nieuwe „dochtervennootschappen”, waarbij een deel van de werknemers onder minder gunstige arbeidsvoorwaarden werd overgenomen. Het Hof heeft geoordeeld dat „artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat aan de daarin voor het niet van toepassing zijn van de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn op de overgang van een onderneming, vestiging of onderdeel van een onderneming of vestiging gestelde voorwaarde dat de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure waarin de vervreemder is verwickeld ‚onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie’, is voldaan wanneer de overgang van (een deel van) een

onderneming voorafgaand aan de faillietverklaring in het kader van een pre-packprocedure is voorbereid door een ‚beoogd curator‘, die onder toezicht staat van een ‚beoogd rechter-commissaris‘, en de overeenkomst inzake deze overgang is gesloten en uitgevoerd na de faillietverklaring met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, mits een dergelijke pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen” (punt 55) en dat „het feit dat de overgang van (een deel van) een onderneming voorafgaand aan de faillietverklaring in het kader van een pre-packprocedure is voorbereid door een ‚beoogd curator‘, die onder toezicht staat van een ‚beoogd rechter-commissaris‘, niet uitsluit dat aan de derde voorwaarde van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 is voldaan” (punt 65).

- 59 Het Hof komt in dat arrest tot de slotsom dat een pre-pack, mits deze wordt geregeld door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, onder de uitzondering van artikel 5 van richtlijn 2001/23 valt.
- 60 De nv Wibra België is aan elk van de verzoekers schadevergoeding verschuldigd wegens niet-nakoming van haar verplichtingen tot inlichting en raadpleging voorafgaand aan het collectieve ontslag.
- 61 Gelet op het faillissement is het echter noodzakelijk dat de vorderingen in het passief van de faillissementsboedel kunnen worden opgenomen en dat de activa van het faillissement toereikend zijn om verzoekers daadwerkelijk te kunnen betalen.
- 62 Indien de transactie tussen de failliete nv Wibra België en de bv Wibra België wordt beschouwd als een overgang van een onderneming krachtens overeenkomst in de zin van cao nr. 32 bis, is laatstgenoemde vennootschap overeenkomstig de artikelen 7 en 8 van cao nr. 32 bis dus hoofdelijk aansprakelijk voor de verbintenissen van eerstgenoemde vennootschap en voor de op het tijdstip van de overgang bestaande schulden.
- 63 In het kader van de procedure van gerechtelijke reorganisatie is de voorgestelde overdracht van activa mislukt omdat deze volgens de ondernemingsrechtbank in strijd was met cao nr. 102 en richtlijn 2001/23.
- 64 Ondanks de weigering door de rechter om de overname van de activa te homologeren, werd het overdrachtsplan dat de gerechtsmandatarissen tijdens de insolventieprocedure hadden uitgewerkt uiteindelijk, de dag nadat het faillissement werd uitgesproken, door diezelfde mandatarissen uitgevoerd, zij het in hun hoedanigheid van curatoren.
- 65 Verweerders betwisten niet dat de transactie tussen beide vennootschappen, die de dag na het faillissement heeft plaatsgevonden, inhoudelijk identiek is aan die van het overnamebod. Het enige verschil op dit punt is de identiteit van de verkrijger, maar dat is zonder belang voor wat volgt, aangezien de bv Wibra België een dochteronderneming is.

- 66 Concreet hadden de gerechtsmandatarissen gekozen voor het bod van Wibra Nederland BV, dat betrekking had op de aankoop van een deel van de bedrijfsruimten en de zetel en op alle materiële en immateriële activa die nodig waren om deze aankoop mogelijk te maken, naast de overname van 183 van de 439 personeelsleden.
- 67 Het lijkt geen twijfel dat deze transactie moet worden aangemerkt als een „pre-packoverdracht”, die de verkrijger in staat stelt zich te beroepen op de uitzondering van artikel 5 van richtlijn 2001/23, mits ze, overeenkomstig het arrest van 28 april 2022, Federatie Nederlandse Vakbeweging (pre-packprocedure) (C-237/20, EU:C:2022:321), in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen is geregeld.
- 68 Zoals in de rechtsleer is opgemerkt, „[...] belet het vonnis dat de overgang toelaat, dat noch tot doel noch tot gevolg heeft om de overgang op sociaal vlak te valideren’, de werknemers niet om hun rechten uit te oefenen, en kan het er evenmin toe leiden dat het beginsel zelf van de overgang ter discussie wordt gesteld. De overdracht onder gerechtelijk gezag heeft dus dezelfde gevolgen voor de in cao nr. 102 bedoelde werknemers als een overgang krachtens overeenkomst voor de in cao nr. 32 bis bedoelde werknemers”.⁴
- 69 Gelet op het voorgaande kan de in casu uitgevoerde transactie slechts onder de uitzondering van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 vallen indien deze transactie door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen is geregeld.
- 70 In het Belgische positieve recht zijn geen dergelijke bepalingen voorhanden, aangezien artikel XX.39/1 van het Wetboek van economisch recht betrekking heeft op de voorbereidende fase (pre-packplan) en niet op de overdrachtsfase (pre-packoverdracht).
- 71 De bijzonderheid van de onderhavige zaak schuilt hierin:
- Het eerste deel van de transactie – de voorbereiding van de overdracht – heeft plaatsgevonden onder toezicht van gerechtsmandatarissen die door de ondernemingsrechtbank zijn aangesteld voor de procedure van gerechtelijke reorganisatie, en is met andere woorden door wettelijke bepalingen geregeld.
 - Het tweede deel van de transactie – de overdracht van activa en personeel – is onmiddellijk gevolgd op de weigering van de ondernemingsrechtbank om de oorspronkelijk overeengekomen transactie te homologeren, bovendien op grond van een reden die verband houdt met de bescherming van de rechten van de werknemers (weigering van de verkrijger om de vennootschapsschulden met betrekking tot het vakantiegeld en de eindejaarspremie over te nemen).

⁴ AYDOGDU, R. en WILDEMEERSCH, J., „L’arrêt [redacted] de la Cour de Justice de l’Union Européenne: une condamnation avec sursis de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice”, *JLMB*, 2019, blz. 1269.

- 72 Bijgevolg rijst de volgende vraag: valt een overdracht van activa die is voorbereid tijdens een procedure van gerechtelijke reorganisatie onder gerechtelijk gezag, maar die door deze instantie niet werd gehomologeerd, onder de uitzondering van artikel 5 van richtlijn 2001/23 wanneer die transactie uiteindelijk na het faillissement van de betrokken vennootschap heeft plaatsgevonden?

V. Prejudiciële vraag

- 73 *Moet artikel 5, lid 1, van richtlijn [2001]/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen aldus worden uitgelegd dat aan de daarin gestelde voorwaarde, namelijk dat de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn niet van toepassing zijn op een overgang van een onderneming wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van zijn vermogen, niet is voldaan wanneer de overgang van een onderneming of een deel ervan is voorbereid vóór de opening van de faillissementsprocedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, in dit geval in het kader van een procedure van gerechtelijke reorganisatie, waarbij een overdrachtsakkoord is gesloten dat door de bevoegde rechtbank niet is gehomologeerd, en dat vervolgens onmiddellijk na de faillietverklaring ten uitvoer wordt gelegd, zonder toepassing van enige nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling?*