

niet alle informatie wordt verstrekt die hij nodig heeft om de financiële gevolgen van zijn verbintenis te kunnen beoordelen.

4) Artikel 3, lid 1, van richtlijn 93/13

moet aldus worden uitgelegd dat een beding in een overeenkomst op grond waarvan een jonge sporter zich er als tegenprestatie voor diensten met betrekking tot het ondersteunen van zijn sportieve ontwikkeling en loopbaan toe verbindt een vergoeding te betalen van 10 % van de inkomsten die hij in de 15 jaar na de sluiting van die overeenkomst zal ontvangen, het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument niet aanzienlijk verstoort in de zin van deze bepaling enkel en alleen omdat er in dat beding geen verband is tussen de waarde van de verrichte diensten en de daaraan verbonden kosten voor de consument. Of er sprake is van een dergelijke verstoring van het evenwicht moet namelijk worden beoordeeld in het licht van met name de toepasselijke regels van het nationale recht wanneer partijen op dit punt geen regeling hebben getroffen, de op de datum van de sluiting van de overeenkomst bestaande eerlijke en billijke marktpraktijken op het gebied van vergoedingen in de betrokken sport en alle omstandigheden rond de sluiting van die overeenkomst, alsook in het licht van alle andere bedingen van de overeenkomst of van een andere overeenkomst waarvan deze afhankelijk is.

5) Artikel 6, lid 1, van richtlijn 93/13

moet aldus worden uitgelegd dat het eraan in de weg staat dat een nationale rechter die heeft vastgesteld dat een beding in een overeenkomst tussen een verkoper en een consument oneerlijk is in de zin van artikel 3, lid 1, van die richtlijn, het door de consument verschuldigde bedrag verlaagt tot het bedrag van de kosten die de dienstverlener daadwerkelijk heeft gemaakt ter uitvoering van de overeenkomst.

6) Richtlijn 93/13, gelezen in het licht van artikel 17, lid 1, en artikel 24, lid 2, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, moet aldus worden uitgelegd dat wanneer een beding in een overeenkomst bepaalt dat een consument zich er als tegenprestatie voor diensten met betrekking tot het ondersteunen van zijn sportieve ontwikkeling en loopbaan toe verbindt een vergoeding te betalen van 10 % van de inkomsten die hij in de 15 jaar na de sluiting van die overeenkomst zal ontvangen, de omstandig-

heid dat de consument minderjarig was bij het sluiten van die overeenkomst en dat deze overeenkomst door de ouders van de minderjarige namens hem is gesloten, relevant is voor de beoordeling van het oneerlijke karakter van dat beding.

129

Faillissementsprocedure volgt op reorganisatieprocedure: uitzondering ovo-regels van toepassing?

Hof van Justitie EU

3 april 2025, nr. C-431/23, ECLI:EU:C:2025:232

(mr. Lycourgos, mr. Rodin, mr. Piçarra, mr. Spineanu-Matei, mr. Fenger)

Noot mr. dr. J. van der Pijl

Prepack. Overnameplan. Uitleg begrip 'faillissementsprocedure'.

[Richtlijn 2001/23/EG art. 5 lid 1]

Op 30 juli 2020 leidt de ondernemingsrechtbank Gent op verzoek van Wibra België nv een procedure van gerechtelijke reorganisatie in en stelt drie gerechtsmandatarissen aan om de activiteiten van de vennootschap geheel of gedeeltelijk te reorganiseren en over te dragen. Vervolgens weigert de ondernemingsrechtbank op 8 oktober 2020 een overnamebod van Wibra Nederland bv, zijnde de moedervennootschap, te homologeren. Diezelfde dag wordt Wibra België nv failliet verklaard en dragen de curatoren een deel van de materiële en immateriële activa over aan Wibra België bv (die op 30 september 2020 is opgericht). Uiteindelijk stellen 60 voormalig werknemers van Wibra België nv die niet worden overgenomen door Wibra België bv zich op het standpunt dat tijdens de procedure van gerechtelijke reorganisatie de informatie en raadplegingsverplichtingen bij collectief ontslag zijn geschonden en stellen Wibra België bv hoofdelijk aansprakelijk voor de schade. De verwijzende rechter vraagt zich af of art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG (Richtlijn overgang van onderneming) zo moet worden begrepen dat het van toepassing is in een situatie waarin een faillissementsprocedure volgt op een procedure van gerechtelijke reorganisatie waarin een ak-

koord tot gedeeltelijke overgang van de betrokken onderneming is uitgewerkt maar niet is gehomologeerd door de bevoegde rechter, waarna dit akkoord wordt uitgevoerd zodra het faillissement is uitgesproken.

Het Hof roept in herinnering dat art. 5 lid 1 Richtlijn strikt moet worden uitgelegd. De uitzondering is van toepassing indien aan drie cumulatieve voorwaarden wordt voldaan en van misbruik geen sprake is. Ten eerste moet de vervreemder daadwerkelijk in een faillissement of vergelijkbare procedure verkeren. Het is aan de verwijzende rechter om te bepalen of de opstelling van het overnameplan in het kader van de procedure van gerechtelijke reorganisatie en de uitvoering van het plan tijdens de faillissementsprocedure dezelfde verrichting is waarbij de vennootschap van meet af aan failliet zou worden verklaard vanwege haar insolventie. In dat geval kan de hele transactie worden beschouwd als een faillissementsprocedure. Als dat niet zo is, kan alleen de faillissementsprocedure van Wibra België nv onder art. 5 lid 1 Richtlijn vallen. Ten tweede moet de procedure zijn ingeleid met het oog op liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Een procedure die de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt, voldoet niet aan die eis. Het is aan de verwijzende rechter om na te gaan of de opeenvolgende procedures *ex primis* in bestonden i) de uitbetaling van de gezamenlijke schuldeisers te maximaliseren of ii) het operationele karakter van de onderneming te waarborgen. Ten derde is het aan de nationale rechter om na te gaan of de procedure onder toezicht van een bevoegde overheidsinstanties staat.

NB. In het arrest *Federatie Nederlandse Vakbeweging* («JAR» 2022/127, m.nt. Van der Pijl) verduidelijkt het Hof reeds de vereisten 'op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder' en 'onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie' uit art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG. Naast de drie genoemde cumulatieve voorwaarden mag ook geen sprake zijn van misbruik van een insolventieprocedure met als doel werknemers rechten te ontfangen die voortvloeien uit Richtlijn 2001/23/EG. In deze Belgische zaak is van belang dat de homologatie van het overnamebod door de rechter geweigerd werd omdat het bod in strijd was met een aantal dwingende bepalingen inzake de bescherming van werknemers die getroffen werden door de overgang van onderneming.

AE,
CO,
DU en anderen,
tegen
BA, optredend in de hoedanigheid van curator van Wibra België nv,
EP, optredend in de hoedanigheid van curator van Wibra België nv,
RI, optredend in de hoedanigheid van curator van Wibra België nv,
Wibra België bv,
in tegenwoordigheid van:
VT,
HL,
MO en anderen.

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van 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 (PB 2001, L 82, blz. 16).

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen AE, CO, DU en 19 andere gewezen werknemers die zijn ontslagen door WIBRA BELGIË nv (hierna: "Wibra België nv") enerzijds, en BA, EP en RI, optredend in de hoedanigheid van curatoren van Wibra België nv, en WIBRA BELGIË bv (hierna: "Wibra België bv") anderzijds, betreffende de vermeende niet-nakoming door deze vennootschappen van de verplichtingen inzake informatie en raadpleging van de vertegenwoordigers van de werknemers in het kader van hun collectief ontslag.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

3. Overweging 3 van richtlijn 2001/23 luidt: "Voorzieningen zijn nodig om de werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen, in het bijzonder om het behoud van hun rechten veilig te stellen."

4. Artikel 1, lid 1, van deze richtlijn bepaalt: "a) Deze richtlijn is van toepassing op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst of een fusie.

b) Onder voorbehoud van het bepaalde onder a) en van de hiernavolgende bepalingen van dit artikel wordt in deze richtlijn als overgang beschouwd, de overgang, met het oog op 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.

[...]"

5. Artikel 3, lid 1, van deze richtlijn luidt als volgt: "De rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, gaan door deze overgang op de verkrijger over.

De lidstaten kunnen bepalen dat de vervreemder en de verkrijger na het tijdstip van de overgang hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de verplichtingen welke vóór het tijdstip van de overgang voortvloeien uit een op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking."

6. In artikel 4, lid 1, eerste alinea, van die richtlijn is bepaald:

"De overgang van de onderneming, vestiging of onderdeel van de onderneming of vestiging vormt op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag. Deze bepaling vormt geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen."

7. Artikel 5 van richtlijn 2001/23 bepaalt:

"1. 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 verwikkeld 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).

[...]"

4. De lidstaten treffen de nodige maatregelen om misbruik van insolventieprocedures met het doel de werknemers van de in deze richtlijn bedoelde rechten te beroven, te voorkomen."

Belgisch recht

8. Richtlijn 2001/23 is in Belgisch recht omgezet bij collectieve arbeidsovereenkomst 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.

9. Artikel 1 van deze collectieve arbeidsovereenkomst, in de versie die van toepassing is op het hoofdgeding (hierna: "cao nr. 32 bis"), bepaalt:

"Onderhavige collectieve arbeidsovereenkomst strekt [...] [ertoe] te waarborgen:

1° eensdeels het behoud van de rechten der werknemers in alle gevallen van wijziging van werkgever ingevolge de overgang van een onderneming of van een gedeelte van een onderneming krachtens overeenkomst;

2° anderdeels een aantal rechten met betrekking tot de werknemers, die overgenomen worden in geval van overname van activa na faillissement."

10. Hoofdstuk II van cao nr. 32 bis bevat de artikelen 6 tot en met 10.

11. Artikel 6, eerste alinea, van cao nr. 32 bis preciseert dat hoofdstuk II ervan, dat betrekking heeft op 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, bedoeld bij hoofdstuk III van deze collectieve arbeidsovereenkomst".

12. Artikel 7 van cao nr. 32 bis 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."

13. Artikel 8 van cao nr. 32 bis luidt als volgt:

"De vervreemder en de verkrijger zijn in solidum gehouden tot betaling van de op het tijdstip van de overgang in de zin van artikel 1, 1°, bestaande schulden, die uit de op dat tijdstip bestaande arbeidsovereenkomsten voortvloeien [...]"

14. Artikel 9 van cao nr. 32 bis bepaalt:

"De wijziging van de werkgever vormt op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag.

De werknemers, die veranderen van werkgever, kunnen nochtans ontslagen worden om een dringende reden of om economische, technische of organisatorische redenen, die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich meebrengen."

15. Volgens hoofdstuk III van cao nr. 32 bis gaan de vennootschapsschulden van de vervreemder niet over op de verkrijger, noch is er sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid van de verkrijger met de vervreemder wanneer de overdracht van de onderneming plaatsvindt na een faillissement.

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

16. Op 30 juli 2020 heeft de ondernemingsrechtbank Gent (België) op verzoek van Wibra België nv een procedure van gerechtelijke reorganisatie van deze vennootschap ingeleid en haar tot 30 oktober 2020 opschorting verleend overeenkomstig de bepalingen van het Wetboek van economisch recht (hierna: “WER”) die voor deze procedure gelden, in de versie ervan die van toepassing is op de feiten in het hoofdgeding. Diezelfde dag heeft deze rechtbank BA, EP en RI als gerechtsmandatarissen aangesteld, met de opdracht de activiteiten van deze vennootschap geheel of gedeeltelijk te organiseren en over te dragen.

17. Op 21 september 2020 hebben deze drie gerechtsmandatarissen het overnamebod van Wibra België nv, dat door haar moedervennootschap, WIBRA NEDERLAND bv, was ingediend met betrekking tot 36 bedrijfsruimten en 183 van de 439 werknemers van Wibra België nv, aanvaard.

18. Op 30 september 2020 werd Wibra België bv opgericht om een aantal van de activiteiten die voorheen door Wibra België nv werden uitgeoefend over te nemen en voort te zetten.

19. Op 8 oktober 2020 heeft de ondernemingsrechtbank Gent het verzoek van die gerechtsmandatarissen om het in punt 17 van het onderhavige arrest bedoelde overnamebod te homologeren, afgewezen. Deze rechter heeft namelijk geoordeeld dat het overnamebod in strijd was met 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, alsmede met richtlijn 2001/23, voor zover dat overnamebod erin voorzag dat de verplichtingen inzake de betaling van het “vakantiegeld” en de “eindejaarspremie” van de werknemers van Wibra België nv die zouden worden overgenomen, voor hun arbeidsprestaties tot op de datum van homologatie van dat overnamebod, pro rata temporis door Wibra België nv zouden worden gedragen.

20. Bij een ander vonnis van diezelfde dag heeft de ondernemingsrechtbank Gent Wibra België nv

failliet verklaard en BA, EP en RI als curatoren aangesteld. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat de personeelsleden van deze vennootschap onmiddellijk op de hoogte zijn gebracht van dat vonnis en van de beslissing om hun arbeidsovereenkomst te beëindigen, met betaling van een opzeggingsvergoeding.

21. Op 9 oktober 2020 hebben de curatoren een deel van de materiële en immateriële roerende activa van Wibra België nv overgedragen aan Wibra België bv. Van alle ontslagen werknemers (te weten 439) zijn er 183 opnieuw in dienst genomen door Wibra België bv. In een brief die zij in de loop van 2021 aan de raadsleden van bepaalde voormalige werknemers van Wibra België nv hebben doen toekomen, hebben de curatoren aangegeven dat er tijdens de procedure van gerechtelijke reorganisatie geen personeel of activiteiten waren overgedragen.

22. Op 21 juni 2021 hebben de 22 verzoekers in het hoofdgeding, als voormalige werknemers van Wibra België nv die niet opnieuw in dienst waren genomen door Wibra België bv, tegen deze twee vennootschappen een vordering ingesteld bij de tribunal du travail de Liège (arbeidsrechtbank Luik, België), de verwijzende rechter. Op 30 juni 2021 hebben 38 andere werknemers die zich in dezelfde situatie bevonden, verzocht om toelating tot interventie in het hoofdgeding.

23. Deze 60 werknemers stellen dat tijdens de procedure van gerechtelijke reorganisatie van Wibra België nv, de verplichtingen niet zijn nagekomen die in geval van collectief ontslag gelden inzake informatie en raadpleging van de vertegenwoordigers van de werknemers, hetgeen een contractuele fout vormt die hen recht geeft op schadevergoeding. Bovendien moet volgens deze werknemers Wibra België bv hoofdelijk aansprakelijk worden gesteld voor deze schadevergoeding.

24. De verwijzende rechter merkt op dat het Belgische recht de naleving van de verplichtingen inzake informatie en raadpleging van de vertegenwoordigers van de werknemers in geval van collectief ontslag weliswaar uitdrukkelijk uitsluit in geval van faillissement van de betrokken vennootschap, maar dat niet in een dergelijke uitsluiting is voorzien in het kader van een procedure van gerechtelijke reorganisatie. De verwijzende rechter is dan ook van mening dat Wibra België nv verplicht was om, voordat het faillissementsvonnis werd uitgesproken en niettegenstaande de

procedure van gerechtelijke reorganisatie, de procedure van informatie en raadpleging van de tegenwoordigers van de werknemers te volgen alvorens tot het in het hoofdgeding aan de orde zijnde collectieve ontslag over te gaan, hetgeen zij niet heeft gedaan. Bijgevolg dient volgens hem Wibra België nv de 60 betrokken werknemers schadeloos te stellen voor die niet-nakoming van haar aan het collectieve ontslag voorafgaande verplichtingen tot informatie en raadpleging.

25. Tegen deze achtergrond vraagt de verwijzende rechter zich af of ook Wibra België bv aansprakelijk kan worden gesteld uit hoofde van die vergoedingsverplichting.

26. In de eerste plaats merkt hij op dat deze vennootschap niet verantwoordelijk was voor de aanpak van Wibra België nv. Bijgevolg kan Wibra België bv slechts aansprakelijk worden gesteld voor de door Wibra België nv begane fout voor zover zij wordt beschouwd als de verkrijger van de rechten en verplichtingen van Wibra België nv in het kader van overgang van ondernemingen krachtens overeenkomst, in de zin van de artikelen 7 en 8 van cao nr. 32 bis.

27. In de tweede plaats benadrukt deze rechter dat, ondanks de rechterlijke weigering om het in het kader van de procedure van gerechtelijke reorganisatie ingediende overnamebod te homologeren, het plan voor de gedeeltelijke overdracht van Wibra België nv dat in de loop van die procedure was uitgewerkt, uiteindelijk de dag nadat het faillissement werd uitgesproken door diezelfde mandatarissen is uitgevoerd als die welke eerder hadden verzocht om homologatie van het overnamebod voor die overdracht, zij het nu in hun hoedanigheid van curator.

28. In de derde plaats meent de verwijzende rechter dat een dergelijke 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, voor zover deze transactie door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen wordt geregeld. Volgens de verwijzende rechter waren er op het ogenblik van de feiten echter geen dergelijke bepalingen naar Belgisch recht.

29. De voorbereidende fase van de overdracht van Wibra België nv heeft weliswaar plaatsgevonden onder toezicht van de gerechtsmandatarissen die door de bevoegde rechter zijn aangesteld in het kader van de procedure van gerechtelijke reorganisatie en zou dus kunnen worden geacht te wor-

den geregeld door wettelijke bepalingen, maar de tweede fase van die transactie, namelijk de overgang van activa en personeel, is onmiddellijk gevolgd op de weigering van die rechter om het in het kader van die procedure van gerechtelijke reorganisatie uitgewerkte overnamebod te homologeren.

30. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt bovendien echter dat ter zake geen enkele rechtsregeling van kracht was op de datum waarop de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overgang heeft plaatsgevonden, aangezien die pas bij wet van 21 maart 2021 in dat wetboek is ingevoegd.

31. Tegen deze achtergrond heeft de tribunal du travail de Liège de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

“Moet artikel 5, lid 1, van richtlijn [2001/23] 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?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

32. Met zijn enige vraag wenst de verwijzende rechter in essentie te vernemen of artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat het van toepassing is in een situatie waarin een faillissementsprocedure volgt op een procedure van gerechtelijke reorganisatie waarin een akkoord tot gedeeltelijke overgang van de betrokken onderneming is uitgewerkt maar niet is gehomologeerd door de bevoegde rechter, waarna dit akkoord wordt uitgevoerd zodra het faillissement is uitgesproken.

33. Om te beginnen zij erop gewezen dat richtlijn 2001/23 volgens overweging 3 ervan de werknemers beoogt te beschermen, met name door het

behoud van hun rechten veilig te stellen bij overgang van een onderneming (arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a., C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, punt 38).

34. Daartoe bepaalt artikel 3, lid 1, eerste alinea, van die richtlijn dat de rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding, door deze overgang op de verkrijger overgaan. Artikel 4, lid 1, van die richtlijn beschermt werknemers tegen ontslag door de vervreemder of de verkrijger dat louter op basis van die overgang plaatsvindt (arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a., C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, punt 39).

35. In afwijking daarvan bepaalt artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 dat de bescherming van de artikelen 3 en 4 niet geldt bij een overgang van een onderneming die plaatsvindt onder de in die bepaling genoemde omstandigheden, tenzij de lidstaten anders bepalen (arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a., C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, punt 40).

36. Aangezien artikel 5, lid 1, tot gevolg heeft dat de bescherming van werknemers in bepaalde gevallen van overgang van een onderneming in beginsel niet geldt en daarmee afwijkt van het hoofddoel van richtlijn 2001/23, moet die bepaling noodzakelijkerwijs strikt worden uitgelegd (zie in die zin arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a., C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

37. Volgens deze bepaling zijn de in artikel 3 van richtlijn 2001/23 bedoelde gelijktijdige overgang van de rechten en verplichtingen welke voortvloeien uit de arbeidsovereenkomsten met de vervreemder en het in artikel 4 van deze richtlijn neergelegde principiële verbod op ontslag niet van toepassing 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 onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie, tenzij de lidstaten anders bepalen.

38. Ook al blijkt uit de bewoordingen van het eerste zinsdeel van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 als zodanig dat de lidstaten in de omstandigheden die de toepassing van deze bepaling rechtvaardigen, de in de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn vastgestelde regeling ter bescherming

van de werknemers kunnen toepassen, in het hoofdgeding heeft het Koninkrijk België geen gebruik gemaakt van deze mogelijkheid.

39. Hieruit volgt dat artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23, aangezien het de mogelijkheid biedt om af te wijken van de regeling ter bescherming van de werknemers, van toepassing is op een zaak zoals die in het hoofdgeding, op voorwaarde echter dat de procedure in kwestie voldoet aan de in die bepaling genoemde voorwaarden.

40. Dienaangaande bepaalt artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 dat moet zijn voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden, te weten, ten eerste, dat de vervreemder verwickeld moet zijn in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure, ten tweede, dat deze procedure moet zijn ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en, ten derde, dat die procedure onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie moet staan (zie in die zin arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a., C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, punt 44).

41. Wat in de eerste plaats de voorwaarde betreft dat de vervreemder verwickeld moet zijn in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure, moet worden opgemerkt dat die voorwaarde, gelet op het in punt 36 van dit arrest in herinnering gebrachte vereiste van strikte uitlegging, zich niet kan uitstrekken tot een transactie die het faillissement voorbereidt maar niet daartoe leidt. Een overgang die weliswaar is voorbereid vóór de faillietverklaring, maar pas daarna wordt uitgevoerd, impliceert evenwel daadwerkelijk het faillissement, en kan dus onder het begrip “faillissementsprocedure” in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 vallen (zie in die zin arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a., C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, punten 45 en 46).

42. In dat verband blijkt uit het aan het Hof overgelegde dossier allereerst dat een procedure van gerechtelijke reorganisatie in de zin van het Belgische recht niet als een faillissementsprocedure kan worden beschouwd, en voorts dat eerstgenoemde procedure weliswaar kan leiden tot het faillissement van de betrokken onderneming, maar een dergelijk gevolg noch automatisch noch zeker blijkt te zijn. In die omstandigheden blijkt dat deze procedure op zich niet voldoet aan de eerste voorwaarde van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 (zie in die zin arrest van 16 mei 2019,

Plessers, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424, punten 42, 43 en 48).

43. Uit de stukken waarover het Hof beschikt blijkt eveneens dat de voorwaarden voor de overgang van een onderneming in casu waren uitgewerkt in een voorstel dat is ingediend in het kader van de procedure van gerechtelijke reorganisatie van Wibra België nv die voorafging aan haar faillietverklaring, en dat de overgang die na die faillietverklaring heeft plaatsgevonden, overeenkomstig die voorwaarden is verricht.

44. Het staat dus aan de verwijzende rechter om te bepalen of, met name gelet op het Belgische recht dat in dat tijdvak van toepassing was, de opstelling van een overnameplan in het kader van de procedure van gerechtelijke reorganisatie van Wibra België nv enerzijds, en de uitvoering van dit plan tijdens de faillissementsprocedure van deze vennootschap anderzijds, moeten worden beschouwd als een en dezelfde verrichting waarbij die vennootschap van meet af aan failliet zou worden verklaard wegens haar bewezen insolventie, en dit voordat de onderneming werd overgedragen. In dat geval kan de gehele transactie worden beschouwd als een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23. Indien dat niet het geval is, kan alleen de faillissementsprocedure van Wibra België nv onder deze bepaling vallen.

45. In de tweede plaats vereist artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 dat de faillissementsprocedure of de soortgelijke procedure wordt ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder.

46. In dat verband moet ten eerste worden opgemerkt dat een procedure die de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt, niet aan dat vereiste voldoet (arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a., C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

47. Het Hof heeft met betrekking tot het verschil tussen een procedure die de voortzetting van de activiteit van de onderneming beoogt en een procedure die wegens haar bewezen insolventie de liquidatie van haar vermogen beoogt, reeds de gelegenheid gehad om te verduidelijken dat de eerste procedure beoogt het operationele karakter van de onderneming of van de levensvatbare onderdelen daarvan veilig te stellen, terwijl de tweede procedure zorgt voor een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers. Ook

al is het niet uitgesloten dat er een zekere overlap kan zijn tussen die twee doelen die een bepaalde procedure nastreeft, het hoofddoel van een procedure die de voortzetting van de activiteit van de onderneming beoogt, blijft in elk geval het behoud van de betrokken onderneming (zie in die zin arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a., C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, punt 48).

48. Zo kan het doel van een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure erin bestaan om de uitbetaling van de gezamenlijke schuldeisers te maximaliseren, zelfs wanneer zij als neven-doel de overdracht van de draaiende onderneming heeft waarbij de werkgelegenheid zo veel mogelijk behouden blijft [zie in die zin arrest van 28 april 2022, Federatie Nederlandse Vakbeweging (Pre-packprocedure), C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321, punt 55].

49. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt eveneens dat niet alleen moet worden vastgesteld dat een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure als primair doel heeft om een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de schuldeisers te verwezenlijken, maar ook dat de tenuitvoerlegging van die overgang het mogelijk maakt dit primaire doel daadwerkelijk te bereiken [zie in die zin arrest van 28 april 2022, Federatie Nederlandse Vakbeweging (Pre-packprocedure), C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321, punt 53].

50. Het staat derhalve aan de verwijzende rechter om, rekening houdend met alle relevante gegevens, na te gaan of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde opeenvolgende procedures, afzonderlijk dan wel globaal beschouwd, ertoe strekken de uitbetaling van de gezamenlijke schuldeisers te maximaliseren en het mogelijk hebben gemaakt om dat doel te bereiken in de zin van de in het vorige punt aangehaalde rechtspraak, dan wel of zij er integendeel primair toe strekken het operationele karakter van de onderneming of van de levensvatbare onderdelen ervan te waarborgen.

51. In dat verband lijkt om te beginnen uit het aan het Hof overgelegde dossier naar voren te komen dat naar Belgisch recht de procedure van gerechtelijke reorganisatie, anders dan het geval is bij een faillissementsprocedure, niet primair tot doel heeft de maximale uitbetaling van de schuldeisers te waarborgen. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt overigens dat het vonnis waarbij in casu gerechtsmandatarissen zijn aangesteld naar aanleiding van het door Wibra België nv ingediende verzoek

tot reorganisatie, hen heeft belast met de organisatie en de gehele of gedeeltelijke overgang van de activiteiten van deze vennootschap.

52. Daarbij komt dat, indien de verwijzende rechter van mening zou zijn, zoals in punt 44 van het onderhavige arrest is aangegeven, dat de procedure van gerechtelijke reorganisatie en de faillissementsprocedure van Wibra België nv samen een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure vormden in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23, hij zal moeten nagaan of een dergelijke procedure als zodanig voldoet aan de in punt 45 genoemde voorwaarde, wat impliceert dat het primaire doel van deze procedure in zijn geheel erin bestond om de hoogst mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers van de vervreemder te bewerkstelligen [zie in die zin arrest van 28 april 2022, Federatie Nederlandse Vakbeweging (Pre-packprocedure), C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321, punten 52 en 53].

53. Bij zijn onderzoek of in de onderhavige zaak aan de in punt 45 van dit arrest genoemde voorwaarde is voldaan, zou de nationale rechter met name rekening kunnen houden met het feit dat Wibra België bv is opgericht met het doel om een deel van de voorheen door Wibra België nv uitgeoefende activiteiten over te nemen en voort te zetten en dat een persbericht van “Wibra”, dat dateert van de dag na de faillietverklaring van deze vennootschap, aankondigt dat de curatoren die na deze faillietverklaring zijn aangesteld, “na overleg het plan voor de overname van Wibra” betreffende de verplaatsing van de Belgische zetel van Wibra België nv, van 36 winkels en de volgende wederindienstneming van 183 werknemers “hebben goedgekeurd”, waarbij werd gepreciseerd dat “[d]eze herstelt een einde maakt aan de onzekerheid over de voortzetting van de activiteiten van Wibra in België”.

54. Ten tweede moet worden nagegaan of de in het hoofdgeding aan de orde zijnde faillissementsprocedure of soortgelijke procedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen die waarborgen dat de uitvoering ervan geen bron van rechtsonzekerheid is [zie in die zin arrest van 28 april 2022, Federatie Nederlandse Vakbeweging (Pre-packprocedure), C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321, punten 54 en 55].

55. In dat verband blijkt, onder voorbehoud van verificatie door de verwijzende rechter, uit het aan het Hof overgelegde dossier niet dat voor de procedure van gerechtelijke reorganisatie of de faillis-

sementsprocedure, zoals deze in het Belgische recht zijn vastgesteld, geen toereikend wettelijk of regelgevend kader voorhanden is dat voldoet aan de in het vorige punt genoemde voorwaarde.

56. Mocht de verwijzende rechter daarentegen tot de slotsom komen dat in het hoofdgeding de procedure van gerechtelijke reorganisatie en de faillissementsprocedure van Wibra België nv, in hun geheel beschouwd, een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 kunnen vormen, dan staat het aan hem om te bepalen of het achtereenvolgens combineren van die twee procedures voldoende is geregeld door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.

57. Wat in de derde en laatste plaats de voorwaarde betreft dat de in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 genoemde procedure onder het toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staat, moet ten eerste worden opgemerkt dat uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat dit niet het geval is wanneer de aangestelde gerechtsmandataris tot taak heeft de overgang van de onderneming te organiseren en tot stand te brengen in naam en voor rekening van de schuldenaar en hij offertes moet inwinnen en daarbij bij voorrang waakt over het behoud van het geheel of een gedeelte van de activiteit van de onderneming, rekening houdend met de rechten van de schuldeisers, zoals dat het geval lijkt te zijn in de procedure van gerechtelijke reorganisatie in de zin van het Belgische recht (zie in die zin arrest van 16 mei 2019, Plessers, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424, punten 46 en 47).

58. Ten tweede, indien de verwijzende rechter tot de slotsom komt dat de faillissementsprocedure of de soortgelijke procedure in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 in casu bestaat in de combinatie van de procedure van gerechtelijke reorganisatie en de faillissementsprocedure van Wibra België nv, staat het aan hem om te bepalen of een dergelijke combinatie, in haar geheel beschouwd, is onderworpen aan het toezicht van een bevoegde overheidsinstantie. Volgens de rechtspraak van het Hof kan een dergelijk toezicht om te beginnen blijken uit het feit dat een rechterlijke instantie de taken van de gemachtigden in de voorafgaande fase van die combinatie van de procedure van gerechtelijke reorganisatie en de faillissementsprocedure omschrijft en toezicht uitoefent op de uitoefening van die taken bij de eigenlijke inleiding van het faillissement, vervol-

gens de omstandigheid dat de overgang van de onderneming pas plaatsvindt nadat de faillissementsprocedure is ingeleid, waardoor de curator zich daartegen kan verzetten, en ten slotte het feit dat de in het kader van de voorbereidende fase handelende gemachtigden onder dezelfde voorwaarden aansprakelijk zijn voor hun handelingen als die welke gelden voor de curatoren. Om te bepalen of een dergelijke procedure onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staat, mag daarentegen geen doorslaggevend belang worden gehecht aan de omstandigheid dat het overgangsakkoord kort na de inleiding van de faillissementsprocedure wordt ondertekend, noch aan het feit dat de gemachtigden die tijdens de voorbereidende fase van die procedure optreden, over geen enkele wettelijke bevoegdheid beschikken [zie in die zin arrest van 28 april 2022, Federatie Nederlandse Vakbeweging (Pre-packprocedure), C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321, punten 59 en 62-64].

59. Teneinde de verwijzende rechter alle nuttige aanwijzingen voor de beslechting van het bij hem aanhangige geding te verstrekken, moet ten slotte worden opgemerkt dat de lidstaten volgens artikel 5, lid 4, van richtlijn 2001/23 de nodige maatregelen dienen te treffen om misbruik van de faillissementsprocedures met het doel de werknemers van de in deze richtlijn bedoelde rechten te beroven, te voorkomen.

60. In casu heeft Wibra België nv ter voorbereiding van de overgang van de activiteiten van deze vennootschap of een deel ervan verzocht om de inleiding van een in het Belgische recht geregelde procedure van gerechtelijke reorganisatie, die waarborgen biedt aan de werknemers. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat deze vennootschap, nadat de ondernemingsrechtbank Gent had geweigerd het overnamebod te homologeren dat was aanvaard door de gerechtsmandatarissen die in het kader van die procedure waren aangesteld, deze rechter heeft verzocht haar failliet te verklaren en aldus een procedure in te leiden die naar Belgisch recht aan de werknemers andere waarborgen biedt dan die waarin de procedure van gerechtelijke reorganisatie voorziet.

61. Uit de verwijzingsbeslissing volgt echter ook dat het overnamebod afkomstig was van een met Wibra België nv verbonden vennootschap, zonder dat er enige aanwijzing werd gegeven of er naar andere potentiële kopers werd gezocht, en dat aan de weigering om het bod te homologeren

het feit ten grondslag lag dat het bod in strijd was met een aantal dwingende bepalingen inzake de bescherming van werknemers die konden worden getroffen door de voorgenomen overgang van de onderneming.

62. In die omstandigheden staat het aan de verwijzende rechter om in het licht van alle relevante gegevens na te gaan of er in casu al dan niet sprake is van misbruik van een insolventieprocedure met het doel de werknemers de rechten te ontfangen die voor hen voortvloeien uit richtlijn 2001/23.

63. Gelet op een en ander dient op de gestelde vraag te worden geantwoord dat artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 aldus moet worden uitgelegd dat het van toepassing is in een situatie waarin een faillissementsprocedure volgt op een procedure van gerechtelijke reorganisatie waarin een akkoord tot gedeeltelijke overgang van de betrokken onderneming is uitgewerkt maar dat niet is gehomologeerd door de bevoegde rechter, waarna dit akkoord wordt uitgevoerd zodra het faillissement is uitgesproken, op voorwaarde dat de ten uitvoer gelegde faillissementsprocedure of soortgelijke procedure daadwerkelijk is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, deze procedure onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie en het gebruik van die procedure niet kan worden aangemerkt als misbruik.

Kosten

64. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Derde kamer) verklaart voor recht:

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

moet aldus worden uitgelegd dat het van toepassing is in een situatie waarin een faillissementsprocedure volgt op een procedure van gerechtelijke reorganisatie waarin een akkoord tot gedeeltelijke overgang van de betrokken

onderneming is uitgewerkt maar dat niet is gehomologeerd door de bevoegde rechter, waarna dit akkoord wordt uitgevoerd zodra het faillissement is uitgesproken, op voorwaarde dat de ten uitvoer gelegde faillissementsprocedure of soortgelijke procedure daadwerkelijk is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, deze procedure onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie en het gebruik van die procedure niet kan worden aangemerkt als misbruik.

NOOT

Na eerdere uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof) in twee Nederlandse zaken (*FNV/Smallsteps* («JAR» 2017/187) en *FNV/Heiploeg* («JAR» 2023/290)) en in één Belgische zaak (*Prefaco/Plessers* («JOR» 2019/210)) is dit *Wibra*-arrest, in een opnieuw Belgische zaak, de volgende loot aan de stam van de Europese pre-packjurisprudentie. Het gaat daarbij telkens om de vragen van uitleg over de zogenoemde faillissementsuitzondering van art. 5 lid 1 van de richtlijn overgang van onderneming (Richtlijn 2001/23/EG): onder welke omstandigheden blijven de ovo-regels buiten toepassing bij een doorstart vanuit een insolvente werkgever? De hoofdregels waarop de uitzondering betrekking heeft betreffen het behoud van rechten van werknemers bij een overgang van onderneming (art. 3 richtlijn) en het verbod voor de verkrijger om arbeidsovereenkomsten op te zeggen wegens deze overgang, tenzij sprake is van ETO-redenen (art. 4 richtlijn). In de oorspronkelijke ovo-richtlijn, uit 1977, stond de uitzondering van art. 5 lid 1 overigens nog niet. Deze is pas in 1998, in een volgende versie van de richtlijn opgenomen, nadat het Hof in 1985 in zijn *Abels*-arrest (*NJ* 1985/900), overigens ook weer een Nederlandse zaak, had bepaald dat de richtlijn niet geldt in de faillissementsprocedure, alsook dat deze – en dat is van belang bij het bespreken van dit *Wibra*-arrest niet onbelangrijk – wel van toepassing blijft bij een overgang in het kader van een ‘procedure van het type surseance’. In feite is art. 5 lid 1 van de richtlijn dus de codificatie van het *Abels*-arrest. Uit de formulering van de faillissementsuitzondering in de richtlijn, als ook uit de uitleg die nadien in *FNV/Smallsteps*

door het Hof is gegeven, kan worden afgeleid dat moet zijn voldaan aan drie voorwaarden wil een beroep op de uitzondering slagen: (1) er moet sprake zijn van een faillissementsprocedure of van een soortgelijke procedure, (2) deze moet zijn ingeleid met het oog op liquidatie van het vermogen van de vervreemder, en (3) dit moet gebeuren onder toezicht van een overheidsinstantie. In *FNV/Heiploeg* is daaraan toegevoegd dat aan de tweede en de derde voorwaarde alleen kan zijn voldaan, als de procedure wettelijk geregeld is. Dat laatste is in België inmiddels wel het geval, maar in Nederland niet, nu de behandeling van de Wet Continuïteit Ondernemingen I in de Eerste Kamer nog altijd ‘on hold’ staat, wat er in feite in resulteert dat in Nederland een pre-pack, oftewel een in stilte door een beoogd curator voorbereide doorstart, op dit moment niet mogelijk is.

In deze zaak was op verzoek van *Wibra België* N.V. een procedure van gerechtelijke reorganisatie ingeleid, waarbij door de ondernemingsrechtbank in Gent drie gerechtsmandatarissen werden aangesteld. Deze wilden enige maanden later een overnamebod van een gelieerde *Wibra*-entiteit aanvaarden, waardoor per saldo 183 van de 439 werknemers hun werk konden behouden. De rechtbank homologeerde dit aan hem voorgesteld akkoord echter niet, omdat het akkoord niet voorzorg in de verplichting voor de overnemende partij de betaling van tot de datum van homologatie van het voorziene akkoord opgebouwde vakantiebijslag en ‘eindejaarspremie’ over te nemen. Daarop is diezelfde dag nog door dezelfde ondernemingsrechtbank het faillissement uitgesproken, met benoeming van de drie gerechtsmandatarissen tot curator. De volgende dag is alsnog een schijnbaar identieke transactie gerealiseerd, waarbij 183 werknemers hun baan behielden.

Als we dit arrest vanuit Nederlands perspectief bekijken, dan ligt het voor de hand – al zijn de situaties niet helemaal hetzelfde – een parallel te trekken met de hier veel voorkomende situatie dat eerst surseance wordt verleend, waarna dat wordt omgezet in een faillissement. We zien dan dat eerst in surseance met de bewindvoerder onderzocht wordt of een doorstart te realiseren is, waarna – als de doorstart inderdaad mogelijk blijkt – de surseance wordt omgezet in faillissement en de bewindvoerder, nu in de rol van curator, aansluitend de overnameovereenkomst

met de verkrijger afsluit en de doorstart een feit is. Vaste prik is daarbij dat de verkrijger geacht wordt vrij te zijn in het bepalen welke werknemers er wel of niet mee overgaan, en dat deze daarbij dus niet gehinderd wordt door bijvoorbeeld de selectiecriteria van het afspiegelingsbeginsel. In Heiploeg heeft het Hof echter ook overwogen dat 'in elke afzonderlijke situatie dient te worden nagegaan of de betrokken pre-packprocedure en faillissementsprocedure gericht zijn op de liquidatie van de onderneming nadat is vast komen te staan dat de vervreemder insolvent is, en niet enkel op een reorganisatie van die onderneming'. Vraag is of in de Nederlandse surseancepraktijk, die ik in het kort schetste, niet ook 'in elke afzonderlijke situatie' moet worden nagegaan of niet in feite sprake is van reorganisatie van de onderneming. Met name bij een gelieerde doorstart speelt die vraag prominent, nu daarbij veelal een entiteit uit dezelfde groep vennootschappen, al dan niet net opgericht, als verkrijger fungeert. Nu had de Hoge Raad in Heiploeg zijn prejudiciële vragen expliciet beperkt tot de pre-pack, en hadden deze dus geen betrekking op de 'klassieke' doorstart, voorafgegaan door surseance, en had diens gevolg het antwoord van het Hof ook daar uitsluitend betrekking op. In zijn *Wibra*-uitspraak stelt het Hof verder met zoveel woorden vast dat het gegeven dat de transactie plaatsvindt *zodra* het faillissement is uitgesproken (dus direct aansluitend op de faillietverklaring) niet in de weg staat aan toepassing van de uitzondering van art. 5 lid 1. Dat is ook van belang voor de surseance die gevolgd wordt door een faillissementsdoorstart: dat een doorstart naadloos volgt op surseance hoeft niet problematisch te zijn.

Tot slot springt in het oog dat het Hof voor het eerst ook het misbruik-aspect in zijn antwoord op dergelijke prejudiciële vragen betreft. Art. 5 lid 4 van de richtlijn verplicht de lidstaten de nodige maatregelen te treffen om te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van insolventieprocedures met het doel werknemers van hun in deze richtlijn bedoelde rechten te beroven. Het is niet zo gek dat het Hof in deze specifieke *Wibra*-casus de aandacht op dit misbruikaspect vestigt, terwijl hij dat in de eerdere, aangehaalde uitspraken niet deed: er was niet met andere potentiële kopers overlegd en de overnemer wilde zich niet aan dwingendrechtelijke bepalingen houden. Het ten-deert dan inderdaad naar misbruik om zo alsnog

je zin af te dwingen via de faillissementsband. In Nederland pleiten critici van de arresten in *Smallsteps* en *Heiploeg* al langer voor een grotere rol voor de misbruiktoets. Maar daarbij is wel van belang dat een doorstart hier per definitie, dus of het nu een voorbereide doorstart betreft of niet, geëffectueerd wordt door een curator, onder toezicht van de rechter-commissaris, zodat moeilijk voorstelbaar is dat evident misbruik door de betrokken onderneming(en) door-gang kan vinden. Aan de andere kant kan die vraag ook in de *Wibra*-zaak gesteld worden: had de ondernemingsrechtbank in Gent geen stokje kunnen steken voor de faillietverklaring en/of de aansluitende overname? De arbeidsrechtbank in Luik krijgt nu in elk geval de kans dat alsnog te doen.

mr. dr. J. van der Pijl
advocaat en partner bij DingemansVanderKind