

of de retributies in het KB voldoen aan de voorwaarden van een retributie. De retributie moet immers niet enkel een vergoeding zijn voor een dienst verleend door de overheid, maar moet ook in redelijke verhouding staan tot de kostprijs van de verleende dienst. De afdeling Wetgeving van de Raad van State is niet zeker of dergelijke redelijke verhouding bestaat bij de retributies in artikel 14 van het KB. Deze bedenking van de Raad van State leidde evenwel niet tot een aanpassing van het KB.

Het KB treedt in werking samen met de pandwet op 1 januari 2018 (art. 18 KB).

Rechtspraak/Jurisprudence

Hof van Justitie 22 juni 2017

INSOLVENTIE

Transnationale insolventie – Algemeen – Overdracht van onderneming – Pre-pack-faillissement (Nederland) – Toepassing richtlijn nr. 2001/23/EG

INSOLVABILITÉ

Insolvabilité transnationale – Généralités – Transfert d'entreprise – Faillite « prepack » néerlandaise – Application de la directive n° 2001/23/CE

Zaak: C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489

In dit arrest heeft het Hof van Justitie zich uitgesproken over de toepassing van richtlijn nr. 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.L.* 22 maart 2001, afl. 82, 16) op het pre-pack-faillissement in Nederland.

De feiten voorafgaand aan dit geschil waren als volgt. Estro Groep was een kinderopvangbedrijf met verschillende vestigingen in Nederland. In 2013 kwam Estro Groep in financiële problemen en zocht tevergeefs naar nieuwe financiering. Noodgedwongen ging Estro Groep over naar plan B, waarbij onder begeleiding van een beoogd curator een pre-pack werd overeengekomen met H.I.G. Kapital. De pre-pack bestond uit de verkoop van activiteiten (ongeveer 250 vestigingen met 2.600 werknemers) van de Estro Groep aan Smallsteps (dochtervenootschap van H.I.G. Kapital). De verkoop vond plaats op de dag van het faillissement van Estro Groep en werd ondertekend door de voormalig beoogd curator, die na het faillissement als effectief curator werd aangesteld.

De vraag aan het Hof van Justitie gaat uit van enkele voormalige werknemers van Estro Groep, die niet zijn overgenomen door Smallsteps. De kern van de vraag is de toepasselijkheid van de richtlijn nr. 2001/23/EG. Indien de richtlijn van toepassing is, dan kunnen werknemers genieten van de bescherming van artikel 3 dat stelt: “*De rechten en verplichtingen welke voor de ver-*

vreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, gaan door deze overgang op de verkrijger over.” Hieruit volgt dat Smallsteps alle werknemers van Estro zou moeten overnemen. De bescherming van artikel 3 van deze richtlijn kan evenwel worden uitgesloten op grond van artikel 5, 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 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)*” (eigen benadrukking). Indien het Nederlandse pre-pack faillissement als een procedure omschreven in artikel 5, 1. van richtlijn nr. 2001/23/EG kan worden beschouwd, stond het Smallsteps vrij om te kiezen welke werknemers werden overgenomen.

Het Hof oordeelt dat een procedure onder de toepassing van artikel 5, 1. van richtlijn nr. 2001/23/EG kan vallen indien aan drie cumulatieve voorwaarden is voldaan: “*de vervreemder moet verwickeld zijn in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure (1). Voorts moet deze procedure zijn ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder (2) en moet deze onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staan (3)*” (randnr. 44). Vervolgens toetst het Hof het pre-pack-faillissement aan deze voorwaarden. Wat betreft de eerste voorwaarde besluit het Hof dat een pre-pack weliswaar wordt voorbereid voor de faillietverklaring, maar pas daarna in een effectieve faillissementsprocedure wordt uitgevoerd, zodat de procedure als faillissementsprocedure kan worden gekwalificeerd (randnr. 46). Ten tweede leidt het Hof uit de verwijzingsbeslissing van de Nederlandse rechter af dat een pre-pack “*tot in de kleinste details de overdracht van de onderneming voor te bereiden om na de faillietverklaring een snelle doorstart mogelijk te maken van de levensvatbare onderdelen van de onderneming*”. Onder deze omstandigheden en onder voorbehoud van verificatie door de Nederlandse verwijzende rechter, besluit het Hof dat een dergelijke transactie uiteindelijk niet de liquidatie van de onderneming beoogt (randnrs. 49-50). Ten derde oordeelt het Hof dat de beoogd curator en rechter-commissaris geen werkelijke bevoegdheid hebben en dat er bij een pre-pack onvoldoende sprake is van toezicht van een overheidsinstantie (randnrs. 54-58). De pre-pack voldoet bijgevolg niet aan de twee van de drie cumulatieve voorwaarden.

Het is nu aan de Nederlandse rechter om met het antwoord van het Hof van Justitie verder te gaan en een oordeel te vellen over het pre-pack-faillissement van Estro en zijn arbeidsrechtelijke gevolgen. Het staat vast dat de

toepassing van dit arrest grote gevolgen kan hebben voor de rechten van werknemers en verplichtingen van overnemers in reeds afgelopen en nog hangende pre-pack-faillissementen in Nederland. Verrassend is wel dat de minister van Justitie in Nederland heeft laten verstaan dat de nieuwe wetsbepalingen aangaande het pre-pack-faillissement (wijziging van de faillissementswet in verband met de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de afwikkeling van een eventueel faillissement en vergroting van de kansen op voortzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen, de zogenaamde wet continuïteit ondernemingen I) geen aanpassing behoeven op grond van het *Estro*-arrest. De arbeidsrechtelijke implicaties van het *Estro*-arrest worden niet geacht onder het toepassingsgebied van WCO I te vallen. Wel zullen rechters en beoogd curators rekening moeten houden met de toepasselijke regels betreffende de overgang van een onderneming, wanneer WCO I wordt toegepast met het oog op een doorstart (brief van 28 september 2017 van ministerie van Veiligheid en Justitie).

De Belgische wetgever daarentegen had een andere – overigens nu al betwiste – reactie op de beslissing van het Hof. Vrijwel onmiddellijk na het *Estro*-arrest heeft de wetgever in België beslist om een gelijkaardige pre-pack regeling uit het nieuwe Boek XX WER (Insolventie van ondernemingen) te schrappen (Amendement, nr. 2407/006, *Parl.St.Kamer* 2016-17, 73).

Arbeidshof Antwerpen (afd. Hasselt) 14 augustus 2017

Zaak: 2016/AH/191 (onuitg.)

CONTINUÏTEIT VAN DE ONDERNEMING (WET 31 JANUARI 2009)

Gerechtelijke reorganisatie – Gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag – Rechten van de werknemers – Toepassing Europees recht
CONTINUITÉ DES ENTRPRISES (LOI DU 31 JANVIER 2009)

Réorganisation judiciaire – Réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice – Droits des travailleurs – Application du droit européen

Het geschil voor het arbeidshof te Antwerpen, afdeling Hasselt, betreft de overdracht onder gerechtelijk gezag van NV Echo aan NV Prefaco, waarbij NV Prefaco kiest om 164 werknemers over te nemen. De keuze van de overnemer is gebaseerd op artikel 61, § 3 WCO (nieuw art. XX.86, § 3 WER), waarin de keuze om werknemers al dan niet over te nemen aan de verkrijger wordt gelaten.

Appelante is een werkneemster die niet werd overgenomen door NV Prefaco en aldus haar arbeidsovereenkomst beëindigd zag. Appelante betwistte haar ontslag

en stelde in eerste aanleg een vordering in tegen NV Prefaco en de Belgische Staat. De arbeidsrechtbank wees de vorderingen af. Vervolgens stelde appelante beroep in tegen het vonnis van de arbeidsrechtbank. Appelante is van oordeel dat de rechten en verplichtingen van haar arbeidsovereenkomst overgaan op de overnemer, NV Prefaco, onder toepassing van artikel 3 van de richtlijn nr. 2001/23/EG (van de Raad van 12 maart 2001 inzake het behoud van de rechten van de werknemers b overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, *Pb.L.* 22 maart 2001, afl. 82, 16). Indien haar arbeidsovereenkomst niet wordt overgenomen, dan argumenteert appelante dat het Belgisch recht niet in overeenstemming is met het Europees recht en dat de Belgische Staat haar verplichting om de richtlijn te implementeren niet is nagekomen.

Volgens verweerders is artikel 3 richtlijn nr. 2001/23/EG niet van toepassing, omdat de overdracht onder gerechtelijk gezag moet worden beschouwd als een liquidatieprocedure. In dat geval is artikel 5, 1. van richtlijn nr. 2001/23/EG van toepassing, dat de werking van artikel 3 uitsluit: “*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)*” (eigen benadrukking).

Het arbeidshof is niet zeker dat de overdracht onder gerechtelijk gezag van het toepassingsgebied van richtlijn nr. 2001/23/EG kan worden uitgesloten en besliste volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Hof van Justitie:

“Is het keuzerecht voor de overnemer uit artikel 61, § 3 van de Belgische wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen (WCO-wet), als onderdeel van Hoofdstuk 4 van Titel 4 van deze wet waarbij de ‘gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag’ wordt geregeld, in de mate dat deze gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag is aangewend met het oog op het behoud van het geheel of een gedeelte van de vervreemder of van zijn activiteiten, in overeenstemming met de Europese richtlijn nr. 2001/23/EG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers b overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, in het bijzonder met de artikelen 3 en 5 van deze richtlijn?”

6. We kunnen niet voorspellen hoe het Hof van Justitie deze vraag zal beantwoorden. Echter, de manier waarop