CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. SZPUNAR
van 23 januari 2019[1]

Zaak C-509/17

Christa Plessers
tegen
PREFACO NV,
Belgische Staat

[verzoek van het arbeidshof Antwerpen (België) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Richtlijn 2001/23/EG – Artikelen 3 tot en met 5 – Overgang van ondernemingen – Behoud van rechten van werknemers – Uitzonderingen – Insolventieprocedure – Procedure tot gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag – Volledig of gedeeltelijk behoud van de onderneming – Nationale wettelijke regeling die de verkrijger toestaat om na de overgang de werknemers van zijn keuze over te nemen”

I. Inleiding

1. In deze zaak heeft het arbeidshof Antwerpen (België) het Hof een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van de artikelen 3 tot en met 5 van richtlijn 2001/23/EG[2].

2. Deze vraag is gerezen in het kader van een geschil tussen Christa Plessers en Prefaco NV, een in België gevestigde vennootschap, over de rechtmatigheid van het ontslag van Plessers.

3. Het onderzoek van deze vraag noopt het Hof andermaal ertoe om zich te buigen over de toepasselijkheid van de in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 neergelegde uitzondering op een nationale procedure tot reorganisatie van een onderneming. Meer concreet wordt het Hof verzocht om de overgang van een onderneming in het kader van een procedure tot gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag te toetsen aan deze bepaling. Voor zover het Hof mocht oordelen dat deze procedure niet onder de uitzondering van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 valt, zal het zich in het licht van de regeling ter bescherming van de werknemers, zoals voorzien in de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn, moeten uitspreken over de mogelijkheid waarover de verkrijger krachtens de nationale wettelijke regeling beschikt om te kiezen welke werknemers hij bij de overgang wil overnemen.

1 Oorspronkelijke taal: Frans.

2 Richtlijn 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).

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

4. Artikel 3 van richtlijn 2001/23 bepaalt:

„1. 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.

[...]"

5. Artikel 4, lid 1, van deze richtlijn bepaalt:

„1. 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.

De lidstaten mogen bepalen dat de eerste alinea niet van toepassing is op bepaalde welomschreven categorieën werknemers waarop de wettelijke voorschriften of het gebruik van de lidstaten inzake bescherming tegen ontslag geen betrekking hebben."

6. Artikel 5, lid 1, van deze richtlijn is geformuleerd als volgt:

„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)."

B. Belgisch recht

7. Artikel 22 van de wet betreffende de continuïteit van de ondernemingen [3] van 31 januari 2009 (hierna: „WCO") bepaalt:

„Zolang de rechtbank geen uitspraak heeft gedaan over het verzoekschrift tot gerechtelijke reorganisatie, ongeacht of de vordering werd ingeleid of het middel van tenuitvoerlegging aangevat voor of na de neerlegging van het verzoekschrift:

– kan de schuldenaar niet worden failliet verklaard; indien de schuldenaar een vennootschap is, kan deze ook niet gerechtelijk worden ontbonden;

– kan geen enkele tegeldemaking van de roerende of onroerende goederen van de schuldenaar plaatsvinden als gevolg van de uitoefening van een middel van tenuitvoerlegging."

3 *Belgisch Staatsblad*, 9 februari 2009, blz. 8436.

8. Artikel 60 WCO bepaalt:

„Het vonnis dat de overdracht beveelt, wijst een gerechtsmandataris aan die wordt gelast met het organiseren en realiseren van de overdracht in naam en voor rekening van de schuldenaar. Het bepaalt het voorwerp van de overdracht of laat die bepaling over aan het oordeel van de gerechtsmandataris. [...]"

9. Artikel 61, § 4, WCO luidt als volgt:

„De keuze van de werknemers die hij wenst over te nemen berust bij de verkrijger. De keuze van de verkrijger moet bepaald worden door technische, economische en organisatorische redenen en gebeuren zonder verboden differentiatie, inzonderheid ingegeven door de activiteit uitgeoefend als vertegenwoordiger van het personeel in de overgedragen onderneming of het overgedragen deel van onderneming.

De afwezigheid van verboden differentiatie op dat vlak wordt geacht bewezen te zijn indien het deel van de werknemers en van hun vertegenwoordigers dat in de overgenomen onderneming of deel van onderneming actief was en dat door de verkrijger gekozen wordt, evenredig is in het totaal aantal gekozen werknemers."

III. Feiten, prejudiciële vraag en procedure bij het Hof

10. Plessers werkte sinds 17 augustus 1992 bij de vennootschap Echo NV te Houthalen-Helchteren (België) als manager beheerboekhouding.

11. Op 23 april 2012 heeft de rechtbank van koophandel Hasselt (België) op verzoek van Echo de procedure tot gerechtelijke reorganisatie geopend met het oog op een akkoordprocedure overeenkomstig de WCO en werd aan deze onderneming opschorting verleend tot en met 23 oktober 2012. De opschorting is vervolgens verlengd tot en met 22 april 2013.

12. Op 19 februari 2013, dus vóór het verstrijken van deze termijn, heeft de rechtbank van koophandel Hasselt het verzoek van Echo ingewilligd om de overdracht met akkoord te wijzigen in een overdracht onder gerechtelijk gezag.

13. Op 22 april 2013 heeft de rechtbank van koophandel Hasselt de gerechtsmandatarissen gemachtigd om tot de overdracht van de roerende en onroerende goederen aan Prefaco, een van de twee kandidaat-overnemers van Echo, over te gaan. In haar voorstel had Prefaco aangeboden om 164 werknemers over te nemen, dat wil zeggen circa twee derde van het totale personeelsbestand van Echo. Op 22 april 2013 werd de overeenkomst van overdracht ondertekend. Aan deze overeenkomst werd als bijlage 9 de lijst van de over te nemen werknemers gevoegd. Plessers komt op deze lijst niet voor.

14. Als overdrachtsdatum vermeldde deze overeenkomst „twee werkdagen na de datum van het vonnis van machtiging" van de rechtbank van koophandel Hasselt.

15. Op 23 april 2013 heeft Prefaco telefonisch contact opgenomen met de werknemers die voor overname in aanmerking kwamen en hun verzocht zich de volgende dag op het werk aan te bieden. Deze overname werd op 24 april 2013 door Prefaco schriftelijk bevestigd. Met de werknemers die niet zouden worden overgenomen, werd telefonisch contact opgenomen; zij werden door de gerechtsmandatarissen bij brief van 24 april 2013 ervan in kennis gesteld dat zij niet door Prefaco werden overgenomen. Deze brief had de volgende strekking:

„Dit schrijven geldt als officiële kennisgeving [conform artikel] 64, § 2, WCO. De activiteiten van [Echo] worden hierdoor stopgezet vanaf 22 april 2013.

Vermits u niet werd overgenomen door de hoger vermelde overnemers, dient u dit schrijven te beschouwen als een contractbreuk in hoofde van uw werkgever, [Echo].

Als mogelijke schuldeiser van [Echo] is het aangewezen dat u een schuldvordering indient bij ondergetekende gerechtsmandataris [...]".

16. De gerechtsmandatarissen hebben ook aan Plessers een formulier uitgereikt, waarop als datum van beëindiging van het contract de datum van 23 april 2013 stond vermeld.

17. Plessers heeft gesteld dat Prefaco op 22 april 2013, te weten de datum van uitspraak van het vonnis van de rechtbank van koophandel Hasselt, de vestiging in Houthalen-Helchteren in gebruik heeft genomen, hetgeen door Prefaco is betwist.

18. Bij brief van 7 mei 2013 heeft Plessers Prefaco in gebreke gesteld om haar tewerk te stellen.

19. Prefaco heeft hierop bij brief van 16 mei 2013 geantwoord. Zij verwees hierin naar de toepassing van artikel 61, § 4, WCO, dat aan de verkrijger het recht toekent om te kiezen welke werknemers hij al dan niet wenst over te nemen, voor zover deze keuze enerzijds wordt bepaald door technische, economische of organisatorische redenen en er anderzijds geen sprake is van verboden differentiatie. Prefaco heeft verder nog onder meer verwezen naar het ontbreken van enigerlei verplichting van haar kant om Plessers opnieuw tewerk te stellen na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met Echo.

20. Bij gebreke van overeenstemming heeft Plessers bij verzoekschrift van 11 april 2014 beroep ingesteld bij de arbeidsrechtbank Antwerpen (België).

21. Voorts heeft Plessers op 24 juli 2015 de Belgische Staat in gedwongen tussenkomst gedagvaard.

22. Bij vonnis van 23 mei 2016 heeft de arbeidsrechtbank Antwerpen alle vorderingen van Plessers ongegrond verklaard en haar in de kosten verwezen. Plessers heeft tegen dit vonnis hoger beroep ingesteld bij het arbeidshof Antwerpen, afdeling Hasselt.

23. In deze omstandigheden heeft het arbeidshof Antwerpen, afdeling Hasselt, bij beslissing van 14 augustus 2017, ingekomen ter griffie van het Hof op 21 augustus 2017, beslist de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vraag te stellen:

„Is het keuzerecht voor de overnemer uit artikel 61, § 4, [WCO], in de mate dat deze ‚gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag' is aangewend met het oog op het behoud van het geheel of [e]en gedeelte van de vervreemder of van zijn activiteiten, in overeenstemming met [richtlijn 2001/23], in het bijzonder met de artikelen 3 en 5 van deze richtlijn?"

24. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door partijen in het hoofdgeding, de Belgische regering en de Europese Commissie. Ter terechtzitting van 3 oktober 2018 zijn alle partijen, behoudens Prefaco, verschenen om hun stellingen mondeling toe te lichten.

IV. Analyse

A. Strekking van de gestelde vraag

25. Prefaco stelt in haar schriftelijke opmerkingen dat Plessers zich niet op richtlijn 2001/23 kan beroepen teneinde de toepassing van een duidelijk geformuleerde nationale wettelijke bepaling buiten werking te stellen. Derhalve is de gestelde vraag naar haar mening niet relevant voor de beslechting van het geschil in het hoofdgeding.

26. Ik herinner eraan dat het Hof met betrekking tot geschillen tussen particulieren weliswaar steeds heeft geoordeeld dat een richtlijn uit zichzelf aan particulieren geen verplichtingen kan opleggen en dus als zodanig niet tegenover een particulier kan worden ingeroepen, doch dat het Hof ook herhaaldelijk heeft geoordeeld dat de uit een richtlijn voortvloeiende verplichting voor de lidstaten om het ermee beoogde doel te verwezenlijken, alsook de op hen rustende verplichting om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van die verplichting te verzekeren, voor alle autoriteiten van de lidstaten geldt, en dus, binnen het kader van hun bevoegdheden, ook voor de rechterlijke instanties. Hieruit volgt dat de nationale rechterlijke instanties die het nationale recht dienen uit te leggen, bij de toepassing ervan rekening moeten houden met alle regels ervan en de daarin erkende uitleggingsmethoden moeten toepassen teneinde dit recht zo veel mogelijk uit te leggen tegen de achtergrond van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn om het met deze richtlijn beoogde resultaat te bereiken.[4]

27. Hieruit volgt naar mijn mening dat de door de verwijzende rechter gestelde vraag, gelet op deze verplichting van de nationale rechterlijke instanties, relevant is voor de beslechting van het hoofdgeding.

28. Met zijn prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter in wezen van het Hof te vernemen, of artikel 61, § 4, WCO strookt met de artikelen 3 en 5 van richtlijn 2001/23. Aldus geformuleerd komt deze vraag erop neer dat de verwijzende rechter het Hof verzoekt zich uit te spreken over de verenigbaarheid van een bepaling van nationaal recht met het Unierecht.

29. Ik herinner eraan dat het bij artikel 267 VWEU ingevoerde stelsel van samenwerking volgens vaste rechtspraak berust op een duidelijke scheiding van de taken van de nationale rechter en van het Hof. In een krachtens dat artikel ingeleide procedure is het de taak van de rechterlijke instanties van de lidstaten en niet van het Hof om uitlegging te geven aan de nationale bepalingen, en het staat niet aan het Hof om uitspraak te doen over de verenigbaarheid van nationale normen met de bepalingen van Unierecht. Het Hof is daarentegen bevoegd om de nationale rechter alle uitleggingselementen van Unierecht te geven die hem in staat stellen te beoordelen of de nationale normen verenigbaar zijn met de Unieregeling. Hoewel de verwijzende rechter – zoals ik zojuist heb onderstreept –, gelet op de letterlijke inhoud van zijn prejudiciële vraag, het Hof verzoekt uitspraak te doen over de verenigbaarheid van een nationale bepaling met het Unierecht, belet niets het Hof om de verwijzende rechter een bruikbaar antwoord te geven door hem alle uitleggingselementen van Unierecht te verstrekken die hem in staat zullen stellen zelf uitspraak te doen over de verenigbaarheid van het nationale recht met het Unierecht.[5]

4 Zie arrest van 19 april 2016, DI (C-441/14, EU:C:2016:278, punten 30 en 31 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

5 Zie onder meer arrest van 15 oktober 2015, Iglesias Gutiérrez en Rion Bea (C-352/14 en C-353/14, EU:C:2015:691, punten 21 en 22 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

30. Ik roep tevens in herinnering dat het in het kader van deze samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof de taak van het Hof is om alle bepalingen van Unierecht uit te leggen die noodzakelijk zijn voor de beslechting van bij de nationale rechterlijke instanties aanhangige gedingen, ook wanneer die bepalingen niet uitdrukkelijk worden genoemd in de door die rechterlijke instanties gestelde vragen. [6]

31. De omstandigheid dat de verwijzende rechter zijn vraag formeel heeft beperkt tot de uitlegging van de artikelen 3 en 5 van richtlijn 2001/23, belet het Hof derhalve niet om hem alle uitleggingsgegevens met betrekking tot het Unierecht te verschaffen die van nut kunnen zijn voor de beslechting van de voor hem dienende zaak, ongeacht of deze rechter er in zijn vraag melding van maakt. [7]

32. In het licht van deze rechtspraak en gelet op de elementen in de verwijzingsbeslissing lijkt het mij noodzakelijk dat het Hof overgaat tot een herformulering van de hem voorgelegde vraag. Ik stel dan ook voor om de vraag van de verwijzende rechter aldus op te vatten dat hij in wezen wenst te vernemen of richtlijn 2001/23, waaronder met name de artikelen 3 en 4, in die zin moet worden uitgelegd dat deze richtlijn 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 tot gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, welke procedure wordt gevoerd met het oog op het behoud van een gedeelte of het geheel van de vervreemder of van zijn activiteiten, bepaalt dat de verkrijger het recht heeft om te kiezen welke werknemers hij wil overnemen.

33. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, lijkt het mij van wezenlijk belang om eerst te onderzoeken of artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 van toepassing is op de overgang van een onderneming in het kader van een procedure tot gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag en dus of de uit deze bepaling voortvloeiende uitzondering in casu van toepassing is. Immers, uitsluitend indien deze procedure niet voldoet aan de in deze bepaling gestelde voorwaarden, geldt het behoud van de rechten van de werknemers, zoals met name voorzien in de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn, in het kader van de overgang van een onderneming.

34. De partijen die opmerkingen bij het Hof hebben ingediend, hebben tegengestelde standpunten verdedigd ten aanzien van het antwoord dat op de prejudiciële vraag moet worden gegeven.

35. Plessers en de Commissie stellen in wezen dat de in het hoofdgeding aan de orde zijnde overgang niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23. Uit de rechtspraak van het Hof en met name het arrest Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. [8] vloeit volgens hen voort dat de procedure tot gerechtelijke reorganisatie die in het hoofdgeding aan de orde is, niet is ingeleid om de schuldeisers schadeloos te stellen door middel van liquidatie van het vermogen, maar om de activiteiten van de betrokken onderneming voort te zetten. Zij zijn derhalve van mening dat deze procedure niet binnen de werkingssfeer van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 valt.

36. De Belgische regering en Prefaco betogen daarentegen dat de procedure tot gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag moet worden beschouwd als een liquidatieprocedure, zodat de in het hoofdgeding centraal staande overgang voldoet aan de voorwaarden van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23.

6 Zie arresten van 21 juni 2016, New Valmar (C-15/15, EU:C:2016:464, punt 28), en 28 juni 2018, Crespo Rey (C-2/17, EU:C:2018:511, punt 40).

7 Zie onder meer arresten van 16 juli 2015, Abcur (C-544/13 en C-545/13, EU:C:2015:481, punt 33), en 10 mei 2017, Chavez-Vilchez e.a. (C-133/15, EU:C:2017:354, punt 48).

8 Arrest van 22 juni 2017 (C-126/16, EU:C:2017:489).

37. In deze omstandigheden lijkt het mij noodzakelijk om allereerst een aantal algemene opmerkingen te maken over de evolutie van de herstructurering van ondernemingen in de Europese Unie. Ik acht dit niet alleen zinvol met het oog op de afbakening van het regelgevend kader van richtlijn 2001/23, maar ook voor een goed begrip van de context van de in geding zijnde procedure. Op basis van deze overwegingen zal ik vervolgens de toepasselijkheid van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 bespreken en de redenen die rechtvaardigen dat van de in dit artikel neergelegde uitzondering wordt afgeweken. Tot slot zal ik aandacht besteden aan de omvang van de bescherming van de rechten van werknemers zoals toegekend in de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn.

B. Evolutie van de herstructurering van ondernemingen in de Unie

38. In 1974, toen er een economische crisis heerste, heeft de Raad van de Europese Unie een resolutie aangenomen waarin een serie maatregelen was voorzien die de Commissie in de loop van dat jaar aan de Raad zou voorleggen.[9] Onder deze maatregelen bevonden zich twee voorstellen voor een richtlijn. Het eerste richtlijnvoorstel strekte tot de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag[10], terwijl het tweede richtlijnvoorstel strekte tot de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten betreffende het behoud van de rechten en voordelen in geval van een wijziging van de eigendomsverhoudingen van ondernemingen, waaronder met name fusies[11]. Deze richtlijnen zijn in de loop van de jaren zeventig ingevoerd om de rechten van werknemers te beschermen tegen de achtergrond van de herstructureringen die na de economische crisis aan het begin van de jaren zeventig plaatsvonden.[12] In de jaren tachtig is een derde richtlijn aangenomen, te weten richtlijn 80/987/EEG[13] betreffende insolventie van de werkgever, waarmee de zogeheten „herstructurerings"-richtlijnen werden gecompleteerd. Volgens de overwegingen van elk van deze richtlijnen konden de verschillen die er tussen de lidstaten nog bestonden met betrekking tot de modaliteiten en de procedures voor collectief ontslag en ten aanzien van de omvang van de bescherming van de werknemers in geval van herstructurering of insolventie van hun werkgevers rechtstreeks van invloed zijn op de werking van de gemeenschappelijke markt.

39. In de jaren negentig en aan het begin van de 21e eeuw zijn deze richtlijnen herzien.[14] De doorgevoerde wijzigingen hielden rekening met de grensoverschrijdende dimensie van de herstructureringen door de daarin neergelegde mechanismen voor anticipatie te versterken.[15] Met name is richtlijn 77/187 eerst gewijzigd bij richtlijn 98/50/EG[16] en vervolgens gecodificeerd bij richtlijn 2001/23.[17]

9 Resolutie van de Raad van 21 januari 1974 betreffende een sociaal actieprogramma (PB 1974, C 13, blz. 1).

10 Richtlijn 75/129/EEG van de Raad van 17 februari 1975 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag (PB 1975, L 48, blz. 29).

11 Richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 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 daarvan (PB 1977, L 61, blz. 26). Deze richtlijn is vervangen door richtlijn 2001/23.

12 Zie onder meer Blanpain, R., *European Labour Law*, Wolters Kluwer, 2010, blz. 680.

13 Richtlijn van de Raad van 20 oktober 1980 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever (PB 1980, L 283, blz. 23).

14 Richtlijn 75/129 is gewijzigd bij richtlijn 92/56/EEG van de Raad van 24 juni 1992 (PB 1992, L 245, blz. 3) en gecodificeerd bij 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). Richtlijn 80/987 is herhaaldelijk en ingrijpend gewijzigd in de jaren tachtig en aan het begin van de 21e eeuw (zie bijlage I, deel A en deel B, bij deze richtlijn). Ter wille van de duidelijkheid en een rationele ordening is deze richtlijn gecodificeerd bij richtlijn 2008/94/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2008 betreffende de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever (PB 2008, L 283, blz. 36).

15 Zie voorstel voor een richtlijn van de Raad van 8 september 1994 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 daarvan [COM(94) 300 def., blz. 3]. Zie ook Rodière, P., *Droit social de l'Union européenne*, LDGD, 2014, blz. 422, en Barnard, C., *EU Employment Law*, 4e uitg., Oxford University Press, 2012, blz. 577.

16 Richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 tot wijziging van richtlijn 77/187 (PB 1998, L 201, blz. 88).

17 Enkele jaren later vond de publicatie plaats van het Groenboek van de Commissie van 17 januari 2012, „Herstructurering en anticipatie op veranderingen: uit de recente ervaring te trekken lessen" [COM(2012) 7 final; hierna: „Groenboek"]. Uit dit document blijkt dat het doel ervan onder meer was om „bij [te] dragen aan de verbetering van de synergie tussen alle relevante actoren door het aanpakken van de uitdagingen in verband met de herstructurering en de aanpassing aan veranderingen" (blz. 2).

40. Deze drie richtlijnen hadden enerzijds tot doel om de herstructurering van ondernemingen te vergemakkelijken teneinde het concurrentievermogen en de doeltreffendheid van deze ondernemingen te vergroten; anderzijds dienden zij ertoe om het hoofd te bieden aan de negatieve gevolgen van herstructureringsbesluiten en de effecten daarvan te matigen.[18] Zo hebben deze richtlijnen tijdens de crisis geholpen om de recessieschokken op te vangen en de negatieve sociale gevolgen van herstructureringen te verzachten.[19] Overigens heeft de Commissie onlangs in het kader van dezelfde aanpak[20] een voorstel gedaan voor een richtlijn betreffende preventieve herstructureringsstelsels die strekken tot versterking van een cultuur die gericht is op het behoud van ondernemingen.[21]

41. Deze weergave van de evolutie van de herstructureringen die zowel op nationaal niveau als op het niveau van de Unie hebben plaatsgevonden, biedt ons een goed inzicht in de context van richtlijn 2001/23, zulks met het oog op de analyse van de door de verwijzende rechter gestelde prejudiciële vraag.

C. Toepasselijkheid van de in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 neergelegde uitzondering

1. Ontwikkeling van de rechtspraak met betrekking tot de uitzondering

42. Aanvankelijk voorzag richtlijn 77/187 niet in een uitzondering op de toepassing ervan in geval van de overgang van een onderneming in het kader van een faillissements- of soortgelijke procedure. Deze uitzondering is pas bij richtlijn 98/50 in de tekst van richtlijn 77/187 ingevoerd, namelijk bij artikel 4 bis van richtlijn 77/187, en is thans opgenomen in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23. Volgens de derde overweging ervan strekte richtlijn 98/50 tot wijziging van richtlijn 77/187, onder meer „in het licht van de rechtspraak van het Hof", waarop ik dan ook kort zal ingaan.[22]

18 Zie Barnard, C., op. cit., blz. 577: „In this respect the Directives were intended both to encourage a greater degree of industrial democracy and to provide an element of social protection."

19 Zie de mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's „Kwaliteitskader van de Europese Unie voor anticipatie op veranderingen en herstructurering" [COM(2013) 882 final, blz. 5]. Zie ook Barnard, C., op. cit., blz. 578.

20 Ter voortbouwing op het Groenboek en naar aanleiding van het verzoek van het Europees Parlement in zijn resolutie van 15 januari 2013 betreffende informatie voor en raadpleging van werknemers, anticipatie en beheer van herstructurering op grond van artikel 225 VWEU (het verslag-Cercas) heeft de Commissie een kader gepresenteerd om te kunnen anticiperen op veranderingen en herstructureringen en om de verplaatsing van menselijk kapitaal naar activiteiten met een hoog groeipotentieel en kwaliteitsbanen mogelijk te maken in overeenstemming met de Europa 2020-strategie [COM(2013) 882 final, blz. 3].

21 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van richtlijn 2012/30/EU [COM(2016) 723 final]. Volgens de overwegingen 1, 2 en 12 ervan is dit voorstel erop gericht de belemmeringen voor het uitoefenen van het vrije verkeer van kapitaal en de vrijheid van vestiging die voortvloeien uit verschillen tussen nationale regelingen en procedures inzake preventieve herstructurering, insolventie en tweedekansbeleid uit de weg te ruimen. Vanuit dat oogpunt wordt in het voorstel onderstreept dat de toekomstige richtlijn ervoor moet zorgen dat levensvatbare ondernemingen in financiële moeilijkheden toegang hebben tot doeltreffende nationale preventieve herstructureringsstelsels die hen in staat stellen hun activiteiten voort te zetten.

22 Zie de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. (C-126/16, EU:C:2017:241, punten 41-48).

43. Het Hof heeft deze uitzondering op de waarborgen die richtlijn 77/187 biedt, nader uitgewerkt in de arresten Abels [23], d'Urso e.a. [24], Spano e.a. [25] en Dethier Équipement [26]. Aanvankelijk heeft het Hof, nadat het had herinnerd aan het doel van richtlijn 77/187 om te voorkomen dat de herstructurering binnen de gemeenschappelijke markt ten koste gaat van de werknemers [27], en nadat het deze uitzondering had gerechtvaardigd door het bijzondere karakter van het faillissementsrecht, geoordeeld dat deze richtlijn niet van toepassing was „op de overgang van een onderneming [...] in een situatie waarin de vervreemder in staat van faillissement [was] verklaard [in het kader van een procedure die] gericht is op de vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde rechterlijke instantie" [28]. Volgens het Hof liet dit evenwel de bevoegdheid van de lidstaten onverlet om naar eigen keuze de beginselen van de richtlijn op een dergelijke overgang toe te passen. [29] Het Hof heeft echter gepreciseerd dat richtlijn 77/187 wél van toepassing was op de overgang van een onderneming in het kader van een procedure van het type surseance van betaling „die plaatsvindt in een stadium vóór het faillissement, die een toezicht van de rechter van een meer beperkte draagwijdte omvat en primair gericht is op het behoud van de boedel en, zo mogelijk, de voortzetting van de onderneming voor de toekomst" [30].

44. Het Hof heeft voorts gepreciseerd dat de werkingssfeer van richtlijn 77/187, gezien de verschillen tussen de rechtsstelsels van de lidstaten, niet uitsluitend kan worden beoordeeld aan de hand van de omvang van het rechterlijk toezicht op de procedure. [31] Het beslissende criterium dat in aanmerking moet worden genomen om vast te stellen of richtlijn 77/187 van toepassing is op de overgang van een onderneming in het kader van een administratieve of gerechtelijke procedure, was volgens het Hof dan ook *het doel dat met de betrokken procedure wordt beoogd*. [32] Op basis hiervan heeft het Hof geoordeeld dat de overgang in het kader van een procedure strekkend tot *vereffening van het vermogen* van de schuldenaar met het oog op uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers was uitgesloten van de werkingssfeer van richtlijn 77/187 en dat deze richtlijn daarentegen wél van toepassing was op een overgang in het kader van een procedure die „primair tot doel [had]" *de voortzetting van de werkzaamheid van de onderneming* te verzekeren. [33]

45. Nadien heeft het Hof dit criterium bevestigd en gepreciseerd dat voor zover de betrokken procedure ertoe strekte de voortzetting van de activiteit van de onderneming te verzekeren met het oog op een latere overname ervan en deze procedure, in tegenstelling tot een faillissementsprocedure, niet inhield dat de onderneming onder rechterlijk toezicht werd geplaatst of dat maatregelen inzake

23 Arrest van 7 februari 1985 (135/83, EU:C:1985:55). Deze zaak had betrekking op de overdracht van een onderneming in het kader van een faillissementsprocedure die werd beheerst door het Nederlandse recht. Zie ook arresten van 7 februari 1985, Wendelboe e.a. (19/83, EU:C:1985:54, punt 10); 7 februari 1985, Botzen e.a. (186/83, EU:C:1985:58, punt 9), en 7 februari 1985, Industriebond FNV en Federatie Nederlandse Vakbeweging (179/83, EU:C:1985:57, punt 7).

24 Arrest van 25 juli 1991 (C-362/89, EU:C:1991:326). In dit arrest heeft het Hof zich uitgesproken over de toepasselijkheid van richtlijn 77/187 in het geval van een krachtens de Italiaanse wetgeving onder bijzonder bewind geplaatste onderneming.

25 Arrest van 7 december 1995 (C-472/93, EU:C:1995:421). In deze zaak moest het Hof bepalen of richtlijn 77/187 van toepassing was op de overgang van een onderneming die volgens de Italiaanse wetgeving in moeilijkheden verkeerde. Zie met betrekking tot dezelfde wetgeving arrest van 11 juni 2009, Commissie/Italië (C-561/07, EU:C:2009:363).

26 Arrest van 12 maart 1998 (C-319/94, EU:C:1998:99). Deze zaak had betrekking op de toepasselijkheid van richtlijn 77/187 op de overgang van een onderneming in het kader van de Belgische procedure tot gerechtelijke vereffening van vennootschappen.

27 Arrest van 7 februari 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, punten 14 en 18). Zie ook arrest van 25 juli 1991, d'Urso e.a. (C-362/89, EU:C:1991:326, punt 23).

28 Arrest van 7 februari 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, punten 16, 23 en 30). Zie ook arrest van 25 juli 1991, d'Urso e.a. (C-362/89, EU:C:1991:326, punt 23).

29 Arrest van 7 februari 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, punt 30).

30 Arrest van 7 februari 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, punten 28-30). Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. (C-126/16, EU:C:2017:241, punt 44).

31 Zie arrest van 25 juli 1991, d'Urso e.a. (C-362/89, EU:C:1991:326, punt 25).

32 Zie arrest van 25 juli 1991, d'Urso e.a. (C-362/89, EU:C:1991:326, punt 26). Zie ook arrest van 7 december 1995, Spano e.a. (C-472/93, EU:C:1995:421, punt 24). Opgemerkt zij dat in de zaak d'Urso, reeds aangehaald, de betrokken procedure tot doel had om de onderneming in een zodanig evenwicht te brengen dat haar werkzaamheid voor de toekomst verzekerd was (punt 32). In het arrest Spano, reeds aangehaald, bestond het nagestreefde doel erin dat de exploitatie van de onderneming zonder noemenswaardige onderbreking van de productieactiviteit kon worden voortgezet, met het oog op een latere overname ervan (punten 27 en 28).

33 Arrest van 25 juli 1991, d'Urso e.a. (C-362/89, EU:C:1991:326, punten 31 en 32). Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Van Gerven in de zaak d'Urso e.a. (C-362/89, EU:C:1991:228, punt 25).

vermogensbeheer werden genomen, en zij niet in uitstel van betaling voorzag, het beoogde economische en sociale doel bij volledige of gedeeltelijke overgang van de betrokken onderneming geen verklaring of een rechtvaardigingsgrond kon zijn om „de werknemers de rechten [te ontnemen] die zij [...] aan [...] richtlijn [77/187] ontlenen” [34].

46. Tot slot heeft het Hof een subsidiair criterium toegevoegd aan het criterium van het doel dat met de betrokken procedure wordt nagestreefd, namelijk dat tevens rekening moet worden gehouden met „de modaliteiten van de betrokken procedure”. Zo oordeelde het dat „evenwel ook rekening [moet] worden gehouden met de modaliteiten van [deze] procedure, met name de vraag in hoeverre de werkzaamheid van de onderneming wordt voortgezet dan wel wordt gestaakt, alsook met de doelstelling van [...] richtlijn [77/187]” [35].

47. De in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 bedoelde uitzondering moet worden uitgelegd in het licht van deze beginselen uit de rechtspraak die door het Hof zijn uitgewerkt en in deze bepaling zijn gecodificeerd.

2. Uitlegging van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23

48. Nadat de in de voorgaande punten besproken beginselen uit de rechtspraak waren gecodificeerd in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23, heeft het Hof deze bepaling voor het eerst uitgelegd in het arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. [36] In dit arrest heeft het Hof zich uitgesproken over de toepasselijkheid van richtlijn 2001/23 op de overgang van een onderneming na een faillietverklaring in het kader van een in het Nederlandse recht beschikbare *pre-pack* die voorafgaand aan de faillietverklaring was voorbereid. [37]

49. In deze context heeft het Hof er allereerst aan herinnerd dat richtlijn 2001/23 blijkens overweging 3 ervan beoogt de werknemers te beschermen, met name door het behoud van hun rechten veilig te stellen bij overgang van een onderneming. Enerzijds bepaalt artikel 3, lid 1, eerste alinea, van die richtlijn daartoe dat de rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, door deze overgang op de verkrijger overgaan. Anderzijds beschermt artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/23 werknemers tegen ontslag door de vervreemder of de verkrijger dat louter op basis van die overgang plaatsvindt. Het Hof heeft er tevens op gewezen dat artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 in afwijking daarvan bepaalt dat de in de artikelen 3 en 4 neergelegde bescherming niet geldt bij een overgang van een onderneming die plaatsvindt onder de in die bepaling genoemde omstandigheden, tenzij de lidstaten anders bepalen. [38]

34 Arrest van 7 december 1995, Spano e.a. (C-472/93, EU:C:1995:421, punten 24-30). Zie ook arrest van 25 juli 1991, d'Urso e.a. (C-362/89, EU:C:1991:326, punten 31 en 32).

35 Arrest van 12 maart 1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99, punten 25-31). In deze zaak heeft het Hof geconstateerd dat, ofschoon de betrokken procedure strekte tot tegeldemaking van de activa, de situatie van een onderneming in gerechtelijke vereffening aanzienlijke verschillen vertoonde ten opzichte van die van een onderneming in staat van faillissement, met name wat betreft de benoeming en de taken van de vereffenaar. Zie met betrekking tot deze verschillen punt 9 van dit arrest. Zie ook arrest van 12 november 1998, Europièces (C-399/96, EU:C:1998:532, punten 26, 31 en 32), waarin het Hof de criteria uit het arrest van 12 maart 1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99), heeft toegepast op de procedure van vrijwillige vereffening naar Belgisch recht.

36 C-126/16, EU:C:2017:489.

37 Een dergelijke *pre-pack* beoogde tot in de kleinste details de overgang van de onderneming voor te bereiden om na de faillietverklaring een snelle doorstart mogelijk te maken van de levensvatbare onderdelen van de onderneming, teneinde op die manier de onderbreking te vermijden die het gevolg zou zijn van de plotselinge stopzetting van de activiteiten van die onderneming op de datum van de faillietverklaring, zodat de waarde van de onderneming en de werkgelegenheid behouden blijven. Arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. (C-126/16, EU:C:2017:489, punt 49).

38 Zie arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. (C-126/16, EU:C:2017:489, punten 38-40). Wat de onderhavige zaak aangaat, zij opgemerkt dat uit de verwijzingsbeslissing niet blijkt dat de betrokken lidstaat in de omstandigheden die de toepassing van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 rechtvaardigen, gebruik heeft gemaakt van de bevoegdheid om de in de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn opgenomen regeling ter bescherming van de werknemers tóch toe te passen. Het staat aan de verwijzende rechter om dit na te gaan. Derhalve is deze bepaling van toepassing op een zaak als die van het hoofdgeding, op voorwaarde echter dat de betrokken procedure voldoet aan de vereisten van deze bepaling (zie de punten 42 en 43), hetgeen ik hierna zal onderzoeken. Zie artikel 5, leden 2 en 3, van deze richtlijn. Zie over deze bepalingen beschikking van 28 januari 2015, Gimnasio Deportivo San Andrés (C-688/13, EU:C:2015:46, punt 55).

50. In de tweede plaats heeft het Hof onderzocht of de in die zaak aan de orde zijnde procedure voldeed aan de vereisten van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23. Nadat het had vastgesteld dat de *pre-pack* volgens de nationale regeling weliswaar vóór de faillietverklaring werd voorbereid maar pas daarna werd uitgevoerd, zodat deze transactie onder het begrip „faillissementsprocedure" in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 kon vallen, heeft het Hof niettemin geoordeeld dat deze transactie niet aan de voorwaarde voldeed dat de betrokken procedure moet worden ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, aangezien het hoofddoel van de *pre-pack* was gelegen in het behoud van de failliete onderneming. Het Hof preciseerde daarbij dat de enkele omstandigheid dat de *pre-pack* tevens gericht kan zijn op een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de schuldeisers, niet tot gevolg kon hebben dat deze transactie hierdoor een procedure werd die was ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23. Het Hof heeft eveneens geoordeeld dat de beoogde curator en de beoogde rechter-commissaris in het kader van die transactie niet onder toezicht van een overheidsinstantie stonden, zodat niet was voldaan aan de in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 gestelde voorwaarde van toezicht door een overheidsinstantie. [39]

51. Gelet op deze elementen heeft het Hof beslist dat een dergelijke *pre-pack* niet voldoet aan alle voorwaarden van deze bepaling, zodat niet kan worden afgeweken van de in de artikelen 3 en 4 van richtlijn 2001/23 neergelegde beschermingsregeling. [40]

52. Het Hof heeft dus de uit zijn eerdere rechtspraak voortvloeiende uitleggingscriteria bevestigd [41], met dien verstande dat het deze criteria heeft aangepast aan de bijzondere kenmerken van de naar Nederlands recht geldende *pre-pack*-regeling, met name voor wat betreft de mate van overheidstoezicht [42] en het doel dat met de betrokken procedure werd nagestreefd, welk doel door het Hof als voornaamste criterium is aangemerkt, zonder dat het in het kader van die procedure rekening heeft gehouden met het subsidiaire criterium betreffende de modaliteiten van de *pre-pack*. [43]

3. Toepasselijkheid van de in de artikelen 3 en 4 van richtlijn 2001/23 neergelegde regeling ter bescherming van de werknemers in geval van overgang van een onderneming in het kader van een gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag

53. In het licht van de voorgaande overwegingen zal ik thans onderzoeken of de overgang van een onderneming in het kader van een gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, zoals aan de orde in het hoofdgeding, onder de uitzondering van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 valt en derhalve of de in de artikelen 3 en 4 van richtlijn 2001/23 neergelegde regeling ter bescherming van de werknemers geldt voor een dergelijke situatie. Onderzocht moet dus worden of de in het hoofdgeding centraal staande procedure voldoet aan de cumulatieve voorwaarden van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23. [44]

54. Ik herinner eraan dat deze bepaling noodzakelijkerwijs strikt moet worden uitgelegd, aangezien zij ertoe leidt dat de bescherming van werknemers in beginsel niet geldt ten aanzien van bepaalde overgangen van een onderneming – waarmee dus wordt afgeweken van het hoofddoel van richtlijn 2001/23. [45]

39 Zie arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. (C-126/16, EU:C:2017:489, punten 46-57).

40 Zie arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. (C-126/16, EU:C:2017:489, punt 58).

41 Zie de punten 42-47 supra.

42 Het Hof heeft daarbij aangegeven dat uit het aan hem voorgelegde dossier bleek dat de *pre-pack* niet werd uitgevoerd onder toezicht van de rechtbank, maar door de leiding van de onderneming, die de onderhandelingen voerde en de besluiten ter voorbereiding van de verkoop van de failliete onderneming nam (punt 54).

43 Zie met betrekking tot dit subsidiaire criterium arrest van 12 maart 1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99, punten 25-31). Zie ook punt 46 supra.

44 Zie arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. (C-126/16, EU:C:2017:489, punt 44).

45 Zie arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. (C-126/16, EU:C:2017:489, punt 41 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

a) Inleidende opmerkingen

55. Geen van de partijen in het hoofdgeding heeft gesteld dat de procedure tot gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag kon worden beschouwd als een faillissementsprocedure.[46] Prefaco betoogt niettemin dat de in de WCO neergelegde procedure een „tijdelijke buffer tegen faillissement" vormt en dat er een sterke mate van overeenkomst bestaat tussen laatstgenoemde procedure en de procedure die in het hoofdgeding centraal staat.

56. De Belgische regering betoogt dat de procedure tot gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag uitdrukkelijk staat vermeld bij de liquidatieprocedures die ten aanzien van België worden opgesomd in bijlage B bij verordening (EG) nr. 1346/2000[47], en dat deze procedure onder artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 valt, aangezien de aard ervan is bepaald in voornoemde bijlage.

57. Ik deel dit standpunt niet. Naar mijn mening is het voor de eventuele kwalificatie van de betrokken procedure als liquidatieprocedure niet van doorslaggevend belang dat de in het hoofdgeding centraal staande procedure wordt vermeld in bijlage B bij verordening nr. 1346/2000.

58. In dit verband moet in de eerste plaats in herinnering worden geroepen dat de regels voor de rechterlijke bevoegdheid en de toepasselijke wet waarin de bepalingen van internationaal privaatrecht van de Unie voorzien, de nationale bepalingen van materieel recht onverlet laten. Verordening nr. 1346/2000 maakt deel uit van het rechtskader waarover de Unie beschikt om een justitiële samenwerking tot stand te brengen op het gebied van burgerlijke en handelszaken met een grensoverschrijdend karakter, terwijl richtlijn 2001/23 de bepalingen van materieel recht harmoniseert en in beginsel van toepassing is op elke overgang van een onderneming. Deze richtlijn biedt dan ook een „universele standaard" voor de bescherming van de werknemers in het kader van de overgang van een onderneming binnen de Unie.[48] In de tweede plaats moet een insolventie- of liquidatieprocedure, indien deze is opgenomen in bijlage A of bijlage B bij verordening nr. 1346/2000, worden geacht binnen de werkingssfeer van deze verordening te vallen en dus uitsluitend „voor de toepassing van deze verordening" worden aangemerkt als een geval van insolventie of liquidatie.[49]

59. Zoals uit punt 7 van deze conclusie blijkt, kan de schuldenaar niet failliet worden verklaard en, indien de schuldenaar een vennootschap is, de vennootschap niet gerechtelijk worden ontbonden, zolang de rechter geen uitspraak heeft gedaan over het verzoek tot gerechtelijke reorganisatie. In het licht van de in de punten 42 tot en met 51 van deze conclusie besproken rechtspraak voldoet een

46 Alleen de Commissie leek in principe een dergelijk standpunt te verdedigen in haar schriftelijke opmerkingen, waarin staat dat „de ‚overdracht onder gerechtelijk gezag' [...] moet worden gezien als een faillissementsprocedure [...]". Ter terechtzitting heeft zij echter opgemerkt dat er een typefout in haar opmerkingen was geslopen, waardoor de indruk kon worden gewekt dat zij dit standpunt voorstond, en heeft zij te kennen gegeven dat punt 28 van haar opmerkingen als volgt moest worden gelezen: „De ‚overdracht onder gerechtelijk gezag' moet *niet* worden gezien als een faillissementsprocedure [...]" (cursivering van mij).

47 Verordening van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures (PB 2000, L 160, blz. 1), zoals gewijzigd bij uitvoeringsverordening (EU) nr. 583/2011 van de Raad van 9 juni 2011 (PB 2011, L 160, blz. 52) (hierna: „verordening nr. 1346/2000"). Prefaco noemt ook bijlage A en bijlage C bij verordening nr. 1346/2000; in laatstgenoemde bijlage wordt gepreciseerd dat de gerechtsmandataris die in de in het hoofdgeding centraal staande procedure wordt benoemd, moet worden beschouwd als een faillissementscurator.

48 Zie voor de onderlinge samenhang van de begrippen van Unierecht mijn conclusie van 22 januari 2019 in de zaak Pillar Securitisation (C-694/17, EU:C:2019:44, punten 49 en 50).

49 Zie arrest van 22 november 2012, Bank Handlowy en Adamiak (C-116/11, EU:C:2012:739, punten 34 en 35). In dit arrest heeft het Hof geoordeeld dat de Franse sauvegarde-procedure *binnen de werkingssfeer* van verordening nr. 1346/2000 viel, omdat deze procedure was opgenomen in bijlage A bij deze verordening. Sommige auteurs betwijfelden of deze procedure wel voldeed aan de voorwaarden van artikel 1, lid 1, van voornoemde verordening. Zie onder meer Jault-Seseke, F., „Le règlement 2015/848: le vin nouveau et les vieilles outres", *Revue critique de droit international privé*, 2016, blz. 21, punt 18; Burkhard, H., Oberhammer, P., Bariatti, S., Koller, Ch., Björn, L., Requejo Isidro, M., Villata, F.C. (red.), *The Implementation of the New Insolvency Regulation: Improving Cooperation and Mutual Trust*, Nomos, 2017, blz. 65.

dergelijke procedure, die weliswaar tot een faillissement kan leiden maar niet stelselmatig daartoe leidt, dus niet aan de voorwaarde dat de vervreemder verwikkeld moet zijn in een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure [50], en kan zij derhalve niet onder het begrip „faillissementsprocedure" in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 vallen. [51]

60. Ik zal nu onderzoeken of de in het hoofdgeding centraal staande procedure voldoet aan de voorwaarde van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23.

b) De vervreemder moet verwikkeld zijn in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder

61. Artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 schrijft voor dat de vervreemder verwikkeld moet zijn in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Zoals uit de rechtspraak van het Hof volgt, voldoet een procedure die de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt, niet aan deze voorwaarde. [52]

62. Wat de verschillen tussen deze twee soorten procedures betreft, heeft het Hof geoordeeld dat een procedure de voortzetting van de activiteit beoogt wanneer zij bedoeld is om het operationele karakter van de onderneming of van de levensvatbare onderdelen daarvan veilig te stellen. Een procedure die de liquidatie van het vermogen beoogt, zorgt daarentegen voor een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers. Ook al is het niet uitgesloten dat er een zekere overlapping 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. [53]

63. Om vast te stellen of de vervreemder in casu verwikkeld was in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke insolventieprocedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, moeten de volgende elementen in aanmerking worden genomen.

64. In de eerste plaats blijkt uit de schriftelijke opmerkingen van de Belgische regering dat de procedure tot gerechtelijke reorganisatie ingevolge artikel 23 WCO wordt geopend zodra de continuïteit van de onderneming bedreigd is. Volgens deze bepaling wordt die continuïteit in elk geval geacht te zijn bedreigd wanneer de verliezen het nettoactief hebben herleid tot minder dan de helft van het maatschappelijk kapitaal. Overeenkomstig artikel 16 WCO strekt deze procedure tot het behouden, onder toezicht van de rechter, „van *de continuïteit* van het geheel of een gedeelte van de onderneming in moeilijkheden of van haar activiteiten". Op grond van deze procedure kan aan de werkgever wiens onderneming wordt geacht „in moeilijkheden" te verkeren in de zin van deze wetgeving gedurende verschillende maanden opschorting van betaling worden toegekend, teneinde hetzij de sluiting van een minnelijk akkoord te bewerkstelligen, hetzij het akkoord van de schuldeisers te verkrijgen over een reorganisatieplan, hetzij de overdracht onder gerechtelijk gezag, zoals die van het hoofdgeding,

50 Uit de door Plessers in haar schriftelijke opmerkingen aangehaalde omvangrijke Belgische doctrine blijkt dat de overdracht onder gerechtelijk gezag aan „het faillissement voorafgaat en zelfs tot doel heeft die extreme beslissing te voorkomen". Zie in dit verband Vandersnickt, C., *Overgang van onderneming krachtens overeenkomst. Het materieel toepassingsgebied van de richtlijn 2001/23/EG*, reeks „Sociale praktijkstudies", Mechelen, Wolters-Kluwer, 2015, blz. 116.

51 Volgens de schriftelijke opmerkingen van Plessers is zowel in de totstandkomingsgeschiedenis van de wet als in de Belgische doctrine altijd erkend dat de in het hoofdgeding centraal staande procedure geen liquidatieprocedure is, maar „is opgevat als een soort alternatief voor het faillissement". Zie Parl. St., Kamer, 2007, DOC 52 0160/001, blz. 7. Dit document, dat in het aan het Hof voorgelegde dossier wordt aangehaald, alsmede de door de Commissie ter terechtzitting vermelde website met betrekking tot reorganisatieprocedures is te vinden op het volgende adres: http://socialsante.wallonie.be/surendettement/professionnel/?q=procedures-restructuration-reorganisation. Zie ook Parl. St., Kamer, 2008-09, DOC 52-0160/055, blz. 32.

52 Zie met name arresten van 25 juli 1991, d'Urso e.a. (C-362/89, EU:C:1991:326, punten 31 en 32); 7 december 1995, Spano e.a. (C-472/93, EU:C:1995:421, punt 25), en 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. (C-126/16, EU:C:2017:489, punt 47).

53 Zie arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. (C-126/16, EU:C:2017:489, punt 48). Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Mengozzi in de zaak Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a. (C-126/16, EU:C:2017:241, punt 57).

mogelijk te maken. Zoals bovendien uit artikel 22 WCO voortvloeit, stelt deze opschorting de werkgever in staat om zich te reorganiseren terwijl hij beschermd is tegen de tenuitvoerleggingsmaatregelen van zijn schuldeisers en met name tegen een faillietverklaring van zijn vennootschap. [54]

65. In de tweede plaats geeft de verwijzende rechter aan dat de procedure tot gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag volgens artikel 59, lid 1, eerste alinea, WCO de overdracht beoogt van „het geheel of een gedeelte van de onderneming of van haar activiteiten" en dat deze overdracht door een rechtbank kan worden bevolen „met het oog op *het behoud [...] van [deze activiteiten]* wanneer de schuldenaar ermee instemt in zijn verzoekschrift tot gerechtelijke reorganisatie of later in de loop van de procedure" [55].

66. In de derde en laatste plaats wil ik erop wijzen dat, zoals ook de verwijzende rechter opmerkt, in casu de rechtbank van koophandel Hasselt de overdracht onder gerechtelijk gezag heeft bevolen met het oog op het behoud van het geheel of een gedeelte van de onderneming van Echo of van haar activiteiten, overeenkomstig de bewoordingen van artikel 59, lid 1, eerste alinea, WCO.

67. Ik concludeer derhalve dat een dergelijke procedure moet worden geacht het behoud van het geheel of een gedeelte van de onderneming in moeilijkheden als hoofddoel te hebben, zodat deze procedure overeenkomstig de in de punten 44 en 50 van deze conclusie aangehaalde rechtspraak niet onder artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 kan vallen.

c) De faillissementsprocedure of soortgelijke insolventieprocedure moet onder toezicht van een overheidsinstantie staan

68. Wat de derde voorwaarde van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 betreft, merk ik op dat uit het aan het Hof voorgelegde dossier blijkt dat het vonnis dat de overdracht beveelt overeenkomstig artikel 60 WCO een gerechtsmandataris aanwijst die wordt belast met het organiseren en realiseren van de overdracht „in naam en voor rekening van de schuldenaar". [56] In deze omstandigheden ben ik van mening dat een dergelijk toezicht met een meer beperkte draagwijdte niet kan voldoen aan de voorwaarde van toezicht door een overheidsinstantie als bedoeld in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23. [57]

69. Uit het voorgaande volgt dat een procedure tot gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, zoals aan de orde in het hoofdgeding, niet voldoet aan alle voorwaarden van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 – hetgeen door de verwijzende rechter moet worden nagegaan –, zodat niet kan worden afgeweken van de uit de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn voortvloeiende beschermingsregeling.

54 Zie punt 11 supra.

55 Zie de punten 11 en 12 supra (cursivering van mij).

56 Zie punt 8 supra. Ofschoon deze mandataris door de rechtbank wordt aangewezen, zoekt en wint hij namelijk offertes in „en waakt [hij] bij voorrang over het behoud van het geheel of een gedeelte van de activiteit van de onderneming, rekening houdend met de rechten van de schuldeisers" (artikel 62, eerste alinea, WCO). Indien er verscheidene vergelijkbare offertes zijn, geeft de mandataris de voorkeur aan de offerte die het behoud van de werkgelegenheid garandeert door een sociaal akkoord (artikel 62, tweede alinea, WCO).

57 Zie arrest van 7 februari 1985, Abels (135/83, EU:C:1985:55, punt 28). Zie ook punt 43 supra.

D. Mogelijkheid voor de verkrijger om de over te nemen werknemers te kiezen in het licht van de artikelen 3 en 4 van richtlijn 2001/23

70. Uit de verwijzingsbeslissing blijkt dat de verkrijger ingevolge artikel 61, § 4, WCO mag kiezen welke werknemers hij wenst over te nemen, voor zover zijn keuze wordt bepaald door technische, economische of organisatorische redenen en daarbij geen sprake is van verboden differentiatie. Gelet op deze bepaling dient de vraag te worden gesteld of de artikelen 3 en 4 van richtlijn 2001/23 de verkrijger in staat stellen om de werknemers te kiezen die hij wenst over te nemen, zoals uit artikel 61, § 4, WCO voortvloeit.

71. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, moet allereerst in herinnering worden geroepen dat richtlijn 2001/23, zoals het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld, beoogt te verzekeren dat de werknemers bij een overgang van de onderneming hun rechten behouden en op dezelfde voorwaarden als zij met de vervreemder waren overeengekomen, in dienst van de nieuwe werkgever kunnen blijven.[58] De richtlijn beoogt zo veel mogelijk een ongewijzigde voortzetting van de arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking met de verkrijger te verzekeren, teneinde te voorkomen dat de betrokken werknemers uitsluitend ten gevolge van deze overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren.[59] Zoals het Hof bovendien reeds heeft uitgemaakt, is deze bescherming van openbare orde en kunnen de partijen bij de arbeidsovereenkomst er dus niet over beschikken, zodat de bepalingen van de richtlijn, en met name die inzake de bescherming van de werknemers tegen ontslag bij overgang, in zoverre als *dwingend* zijn te beschouwen dat er niet in voor de werknemers ongunstige zin van mag worden afgeweken.[60]

72. Vervolgens moet in herinnering worden geroepen dat de bescherming die deze richtlijn beoogt te verzekeren, zoals uit de bewoordingen zelve van artikel 3, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2001/23 voortvloeit, uitsluitend betrekking heeft op werknemers met wie *op het tijdstip van de overgang* een arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking bestaat.[61] Tenzij uitdrukkelijk anders is bepaald, kan derhalve „op richtlijn 2001/23 enkel een beroep worden gedaan door werknemers die op het tijdstip van de overgang een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding hebben. Of er op dat tijdstip al dan niet een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding bestaat, moet worden uitgemaakt aan de hand van het nationale recht, evenwel met inachtneming van de dwingende voorschriften van de richtlijn betreffende de bescherming van de werknemers tegen ontslag wegens de overgang”.[62]

73. In casu merkt de verwijzende rechter enerzijds op dat het tijdstip van de overgang was bepaald op 22 april 2013[63] en anderzijds dat de arbeidsovereenkomst van Plessers is beëindigd op 24 april 2013. Volgens deze rechter „kan [er] geen twijfel over bestaan dat [...] Plessers op het tijdstip van de overgang (22 april 2013) door een arbeidsovereenkomst met [...] Echo (de vervreemder) was verbonden”. Hij preciseert tevens dat de gerechtsmandatarissen de arbeidsovereenkomst met Plessers op 24 april 2013

58 Zie arrest van 27 november 2008, Juuri (C-396/07, EU:C:2008:656, punt 28 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

59 Zie arresten van 17 december 1987, Ny Mølle Kro (287/86, EU:C:1987:573, punt 25); 26 mei 2005, Celtec (C-478/03, EU:C:2005:321, punt 26), en 7 augustus 2018, Colino Sigüenza (C-472/16, EU:C:2018:646, punt 48).

60 Zie arrest van 10 februari 1988, Foreningen af Arbejdsledere i Danmark (324/86, EU:C:1988:72, punt 14): „Hieruit volgt, dat de werknemers niet kunnen afzien van de rechten die de richtlijn hun toekent, en dat hun rechten niet mogen worden verminderd, ook niet met hun instemming” (punt 15). Zie ook arresten van 14 november 1996, Rotsart de Hertaing (C-305/94, EU:C:1996:435, punt 17), en 12 maart 1998, Dethier Équipement (C-319/94, EU:C:1998:99, punt 40).

61 Zie arrest van 7 augustus 2018, Colino Sigüenza (C-472/16, EU:C:2018:646, punt 49).

62 Zie onder meer arrest van 15 juni 1988, Bork International e.a. (101/87, EU:C:1988:308, punt 17), en 7 augustus 2018, Colino Sigüenza (C-472/16, EU:C:2018:646, punt 50).

63 Volgens de verwijzende rechter geldt het feit dat de overdrachtsovereenkomst als datum van overdracht „twee werkdagen na de datum van het vonnis van machtiging” vermeldt, enkel tussen de contracterende partijen en kan dit niet worden tegengeworpen aan derden die bij de overeenkomst geen partij waren, zoals Plessers. Hij voegt hieraan toe dat ook de gerechtsmandatarissen in hun brief van 24 april 2013 aan Plessers hebben bevestigd dat de activiteiten van Echo per 22 april 2013 werden stopgezet. Zie in dit verband punt 15 supra.

hebben verbroken. Derhalve moest Plessers op het tijdstip van de overgang als werkneemster van de vervreemder worden beschouwd, met als gevolg onder meer dat de verplichtingen die de overdragende werkgever (Echo) jegens haar had, krachtens artikel 3 van richtlijn 2001/23 van rechtswege zijn overgegaan op de verkrijger (Prefaco). [64]

74. Wat de in artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/23 neergelegde bescherming aangaat, volgt uit deze bepaling enerzijds dat de overgang van een onderneming op zich voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag vormt; anderzijds vormt deze bepaling geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen. [65]

75. Of de overgang, in strijd met artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/23, de enige reden was voor het ontslag, moet worden bepaald op basis van de *objectieve omstandigheden* waarin het ontslag is gegeven, zoals het Hof reeds heeft geoordeeld. [66] Zo blijkt in het onderhavige geval uit de punten 15 en 73 van deze conclusie dat het betrokken ontslag twee dagen na het tijdstip van de overgang is ingegaan.

76. Uit de rechtspraak van het Hof vloeit eveneens voort dat het niet volstaat om aan te tonen dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst te wijten is aan economische, technische of organisatorische redenen. Daarnaast moet nog worden aangetoond dat deze redenen niet, in strijd met artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/23, rechtstreeks voortvloeien uit de overgang van de onderneming. Met andere woorden, het bewijs moet worden geleverd dat het betrokken ontslag is ingegeven door *aanvullende omstandigheden*, naast deze overgang. Het zijn dus deze aanvullende omstandigheden die als „economische, technische of organisatorische redenen" in de zin van artikel 4, lid 1, kunnen worden aangemerkt. [67]

77. Volgens artikel 61, § 4, WCO berust de keuze van de over te nemen werknemers echter uitsluitend bij de verkrijger, ook al moet deze keuze worden bepaald door technische, economische of organisatorische redenen. De nationale wettelijke regeling lijkt de reikwijdte van deze keuzevrijheid niet a priori te beperken. Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, is het de taak van de nationale rechter om het nuttig effect van richtlijn 2001/23 te waarborgen. Derhalve zou de nationale rechter de noodzaak van ontslagen om technische, economische of organisatorische redenen zelf moeten kunnen beoordelen, hetgeen in casu niet het geval lijkt te zijn. Hij zou hiertoe uitsluitend in staat zijn indien hij door alle partijen die bij de overgang zijn betrokken, uitputtend werd geïnformeerd over de rechtvaardigingsgronden. De loutere wens om de kosten van de overname van een onderneming te verlagen of om financiële problemen te voorkomen of te beperken, kan derhalve niet worden aanvaard

64 Ik herinner eraan dat ten aanzien van de feitelijke beoordelingen, die nodig zijn om vast te stellen of richtlijn 2001/23 van toepassing is, de nationale rechter bevoegd is, met inachtneming van de door het Hof ontwikkelde uitleggingsgegevens. Zie arrest van 15 juni 1988, Bork International e.a. (101/87, EU:C:1988:308, punt 19).

65 Zie onder meer arrest van 16 oktober 2008, Kirtruna en Vigano (C-313/07, EU:C:2008:574, punt 45). Volgens de rechtspraak van het Hof hoeft het feit dat is erkend dat een onderneming in moeilijkheden verkeert, niet noodzakelijkerwijs en systematisch wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich mee te brengen in de zin van artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/23. Derhalve kan de procedure tot vaststelling dat een onderneming in moeilijkheden verkeert niet noodzakelijkerwijs en systematisch een economische, technische of organisatorische reden vormen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich meebrengt in de zin van deze bepaling. Zie arrest van 11 juni 2009, Commissie/Italië (C-561/07, EU:C:2009:363, punt 36).

66 Zie arresten van 15 juni 1988, Bork International e.a. (101/87, EU:C:1988:308, punt 18), en 7 augustus 2018, Colino Sigüenza (C-472/16, EU:C:2018:646, punt 53).

67 Arrest van 16 oktober 2008, Kirtruna en Vigano (C-313/07, EU:C:2008:574, punten 45 en 46). In dit arrest heeft het Hof geoordeeld dat artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/23 niet verlangt dat bij een overgang van een onderneming de door de vervreemder van de onderneming met een derde gesloten overeenkomst inzake de huur van een bedrijfsruimte wordt voortgezet, ook al kan de beëindiging van die overeenkomst tot gevolg hebben dat de op de verkrijger overgegane arbeidsovereenkomsten worden beëindigd. Voorts heeft het Hof uitgemaakt dat, in geval van ontslag veroorzaakt door aanvullende omstandigheden, zoals de omstandigheid dat er tussen de verkrijger en de verhuurders geen overeenstemming bestond over een nieuwe huurovereenkomst, de onmogelijkheid om een andere bedrijfsruimte te vinden of de onmogelijkheid om het personeel naar andere winkels over te brengen, deze omstandigheden kunnen worden aangemerkt als „economische, technische of organisatorische redenen" in de zin van artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/23.

als rechtvaardigingsgrond.[68] Indien de verkrijger de keuze werd geboden om de over te nemen werknemers te kiezen, zouden de artikelen 3 en 4 van richtlijn 2001/23 van hun inhoud worden beroofd. De procedures die niet onder de beschermingsregeling van deze richtlijn vallen, zijn namelijk de faillissements- of insolventieprocedures die de liquidatie van het vermogen van de vervreemder beogen, welke procedures in beginsel onder richtlijn 2008/94 vallen. Aangezien de onderhavige procedure echter de continuïteit van de onderneming beoogt, valt zij niet onder de uitzondering van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23. Dit betekent dat de mogelijkheid voor de verkrijger om de werknemers te kiezen in strijd is met de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn en elk nuttig effect daaraan ontneemt.

78. Derhalve ben ik van mening dat richtlijn 2001/23, waaronder met name de artikelen 3 en 4, aldus moet worden uitgelegd dat deze richtlijn 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 tot gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, welke procedure wordt gevoerd met het oog op het behoud van een gedeelte of het geheel van de vervreemder of van zijn activiteiten, bepaalt dat de verkrijger het recht heeft om te kiezen welke werknemers hij wil overnemen.

V. Conclusie

79. Gelet op de voorgaande overwegingen geef ik het Hof in overweging om de door het arbeidshof Antwerpen gestelde vraag te beantwoorden als volgt:

„1) 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 een procedure tot gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, zoals aan de orde in het hoofdgeding, niet voldoet aan alle voorwaarden die in deze bepaling worden gesteld, zodat niet kan worden afgeweken van de in de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn neergelegde beschermingsregeling.

2) Richtlijn 2001/23, waaronder met name de artikelen 3 en 4, moet aldus worden uitgelegd dat deze richtlijn 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 tot gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, welke procedure wordt gevoerd met het oog op het behoud van een gedeelte of het geheel van de vervreemder of van zijn activiteiten, bepaalt dat de verkrijger het recht heeft om te kiezen welke werknemers hij wil overnemen."

68 Volgens advocaat-generaal Van Gerven is er geen enkele reden om te denken „dat de richtlijn elk ontslag wegens economische, technische of organisatorische redenen zou toelaten. De richtlijn verbiedt dergelijke ontslagen namelijk uitdrukkelijk wanneer zij zijn ingegeven door de overgang van de onderneming. Alleen wanneer de ontslagen in elk geval zouden hebben plaatsgevonden, bij voorbeeld wanneer ze reeds werden beslist nog vóór er van enige ondernemingsoverdracht sprake was, komen zij onder de voornoemde uitzondering. Artikel 4 van de richtlijn kan dan ook niet als argument worden gebruikt om een deel van de werknemers omwille van de overgang van de onderneming te [ontslaan]" (conclusie van advocaat-generaal Van Gerven in de zaak d'Urso, C-362/89, EU:C:1991:228, punt 35). Zie voetnoot 65.