CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL C. O. LENZ van 11 juli 1996 *

A — Inleiding

1. In het thans voorliggende geval wendt het Arbeidshof te Luik zich tot het Hof met vragen over de toepasselijkheid en de uitlegging van 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. [1] In het bijzonder gaat het om de vraag, of de richtlijn van toepassing is op de overgang van een onderneming die zich in staat van vereffening bevindt.

2. Aan deze vragen ligt een geschil ten grondslag tussen enerzijds J. Dassy en de besloten vennootschap Sovam SPRL, zijn vroegere werkgeefster, en anderzijds de naamloze vennootschap Jules Dethier Équipement SA.

3. J. Dassy was sinds aanvang 1974 bij Sovam werkzaam als chef klantenservice. In het begin van de jaren negentig raakte de vennootschap in economische moeilijkheden en was er sprake van een aanmerkelijke daling van de omzet. Uit het verslag van een accountant van maart 1991 bleek uiteindelijk, dat de netto-activa van de vennootschap waren gedaald tot onder het maatschappelijk kapitaal. Aangezien de vennoten het niet eens konden worden over de te volgen weg, diende de vennootschap uiteindelijk een verzoek in tot het inleiden van een gerechtelijke-vereffeningsprocedure. De Rechtbank van koophandel te Hoei gelastte daarop bij beschikking van 15 mei 1991 de gerechtelijke vereffening en wees een vereffenaar aan.

4. Volgens de verwijzende rechter en de Commissie moet naar Belgisch recht onder vereffening van een vennootschap worden verstaan het geheel van verrichtingen die, ten gevolge van de ontbinding van een handelsvennootschap, strekken tot de betaling van de schuldeisers aan de hand van de activa van de vennootschap en tot verdeling van het overblijvende saldo onder de vennoten. Deze procedure is van toepassing op alle handelsvennootschappen die rechtspersoonlijkheid hebben. De reden van opheffing van de vennootschap speelt daarbij geen rol. Tijdens de vereffening treedt de vennootschap op door tussenkomst van de vereffenaar, die een orgaan van de vennootschap is en deze tegenover derden vertegenwoordigt. Volgens de wet worden de vereffenaars ofwel in de statuten benoemd ofwel door de algemene vergadering. Komt de algemene vergadering niet met de vereiste meerderheid tot overeenstemming over een kandidaat, dan wijst het gerecht een vereffenaar aan. In dit laatste geval is sprake van een gerechtelijke vereffening, zoals ook in casu aan de orde is. Het

* Oorspronkelijke taal: Duits.

1 — PB L 61, blz. 26.

enige onderscheid met een vrijwillige vereffening is de afwijkende benoemingsprocedure voor de vereffenaars.

5. Op 5 juni 1991 werd Dassy door de in casu door de rechtbank aangewezen vereffenaar ontslagen.

6. Bij overeenkomst van 27 juni 1991 werd de vennootschap in vereffening door de vereffenaar overgedragen aan de naamloze vennootschap Jules Dethier Équipement SA (hierna: „Dethier"). Deze vermogensoverdracht tussen de vereffenaar en Dethier werd op 10 juli 1991 door de rechtbank van koophandel gehomologeerd. Zowel de verwijzende rechter als de Commissie zijn van oordeel, dat deze gerechtelijke homologatie niet nodig was. Volgens de vereffeningsprocedure is zij in elk geval niet vereist.

7. Op 22 mei 1992 dagvaardde Dassy de vennootschap Dethier, die volgens hem op grond van de overgang krachtens overeenkomst van de onderneming hoofdelijk aansprakelijk was voor de betaling van de door Sovam verschuldigde bedragen. De Rechtbank van koophandel stelde de schuldvordering ten laste van Sovam vast op een bedrag van 1 643 726 BFR en veroordeelde Dethier als hoofdelijk aansprakelijk schuldenaar.

8. Dethier stelde vervolgens hoger beroep in bij het Arbeidshof te Luik, de verwijzende rechter. Volgens deze rechterlijke instantie is in casu sprake van een overgang van een onderneming in de zin van richtlijn 77/187. Desalniettemin vraagt de rechter zich af, of de overgang van een vennootschap in vereffening een overdracht krachtens overeenkomst van een onderneming is in de zin van artikel 1, lid 1, van de richtlijn.

9. Artikel 1, lid 1, van de richtlijn bepaalt:

„Deze richtlijn is van toepassing op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan op een andere ondernemer ten gevolge van een overdracht krachtens overeenkomst, of een fusie."

10. Het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van de onderneming is in artikel 3, lid 1, geregeld:

„De rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang in de zin van artikel 1,

lid 1, bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding, gaan door deze overgang op de verkrijger over.

(...)"

11. Om te voorkomen dat deze regeling wordt omzeild, verbiedt artikel 4 een ontslag wegens uitsluitend de overgang van de onderneming. Luidens artikel 4, lid 1,

„[vormt] de overgang van een onderneming, vestiging of onderdeel daarvan (...) op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag. Deze bepaling vormt geen beletsel voor ontslagen wegens economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich meebrengen."

12. Artikel 7 ten slotte laat het aan de lidstaten over om desgewenst wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen toe te passen of in te voeren die gunstiger zijn voor de werknemers.

13. Volgens de verwijzende rechter zijn de bepalingen van de richtlijn in Belgisch recht omgezet door collectieve arbeidsovereenkomst (CAO) nr. 32 bis, in de redactie van collectieve arbeidsovereenkomst (CAO) nr. 32 quater. Deze CAO voorziet in het behoud van de rechten der werknemers in alle gevallen van wijziging van werkgever ingevolge de overgang van de onderneming krachtens overeenkomst. Voorts wordt een aantal rechten gewaarborgd van de werknemers die zijn overgenomen in geval van overname van activa na faillissement of gerechtelijk akkoord door boedelafafstand. CAO nr. 32 was niet van toepassing op faillissementen en soortgelijke procedures. De auteurs van CAO nr. 32 bis waren evenwel van mening, dat de werknemers van een onderneming na faillissement of gerechtelijk akkoord na boedelafstand in een soortgelijke situatie verkeren als het personeel van een overgedragen onderneming en dat ook zij derhalve een minimum aan bescherming verdienen.

14. De CAO voorziet voorts in hoofdelijke aansprakelijkheid van de vervreemder en de verkrijger voor de op het tijdstip van de overgang bestaande schulden die uit de op dat tijdstip bestaande arbeidsovereenkomsten voortvloeien.

15. Voor het geval de richtlijn in casu van toepassing mocht zijn, stelt de verwijzende rechter voorts de vraag, hoe de verbreking van een arbeidsovereenkomst kort voor de overgang van de vennootschap moet worden beoordeeld in het licht van de bepalingen van de richtlijn.

16. Mitsdien legt de nationale rechter het Hof de volgende prejudiciële vragen voor:

„1) Is richtlijn 77/187 van de Raad van toepassing, wanneer tot de overdracht wordt overgegaan door een vennootschap in vrijwillige vereffening, welke procedure ertoe strekt, nu de activiteiten niet worden voortgezet, de activa te gelde te maken en tot de vereffening van de goederen over te gaan? Geldt dit antwoord eveneens wanneer de vervreemder een vennootschap in gerechtelijke vereffening is?

2) Wanneer de arbeidsovereenkomsten van alle personeelsleden door de vereffenaar zijn opgezegd en slechts enkele personeelsleden met het oog op de vereffening weer in dienst zijn genomen, kunnen de ontslagen van de niet achteraf door de verkrijger opnieuw in dienst genomen personeelsleden dan worden geacht te zijn ingegeven door economische, technische of organisatorische redenen in de zin van artikel 4, lid 1, van de richtlijn? Of komt het recht om op deze gronden personeel te ontslaan, uitsluitend toe aan de verkrijger?

Kunnen niet door de verkrijger overgenomen personeelsleden op grond van het enkele feit dat een economische eenheid kort voor hun ontslag wegens economische, technische of organisatorische redenen is overgedragen, zich tegenover de verkrijger beroepen op onregelmatigheid van de door de vervreemder te hunnen aanzien genomen maatregel, indien in de overeenkomst betreffende de overdracht niet is bepaald dat zij opnieuw in dienst zullen worden genomen?"

B — Discussie

De eerste vraag

17. Met zijn eerste vraag wenst de nationale rechter te vernemen, of richtlijn 77/187 van toepassing is indien sprake is van de overgang van een vennootschap in vereffening. Uit de formulering van de vraag en de bewoordingen van de verwijzingsbeschikking blijkt, dat er volgens de verwijzende rechter sprake is van een overgang van een onderneming in de zin van de richtlijn. De rechter zet daartoe uiteen, dat de vereffenaar van Sovam met Dethier een overeenkomst heeft gesloten betreffende de overdracht van de handelszaak. In deze overeenkomst wordt onder meer geregeld, dat de vereffenaar de handelszaak (invoer en distributie van huishoudtoestellen, inrichting en uitrusting van gebouwen) voor een bedrag van 2 miljoen BFR verkoopt; deze verkoop omvat:

— de klantenkring, de handelsnaam en het logo;

— het kantoormeubilair, de machines, de uitrusting en het rollend materieel;

— alle octrooien, concessies en licenties die eigendom zijn van de vervreemder;

— het huurcontract.

Naast andere regelingen bevat de overeenkomst ook de verplichting voor de verkrijger, drie met name genoemde personeelsleden tegen dezelfde voorwaarden over te nemen en de vervreemder in te lichten indien hij nog andere personeelsleden overneemt. Volgens de verwijzende rechter heeft de overeenkomst derhalve betrekking op de volledige activiteit van Sovam. Onder verwijzing naar de rechtspraak van het Hof komt de rechter tot de conclusie, dat er in casu sprake is van een overgang van een onderneming in de zin van de richtlijn.

18. Volgens vaste rechtspraak van het Hof behoort het tot de bevoegdheid van de nationale rechter om aan de hand van de door het Hof geformuleerde criteria te onderzoeken, of in een concreet geval sprake is van een overgang van een onderneming krachtens overeenkomst in de zin van de richtlijn. [2]

19. De verwijzende rechter vraagt zich evenwel af, of in casu ook sprake is van een overgang van een onderneming *krachtens overeenkomst*, aangezien de overgedragen onderneming in staat van vereffening verkeerde.

20. Te dien aanzien zij verwezen naar de uitspraak van het Hof in de zaak Abels [3], waar het Hof besliste, dat de strekking van artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187 niet uitsluitend kan worden beoordeeld op basis van een letterlijke uitlegging. De verschillende taalversies van deze bepaling en de verschillende inhoud van het begrip overdracht krachtens overeenkomst in het faillissementsrecht van de lidstaten staan hieraan in de weg. Om deze reden, aldus het Hof, moet bij het zoeken van de betekenis van deze bepaling „acht worden geslagen op de opzet en het doel van de richtlijn en op haar plaats in het stelsel van het gemeenschapsrecht ten opzichte van de op het faillissement toepasselijke wetgeving". [4]

21. Voor de verhouding tussen de richtlijn en het faillissementsrecht verwijst het Hof naar de bijzondere procedures waardoor het faillissementsrecht wordt gekenmerkt en die tot doel hebben, de diverse belangen, vooral die van de verschillende categorieën schuldeisers, met elkaar in evenwicht te brengen. Dit bijzondere karakter, dat men in de rechtsstelsels van alle lidstaten ontmoet, vindt ook bevestiging in het gemeenschapsrecht. Uit de omstandigheid dat het faillissementsrecht in de rechtsstelsels van de lidstaten en in de communautaire rechtsorde

2 — Arresten van 18 maart 1986, Spijkers (24/85, Jurispr. blz. 1119, punt 14), en 19 mei 1992, Redmond Stichting (C-29/91, Jurispr. blz. I-3189, punten 23-25).

3 — Arrest van 7 februari 1985 (135/83, Jurispr. blz. 469).

4 — Arrest Abels, reeds aangehaald in voetnoot 3, punten 11-13.

bijzondere regels kent, en dat deze regels in de diverse lidstaten zeer verschillend van aard zijn, concludeert het Hof, dat de richtlijn, indien zij ook van toepassing had moeten zijn op de overgang van ondernemingen in het kader van dergelijke procedures, een uitdrukkelijke bepaling van die strekking zou hebben bevat.

22. Deze uitlegging dringt zich volgens het Hof ook op wanneer men nagaat wat het doel van de richtlijn is. Dit doel bestaat erin, te voorkomen dat de herstructurering binnen de gemeenschappelijke markt ten koste gaat van de werknemers van de betrokken ondernemingen. Aangezien de gevolgen van de toepassing van de richtlijn op het faillissement, voor wat de bescherming van de werknemers betreft, zeer verschillend kunnen worden beoordeeld, valt een ernstig risico van een tegen de sociale doelstellingen van het Verdrag ingaande algemene verslechtering van de levens- en de arbeidsomstandigheden van de werknemers niet uit te sluiten. Een uitbreiding van de werkingssfeer van de richtlijn tot de faillissementsprocedure zou een potentiële verkrijger ervan kunnen weerhouden, de onderneming op voor de boedel aanvaardbare voorwaarden over te nemen, hetgeen ertoe zou kunnen leiden, dat de activa van de onderneming afzonderlijk worden verkocht. Daardoor zouden alle arbeidsplaatsen in de onderneming verloren gaan, waardoor afbreuk werd gedaan aan het nuttig effect van de richtlijn.

23. Hieruit leidt het Hof af, dat de lidstaten niet verplicht zijn de voorschriften van de richtlijn ook toe te passen bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, die plaatsvinden in het kader van een faillissement. Het staat hun evenwel vrij, de beginselen van deze richtlijn naar eigen keuze en uitsluitend op grond van hun nationale wetgeving geheel of gedeeltelijk toe te passen. [5]

24. Vervolgens moest het Hof zich nog buigen over de vraag, of de richtlijn ook in geval van surséance van betaling van toepassing is. Het vergeleek daartoe de in geding zijnde procedure van surséance van betaling met de faillissementsprocedure. Het stelde daarbij vast, dat ook de procedure van surséance van betaling van gerechtelijke aard is, met dien verstande dat het toezicht van de rechter beperkter is dan bij de faillissementsprocedure. Anders gezegd, de bijzondere voorschriften van het faillissementsrecht gelden er niet of in mindere mate.

25. Voorts noemde het Hof ook het doel van de procedure als criterium en stelde het vast, dat dit primair het behoud van de boedel en, zo mogelijk, de voortzetting van de onderneming is, teneinde een regeling te vinden die deze voortzetting voor de toekomst verzekert. Het Hof concludeerde hieruit, dat de argumenten die zich verzetten tegen toepassing van de richtlijn op de faillissementsprocedure, niet opgaan bij surséance van betaling. Daaraan doet evenmin af, dat een dergelijke procedure ertoe kan leiden, dat de schuldenaar failliet wordt verklaard, aangezien dit erop wijst, dat de procedure zich in een eerdere fase afspeelt dan het faillissement. [6]

5 — Arrest Abels, reeds aangehaald in voetnoot 3, punten 23 en 24.

6 — Arrest Abels, reeds aangehaald in voetnoot 3, punten 28 en 29.

26. In een andere belangrijke uitspraak, het arrest in de zaak D'Urso e. a. [7], had het Hof zich te buigen over de vraag, of richtlijn 77/187 ook van toepassing is op de overgang van een onderneming die onder bijzonder bewind staat.

27. Ter beoordeling van deze vraag verwijst het Hof allereerst naar het criterium van de omvang van het rechterlijk toezicht, dat ook in de zaak Abels werd genoemd. Wegens de verschillen tussen de rechtsstelsels van de lidstaten, waarop ook reeds in de zaak Abels was gewezen, kan men volgens het Hof de werkingssfeer van het begrip overdracht krachtens overeenkomst niet bepalen aan de hand van de aard van het door de administratieve of rechterlijke autoriteit uitgeoefende toezicht op de overgang van ondernemingen in het kader van een bepaalde procedure van samenloop van schuldeisers. Hieruit concludeerde het: „Gelet op al hetgeen door het Hof in het arrest Abels is overwogen, is dus het doel dat met de betrokken procedure wordt beoogd, het in aanmerking te nemen criterium." [8]

28. Bedoelde procedure van bijzonder bewind wordt bij ministerieel besluit van toepassing verklaard, welk besluit twee gevolgen heeft of kan hebben. Enerzijds kan het op één lijn worden gesteld met het besluit waarbij gedwongen administratieve vereffening wordt gelast, die in wezen dezelfde gevolgen heeft als het faillissement. Anderzijds kan het besluit ook voorzien in voortzetting van de werkzaamheid van de onderneming gedurende een bepaalde periode onder leiding van een commissaris. Deze commissaris is bevoegd een programma op te stellen dat een saneringsplan dient te omvatten.

29. Al naar gelang deze voortzetting van de werkzaamheid van de onderneming al dan niet wordt gelast, is de richtlijn volgens het Hof al dan niet van toepassing. Wanneer niet tot voortzetting is besloten, of na afloop van de periode waarvoor toestemming tot voortzetting is verleend, „zijn het doel, de consequenties en de risico's van een procedure als de gedwongen administratieve vereffening vergelijkbaar met die welke het Hof in zijn arrest van 7 februari 1985 (Abels, reeds aangehaald) tot het oordeel brachten, dat artikel 1, lid 1, van de richtlijn niet van toepassing is bij overgang van een onderneming, een vestiging of een onderdeel daarvan in een situatie waarin de vervreemder in staat van faillissement is verklaard. Evenals het faillissement strekt de procedure dan tot vereffening van het vermogen van de schuldenaar met het oog op uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers, en op een in dat juridisch kader tot stand gekomen overgang is de richtlijn derhalve niet van toepassing." Anders zou een ernstig risico van verslechtering van de levens- en de arbeidsomstandigheden van de werknemers niet zijn uit te sluiten. [9]

30. Wordt echter tot voortzetting van de werkzaamheid van de onderneming onder leiding van een commissaris besloten, dan heeft die procedure primair tot doel de onderneming in een zodanig evenwicht te brengen, dat haar werkzaamheid voor de

7 — Arrest van 25 juli 1991 (C-362/89, Jurispr. blz. I-4105).

8 — Arrest D'Urso e. a., reeds aange-haald in voetnoot 7, punten 25 en 26.

9 — Arrest D'Urso e. a., reeds aangehaald in voet-noot 7, punt 31.

toekomst verzekerd is. „De daarmee nagestreefde sociaal-economische doelstelling kan, indien de betrokken onderneming geheel of gedeeltelijk wordt overgedragen, verklaren noch rechtvaardigen, dat de werknemers de rechten zouden worden ontnomen die zij in de in de richtlijn gepreciseerde omstandigheden aan deze richtlijn ontlenen." [10]

31. Het belangrijkste criterium van het Hof is derhalve het met de betrokken procedure nagestreefde doel. Verdere criteria zijn de doelstelling van de richtlijn zelf en de modaliteiten van de betrokken procedure.

32. Deze criteria moeten thans worden toegepast op de in casu ter beoordeling voorliggende vereffening. Volgens de verwijzende rechter moet onder vereffening worden verstaan het geheel van verrichtingen die, ten gevolge van de ontbinding van een handelsvennootschap, strekken tot betaling van de schuldeisers met behulp van de activa van de vennootschap, en tot verdeling van het overblijvende saldo onder de vennoten. Volgens de rechtsleer moet de voorkeur aan vereffening boven faillissement worden gegeven, aangezien eerstgenoemde procedure een optimale, respectievelijk minst ongunstige tegeldemaking van de activa mogelijk maakt, terwijl de nog levensvatbare bedrijfsactiviteiten eventueel volledig of gedeeltelijk kunnen worden voortgezet.

33. De Commissie noemt als taken van de vereffenaar het te gelde maken van de activa, de betaling van de schulden, en de verdeling van het eventuele saldo onder de vennoten. Het nagestreefde doel is dus de vereffening van de onderneming door middel van de tegeldemaking van de activa, aldus de Commissie. Bij een vereffening geschiedt dit laatste ten bate van de vennootschap, terwijl de curator in een faillissement uitsluitend ten gunste van de schuldeisers handelt. Daarbij moeten de activa zo voordelig mogelijk te gelde worden gemaakt. Volgens de Commissie gaat de Belgische wetgever in dit verband uit van een fictie. Ofschoon de rechtspersoonlijkheid van de handelsonderneming door de opheffing noodzakelijkerwijs is beëindigd, wordt zij voor het doel van de vereffening nog geacht te bestaan. De rechtspersoonlijkheid bestaat uitsluitend nog met het oog op de tegeldemaking van de activa, de betaling van de schulden en de verdeling van het saldo. De uitoefening op zich van de werkzaamheid van de opgeheven vennootschap is niet meer toegestaan, hoogstens nog bij uitzondering voor zover dit dienstig is voor het nieuwe doel — de vereffening —, dat in de plaats is getreden van de vroegere economische werkzaamheid van de vennootschap. Volgens de Commissie kan de vennootschap in vereffening mitsdien alleen de lopende activiteiten beëindigen. Zij mag geen nieuwe activiteiten meer ontplooien, ook niet in het kader van haar vroegere maatschappelijk doel (behoudens wanneer dit in het belang is van de vereffening). Een dergelijke voorlopige voortzetting van de werkzaamheid van de vennootschap is vaak noodzakelijk, teneinde te voorkomen dat de over te dragen economische eenheid in waarde daalt. De eenheid moet in bedrijf blijven om de latere overdracht te vergemakkelijken. In dit geval kan de vereffenaar ook zonder bijzondere toestemming nieuwe activiteiten ondernemen. Hij mag daarbij evenwel nimmer uit het oog verliezen, dat deze voortzetting van de werkzaamheid slechts bij wijze van tijdelijke maatregel is toegestaan en wel uitsluitend met het oog op de latere tegeldemaking van de handelszaak tegen zo gunstig moge-

10 — Arrest D'Urso e. a., reeds aangehaald in voetnoot 7, punt 32.

lijke voorwaarden. Volgens de Commissie is de vereffenaar persoonlijk voor verliezen aansprakelijk, indien hij de werkzaamheid onbeperkt voortzet. Enige nalatigheid bij het beheer van de vennootschap behoeft hem in dat geval niet te kunnen worden verweten, aldus de Commissie.

34. De algemene vergadering besluit met de vereiste meerderheid tot de voorlopige voortzetting van de werkzaamheid van de vennootschap. Rechterlijke toestemming is hiervoor niet vereist.

35. Zoals ook uit de schriftelijke opmerkingen van de Commissie blijkt, is een vrijwillige vereffening nimmer een alternatief voor faillissement. Zodra aan de voorwaarden voor faillietverklaring is voldaan, is een vereffening niet meer mogelijk. Een uitzondering hierop is slechts mogelijk, wanneer de vennootschap zich in moeilijkheden van voorbijgaande aard bevindt, of tijdelijk niet met zekerheid kan vaststellen of de activa de schulden te boven gaan. In beginsel kan worden gesteld, dat de faillietverklaring de schuldeisers grotere garanties biedt dan de vereffeningsprocedure. Bovendien worden de schuldeisers rechtstreeks vertegenwoordigd door de curator. Dit zou erop kunnen wijzen, dat bij een vereffening het doel van uitbetaling van de schuldeisers minder op de voorgrond staat dan in een faillissementsprocedure.

36. Het is evenwel een feit, dat ook de vereffening strekt tot het te gelde maken van de activa, een doel dat nagenoeg identiek is aan het doel van het faillissement. Niettemin lijkt mij bij de vereffening de afwikkeling van de activiteiten van de vennootschap meer op de voorgrond te staan, terwijl bij een faillissement alleen de betaling van de schuldeisers van belang is. Of dit volstaat om de richtlijn op het hier voorliggende geval te kunnen toepassen, zoals de Belgische regering voorstelt, lijkt mij echter maar de vraag.

37. Ofschoon ook de Commissie van opvatting is, dat de doelstellingen van het faillissement en de vereffening nagenoeg identiek zijn, beroept zij zich in de door haar voorgestane oplossing uitsluitend op het arrest in de zaak D'Urso e. a. Met andere woorden, zij hanteert als enig criterium, of al dan niet tot voortzetting van de activiteiten van de vennootschap is besloten. Daarbij is niet van belang, dat de activiteit niet is voortgezet om de overlevingskansen van de vennootschap te vergroten, doch om de doelstellingen van de vereffening beter te kunnen verwezenlijken. Voor de Commissie is het belangrijk, dat de onderneming haar handelskarakter behoudt en gedurende de periode van voortzetting van de werkzaamheid de mogelijkheid heeft de bedrijfsvoering met dezelfde activiteiten voort te zetten. Daarnaast baseert de Commissie zich op de door de richtlijn nagestreefde bescherming, welke niet zou toelaten, dat als gevolg van het besluit van de algemene vergadering om tot vereffening van de onderneming over te gaan, de bescherming van de werknemers niet langer is verzekerd.

38. De Commissie is evenwel van oordeel, dat de richtlijn geen toepassing vindt wanneer de vennootschap in vereffening besluit de activiteiten van de onderneming te beëindigen om de activa te verkopen. Deze definitieve beëindiging van de werkzaamheid zou de toepasselijkheid van de richtlijn verhinderen. Alsdan zou de vereffening alleen nog tot

doel hebben, de activa te verkopen en het bestaan van de onderneming te beëindigen. Zou men de richtlijn in een dergelijk geval toepassen, dan werden de werknemers eerder nog aan een groter risico blootgesteld. Bovendien zou men er bij een al te lange onderbreking van de werkzaamheid niet meer van uit kunnen gaan, dat dezelfde eenheid blijft bestaan en de bedrijfsvoering wordt voortgezet.

39. Mijns inziens kan het door het Hof in de zaak D'Urso e. a. gemaakte onderscheid niet zonder meer worden toegepast op het geval van de vereffening. In de zaak D'Urso e. a. werd de onderneming ter sanering voortgezet om zodoende de werkzaamheid ook voor de toekomst te verzekeren. Hetzelfde gold voor de surséance van betaling in de zaak Abels. In casu wordt de werkzaamheid evenwel uitsluitend voortgezet met het doel de vennootschap op te heffen. De werkzaamheid is niet gericht op de toekomst, doch wordt slechts voortgezet tot het moment van verkoop van de onderneming.

40. Ofschoon ook in de zaak D'Urso e. a. de onderneming uiteindelijk werd vervreemd, moet deze vervreemding wat de door de richtlijn nagestreefde bescherming betreft, wellicht anders worden behandeld dan de vervreemding die in casu aan de orde is. In de zaak D'Urso e. a. was sprake van de vervreemding van een gesaneerd of in staat van sanering verkerende onderneming, waarvoor wellicht gemakkelijker een koper kan worden gevonden dan voor een onderneming in vereffening. In dat opzicht zou de toepassing van de richtlijn geen nadelige gevolgen voor de werknemers hebben. Dit gaat echter niet op — zoals het Hof in de zaak Abels besliste — bij een faillissement. In dat geval zou toepassing van de richtlijn eventueel nadelige gevolgen voor de werknemers kunnen hebben.

41. Het Hof zelf heeft in de zaak D'Urso e. a. echter alleen het criterium van voortzetting van de werkzaamheid in aanmerking genomen. Zolang de werkzaamheid wordt voortgezet, is de richtlijn van toepassing, aangezien — aldus het Hof — niet valt in te zien, waarom de werknemers de bescherming van de richtlijn zouden moeten ontberen wanneer de werkzaamheid van de onderneming wordt voortgezet. Wordt deze werkzaamheid evenwel gestaakt, dan gelden dezelfde criteria als bij een faillissement en is de richtlijn vanaf dat moment niet meer van toepassing. Met andere woorden, ondanks het feit dat vergelijkbare criteria gelden als bij een faillissement, is de richtlijn uitsluitend van toepassing wegens de voortzetting van de werkzaamheid van de onderneming.

42. Mitsdien zou de richtlijn in casu bij voortzetting van de werkzaamheid zeker van toepassing moeten zijn. Om een onderneming in staat van vereffening te kunnen verklaren, is het niet nodig dat de passiva de activa overtreffen. Aan de voorwaarden voor een faillissement mag nu juist niet zijn voldaan, omdat een vereffening anders niet meer is toegestaan. Weliswaar is de vereffening een mogelijke voorfase van het faillissement, doch er kan ook toe worden overgegaan — zoals de Belgische regering opmerkt — wanneer de vennoten niet meer met elkaar willen samenwerken. Met andere woorden, de vennootschap behoeft niet per se in economische moeilijkheden te verkeren. De richtlijn zou dus van toepassing zijn op de vereffening, wanneer de werkzaamheid van de onderneming wordt voortgezet.

43. Daaraan doet evenmin af, dat de vereffening een voorfase van het faillissement kan zijn. In de zaak Abels verklaarde het Hof de richtlijn nu juist op het geval van surséance van betaling van toepassing, omdat die procedure in een eerdere fase plaatsvindt dan de faillissementsprocedure. [11] Daarnaast besliste het Hof in de zaak Danmols Inventar, dat de richtlijn ook van toepassing is op een overgang „die heeft plaatsgevonden in het kader van een faillissementsprocedure of in een stadium, voorafgaande aan een dergelijke procedure". [12]

44. Tot slot zou ik naar een ander arrest willen verwijzen, waarin het Hof zich heeft uitgesproken over de vraag inzake de toepasselijkheid van de richtlijn op de overgang van een onderneming waarvan is vastgesteld dat zij in moeilijkheden verkeert. [13] Het Hof besliste aldaar:

„De procedure waarbij wordt vastgesteld dat een onderneming in moeilijkheden verkeert, heeft dus niet het oog op de liquidatie van die onderneming, maar strekt er integendeel toe de voortzetting van haar activiteit te verzekeren *met het oog op een latere overname*." [14]

In casu nu gaat het om niets anders dan dat. Wanneer de werkzaamheid van een onderneming wordt voortgezet in het kader van een vereffening, dan geschiedt dit — zoals hierboven vermeld — met het oog op een latere overname. Ook bij de onderhavige vereffening is daarom bij voortzetting van de ondernemingsactiviteiten niet te verklaren of te rechtvaardigen, dat „de werknemers de rechten worden ontnomen die zij in de daarin gepreciseerde omstandigheden aan deze richtlijn ontlenen". [15]

45. Mitsdien zou de richtlijn op de vereffening van toepassing zijn, wanneer de werkzaamheid van de onderneming in het kader van deze vereffening wordt voortgezet.

46. Men komt tot eenzelfde resultaat, wanneer men de procedures van de vereffening en het faillissement met elkaar vergelijkt. Van de bijzondere voorschriften waardoor het faillissement wordt gekenmerkt en die ertoe leiden, dat de richtlijn er niet op van toepassing is, is volgens de verwijzende rechter geen sprake in het kader van de vereffeningsprocedure. Zo is het de algemene vergadering die beslist over het inleiden van de vereffeningsprocedure, het benoemen van de vereffenaars en het bepalen van hun bevoegdheden. Bij het faillissement daarentegen kan de vennootschap weliswaar zelf het faillissement aanvragen, doch zij kan ook failliet worden verklaard op vordering van een schuldeiser of door toedoen van de commissie van toezicht, in welk geval de rechter de curator benoemt, wiens bevoegdheden bij wet zijn vastgesteld.

11 — Arrest Abels, reeds aangehaald in voetnoot 3, punt 29.

12 — Arrest van 11 juli 1985 (105/84, Jurispr. blz. 2639, punt 10).

13 — Arrest van 7 december 1995, Spano e. a. (C-472/93, Jurispr. blz. I-4321).

14 — Arrest Spano e. a., reeds aangehaald in voet-noot 13, punt 28 (cursivering van mij).

15 — Arrest Spano e. a., reeds aangehaald in voetnoot 13, punt 30, en arrest D'Urso e. a., reeds aange-haald in voetnoot 7, punt 32.

47. Het faillissement kent een bijzondere procedure voor de vaststelling van de stand van de schulden onder toezicht van de rechter. De vereffening kent een dergelijke procedure niet. De vereffenaar kan het bestaan van een schuld erkennen, zonder dat hij zich daartoe tot iemand behoeft te wenden en zonder dat zijn beslissing door een vonnis behoeft te worden bekrachtigd.

48. In het kader van een faillissementsprocedure kan de schuldeiser slechts de hoogte van zijn schuldvordering laten vaststellen; bij de vereffening daarentegen kan de schuldeiser de vennootschap in vereffening laten veroordelen. Ook is het mogelijk een beslissing ten uitvoer te leggen tegen een vennootschap in vereffening. De vereffenaar kan zich hiertegen slechts verzetten wanneer de rechten van de andere schuldeisers door de executoire maatregelen zouden worden benadeeld. In de faillissementsprocedure daarentegen zijn dergelijke executoire maatregelen verboden, aangezien het beheer en de vereffening van de ter voldoening van de schuldeisers bestemde vermogensbestanddelen bij wet zijn geregeld.

49. De vereffenaar is een orgaan van de vennootschap, terwijl de curator, die de schuldeisers vertegenwoordigt, in zijn verhouding tot de vennootschap een derde is.

50. De curator maakt de activa te gelde onder toezicht van de rechter-commissaris, terwijl de vereffenaar van de vennootschap deze taak onder toezicht van de algemene vergadering uitoefent, zodat de overgang van de onderneming niet door de rechter behoeft te worden bekrachtigd.

51. Mitsdien bestaan er talloze verschillen met de faillissementsprocedure; met name blijkt duidelijk, dat de invloed van de rechter bij een vereffening aanmerkelijk geringer is en dat geen sprake is van een bijzondere procedure zoals die van het faillissement.

52. Geconstateerd moet derhalve worden, dat de richtlijn van toepassing is op de overgang van een onderneming die in staat van vereffening verkeert, doch wier algemene vergadering heeft besloten de bedrijfsactiviteiten voort te zetten. Het is in dit verband niet van belang of het om een vrijwillige dan wel om een gerechtelijke vereffening gaat. Het onderscheid tussen beide bestaat slechts hierin, dat bij de gerechtelijke vereffening de algemene vergadering niet met de vereiste meerderheid tot benoeming van de vereffenaars heeft kunnen komen. In dat geval worden zij door de rechter aangewezen.

53. Los van het voorgaande moet worden onderzocht, of de richtlijn, respectievelijk de bepalingen ervan, niet reeds op grond van het nationale recht, in het kader van CAO nr. 32 bis, van toepassing is op de vereffening. Zoals het Hof in de zaak Abels besliste [16], staat het de lidstaten vrij, de beginselen van deze richtlijn naar eigen keuze en uitsluitend op grond van hun nationale wetgeving geheel of gedeeltelijk toe te passen. Of dit ook het geval is ten aanzien van de vereffening, moet door de nationale rechter worden onderzocht.

16 — Reeds aangehaald in voetnoot 3, punt 24.

De tweede vraag

54. Met het eerste onderdeel van de tweede prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, of een ontslag door de vereffenaar kan worden geacht een ontslag op economische, technische of organisatorische gronden te zijn in de zin van artikel 4, lid 1, van de richtlijn. Met andere woorden, of de bevoegdheid een werknemer op voornoemde gronden te ontslaan, uitsluitend toekomt aan de verkrijger of ook aan de vervreemder.

55. Deze onzekerheid komt voort uit de formulering van artikel 4, lid 1, van de richtlijn. Deze bepaling verbiedt een ontslag uitsluitend op grond van de overgang. Zij geldt uitdrukkelijk voor de vervreemder en de verkrijger. De tweede volzin ervan, die de mogelijkheid openlaat arbeidsovereenkomsten te beëindigen op economische, technische of organisatorische gronden die tot een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden leiden, bevat geen aanduiding of dit recht voor de vervreemder en/of de verkrijger bestaat.

56. Zowel de Commissie als de Belgische regering zijn — mijns inziens terecht — van mening, dat ook de vervreemder over deze mogelijkheid moet kunnen beschikken. De Belgische regering beroept zich daartoe op het arrest in de zaak Bork International. [17] Daarin verwijst het Hof naar zijn eerdere uitspraak in de zaak Ny Mølle Kro [18], volgens welke enkel een beroep op de richtlijn kan worden gedaan door werknemers die op het tijdstip van de overgang een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding hadden. Of er op dat tijdstip al dan niet een overeenkomst 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:

„Bijgevolg moeten de werknemers van de onderneming, wier arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding in strijd met artikel 4, lid 1, van de richtlijn is beëindigd met ingang van een datum vóór die van de overgang, worden geacht op de datum van overgang nog steeds in dienst van de onderneming te zijn, hetgeen met name tot gevolg heeft, dat de verplichtingen van de werkgever jegens hen overeenkomstig artikel 3, lid 1, van de richtlijn van rechtswege van de vervreemder op de verkrijger overgaan. Om uit te maken of de overgang, in strijd met voornoemd artikel 4, lid 1, de enige reden was voor het ontslag, moet worden gelet op de objectieve omstandigheden waarin het ontslag is gegeven, en in een geval als het onderhavige, meer in het bijzonder op de omstandigheid, dat het nagenoeg gelijktijdig met de overgang is ingegaan en dat de betrokken werknemers door de verkrijger opnieuw in dienst zijn genomen." [19]

17 — Arrest van 15 juni 1988 (101/87, Jurispr. blz. 3057).

18 — Arrest van 17 december 1987 (287/86, Jurispr. blz. 5465).

19 — Arrest Bork International, reeds aangehaald in voetnoot 17, punten 17 en 18.

57. Ook in het arrest Bork International is geen antwoord te vinden op de vraag, of de vervreemder ontslag op economische, technische of organisatorische gronden kan verlenen. Dit recht vloeit mijns inziens echter voort uit het volgende. Volgens het arrest Bork International verbiedt artikel 4, lid 1, een beëindiging van de arbeidsovereenkomst uitsluitend wegens de overgang van de onderneming. Uit de formulering „de overgang op zichzelf" blijkt, dat de vervreemder de arbeidsovereenkomst om andere redenen kan beëindigen. Dit moeten dan in elk geval de redenen zijn die in artikel 4, lid 1, tweede volzin, worden genoemd en waarop ook door de vervreemder een beroep kan worden gedaan.

58. Beziet men het thans voorliggende geval van de vereffening, dan zijn er nog andere — economische — argumenten die voor deze uitlegging pleiten. De vereffenaar krijgt op deze wijze de mogelijkheid, reeds voor de verkoop rationalisatiemaatregelen te treffen. Een potentiële koper zal daarna eerder bereid zijn de vennootschap in vereffening over te nemen. Indien men de vervreemder de mogelijkheid geeft, arbeidsovereenkomsten op economische, technische of organisatorische gronden te beëindigen, vergemakkelijkt dit de vereffening en worden de arbeidsplaatsen in de onderneming in vereffening veilig gesteld, waardoor de werknemers een hogere mate van bescherming genieten.

59. Met het tweede onderdeel van de tweede vraag, wenst de verwijzende rechter te vernemen, of personeelsleden die op economische, technische of organisatorische gronden zijn ontslagen, de onregelmatigheid van dit ontslag tegenover de verkrijger uitsluitend kunnen inroepen wegens de overdracht kort na hun ontslag van een economische eenheid, ook wanneer de verkoopovereenkomst er niet in voorziet, dat zij opnieuw in dienst worden genomen.

60. Deze vraag is, zoals de Commissie terecht opmerkt, onduidelijk geformuleerd. Indien het ontslag is verleend op economische, technische of organisatorische gronden, kan het — zoals hierboven is geconstateerd — geen onregelmatig ontslag zijn, zodat tegenover de vervreemder noch de verkrijger een beroep op de onregelmatigheid kan worden gedaan. De omstandigheid dat kort na het ontslag een economische eenheid is overgedragen, doet hieraan niet af. Indien het ontslag niet uitsluitend op grond van de overgang is gegeven, verliest het door die overgang zijn geldigheid niet.

61. Deze laatste vraag zou evenwel ook anders kunnen worden verstaan en uitgelegd. Zij verwijst onmiskenbaar naar de reeds aangehaalde formulering in het arrest Bork International. Immers, zij bevat beide van de in dat arrest vermelde criteria, te weten het geringe tijdsverschil tussen het ontslag en de overdracht van een economische eenheid enerzijds, en het opnieuw in dienst nemen van de werknemers na de overdracht van de onderneming anderzijds. Deze criteria waren in de zaak Bork International genoemd als een aanduiding dat het ontslag uitsluitend is gegeven wegens de overgang en dus in strijd is met artikel 4, lid 1, van de richtlijn. In casu is slechts aan een van deze criteria voldaan, namelijk het geringe tijdsverschil tussen de ontslagverlening door de vervreemder en de overgang van de onderneming. De werknemers zijn na de overgang niet weer in dienst genomen. De prejudiciële vraag zou mitsdien aldus kunnen worden verstaan, dat de natio-

nale rechter wenst te vernemen, of het ontslag kan worden geacht uitsluitend wegens de overgang te zijn verleend, en dus onregelmatig is indien slechts aan één van de in de zaak Bork International vermelde criteria is voldaan.

62. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, moet de formulering van het arrest Bork International nogmaals nauwkeurig worden bezien. Volgens dit arrest moeten in de eerste plaats de objectieve omstandigheden waaronder het ontslag is verleend, in aanmerking worden genomen bij de beoordeling van de onregelmatigheid van een ontslag. Als exemplarisch in de aan het arrest Bork International ten grondslag liggende casus noemt het Hof de twee criteria van a) een gering tijdsverschil tussen het ontslag en de overgang van de onderneming, en b) het opnieuw in dienst nemen van de werknemers na de overgang. Aangezien de uitgangssituatie in het onderhavige geval anders is, moet de nationale rechter zich bij zijn beoordeling door andere aspecten laten leiden. Hoewel ook in casu sprake is van een gering tijdsverschil tussen het ontslag en de latere overdracht van de vennootschap, is een ander belangrijk aspect, dat de vennootschap op het tijdstip van ontslag in staat van vereffening verkeerde. Deze omstandigheid doet vermoeden, dat sprake is van een ontslag op organisatorische gronden. Ook volgens de Commissie wordt het hierdoor voor de werkgever gemakkelijker aan te tonen, dat het ontslag op economische, technische of organisatorische gronden berust.

63. De laatste vraag moet derhalve aldus worden beantwoord, dat de onregelmatigheid van een ontslag in casu niet uitsluitend kan worden gebaseerd op de omstandigheid dat de vennootschap kort na dit ontslag is overgedragen. Integendeel, de nationale rechter moet alle objectieve omstandigheden van het ontslag in aanmerking nemen, waaronder in casu met name de omstandigheid dat de vennootschap in staat van vereffening verkeerde.

64. Volledigheidshalve wil ik hieraan nog toevoegen, dat in het geval van een onregelmatig ontslag door de vervreemder deze onregelmatigheid tegenover de verkrijger kan worden ingeroepen, aangezien de arbeidsovereenkomst nog steeds geacht wordt te bestaan en dus door de overgang van de onderneming is overgegaan op de verkrijger. De werknemer kan de rechten uit de arbeidsovereenkomst dus geldend maken tegenover de verkrijger.

65. Het doet in dit verband niet ter zake, of de afzonderlijke lidstaten voor dit geval in sancties hebben voorzien. Door de Belgische regering was erop gewezen, dat het Belgische recht niet voorziet in de nietigheid van een ontslag, zodat voortzetting van de arbeidsovereenkomst uitgesloten is.

66. Mitsdien moet de tweede prejudiciële vraag aldus worden beantwoord, dat een beëindiging van een arbeidsovereenkomst door de vervreemder kan worden aangemerkt als een ontslag op economische, tech-

nische of organisatorische gronden in de zin van artikel 4, lid 1, van de richtlijn, en dat deze bevoegdheid niet aan de verkrijger toekomt. Ontslagen op economische, technische of organisatorische gronden zijn niet onregelmatig wegens de enkele omstandigheid dat kort daarna een economische eenheid is overgedragen. De nationale rechter moet daarentegen alle objectieve omstandigheden van het ontslag in aanmerking nemen, waaronder in casu met name de omstandigheid dat de vennootschap in staat van vereffening verkeerde.

C — Conclusie

67. Op grond van het voorgaande geef ik het Hof in overweging, de prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„1) Richtlijn 77/187/EEG van de Raad 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, is van toepassing op de overgang van een vennootschap die in staat van vrijwillige vereffening verkeert, doch uitsluitend onder de voorwaarde dat de werkzaamheid van de onderneming in dit kader wordt voorgezet. Dit geldt ongeacht of de vereffenaar door de rechter of de algemene vergadering is benoemd.

2) Ook de vereffenaar heeft het recht arbeidsovereenkomsten te verbreken op economische, technische of organisatorische gronden.

De door de verkrijger niet overgenomen personeelsleden kunnen tegenover de verkrijger niet de onregelmatigheid van het ontslag inroepen wegens de enkele omstandigheid dat het bedrijf kort na hun ontslag als economische eenheid is overgedragen.

Bij de beoordeling van het ontslag moet de verwijzende rechter evenwel aan de hand van de door het Hof geformuleerde criteria alle objectieve omstandigheden in aanmerking nemen, waaronder in casu met name de omstandigheid dat de vennootschap in staat van vereffening verkeerde."