aldus worden uitgelegd, dat alle arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen die op het tijdstip van overgang van een onderneming tussen de vervreemder en de werknemers van de overgedragen onderneming bestaan, door het enkele feit van de overgang van rechtswege worden overgedragen op de verkrijger. Deze overdracht is dwingend zowel voor de vervreemder en de verkrijger als voor de werknemersvertegenwoordigers, die geen andere oplossing met de vervreemder of de verkrijger kunnen overeenkomen, en ook voor de werknemers zelf, behoudens dat deze laatsten vrijelijk kunnen besluiten, de arbeidsverhouding met het nieuwe ondernemingshoofd na de overgang niet voort te zetten.

2. Artikel 1, lid 1, van richtlijn 77/187 is niet van toepassing bij overgang van een onderneming in het kader van een procedure van samenloop van schuldeisers als die bedoeld in de Italiaanse wettelijke regeling van gedwongen administratieve vereffening, waarnaar de wet van 3 april 1979 inzake het onder bijzonder bewind plaatsen van grote ondernemingen in moeilijkheden verwijst. Genoemde bepaling van de richtlijn is echter wel van toepassing wanneer in een wettelijk kader als dat van het bijzonder bewind van grote ondernemingen in moeilijkheden, besloten wordt tot voortzetting van de werkzaamheid van de onderneming, en wel zolang deze beslissing van kracht blijft.

RAPPORT TER TERECHTZITTING
in zaak C-362/89 *

I — De feiten en het procesverloop

1. *Het toepasselijke gemeenschapsrecht*

Richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (PB 1977, L 61, blz. 26), is volgens artikel 1, lid 1, ervan 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".

Artikel 3, lid 1, eerste alinea, van de richtlijn bepaalt: „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."

Voorts vormt volgens artikel 4, lid 1, „de overgang van een onderneming, vestiging of

* Procestaal: Italiaans.

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."

2. De in het hoofdgeding toepasselijke nationale wettelijke regeling

Artikel 2112, eerste alinea, van de Italiaanse Codice civile luidt als volgt: „Indien degene die een onderneming overdraagt, zijn werknemers niet tijdig heeft opgezegd, wordt de arbeidsovereenkomst van die werknemers voortgezet met de verkrijger en behouden de werknemers de rechten voortvloeiend uit de anciënniteit die zij vóór de overgang hadden bereikt."

Op deze regel zijn evenwel een aantal uitzonderingen ingevoerd bij besluitwet nr. 835 van 9 december 1986, met een aantal wijzigingen omgezet in wet nr. 19 van 6 februari 1987. Artikel 3 van deze wet bepaalt: „In geval van overdracht van ondernemingen of onderdelen daarvan ter uitvoering van programma's opgelegd aan ondernemingen die onder bijzonder bewind zijn geplaatst (...) is artikel 2112, eerste alinea, van de Codice civile niet van toepassing op de werknemers die niet tegelijkertijd met de onderneming zijn overgegaan (...)."

De procedure van bijzonder bewind voor grote ondernemingen in moeilijkheden is ingevoerd bij besluitwet nr. 26 van 30 januari 1979, met een aantal wijzigingen omgezet in wet nr. 95 van 3 april 1979. Met uitzondering van het geval van faillissement geldt zij voor grote ondernemingen waarvan de rechter heeft vastgesteld dat zij insolvabel zijn of gedurende drie maanden geen loon meer hebben betaald. Tot toepassing van de procedure wordt besloten bij ministerieel besluit; zij wordt uitgevoerd door een of drie commissarissen die door de minister worden benoemd en gecontroleerd. Het besluit waarbij de procedure wordt ingeleid, kan — ter vrijwaring van de belangen van de schuldeisers — toestemming bevatten om de werkzaamheden van de onderneming voor een bepaalde duur voort te zetten. De commissaris stelt een programma op, dat een saneringsplan voor de onderneming kan omvatten. Onder voorbehoud van de afwijkende bepalingen van de besluitwet van 30 januari 1979 valt de procedure van bijzonder bewind onder de bepalingen van de Italiaanse wettelijke regeling betreffende de gedwongen administratieve vereffening van ondernemingen.

Volgens de verwijzende rechter is de procedure waarbij grote ondernemingen in moeilijkheden onder bijzonder bewind worden geplaatst, van zeer bijzondere aard met betrekking tot de criteria ter onderscheiding tussen de procedures die op vereffening zijn gericht, en die welke beogen het vermogen van de debiteur te beschermen en de werkzaamheden van de onderneming voort te zetten. Het hoofddoel van deze procedure is de sanering van de onderneming, vooral met het oog op het behoud van de werkgelegenheid; zij is evenwel geconstrueerd als een variante van een typische vereffeningsprocedure zoals de gedwongen administratieve vereffening. Dat de procedure van buitengewoon bewind op „behoud" is gericht, blijkt volgens de Pretore di Milano uit het navolgende:

— in de considerans van besluitwet nr. 26/1979 wordt verklaard, dat de procedure ten doel heeft de fundamenteel gezonde delen van een onderneming of van een groep ondernemingen te redden, door de eigendom ervan aan de insolvente ondernemer te ontnemen en over te dragen aan een andere ondernemer, aan wie de schulden evenwel niet worden overgedragen;

— de onder bijzonder bewind geplaatste onderneming kan bij kredietinstellingen geld opnemen, voor de terugbetaling waarvan de Staat borg staat, en zulks voor de wederingebruikneming en de uitbreiding van bedrijfsinstallaties, -gebouwen en -uitrusting;

— de bescherming van de belangen van de schuldeisers gaat minder ver dan in andere vereffeningsprocedures: zo kunnen de schuldeisers zich met name niet mengen in de beslissingen over voortzetting van de werkzaamheden van de onderneming en hebben zij niet de garantie, dat die beslissingen zich zullen verdragen met hun belangen;

— de idee van voortzetting van de werkzaamheden van de onderneming is dermate overheersend, dat de wet geen aandacht besteedt aan het theoretisch mogelijke alternatief en evenmin bepaalt wat er moet gebeuren wanneer tot voortzetting is besloten, doch het saneringsplan achteraf niet haalbaar blijkt.

3. *De feiten van het hoofdgeding*

Verzoekers in het hoofdgeding zijn werknemers van Ercole Marelli Elettromeccania Generale SpA (EMG), een naamloze vennootschap onder bijzonder bewind. Sedert 1985 is hun arbeidsovereenkomst met EMG geschorst en ontvangen zij uitkeringen op basis van een volledige werktijd van de Cassa integrazione guadagni straordinaria (CIGS).

Bij besluit van de minister van Industrie van 26 mei 1981 werd EMG te zamen met andere vennootschappen van de Marelli-groep onder bijzonder bewind geplaatst; zij kreeg toestemming om de werkzaamheden van de onderneming voort te zetten.

In 1985 waren alle andere bedrijven van de groep gesaneerd en bleef enkel EMG onder bijzonder bewind. In september 1985 werd ook EMG overgedragen aan een daartoe opgerichte nieuwe vennootschap, Ercole Marelli Nuova Elettromeccanica Generale SpA (hierna: „Nuova EMG"), later gesplitst in twee andere vennootschappen, ABB Tecnomasio SpA en ABB Industria Srl.

Krachtens de overdrachtsovereenkomst en overeenkomstig de akkoorden met de vakbonden waarnaar de overeenkomst zelf verwees, gingen 940 werknemers over naar de verkrijgende vennootschap.

Voor de 518 werknemers die ten laste van de overdragende vennootschap bleven, voorzag een van de akkoorden met de vakbonden in het behoud van de uitkeringen van de CIGS en in verschillende regelingen om het probleem van het personeelsoverschot definitief op te lossen.

Verzoekers in het hoofdgeding, die nog steeds in dienst zijn van de vennootschap EMG onder bijzonder bewind en wier arbeidsverhouding geschorst blijft, hebben de Pretore di Milano verzocht voor recht te verklaren, dat hun arbeidsverhouding vanaf het tijdstip van de overdracht van de groep ondernemingen waarin zij tewerkgesteld waren, zonder onderbreking is overgegaan op de verkrijgende vennootschap.

Zij betogen, dat artikel 2112, eerste alinea, van de Codice civile op hen moet worden

toegepast, en niet de afwijkende bepaling van besluitwet nr. 835/1986.

In verband daarmee is de Pretore di Milano van mening, dat voor de oplossing van het geschil de uitlegging van richtlijn 77/187 van de Raad van 14 februari 1977 noodzakelijk is.

Derhalve heeft hij bij beschikking van 23 oktober 1989 de behandeling van de zaak geschorst, in afwachting van 's Hofs uitspraak over de navolgende prejudiciële vragen:

„1) Gaan ingevolge artikel 3, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 77/187 van 14 februari 1977 de op het tijdstip van overgang van de onderneming met die onderneming bestaande arbeidsverhoudingen automatisch over op de verkrijger?

2) Is bedoelde richtlijn van toepassing op ondernemingsoverdrachten door onder bijzonder bewind geplaatste ondernemingen?"

4. *De procedure voor het Hof*

De verwijzingsbeschikking van de Pretore di Milano is op 17 november 1989 ingekomen ter griffie van het Hof.

Krachtens artikel 20 van 's Hofs Statuut-EEG zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door verzoekers in het hoofdgeding, vertegenwoordigd door A. F. Ognibene, advocaat te Milaan; verweersters in het hoofdgeding, vertegenwoordigd door G. Favalli en S. Trifirò, advocaten te Milaan; de Franse regering, vertegenwoordigd door C. Chavance, hoofdbestuursattaché bij de directie juridische zaken van het Ministerie van Buitenlandse zaken, als gemachtigde; de Italiaanse regering, vertegenwoordigd door O. Fiumara, avvocato dello Stato, als gemachtigde, en de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur G. Marenco, bijgestaan door K. Banks, lid van haar juridische dienst, als gemachtigden.

Bij brief van 20 mei 1990 heeft de Italiaanse regering het Hof verzocht, overeenkomstig artikel 95 van het Reglement voor de procesvoering in volle samenstelling te beslissen.

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en de advocaat-generaal gehoord, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan.

II — Samenvatting van de bij het Hof ingediende schriftelijke opmerkingen

De regering van de Franse Republiek, de regering van de Italiaanse Republiek en de Commissie van de Europese Gemeenschappen zijn van mening, dat de eerste prejudiciële vraag pas rijst indien de tweede vraag bevestigend wordt beantwoord, en dat het daarom noodzakelijk is eerst de tweede vraag te beantwoorden en daarna eventueel de eerste vraag.

Het is daarom gewenst, eerst de opmerkingen betreffende de tweede prejudiciële vraag weer te geven.

De tweede prejudiciële vraag

1. Na een grondig onderzoek van de Italiaanse wettelijke regeling en de ontwikkeling daarvan betogen *verzoekers in het hoofdgeding*, dat de Italiaanse wet nr. 19/87 ten doel heeft de continuïteit van de onderneming te waarborgen, en dat alle economische en fiscale maatregelen waarin die wet ten behoeve van ondernemingen in moeilijkheden voorziet, op dat doel zijn gericht. De leiding van de onderneming in moeilijkheden wordt overgenomen door een openbaar orgaan, de bijzondere commissaris, wiens voornaamste taak bestaat in de sanering van de produktiestructuur en het weer in de markt brengen van de onderneming.

Weliswaar is het door de Italiaanse wetgever gekozen instrument zoveel mogelijk geconstrueerd naar het voorbeeld van de regelingen die typerend zijn voor faillissementsprocedures, doch deze omstandigheid is, gelet op de rechtspraak van het Hof, irrelevant (arresten van 7 februari 1985, zaak 135/83, Abels, en zaak 179/83, Industriebond, Jurispr. 1985, blz. 469 resp. 511).

Voor een beter begrip van de gevolgen van de toepassing van wet nr. 19/87 lichten verzoekers in het hoofdgeding de situatie van de bij de overgang van de onderneming betrokken werknemers toe als volgt. Bij de overdracht wordt de gehele onderneming (of een autonoom onderdeel daarvan) overgedragen. Slechts een deel van de werknemers volgt de overgedragen onderneming. De overige werknemers blijven afhangen van de bijzondere commissaris en hun arbeidsverhouding blijft enkel bestaan met het oog op het recht op uitkeringen van de CIGS. Daar de taak van de bijzondere commissaris beperkt is tot het weer in de markt brengen van de onderneming, voornamelijk door middel van een overdracht, blijft de arbeidsverhouding van de niet-overgedragen werknemers louter formeel bestaan. Aangezien de overgedragen onderneming niet meer bestaat, kunnen deze werknemers niet opnieuw in een produktieactiviteit worden ingeschakeld en worden zij ontslagen op het moment waarop zij niet langer in aanmerking komen voor toepassing van de CIGS-regeling. Juist ten gevolge dus van de overgang moeten zij de onderneming definitief verlaten, hetgeen indruist tegen de bepalingen van de richtlijn (zie het arrest Abels, reeds aangehaald, r. o. 18).

Voorts merken verzoekers in het hoofdgeding op, dat de Italiaanse wettelijke regeling niet de modaliteiten van de overgang van de werknemers regelt, en met name niets zegt over de criteria op basis waarvan wordt bepaald, welke werknemers mee overgaan; evenmin voorziet zij in voorafgaande raadpleging van de werknemersorganisaties. Deze situatie vraagt om twee opmerkingen. In de eerste plaats is het ontbreken van de verplichting om met de vakbonden te onderhandelen, in strijd met artikel 6, leden 1 en 2, van de richtlijn van 14 februari 1977 (zie arrest van 10 juli 1986, zaak 235/84, Commissie/Italië, Jurispr. 1986, blz. 2291). In de tweede plaats wordt de keuze van de werknemers die naar de nieuwe ondernemer overgaan, overgelaten aan de vervreemder en de verkrijger. De werknemers die in de kou blijven staan, zijn dus het slachtoffer van een soort verkapt ontslag, dat niet op één lijn kan worden gesteld met het in artikel 4, lid 1, van de richtlijn bedoelde collectief ontslag, daar niet is voorzien in een rechterlijke toetsing van de noodzaak om personeel te ontslaan, noch van de keuze van de uitgesloten werknemers.

De Italiaanse wettelijke regeling is zodoende in strijd met de richtlijn en deze laatste is ook van toepassing wanneer de overgedragen onderneming onder bijzonder bewind is geplaatst. De Italiaanse Staat betoogt tevergeefs, dat de regeling wettig is om objectieve redenen verband houdend met de huidige sociaal-economische toestand van het land. Dat argument is door het Hof (arrest van 6 november 1985, zaak 131/84, Commissie/Italië, Jurispr. 1985, blz. 3531) reeds afgewezen waar het ging om de niet-nakoming van richtlijn 75/129/EEG van de Raad van 17 februari 1975 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de Lid-Staten inzake collectief ontslag (PB 1975, L 48, blz. 29).

Ten slotte geven verzoekers in het hoofdgeding het Hof in overweging voor recht te verklaren, dat richtlijn 77/187 van toepassing is op de overdracht van ondernemingen door ondernemingen die krachtens wet nr. 95 van 3 april 1979 onder bijzonder bewind zijn geplaatst.

2. Volgens *verweersters in het hoofdgeding* is de in de verwijzingsbeschikking gegeven uitlegging van de procedure van bijzonder bewind onjuist en absurd.

De Italiaanse doctrine is immers unaniem van mening, dat het om een faillissementsprocedure gaat die volgens de meest eminente specialisten op dat gebied als hoofddoel de vereffening van de onderneming heeft; enkel subsidiair heeft zij ook een „conserverend" oogmerk. Indien de vereffening gepaard gaat met een als normaal te beschouwen voortzetting van de werkzaamheden van de onderneming in moeilijkheden gedurende een beperkte periode, dan is dat niet om de onderneming, maar om de produktie-eenheden te redden met het oog op de overdracht ervan aan derden. Niet de sanering van de onderneming wordt dus beoogd, maar, voor zover dat gewenst en mogelijk is, het enkele behoud van de bedrijfseenheden met al wat daarbij hoort.

De grondslag voor deze uitlegging van de Italiaanse wet kan in de tekst zelf ervan worden gevonden, daar zij uitdrukkelijk verwijst naar de faillissementswet.

Verweersters in het hoofdgeding geven het Hof derhalve in overweging, de tweede prejudiciële vraag ontkennend te beantwoorden.

3. De *regering van de Franse Republiek* citeert het arrest van 7 februari 1985 (Abels, reeds aangehaald) en stelt vast, dat het Hof tot op heden de overgang van een onderneming in het kader van een faillissement weliswaar van de werkingssfeer van de richtlijn van 14 februari 1987 heeft uitgesloten, doch dat het dat niet heeft willen doen met aan het faillissement voorafgaande procedures die gericht zijn op hervatting van de werkzaamheden, zoals de „procédure de redressement judiciaire" in Frankrijk of, voor zover men daarover op basis van de verwijzingsbeschikking kan oordelen, de procedure van bijzonder bewind in Italië. De richtlijn is dus van toepassing op een overgang in het kader van deze procedure, wanneer die overgang plaatsvindt krachtens overeenkomst of door fusie.

De Franse wettelijke regeling is aangevuld om ze in overeenstemming te brengen met artikel 3, lid 1, van de richtlijn. Het begin-

sel, dat de op het ogenblik van de overgang met de overgedragen onderneming bestaande arbeidsverhoudingen overgaan op de verkrijger, lijdt in de Franse regeling twee uitzonderingen:

— de ene betreft de driehoeksverhouding waarin een wijziging van werkgever tot stand komt zonder dat de opeenvolgende werkgevers met elkaar een overeenkomst hebben gesloten;

— de andere betreft de procédure de redressement judiciaire en de procedure van gerechtelijke vereffening. Na afloop van die procedures en rekening houdend met de ontslagen waartoe het Tribunal de commerce tevoren vergunning heeft verleend, moet de nieuwe werkgever de verplichtingen nakomen die op de oude werkgever rusten met betrekking tot de werknemers met een op de datum van overgang van de onderneming lopende arbeidsovereenkomst, wanneer er tussen de oude en de nieuwe werkgever een overeenkomst is gesloten met het oog op overdracht of op fusie van de twee ondernemingen.

Op grond van een analoge redenering is de Franse regering van mening, dat ofschoon het statuut van ondernemingen in Italië die onder bijzonder bewind zijn geplaatst, op zich niet tot gevolg heeft, dat zij onder de regeling van de richtlijn van 14 februari 1977 vallen, niettemin moet worden aangenomen, dat wanneer deze rechtssituatie tot een overdracht krachtens overeenkomst of tot fusie van de betrokken onderneming leidt, de bepalingen van de richtlijn toepassing moeten vinden.

De Franse regering stelt bijgevolg het volgende antwoord voor:

„Richtlijn 77/187 is slechts van toepassing op de overgang van een onderneming die onder een regeling van ‚redressement judiciaire' valt of onder bijzonder bewind is geplaatst, wanneer die overgang plaatsvindt bij wege van overdracht krachtens overeenkomst of fusie tussen de verkrijgende en de overgedragen onderneming."

4. De *regering van de Italiaanse Republiek* beschrijft eerst de belangrijkste kenmerken van de procedure van „bijzonder bewind voor grote ondernemingen in moeilijkheden" en merkt vervolgens op, dat de wettelijke regeling evidente doelstellingen van economisch en sociaal beleid nastreeft. Het gaat erom, zoveel mogelijk de gezonde delen van ondernemingen of groepen van ondernemingen te redden door ze aan een nieuwe ondernemer over te dragen, teneinde de economische en sociale schade te beperken die de stopzetting van de werkzaamheden van grote ondernemingen berokkent aan de betrokken sector, de werkgelegenheid, de toeleveringsbedrijven en, meer in het algemeen, de gehele nationale economie.

Volgens 's Hofs rechtspraak (arresten van 7 februari 1985, Abels, Industriebond, reeds aangehaald) dienen de regels van de richtlijn van 14 februari 1977 niet te worden toegepast bij een overgang „die plaatsvindt in het kader van een faillissement, dat gericht is op de vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde rechterlijke instantie". Zij moeten daarentegen wel toepassing vinden in het geval van een overgang tijdens een procedure waarin het toezicht van de rechter een meer beperkte draagwijdte heeft en die „primair gericht is op het behoud van de boedel en, zo mogelijk, de voortzetting van de onderneming; door middel van een collectieve opschorting van de betalingsverplichtingen wordt beoogd een regeling te vinden die deze voortzetting voor de toekomst verzekert".

Voor de toepassing van de richtlijn moet de procedure van bijzonder bewind om de navolgende redenen op één lijn worden gesteld met de faillissementsprocedure: de overgang geschiedt niet op basis van de vrije wil van partijen, maar in het kader en op grond van een faillissementsprocedure (daarbij is het irrelevant, of de procedure verloopt onder toezicht van een administratieve dan wel van een rechterlijke instantie); het gaat niet om een overgang enkel met het oog op herstructurering van de onderneming, maar om een overgang die noodzakelijk is wegens de toestand van insolvabiliteit van de onderneming; de procedure wordt ingeleid in plaats van of ter voorkoming van een faillissement, en niet om het vermogen van de onderneming te redden maar om bredere belangen van economisch en sociaal beleid veilig te stellen.

Daarom geeft de Italiaanse regering in overweging, de prejudiciële vraag te beantwoorden als volgt:

„Richtlijn 77/187 van de Raad van 14 februari 1977 legt de Lid-Staten niet de verplichting op, de voorschriften van de richtlijn ook toe te passen op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, die plaatsvindt in het kader van een procedure van samenloop van schuldeisers zoals de procedure van het bijzonder bewind, bedoeld in de Italiaanse wet nr. 95 van 3 april 1979."

De Italiaanse regering erkent evenwel, dat de Lid-Staten de beginselen van de richtlijn in hun wettelijke regeling op autonome wijze kunnen toepassen.

5. De *Commissie* herinnert eraan, dat zij tijdens de precontentieuze procedure die geleid heeft tot het tegen Italië gewezen niet-nakomingsarrest van 10 juli 1986 (zaak 235/84, reeds aangehaald), had erkend dat de Italiaanse wettelijke regeling mocht afwijken van de richtlijn van 14 februari 1977, voor zover deze afwijking strikt beperkt was tot ondernemingen „in moeilijkheden", haar rechtvaardiging vond in het vereiste het behoud van de werkgelegenheid te doen prevaleren boven de bescherming van de verworven rechten van werknemers jegens de vervreemder, en voldeed aan het vereiste van een voorafgaand akkoord met de vakbonden.

Ook in haar opmerkingen in de zaak Abels (arrest van 7 februari 1985, reeds aangehaald) heeft de Commisie dezelfde redenering gevolgd, toen zij voorstelde de richtlijn aldus uit te leggen, dat een vrij groot aantal situaties, waaronder faillissementprocedures en procedures ter voorkoming van faillissement, buiten de werkingssfeer ervan zouden vallen. Het Hof heeft deze redenering evenwel enkel voor de faillissementprocedures overgenomen en de richtlijn van toepassing verklaard op de procedures van surséance van betaling.

Ten slotte is naar aanleiding van artikel 3 van wet nr. 19 van 6 februari 1987 een niet-nakomingsprocedure tegen Italië ingeleid, omdat naar het oordeel van de Commissie de procedure van het bijzonder bewind, voor zover zij de voortzetting van de produktieactiviteit beoogt, onder toepassing van de richtlijn valt en bijgevolg de bepaling op grond waarvan slechts een gedeelte van de werknemers met een lopende arbeidsovereenkomst op de datum van overgang overgaat, in strijd is met de richtlijn.

De Commissie verwijst naar de toelichtingen van de verwijzende rechter, waaruit blijkt dat de procedure van bijzonder bewind con-

servatoir van aard is, en verklaart zich moeite te willen geven om het Hof een antwoord voor te stellen op een vraag waarvan de moeilijkheid verband houdt met de ingewikkelde en dubbelzinnige aard van die procedure.

In bepaalde opzichten lijkt die procedure op de faillissementsprocedure. Voor de toepassing ervan is een rechterlijke beslissing nodig waarbij de toestand van insolvabiliteit of het niet-betalen van ten minste drie maanden loon wordt vastgesteld; het ministerieel besluit waarbij tot de procedure wordt besloten, is gelijk te stellen met de beslissing tot gedwongen administratieve vereffening; meer in het algemeen gesteld, is de procedure in beginsel onderworpen aan de regels van de gedwongen administratieve vereffening, die een liquidatieprocedure is.

In andere opzichten is het door het Hof gestelde beginsel, dat het faillissement buiten de werkingssfeer van de gemeenschapsrichtlijn valt, moeilijk uit te breiden tot de procedure van bijzonder bewind. Immers, tot deze procedure wordt besloten door de regering en het toezicht op het verloop ervan wordt niet uitgeoefend door de rechter, doch door een administratieve instantie; de onderneming behoeft niet per se te worden geliquideerd, doch er moet een saneringsplan worden opgesteld en de voortzetting van de exploitatie kan worden toegelaten voor een periode van vier jaar. In werkelijkheid heeft de procedure van bijzonder bewind een tweeledig doel: zo mogelijk de onderneming in stand houden en alleen wanneer dat onmogelijk blijkt te zijn, ze liquideren en daarbij de schuldeisers beschermen.

In het licht van het arrest van 7 februari 1985 (Abels, reeds aangehaald) merkt de Commissie over deze verschillende elementen het volgende op:

— cumulatieve toepassing van de criteria voor niet-toepasselijkheid van de richtlijn, namelijk rechterlijk toezicht en het vereffeningsoogmerk, leidt ertoe, dat niet enkel bij bijzonder bewind, maar ook bij gedwongen administratieve vereffening de richtlijn van toepassing is; immers, deze laatste procedure is niet onderworpen aan rechterlijk, maar aan administratief toezicht. Gedwongen administratieve vereffening is evenwel een alternatief voor het faillissement en moet dus wat de toepasselijkheid van de richtlijn betreft, daarmee op één lijn worden gesteld. Om tot dat resultaat te komen, moet men aannemen dat in geval van conflict tussen het criterium van het rechterlijk toezicht en dat van het vereffeningsoogmerk dit laatste moet prevaleren;

— indien men op het bijzonder bewind daarentegen het criterium toepast, dat een overgang in het kader van procedures die strekken tot het in stand houden van de onderneming, wel onder de richtlijn valt, maar niet een overgang in het kader van procedures die ertoe strekken de onderneming te doen verdwijnen, dient men vast te stellen dat een voor alle stadia van de procedure geldende oplossing van het probleem onmogelijk is. Immers, enerzijds wordt die procedure ingeleid in de hoop de onderneming te kunnen saneren, hetgeen de mogelijkheid van toestemming om de werkzaamheden tijdelijk voort te zetten, rechtvaardigt, en is zij dus verwant met de procedure van onderbewindstelling, die op haar beurt, met name wegens het schuldenmoratorium dat zij meebrengt, gelijk te stellen is met de procedure van surséance van betaling die volgens het arrest van 7 februari 1985 (Abels, reeds aangehaald) onder toepassing van de richtlijn valt; anderzijds is bij het bijzonder bewind de sanering slechts een mogelijkheid en kan de toestemming om de activiteiten van de onderneming voort te

zetten, worden geweigerd, aflopen of worden ingetrokken.

Volgens de Commissie moet daarom onderscheid worden gemaakt tussen deze twee mogelijke fasen van de procedure:

a) indien toestemming is verleend voor voortzetting van de werkzaamheden van de onderneming, en zolang die toestemming van kracht is, is de overgang ten volle onderworpen aan de beginselen van de richtlijn;

b) indien daarentegen ab initio geen toestemming is verleend om de werkzaamheden van de onderneming voort te zetten of indien de oorspronkelijke toestemming vervalt of wordt ingetrokken, valt de onderneming onder de regels betreffende de gedwongen administratieve vereffening, dat wil zeggen onder een procedure die op één lijn is te stellen met de faillissementsprocedure. In dat geval valt de overgang buiten de werkingssfeer van de richtlijn.

Volgens de Commissie kan men tegen deze oplossing niet inbrengen, dat de uitzondering op de automatische overgang van de arbeidsovereenkomsten, die het ontslag van de werknemers voorkomt en hen het recht op uitkeringen van de CIGS laat behouden, uiteindelijk gunstig is voor de werkgelegenheid. Dit argument moet worden afgewezen om de twee volgende redenen: de Lid-Staten kunnen het systeem van de richtlijn niet vervangen door een ander systeem, ook al zou dat meer in overeenstemming zijn met de beoogde doelen; de arbeidsverhoudingen met de werknemers die bij de CIGS zijn ingeschreven, kunnen aan de verkrijger worden overgedragen in de staat waarin zij zich bevinden, en die overgang vormt voor de verkrijger zeker niet een economische last die de overdracht in gevaar kan brengen.

Uiteindelijk stelt de Commissie het volgende antwoord voor:

„Richtlijn 77/187/EEG is van toepassing op de overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, die plaatsvindt in de loop van een procedure als de procedure van bijzonder bewind, zolang toestemming is verleend voor voortzetting van de werkzaamheden van de onderneming. Zij is daarentegen niet van toepassing wanneer een dergelijke toestemming niet bestaat of wanneer zij is afgelopen of ingetrokken."

De eerste prejudiciële vraag

1. *Verzoekers in het hoofdgeding* betogen, dat de eerste vraag alleen maar bevestigend kan worden beantwoord.

Het Hof heeft reeds in die zin beslist, met name in het arrest van 10 februari 1988 (zaak 324/86, Daddy's Dance Hall, Jurispr. 1988, blz. 739). Voorts staan de bewoordingen zelf van de betrokken bepalingen van de richtlijn van 14 februari 1977 in de weg aan elke andere uitlegging. Immers, wanneer men zegt dat de uit een bestaande arbeidsverhouding voortvloeiende rechten en verplichtingen ten gevolge van de overgang door de verkoper worden overgedragen aan de koper, dan kan daar alleen maar mee worden bedoeld, dat de arbeidsverhouding zonder onderbreking doorloopt.

2. Volgens *verweersters in het hoofdgeding* kunnen de bepalingen van de richtlijn van 14 februari 1977 niet aldus worden uitgelegd, dat de op het ogenblik van overgang van de onderneming bestaande arbeidsverhoudingen automatisch overgaan van de vervreemder op de verkrijger.

Uit de rechtspraak van het Hof (arresten van 10 februari 1988, Daddy's Dance Hall, reeds aangehaald; 5 mei 1988, gevoegde zaken 144/87 en 145/87, Berg en Busschers, Jurispr. 1988, blz. 2559, en 17 december 1987, zaak 287/86, Ny Mølle Kro, Jurispr. 1987, blz. 5465) blijkt, dat de richtlijn beoogt te voorkomen, dat de werknemer na de overgang van de onderneming bij de verkrijger onder ongunstiger voorwaarden moet werken dan bij de vervreemder het geval was; zij strekt er niet toe, de automatische overgang naar de verkrijger op te leggen van alle werknemers die bij de vervreemder in dienst waren.

Een andere uitlegging van de richtlijn zou inbreuk maken op alle beginselen van het vrije ondernemerschap en zelfs op de vrijheid van het individu, doordat in alle gevallen van overgang van ondernemingen de automatische overgang van alle arbeidsverhoudingen van de vervreemder naar de verkrijger zou worden opgelegd. Bovendien zou men zich daarmee op ontoelaatbare en ongerechtvaardigde wijze boven de vakbondsautonomie en de met de vakbonden gesloten akkoorden stellen, ook wanneer deze, zoals in het hoofdgeding, in het algemeen belang de modaliteiten van de overgang alsook het aantal van de aan de andere onderneming overgedragen personeelsleden trachten te regelen. Ten slotte zou een potentiële verkrijger ervan worden afgeschrikt de onderneming te kopen, indien hij alle arbeidsverhoudingen zou moeten overnemen, en dan zouden alle banen gevaar lopen.

Volgens de letter van de richtlijn, haar rechtvaardiging en haar „ratio" moet de eerste prejudiciële vraag derhalve ontkennend worden beantwoord.

3. De *regering van de Franse Republiek* is van mening, dat op grond van de richtlijn de overgang van de op het ogenblik van die overgang bestaande arbeidsverhoudingen op de verkrijger slechts verplicht is bij fusie van de onderneming of bij overdracht krachtens overeenkomst.

In het Franse recht zijn de bepalingen van artikel L 122-12 van de Code du travail, die de stabiliteit van de werkgelegenheid beogen, van openbare orde en verplicht van toepassing op de werknemers en de opeenvolgende ondernemingshoofden.

Dat neemt niet weg, dat vóór de verandering van werkgever een werknemer kan worden ontslagen, indien de reorganisatie die de toekomstige werkgever tijdens de periode van voorlopig beheer wil doorvoeren, dat vereist. Tijdens de procédure de redressement judiciaire zijn ontslagen enkel onder toezicht van de rechter mogelijk.

Zolang de juridische situatie van de onder bijzonder bewind geplaatste onderneming niet is gewijzigd, kan zij haar werknemers dus ontslaan. Daarentegen zijn vanaf de overdracht of de fusie van de betrokken onderneming de bepalingen van artikel 3, lid 1, van de richtlijn van toepassing en is de overgang van de arbeidsovereenkomsten verplicht.

De Franse regering geeft het Hof in overweging, de vraag te beantwoorden als volgt:

„De bepalingen van artikel 3, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 77/187 zijn van toepassing in het geval van overdracht krachtens overeenkomst of fusie van onder bijzonder bewind geplaatste ondernemingen."

4. De *regering van de Italiaanse Republiek* is van mening dat, gelet op het door haar voorgestelde antwoord op de tweede vraag, de eerste vraag niet behoeft te worden beantwoord.

Zij acht het evenwel nuttig, de volgende opmerkingen te maken.

De regel van artikel 3, lid 1, van de richtlijn van 14 februari 1977 moet worden gelezen en gezien in samenhang met de bepalingen van artikel 4, lid 1. De richtlijn verplicht niet op algemene wijze tot automatische overgang op de verkrijger van alle werknemers die in de overgedragen onderneming zijn tewerkgesteld, want zij sluit niet uit, dat de overgang van de onderneming gepaard gaat met ontslagen die gerechtvaardigd zijn op de in die bepalingen genoemde gronden.

Artikel 3 van besluitwet nr. 835/1986 houdt de volgende regeling in voor de in de overgedragen onderneming tewerkgestelde werknemers: indien zij op hetzelfde ogenblik overgaan, gaan zij over in dienst van de verkrijger met behoud van hun rechten; indien zij niet op hetzelfde ogenblik overgaan, omdat hun aantal voor de sanering van de overgedragen onderneming te groot is, blijven zij in dienst van de vervreemder en komen zij in aanmerking voor uitkeringen van de CIGS, en wanneer aan deze regeling een einde komt, kunnen zij worden ontslagen om dezelfde redenen als in artikel 4, lid 1, van de richtlijn zijn opgesomd. Op die manier heeft de Italiaanse wetgever willen voorkomen, dat werknemers die niet tegelijkertijd worden overgedragen omdat zij te talrijk zijn, hun werk verliezen door een collectief ontslag dat anders mogelijk en bovendien onvermijdelijk zou zijn geweest; doordat zij in dienst blijven van de overgedragen onderneming, kunnen deze werknemers in aanmerking komen voor de sociale voordelen waarin de nationale wettelijke regeling voorziet voor ondernemingen in moeilijkheden. De nationale regeling is dus gunstiger voor de werknemers dan de richtlijn.

Volgens de Italiaanse regering moet de eerste prejudiciële vraag worden beantwoord als volgt:

„De richtlijn van de Raad van 14 februari 1977 staat een Lid-Staat toe, in het geval van overgang van een onderneming in de zin van artikel 1, lid 1, van die richtlijn, het langs bestuursrechtelijke weg mogelijk te maken dat slechts een deel van de werknemers met een lopende arbeidsovereenkomst op de datum van overgang overgaat, indien die beperking ontslagen wegens economische, technische of organisatorische redenen die tot wijzigingen op het vlak van de werkgelegenheid leiden, kan voorkomen of vertragen."

5. De *Commissie* is van mening, dat waar de verwijzende rechter spreekt over „automatische" overgang op de verkrijger van de met de overgedragen onderneming bestaande arbeidsverhoudingen, hij niet het probleem van de rechtstreekse werking van de richtlijn van 14 februari 1977 aan de orde stelt. Hetgeen hij wil vernemen, is of op grond van de richtlijn de overgang van de arbeidsverhoudingen automatisch is in die zin, dat een uitdrukkelijke wilsuiting van partijen op dit punt zonder rechtsgevolg blijft.

In zijn arrest van 10 februari 1988 (Daddy's Dance Hall, reeds aangehaald) heeft het Hof zich reeds duidelijk uitgesproken over het openbare-ordekarakter van artikel 3, lid 1, van de richtlijn en dus over de onmogelijkheid daarvan af te wijken, en over de nietigheid van een wilsuiting in andere zin van partijen. Dat arrest is bevestigd door het

arrest van 5 mei 1988 (Berg en Busschers, reeds aangehaald).

De overgang van rechtswege van de arbeidsverhoudingen geldt enkel voor de overeenkomsten die op het ogenblik van overgang bestaan (arresten van 7 februari 1985, zaak 19/83, Wendelboe, Jurispr. 1985, blz. 457; zaak 186/83, Botzen, Jurispr. 1985, blz. 519; of dit het geval is, hangt in de eerste plaats van het nationale recht af (arresten van 7 februari 1985, Wendelboe, reeds aangehaald, en 11 juli 1985, zaak 105/84, Mikkelsen, Jurispr. 1985, blz. 2639), en voor de werknemers die tewerkgesteld zijn in het overgedragen onderdeel van de onderneming (arrest van 7 februari 1985, Botzen, reeds aangehaald). Hieromtrent lijkt de verwijzende rechter evenwel geen enkele twijfel te hebben; hij verwijst uitdrukkelijk naar de op het ogenblik van de overgang van de onderneming bestaande arbeidsverhoudingen met de overgedragen onderneming.

Volgens de Commissie moet de eerste prejudiciële vraag derhalve worden beantwoord als volgt:

„Artikel 3, lid 1, eerste alinea, van de richtlijn verlangt de overgang van rechtswege op de verkrijger van de op het ogenblik van overgang van een onderneming met die onderneming bestaande arbeidsverhoudingen, zonder dat een eventuele wilsuiting in andere zin van partijen dienaangaande rechtsgevolg heeft."

F. Grévisse
rechter-rapporteur