



## Nota

### Wetsvoorstel van 21 oktober 2020 houdende diverse wijzigingen inzake insolventie van ondernemingen (DOC 55-1591/001)

Brussel, 7 december 2020

De Orde van Vlaamse Balies (hierna **OVB**) wil vooreerst de Kamercommissie Economie, Consumentenbescherming en Digitale Agenda danken voor de mogelijkheid die haar wordt geboden om een schriftelijk advies in te dienen aangaande het wetsvoorstel van 21 oktober 2020 houdende diverse wijzigingen inzake insolventie van ondernemingen (hierna **het wetsvoorstel**), met dien verstande dat de adviesaanvraag beperkt werd tot het onderdeel van het wetsvoorstel dat de gevolgen van het arrest *Plessers* van het Hof van Justitie regelt. Het onderdeel dat ertoe strekt de aangekondigde golf van faillissementen in te dijken, valt buiten de adviesaanvraag.

#### 1. Het arrest *Plessers*

Het wetsvoorstel haalt aan dat het arrest *Plessers*<sup>1</sup> van 16 mei 2019 van het Hof van Justitie een optreden van de wetgever in het domein van de regelgeving met betrekking tot insolventie van ondernemingen wenselijk maakt.<sup>2</sup> Een goed begrip van het arrest *Plessers* is bijgevolg noodzakelijk om de wenselijkheid en verdienstelijkheid van het wetsvoorstel in te schatten.

In het arrest *Plessers* werd aan het Hof van Justitie gevraagd of het keuzerecht van de verkrijger om werknemers over te nemen bij een gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag (hierna **GROG**), zoals voorzien in artikel 61, §3 WCO (thans vervat in artikel XX.86, § 3 WER), in overeenstemming is met de Richtlijn 2001/23/EG.<sup>3</sup> Op basis van artikel 61, §3 WCO<sup>4</sup> kan de kandidaat-overnemer kiezen welke werknemers mee worden overgenomen. Het Hof van Justitie antwoordde dat Richtlijn 2001/23/EG, en met name de artikelen 3 tot en met 5, zo moet worden uitgelegd dat zij zich in principe verzet tegen een nationale wettelijke regeling als in artikel 61, §3

<sup>1</sup> C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424.

<sup>2</sup> DOC 55-1591/001, 1.

<sup>3</sup> Zie Richtlijn 2001/23/EG van de Raad 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, *Pb.L.* 22 maart 2001, afl. 82, 16.

<sup>4</sup> Thans vervat in artikel 86, §3 WER: “De keuze van de werknemers die zullen worden overgenomen, behoort aan de verkrijger.

De keuze van de verkrijger moet worden bepaald door technische, economische en organisatorische redenen en moet gebeuren zonder verboden differentiatie.”

WCO (thans artikel XX.86, § 3 WER), al liet het Hof van Justitie nog wel enige ruimte voor interpretatie.<sup>5</sup> We geven hieronder samengevat de redenering van het Hof van Justitie weer.<sup>6</sup>

Richtlijn 2001/23/EG beoogt een ongewijzigde voortzetting van de arbeidsovereenkomst te verzekeren om te voorkomen dat de betrokken werknemers uitsluitend ten gevolge van deze overgang in een minder gunstige positie komen. De basisregels van Richtlijn 2001/23/EG worden uiteengezet in artikelen 3 en 4 van Richtlijn 2001/23/EG:

- Alle rechten en verplichtingen van de overdrager ten aanzien van zijn werknemers gaan over op de verkrijger<sup>7</sup>;
- De overdracht van de onderneming of onderdeel van de onderneming vormt op zichzelf geen reden tot ontslag.<sup>8</sup>

Op deze regels is een uitzondering voorzien in artikel 5<sup>9</sup> van Richtlijn 2001/23/EG. Artikel 5 van Richtlijn 2001/23/EG kan de artikelen 3 en 4 van de Richtlijn buiten werking stellen. Indien de voorwaarden van artikel 5.1 van Richtlijn 2001/23/EG vervuld zijn, moet de verkrijger aldus *niet* alle personeelsleden overnemen.

Het Hof van Justitie onderzoekt de prejudiciële vraag dan ook in twee fasen. Vooreerst gaat het Hof van Justitie na of de Belgische regelgeving valt onder de toepassingsvoorwaarden van artikel 5.1 van Richtlijn 2001/23/EG. In de tweede fase maakt het Hof van Justitie de beoordeling in het kader van artikel 4.1 van Richtlijn 2001/23/EG.

#### I. Eerste fase van de beoordeling: artikel 5.1 van Richtlijn 2001/23/EG

Artikel 5.1 van Richtlijn 2001/23/EG luidt: *“Tenzij de lidstaten anders bepalen, zijn de artikelen 3 en 4 niet van toepassing op een overgang van een onderneming, vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn)”*.<sup>10</sup>

Uit artikel 5.1 van Richtlijn 2001/23/EG heeft het Hof van Justitie drie cumulatieve toepassingsvoorwaarden geïdentificeerd die vervuld moeten zijn opdat artikelen 3 en 4 van de Richtlijn niet van toepassing zijn.

---

<sup>5</sup> F. DE LEO, “De reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de nasleep van *Plessers*”, *TIBR* 2021, afl.1, 12.

<sup>6</sup> Voor een uitgebreide weergave, zie o.a. S. JACMAIN en I. VEROUGSTRAETE, “Premières réflexions critiques et pratiques suite à l’arrêt *Plessers*”, *TBH-RDC* 2019, 544-552; J. WILDEMEERSCH en R. AYDOGDU, “L’arrêt *Plessers* de la Cour de justice de l’Union européenne: une condamnation «avec sursis» de la réorganisation judiciaire par transfert sous autorité de justice”, *JLMB* 2019, 1267-1279; C. WATHION, “Is er nog toekomst voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag?”, *TRV-RPS* 2020, 594-600.

<sup>7</sup> Artikel 3.1 van Richtlijn 2001/23/EG: *“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”*.

<sup>8</sup> Artikel 4.1 van Richtlijn 2001/23/EG: *“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”*.

<sup>9</sup> Artikel 5.1 van Richtlijn 2001/23/EG: *“Tenzij de lidstaten anders bepalen, zijn de artikelen 3 en 4 niet van toepassing op een overgang van een onderneming, vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn)”*.

<sup>10</sup> CAO 32bis voorziet in dit opzicht onder een aantal voorwaarden in een keuzerecht voor de kandidaat-overnemer, wat betreft de werknemers die hij wenst over te nemen, in geval van overname van de gehele of gedeeltelijke activa van een failliete onderneming.



De drie cumulatieve voorwaarden zijn:

- (i) de overdrager is verwickeld in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure;
- (ii) deze procedure is gericht op de liquidatie van het vermogen van de overdrager; en
- (iii) deze procedure staat onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.

Het Hof van Justitie oordeelt in het arrest *Plessers*<sup>11</sup> dat de GROG aan geen enkele van die drie cumulatieve criteria voldoet. Het Hof van Justitie redeneert, wat de eerste voorwaarde betreft, dat de GROG geen faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure is aangezien de GROG niet stelselmatig leidt tot het faillissement van de vervreemder. Aangaande de tweede voorwaarde, besluit het Hof van Justitie dat de GROG als hoofddoel heeft om de continuïteit van de onderneming te behouden en dat de GROG dus niet gebeurt met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Wat ten slotte de derde voorwaarde betreft, meent het Hof van Justitie dat de GROG niet onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staat. Het Hof van Justitie acht het toezicht van een gerechtsmandataris die wordt belast met het organiseren en realiseren van de overdracht in naam en voor rekening van de schuldenaar onvoldoende. Het uitzonderingsregime van artikel 5.1 van Richtlijn 2001/23/EG geldt volgens het Hof van Justitie dus niet. Bijgevolg zou overeenkomstig artikel 3.1 van Richtlijn 2001/23/EG bij een overdracht van een onderneming via een GROG *iedereen* mee moeten overgaan op de verkrijger.

De OVB meent evenwel dat bij de analyse van het Hof van Justitie over de vraag of de GROG voldoet aan de drie cumulatieve voorwaarden van artikel 5.1 van Richtlijn 2001/23/EG ernstige kanttekeningen kunnen geplaatst worden.<sup>12</sup> In de rechtsleer werd het arrest *Plessers* dan ook druk becommentarieerd. Hieronder worden (op niet-exhaustieve en beknopte wijze) de argumenten weergegeven die in de rechtsleer werden aangehaald om te verdedigen dat de beoordeling van het Hof van Justitie over het vervuld zijn van de voorwaarden van artikel 5.1 van Richtlijn 2001/23/EG op meerdere punten mank loopt<sup>13</sup>:

- 1) *Kanttekeningen bij de beoordeling van het Hof van Justitie omtrent de eerste voorwaarde ('de overdrager is verwickeld in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure')*<sup>14</sup>:
- In de parlementaire voorbereiding van de WCO werd er duidelijk vooropgesteld dat de GROG een alternatief is voor het faillissement.<sup>15</sup>

---

<sup>11</sup> Deze uitspraak kwam echter niet als een verrassing aangezien vorige arresten van het Hof van Justitie dezelfde richting uitgingen. Zo had het Hof van Justitie bijvoorbeeld in het arrest *Smallsteps* reeds eerder geoordeeld dat de Nederlandse "pre-pack" niet voldoet aan de voorwaarden van het uitzonderingsregime van artikel 5.1 van Richtlijn 2001/23/EG. Vele (voornamelijk arbeidsrechtelijke) auteurs hadden dan ook al geopperd dat het keuzerecht van de overnemer in het kader van GROG de Europeesrechtelijke toets niet zou doorstaan.

<sup>12</sup> Ook kritisch ten aanzien van de beoordeling van het Hof van Justitie zijn o.m.: A. VAN HOE, S. BRIJS en J. CARDINAELS, "Het nieuwe insolventierecht: op zoek naar nieuwe evenwichten" in M.E. STORME, B. TILLEMANS, J. VANANROYE, M. VANMEENEN en R. HOUBEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 16; C. WATHION, "Is er nog toekomst voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag?", *TRV-RPS* 2020, 595-597; S. JACMAIN en I. VEROUWSTRAETE, "Premières réflexions critiques et pratiques suite à l'arrêt Plessers", *TBH-RDC* 2019, 544-550; N. OUCHINSKY, "Etat des lieux de l'application des règles européennes de reprise des travailleurs dans le cadre d'un transfert d'entreprise sous autorité de justice un an après l'arrêt Plessers: le pouvoir d'appréciation du juge national dans l'application du principe de l'interprétation conforme en droit social communautaire", *RDC-TBH* 2020, nr. 6, 816.

<sup>13</sup> Dit overzicht is gebaseerd op C. WATHION, "Is er nog toekomst voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag?", *TRV-RPS* 2020, 596 en 597.

<sup>14</sup> Cf. C. WATHION, "Is er nog toekomst voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag?", *TRV-RPS* 2020, 596 en 597.

<sup>15</sup> Een GROG laat makkelijker toe een onderneming of bepaalde van haar activiteiten over te laten in vergelijking met het zeer geformaliseerde kader van een faillissement (C. WATHION, "Is er nog toekomst voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag?", *TRV-RPS* 2020, 595).



- De GROG van de activa of activiteiten van de onderneming zal in de praktijk veelal uitmonden in het faillissement of de vereffening van de onderneming wegens gebrek aan middelen om nog verder te overleven.
  - Een GROG leidt tot samenloop van schuldeisers, hetgeen een wezenlijk kenmerk is van een faillissement. Krachtens artikel XX.92 WER zullen de rechten van schuldeisers overgaan op de prijs van de verkochte goederen. Zulks is ook het geval bij een faillissementsprocedure.
  - De beoordeling van het Hof van Justitie gaat in tegen het standpunt van de vakbonden. De GROG werd in het verleden door de belangenvertegenwoordigers van de werknemers altijd aanvaard als faillissementsprocedure, en dus vallend onder het toepassingsgebied van artikel 5.1 van Richtlijn 2001/23/EG.
  - De GROG wordt zowel in bijlage A “Belgische insolventieprocedures” als in bijlage B “Belgische liquidatieprocedures” bij de Europese verordening nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures genoemd.
- 2) *Kanttekeningen bij de beoordeling van het Hof van Justitie omtrent de tweede voorwaarde ('de procedure is gericht op de liquidatie van het vermogen van de overdrager')<sup>16</sup>:*
- Het Hof van Justitie blijkt de bewoordingen “continuïteit van de onderneming” en “continuïteit van de activiteit van de onderneming” door elkaar te gebruiken. Het behoud van de activiteit van de onderneming is echter niet hetzelfde als het behoud van de onderneming zelf.
  - Volgens het Hof van Justitie moet er enkel gekeken worden of het hoofddoel van de procedure gericht is op de liquidatie van de onderneming. Echter, artikel 5.1 van Richtlijn 2001/23/EG maakt nergens melding van het ‘hoofddoel’ als determinerend criterium.
- 3) *Kanttekeningen bij de beoordeling van het Hof van Justitie omtrent de derde voorwaarde ('de procedure moet onder toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie')<sup>17</sup>:*
- Het Hof van Justitie lijkt voorbij te zijn gegaan aan artikel 64, § 1 WCO waarin bepaald wordt dat de gedelegeerd rechter verslag uitbrengt over de ontwerpen van verkoop opgesteld door de gerechtsmandataris en dat nadien de rechter de voorgestelde verkopen machtigt. Zonder het homologatievonnis kan de verkoop niet doorgaan. Gerechtelijke controle is dus voorhanden.

## II. Tweede fase van de beoordeling: artikel 4.1 van Richtlijn 2001/23/EG

Vervolgens interpreteert het Hof van Justitie in het arrest *Plessers* de uitzondering in artikel 4.1 van Richtlijn 2001/23/EG: “*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*”. Daarbij is het volgens het Hof van Justitie van belang dat de verkrijger bewijst<sup>18</sup> dat het ontslag niet is ingegeven door de overdracht zelf, maar wel door aanvullende economische, technische of organisatorische omstandigheden (hierna **ETO-redenen**).

<sup>16</sup> Cf. C. WATHION, “Is er nog toekomst voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag?”, *TRV-RPS* 2020, 596 en 597.

<sup>17</sup> Cf. C. WATHION, “Is er nog toekomst voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag?”, *TRV-RPS* 2020, 596 en 597.

<sup>18</sup> Merk op dat het Hof van Justitie hier dus vereist dat de verkrijger de bewijslast draagt.



Volgens het Hof van Justitie moet een ontslag in het kader van een overgang van onderneming zijn ingegeven door ETO-redenen die losstaan van de overgang zelf, terwijl artikel 61, § 3 WCO stelt dat een keuze voor de overname van een werknemer moet ingegeven zijn door ETO-redenen (zonder dat er sprake is van verboden differentiatie). Het verschil tussen de Europese en de Belgische regeling schuilt in wie de begunstigde is. Onder de Europese regeling worden met name de werknemers beschermd aangezien al het personeel automatisch mee overgaat op de overnemer.<sup>19</sup> Artikel 61, § 3 WCO daarentegen bevoordeelt de overnemer. De overnemer mag kiezen welke werknemers hij wenst over te nemen.<sup>20</sup> Dit verschil in begunstigde veruitwendigt zich in de reden waarvoor de ETO-redenen worden ingeroepen: artikel 4.1 van Richtlijn 2001/23/EG bepaalt dat het *ontslag* moet ingegeven zijn door ETO-redenen terwijl artikel 61, § 3 WCO ervan uitgaat dat de keuze van *overname* van personeel door de overnemer moet ingegeven zijn door ETO-redenen.<sup>21</sup>

Volgens het Hof van Justitie is dergelijk gemoduleerd keuzerecht zoals vervat in artikel 61, §3 WCO niet verenigbaar met de optiek van waaruit artikel 4.1 Richtlijn 2001/23/EG is geschreven. Onder artikel 61, §3 WCO rust op de verkrijger immers geen verplichting om aan te tonen dat de ontslagen (lees: werknemers die niet worden overgenomen) in het kader van de overgang te wijten zijn aan ETO-redenen die geen intrinsiek verband houden met deze overgang.<sup>22</sup> Richtlijn 2001/23/EG wil de werknemers in het kader van een overdracht van onderneming zo veel mogelijk beschermen tegen een ontslag. Indien een overnemer niet expliciet moet aantonen waarom hij een werknemer wil ontslaan (lees: niet wil overnemen), is de werknemer onvoldoende beschermd.<sup>23</sup>

Met andere woorden, het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat de waarborgen voorzien in artikel 61, §3 WCO, niet afdoende zijn om conformiteit met artikel 4.1 van Richtlijn 2001/23/EG te verzekeren.<sup>24</sup> Toch lijkt het Hof van Justitie de deur op een kier te zetten. Zo lijkt het Hof van Justitie te suggereren dat de vermindering van het aantal werknemers bij overdrachten in insolventiecontext zoals een GROG nog altijd mogelijk is, mits bepaalde voorwaarden vervuld zijn, in het bijzonder een uitdrukkelijke motivering van de ETO-redenen (zie *infra*).<sup>25</sup>

---

<sup>19</sup> Tenzij de uitzondering uit artikel 5.1 van Richtlijn 2001/23/EG van toepassing is.

<sup>20</sup> Hij dient deze keuze wel te verantwoorden.

<sup>21</sup> F. DE LEO, "De reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de nasleep van *Plessers*", *TIBR* 2021, afl.1, 13.

<sup>22</sup> Overweging 57 van het arrest *Plessers*: "Een dergelijke nationale wettelijke regeling blijkt, anders dan in de optiek van waaruit artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/23 is geschreven, niet de werknemers die worden ontslagen op het oog te hebben, maar de werknemers wier arbeidsovereenkomst overgaat, met dien verstande dat de keuze van die laatste personen door de verkrijger is gebaseerd op technische, economische en organisatorische redenen."

Overweging 58 van het arrest *Plessers*: "Weliswaar zijn de werknemers die de betrokken verkrijger niet kiest en die dus worden ontslagen, impliciet maar noodzakelijkerwijs de werknemers voor wie geen enkele technische, economische of organisatorische reden de overgang van de arbeidsovereenkomst gebiedt in de ogen van deze verkrijger, maar dit neemt niet weg dat op deze verkrijger geenszins de verplichting rust om aan te tonen dat de ontslagen in het kader van de overgang te wijten zijn aan technische, economische of organisatorische redenen."

<sup>23</sup> C. WATHION, "Is er nog toekomst voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag?", *TRV-RPS* 2020, 598.

<sup>24</sup> F. DE LEO, "The ECJ in 'Plessers': Employee Protection in Insolvency Proceedings by Transfer of Undertaking. In search of the right balance between employee protection and efficiency of insolvency proceedings", te consulteren via Corporate Finance Lab.

<sup>25</sup> S. BRIJS en A. VAN HOE, "Donkere wolken boven Belgische insolventieprocedure", *Juristenkrant* 2019, afl. 391, 3.



## 2. Overwinning of nederlaag voor de werknemers?

---

De Belgische regeling (artikel 61, §3 WCO, thans artikel XX.86, §3 WCO) houdt in dat een kandidaat-overnemer kan kiezen welke werknemers hij wenst over te nemen, met dien verstande dat zijn keuze moet worden bepaald door ETO-redenen en moet gebeuren zonder verboden differentiatie.<sup>26</sup> Dat keuzerecht van de verkrijger, en de bijbehorende regeling, is het resultaat van een slechts met veel moeite verworven compromis<sup>27</sup> tussen de sociale partners. Dit verklaart waarom die regeling ongewijzigd bleef bij de codificatie van het insolventierecht in Boek XX WER.<sup>28</sup>

De economische verantwoording voor dergelijk keuzerecht is eenvoudig aantoonbaar. Een verkrijger die bereid is aan een redelijke prijs een onderneming geheel of gedeeltelijk over te nemen, is slechts zelden bereid alle werknemers over te nemen.<sup>29</sup> Het keuzerecht van de verkrijger beoogt daarom het beste van beide werelden met elkaar te verenigen: enerzijds de overdracht in *going concern* (aan een hogere prijs dan bij liquidatie) van de onderneming (met behoud van arbeidsplaatsen voor de overgedragen werknemers) en anderzijds aandacht voor de rechten van werknemers (hetgeen tot uiting komt in het verbod op willekeur en het vereiste van ETO-redenen voor de keuze).<sup>30</sup> De doelstelling van de Belgische wetgever is dus om het recuperatiepercentage te maximaliseren voor de schuldeisers van de schuldenaar in moeilijkheden alsook om zo veel mogelijk arbeidsplaatsen te behouden.<sup>31</sup>

In België vult de overdracht onder gerechtelijk gezag mét keuzerecht een economische behoefte in. De kost van een sociale herstructurering ligt in België immers doorgaans substantieel hoger dan in vele andere lidstaten. De mogelijkheid van een overdracht onder gerechtelijk gezag met keuzerecht vormt, ten aanzien van ondernemingen in moeilijkheden, een belangrijk tegengewicht voor genoemd competitief nadeel. De beoogde harmonisatie op grond van Richtlijn 2001/23/EG heeft dan ook een verschillende concrete impact in de diverse lidstaten. Vanuit die optiek is het arrest *Plessers* te betreuren, zeker gelet op het delicate sociale akkoord dat hierover in Belgische context tot stand kwam.<sup>32</sup>

Het arrest *Plessers* heeft bovendien als onbedoeld gevolg dat de erin vervatte poging om werknemers te beschermen -ironisch genoeg- in werkelijkheid waarschijnlijk zal leiden tot een verlies aan werkgelegenheid. Meestal is de hoge loonkost immers net één van de oorzaken waarom de onderneming in kwestie in moeilijkheden verkeert en gereorganiseerd moet worden. De kandidaat-overnemer zal deze problemen uiteraard niet wensen over te nemen. De kandidaat-overnemer is logischerwijze niet bereid om de (voor hem "overbodige") werknemers over te nemen en ze

---

<sup>26</sup> Daarna zal de vervreemder vaak (maar niet altijd) de achtergebleven werknemers ontslaan (F. DE LEO, "De reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de nasleep van *Plessers*", *TIBR* 2021, afl.1, 13).

<sup>27</sup> Destijds werd een evenwicht gevonden tussen de rechten van de werknemers in artikel 12 van CAO nr. 102 en het keuzerecht van de overnemer op basis van artikel 61 WCO (Wetsontwerp houdende invoeging van het Boek XX "Insolventie van ondernemingen", in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan boek XX, en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan boek XX, in boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 54-2407/001, 77). In CAO nr. 102 wordt er bovendien expliciet verwezen naar de beschermingsregeling voorzien in Richtlijn 2001/23/EG (C. WATHION, "Is er nog toekomst voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag?", *TRV-RPS* 2020, 596).

<sup>28</sup> S. BRIJS en A. VAN HOE, "Donkere wolken boven Belgische insolventieprocedure", *Juristenkrant* 2019, afl. 391, 1.

<sup>29</sup> De verkrijger kan daar allerhande redenen voor hebben, bijvoorbeeld: de verkrijger heeft zelf al voldoende werknemers; de verkrijger neemt slechts een deel van de onderneming over; de loonlast is te hoog; enz.

<sup>30</sup> S. BRIJS en A. VAN HOE, "Donkere wolken boven Belgische insolventieprocedure", *Juristenkrant* 2019, afl. 391, 1.

<sup>31</sup> S. JACMAIN en I. VEROUGSTRATE, "Premières réflexions critiques et pratiques suite à l'arrêt *Plessers*", *TBH-RDC* 2019, 547.

<sup>32</sup> S. BRIJS, A. VAN HOE, R. LINDEMANS, K. PARIDAEN, A. ROELS en J. CARDINAELS, « Kroniek insolventierecht 2019-2020 », *RPS-TRV*, 2020, afl. 5, 571.



vervolgens op eigen kosten te ontslaan.<sup>33</sup> Het overnemen van *alle* werknemers zal voor de verkrijger immers vaak neerkomen op “financiële zelfmoord”.<sup>34</sup>

De verkrijger ziet zich onder het arrest *Plessers* evenwel verplicht om alle personeelsleden over te nemen die gebonden zijn door een arbeidsovereenkomst op datum van de overdracht. De verkrijger kan nadien desgevallend overgaan tot ontslag van bepaalde werknemers omwille van ETO-redenen, maar dit zal uiteraard belangrijke gevolgen hebben. Indien hij bepaalde werknemers wil ontslaan, draagt de overnemer het risico op het gerechtvaardigd inroepen van ETO-redenen en de daaraan verbonden kosten. Dit is een enorm nadeel voor de overnemer in vergelijking met de Belgische regeling. Volgens de Belgische regeling komt de ontslagkost immers ten laste van de overdrager. Het is voor de overnemer veel eenvoudiger om ETO-redenen in te roepen voor personeel dat hij wil overnemen (in het kader van de uitoefening van zijn Belgische keuzerecht) dan voor elke individuele werknemer die hij wil ontslaan een individuele ETO-reden te moeten opgeven (bij de Europese regeling) waarbij hij het risico van ongerechtvaardigd ontslag moet dragen (omdat de ingeroepen reden niet voldoet als ETO-reden).<sup>35</sup>

Deze financiële last zal onvermijdelijk een negatieve weerslag hebben op de overnameprijs die de overnemer bereid is te betalen voor de activa/activiteiten, en dat ten nadele van de schuldeisers van de overdrager. Op die manier wordt uiteraard geenszins het recuperatiepercentage voor de schuldeisers gemaximaliseerd. Het arrest *Plessers* maakt dus dat de financiële last voor de overnemer al te zwaar wordt en riskeert daarom een verhoging van het aantal faillissementen te veroorzaken.<sup>36</sup> Het risico bestaat dus dat, naar aanleiding van het arrest *Plessers*, vaker toevlucht zal genomen worden tot het faillissement om zo aan de bescherming van Richtlijn 2001/23/EG te ontsnappen. Bij een faillissement blijven de werknemers echter evengoed of zelfs meer in de kou staan, terwijl de kansen op een succesvolle doorstart onder een faillissement kleiner zijn.<sup>37</sup> Het arrest *Plessers* werd in de rechtsleer dan ook al bestempeld als een “pyrrusoverwinning” voor de werknemers.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> A. VAN HOE, S. BRIJS en J. CARDINAELS, “Het nieuwe insolventierecht: op zoek naar nieuwe evenwichten” in M.E. STORME, B. TILLEMEN, J. VANANROYE, M. VANMEENEN en R. HOUBEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 16.

<sup>34</sup> F. DE LEO, “Conclusie AG in zaak Plessers: bom onder Belgisch insolventielandschap?”, *Juristenkrant* 2019, alf. 383, 11.

<sup>35</sup> C. WATHION, “Is er nog toekomst voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag?”, *TRV-RPS* 2020, 590.

<sup>36</sup> S. JACMAIN en I. VEROUGSTRATE, “Premières réflexions critiques et pratiques suite à l’arrêt Plessers”, *TBH-RDC* 2019, 551.

<sup>37</sup> In dit verband kan gewezen worden op recent empirisch onderzoek uit Nederland waaruit blijkt dat het percentage aan behouden arbeidsplaatsen bij een doorstart na een pre-packed faillissement 54,1% bedroeg, dit tegenover (slechts) 34,6% bij doorstart na een traditioneel faillissement (H. AALBERS, J. ADRIAANSE, G.-J. BOON, J.-P. VAN DER REST, R. VRIESENDORP en F. VAN WERSH, “Does pre-packed bankruptcy create value? An empirical study of postbankruptcy employment retention in The Netherlands”, *Int. Insolv. Rev.* 2019, 320-339, zoals aangehaald in A. VAN HOE, S. BRIJS en J. CARDINAELS, “Het nieuwe insolventierecht: op zoek naar nieuwe evenwichten” in M.E. STORME, B. TILLEMEN, J. VANANROYE, M. VANMEENEN en R. HOUBEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 16.

<sup>38</sup> Term ontleend aan A. VAN HOE, S. BRIJS en J. CARDINAELS, “Het nieuwe insolventierecht: op zoek naar nieuwe evenwichten” in M.E. STORME, B. TILLEMEN, J. VANANROYE, M. VANMEENEN en R. HOUBEN (eds.), *Curatoren en vereffenaars: actuele ontwikkelingen V*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 16.



### 3. Letterlijke *versus* functionele interpretatie

---

We gaan niet nader in op het vraagstuk hoe onze nationale rechterlijke instanties (zouden moeten) omgaan met hetgeen het Hof van Justitie<sup>39</sup> heeft vooropgesteld in het arrest *Plessers*, maar we duiden wel kort het verschil tussen de letterlijke interpretatie enerzijds en de functionele interpretatie anderzijds aangezien daarin inspiratie kan gevonden worden over hoe de problematiek wetgevend best benaderd wordt.

De letterlijke interpretatie houdt in dat de Belgische wetgeving in strijd is met Richtlijn 2001/23/EG. Het Hof van Justitie heeft immers verduidelijkt dat ‘de keuze van de overnemer om werknemers over te nemen op basis van ETO-redenen’ niet hetzelfde is als ‘na de overname overgenomen werknemers te ontslaan wegens ETO-redenen’.<sup>40</sup> Artikel 61, §3 WCO (thans artikel XX.86, § 3 WER) bepaalt immers dat de overnemer kan “kiezen” wie hij overneemt, met die beperking dat die keuze moet worden gemaakt in functie van de aanwezige ETO-redenen en zonder verboden differentiatie. Dit “keuzerecht” om werknemers al dan niet over te nemen in functie van ETO-redenen vindt men niet terug in artikel 4.1 van Richtlijn 2001/23/EG. Integendeel, dit ‘keuzerecht’ lijkt diametraal in te gaan tegen wat wordt bepaald in artikel 3.1 van Richtlijn 2001/23/EG.<sup>41</sup>

De functionele (minder zuivere, doch meer pragmatische) interpretatie daarentegen is de richtlijnconforme interpretatie van de Belgische wetgeving.<sup>42</sup> De werknemers die door de verkrijger niet mee worden overgenomen en vervolgens (naar alle waarschijnlijkheid) worden ontslagen door de vervreemder (de route vervat in artikel 61, §3 WCO, thans artikel XX.86, § 3 WER) zouden immers dezelfde moeten zijn als de werknemers die hun tewerkstelling verliezen via artikel 4.1 van Richtlijn 2001/23/EG. Via alle routes zijn het, althans in theorie, de werknemers die door ETO-redenen geen plaats meer hebben binnen de geherstructureerde onderneming.

Deze functionele interpretatie is gestoeld op overweging 58 van het arrest *Plessers*.<sup>43</sup> Het Hof van Justitie zet de deur op een kier voor deze interpretatie, door te stellen: *“Weliswaar zijn de werknemers die de betrokken verkrijger niet kiest en die dus worden ontslagen, impliciet maar noodzakelijkerwijs de werknemers voor wie geen enkele technische, economische of organisatorische reden de overgang van de arbeidsovereenkomst gebiedt in de ogen van deze verkrijger”*.<sup>44</sup> Deze ruimte is evenwel beperkt, gelet op het feit dat het Hof van Justitie er meteen aan toevoegt: *“maar dit neemt niet weg dat op deze verkrijger geenszins de verplichting rust om aan te tonen dat de ontslagen in het kader van de overgang te wijten zijn aan technische, economische of organisatorische redenen”*.<sup>45</sup> Het Hof van Justitie lijkt hier dus te impliceren dat als men zeker is dat de verkrijger de werknemers niet overneemt op basis van ETO-redenen, het keuzerecht van de verkrijger richtlijnconform is. In dat geval zijn de ontslagen werknemers immers *“impliciet maar*

---

<sup>39</sup> Niettemin wordt er op gewezen dat het Hof van Justitie in het arrest zelf verduidelijkt hoe een rechterlijke instantie die uitspraak moet doen in een geschil tussen particulieren, dient om te gaan met een onjuist omgezette richtlijn wanneer deze niet in staat is om bepalingen van zijn nationaal recht uit te leggen conform de richtlijn. Het Hof van Justitie overweegt in dit opzicht dat de nationale rechter uitsluitend op basis van het Unierecht niet verplicht is om de nationale bepalingen van zijn nationaal recht buiten toepassing te laten. Vervolgens geeft het Hof aan dat de partij die hierdoor benadeeld is, in voorkomend geval schadevergoeding kan krijgen van de lidstaat die de richtlijn op niet-conforme wijze heeft omgezet (overweging 60 van het arrest *Plessers*).

<sup>40</sup> C. WATHION, “Is er nog toekomst voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag?”, *TRV-RPS* 2020, 599.

<sup>41</sup> F. DE LEO, “De reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de nasleep van *Plessers*”, *TIBR* 2021, afl.1, 13.

<sup>42</sup> S. BRIJS en A. VAN HOE, “Donkere wolken boven Belgische insolventieprocedure”, *Juristenkrant* 2019, afl. 391, 3.

<sup>43</sup> C. WATHION, “Is er nog toekomst voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag?”, *TRV-RPS* 2020, 599.

<sup>44</sup> Overweging 58 van het arrest *Plessers*.

<sup>45</sup> Vervolg van overweging 58 van het arrest *Plessers*.





noodzakelijkerwijs” de werknemers die niet konden worden overgenomen omwille van ETO-redenen.<sup>46</sup>

Op basis daarvan komt het verdedigbaar over dat artikel 61, §3 WCO (thans artikel XX.86, § 3 WER) wordt geïnterpreteerd in die zin dat de verkrijger verplicht is om te bewijzen dat de keuze om bepaalde werknemers niet over te nemen, te wijten is aan ETO-redenen.<sup>47</sup> Met andere woorden, om tegemoet te komen aan de opmerking van het Hof van Justitie zou men artikel 61, § 3 WCO (thans artikel XX.86, §3 WER) in die zin kunnen interpreteren dat de overnemer ook verplicht is om te bewijzen dat de keuze om bepaalde werknemers niet over te nemen te wijten is aan ETO-redenen.<sup>48</sup> Dit zou systematisch aan de controle van de rechtbank onderworpen moeten worden. Er dient ook indachtig gehouden te worden dat de ingeroepen ETO-redenen aanvullende motieven moeten zijn, gestoeld op objectieve redenen, die geen intrinsiek verband houden met de overdracht.<sup>49</sup>

Het lijkt erop dat de Belgische rechtbanken doorgaans een letterlijke interpretatie hanteren en een richtlijnconforme interpretatie onmogelijk (wegens *contra legem*) achten. Vervolgens passen zij het huidige artikel XX.86 WER toe alsof het arrest *Plessers* niet bestaat. Ondertussen riskeert de Belgische Staat zijn aansprakelijkheid. Het zou dus een goede zaak zijn indien de Belgische wetgever met een oplossing komt.<sup>50</sup>

#### 4. Bespreking van het wetsvoorstel

---

Gelet op de rechtsonzekerheid die het arrest *Plessers* veroorzaakt heeft en gelet op de COVID-19-pandemie die de economie zwaar getroffen heeft, is een wetgevend ingrijpen zeker welgekomen. Het is te verwachten dat steeds meer ondernemingen bescherming tegen schuldeisers zullen aanvragen, onder meer in de vorm van een GROG.<sup>51</sup> De OVB vindt het daarom alleszins een goede zaak dat de stellers van het wetsvoorstel betrachten om de rechtsonzekerheid rond de GROG weg te werken.

##### A. De GROG wordt uitdrukkelijk bestempeld als ‘ordelijke vereffening’

Het wetsvoorstel tracht vooreerst een oplossing te bieden door expliciet te bepalen dat de GROG wel degelijk een vereffeningprocedure is. In het wetsontwerp wordt het doel van de procedure daartoe meermaals vermeld, met name de ordelijke vereffening van de activa of activiteiten van de schuldenaar en de terugbetaling van de schuldeisers onder toezicht van de rechter, waarbij gepoogd wordt de tewerkstelling te vrijwaren.<sup>52</sup>

De aanpassingen voorgesteld door het wetsvoorstel zijn er dus op gericht om de GROG te doen beantwoorden aan de eisen die artikel 5.1 van Richtlijn 2001/23/EG volgens het Hof van Justitie

---

<sup>46</sup> F. DE LEO, “Nederlandse voorstellen ‘Wet overgang van onderneming in faillissement’ - Wat met werknemersbescherming na Smallsteps en Plessers?”, te consulteren via Corporate Finance Lab.

<sup>47</sup> F. DE LEO, “De reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de nasleep van *Plessers*”, *TIBR* 2021, afl.1, 13 en 14.

<sup>48</sup> C. WATHION, “Is er nog toekomst voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag?”, *TRV-RPS* 2020, 599.

<sup>49</sup> N. OUCHINSKY, “Etat des lieux de l'application des règles européennes de reprise des travailleurs dans le cadre d'un transfert d'entreprise sous autorité de justice un an après l'arrêt *Plessers*: le pouvoir d'appréciation du juge national dans l'application du principe de l'interprétation conforme en droit social communautaire”, *RDC-TBH* 2020, nr. 6, 830 en 832.

<sup>50</sup> F. DE LEO, “De reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de nasleep van *Plessers*”, *TIBR* 2021, afl.1, 15.

<sup>51</sup> C. WATHION, “Is er nog toekomst voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag?”, *TRV-RPS* 2020, 590.

<sup>52</sup> Cf. de artikelen 3, 4, 5 en 7 van het wetsvoorstel.



stelt.<sup>53</sup> De OVB begrijpt als achterliggende reden dat, indien er inderdaad beroep zou kunnen gedaan worden op artikel 5.1 van Richtlijn 2001/23/EG, dan wordt artikel 3.1 van Richtlijn 2001/23/EG buiten werking gezet en is de overnemer bijgevolg niet verplicht alle personeelsleden over te nemen.

De vraag is of de voorgestelde wijzigingen in het wetsvoorstel afdoende zijn om artikel 5.1 van Richtlijn 2001/23/EG toepassing te laten vinden. Het is duidelijk dat het Hof van Justitie dat uitzonderingsregime (te) restrictief benadert.<sup>54</sup> Er werd reeds aangetoond dat er vele kanttekeningen kunnen geplaatst worden bij de beoordeling van het Hof van Justitie in het arrest *Plessers* over de te vervullen voorwaarden van artikel 5.1 van Richtlijn 2001/23/EG (zie *supra*). Echter, veel van die argumenten werden ook reeds ingeroepen (door Prefaco NV en de Belgische Staat) voor het Hof van Justitie maar hebben dat Hof klaarblijkelijk toch niet weten te overtuigen.<sup>55</sup> De drie voorwaarden van artikel 5.1 van Richtlijn 2001/23/EG zijn daarenboven cumulatief<sup>56</sup>, zodat het niet volstaat te voldoen aan één of twee voorwaarde(n) om het uitzonderingsregime toepasbaar te maken. Hoewel betwijfeld kan worden of het Hof van Justitie het bestaande Belgische recht correct heeft begrepen, is het voor de Belgische wetgever nodig om de wettekst aan te passen opdat verzekerd wordt dat aan deze drie voorwaarden is voldaan. In de voorgestelde wettekst strekt de hervormde GROG aldus wel degelijk tot vereffening van de onderneming van de schuldenaar, en niet tot behoud ervan. In vergelijking met het faillissement, biedt deze werkwijze daarenboven meer mogelijkheden voor het behoud van de werkgelegenheid en opbrengst voor de schuldeisers van de schuldenaar.

#### B. Het inschrijven van extra waarborgen in artikel XX. 86, §3 WER

Tezelfdertijd worden de rechten van de niet overgenomen werknemers versterkt door een uitgebreidere motiveringsplicht in artikel XX.86 § 3 WER en de controle daarop door de rechtbank. Om een antwoord te bieden op de kritiek van het Hof van Justitie in het arrest *Plessers* in verband met de afwezigheid van enige motivering van de ontslagen om technische, economische of organisatorische redenen door de verkrijger, wordt met name voorgesteld om die laatste ertoe te verplichten een motivering te geven van zijn keuze voor het niet overnemen van bepaalde werknemers die zijn verbonden aan de activa of activiteiten van de schuldenaar die worden vereffend in het licht van technische, economische of organisatorische redenen die losstaan van de overdracht zelf. De insolventierechtbank is ertoe gehouden die motivering te controleren bij de toelating van de overdracht.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> In het arrest *Plessers* heeft het Hof van Justitie immers geoordeeld dat de GROG *niet* onder dat uitzonderingsregime valt, al valt er -zoals reeds uiteengezet- wel heel wat af te dingen op die redenering van het Hof van Justitie.

<sup>54</sup> Deze bemerking gaat niet enkel op voor het arrest *Plessers*. Het standpunt van het Hof van Justitie in het arrest *Plessers* was immers niet verrassend en ligt in lijn met eerdere arresten van het Hof van Justitie. Als het Hof van Justitie bijvoorbeeld zelfs de Nederlandse “pre-pack” (faillissement gevolgd door een overdracht van activa) niet beschouwt als een procedure gericht op de liquidatie van een onderneming, is het niet verrassend dat het Hof van Justitie oordeelt dat de GROG ook niet voldoet aan deze voorwaarde van artikel 5, lid 1 van de Richtlijn (C. WATHION, “Is er nog toekomst voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag?”, *TRV-RPS*, 597).

<sup>55</sup> Cf. C. WATHION, “Is er nog toekomst voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag?”, *TRV-RPS* 2020, 596.

Terzijde merkt de OVB op dat het Hof van Justitie in het arrest *Plessers*, om te onderbouwen dat de GROG niet beschouwd kan worden als een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure, verwezen heeft naar artikel 22 WCO. Dat artikel bepaalde dat de onderneming in reorganisatie niet failliet kan worden verklaard of gerechtelijk kan worden ontbonden zolang de rechtbank geen uitspraak heeft gedaan omtrent het verzoek tot gerechtelijke reorganisatie. De OVB stelt vast dat diezelfde bepaling ook vandaag nog besloten ligt in artikel XX.44, §1 WER.

<sup>56</sup> De drie cumulatieve voorwaarden zijn: (i) de overdrager is verwickeld in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure; (ii) deze procedure is gericht op de liquidatie van het vermogen van de overdrager; en (iii) deze procedure staat onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.

<sup>57</sup> Artikelsgewijze toelichting bij artikel 6 van het wetsvoorstel, DOC 55-1591/001, 9. Door artikel 6 van het wetsvoorstel worden met het oog daarop de volgende wijzigingen aangebracht in artikel



De OVB meent dat de meest rechtszekere oplossing tot aanpassing van artikel 86, §3 WER in navolging van het arrest *Plessers* erin bestaat om artikel 86, §3 WER volledig te aligneren met artikel 4.1 van Richtlijn 2001/23/EG, door te bepalen dat alle werknemers van de overdrager worden overgenomen door de overnemer en dat deze overnemer de overgenomen werknemers kan ontslaan wegens ETO-redenen die losstaan van de overgang zelf.<sup>58</sup> De OVB heeft er evenwel begrip voor dat de stellers van het wetsvoorstel deze oplossing niet verkieslijk achten.<sup>59</sup>

Het is echter ook mogelijk, en dat lijkt de OVB inderdaad de betere optie te zijn, dat de Belgische wetgever gebruikmaakt van de opening die het Hof heeft gelaten in het arrest *Plessers* en de functionele benadering toepast door bijkomende waarborgen voor de werknemers te voorzien in artikel XX.86, § 3 WER. Het Belgische recht bevat immers heden nog niet genoeg waarborgen. Het nadeel van deze piste is evenwel dat deze piste minder rechtszeker is. Het is niet zeker of dit een latere toets aan Richtlijn 2001/23/EG zal doorstaan.<sup>60</sup>

De OVB raadt aan om zo veel mogelijk waarborgen te voorzien zodat de aangepaste regeling de toets aan Richtlijn 2001/23/EG zou kunnen doorstaan:

- Er moet in ieder geval een duidelijke bewijsplicht zijn in hoofde van de verkrijger dat de niet-overnames gebeuren op basis van ETO-redenen.<sup>61</sup> Zulks houdt in dat de overnemer ETO-redenen moet geven waarom bepaalde werknemers niet worden overgenomen, naast de ETO-redenen die hij moet aantonen voor het personeel dat hij verkliest over te nemen.<sup>62</sup> Het is daarbij belangrijk dat er voldoende waarborgen zijn die erover waken dat de verkrijger de

---

XX.86, §3 WER: “§ 3. *De keuze van de werknemers die zullen worden overgenomen, behoort aan de verkrijger.*

~~*De keuze van de verkrijger moet worden bepaald door*~~ ***De verkrijger moet een motivering geven voor zijn eventuele keuze om niet alle werknemers over te nemen op basis van technische, economische en organisatorische redenen los van de overwogen overdracht en die keuze moet gebeuren zonder verboden differentiatie.***

***De insolventierechtbank controleert die motivering in het kader van haar toelating op grond van artikel XX.89.***

*Inzonderheid de werknemersvertegenwoordigers in de overgedragen onderneming of het overgedragen gedeelte van de onderneming mogen niet anders worden behandeld, alleen vanwege de activiteit uitgeoefend als werknemersvertegenwoordiger in de overgedragen onderneming of het overgedragen gedeelte van de onderneming.*

*Behoudens bewijs van het tegendeel wordt de afwezigheid van verboden differentiatie geacht bewezen te zijn indien de voor de overdracht onder gerechtelijk gezag bestaande verhouding tussen de werknemers van de overgedragen onderneming of het overgedragen gedeelte van de onderneming en hun vertegenwoordigers in de organen van die onderneming of dat gedeelte van de onderneming na de overdracht behouden blijft.”*

<sup>58</sup> Cf. C. WATHION, “Is er nog toekomst voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag?”, *TRV-RPS* 2020, 590.

<sup>59</sup> De redenen daarvoor werden reeds aangehaald en zijn, kort gezegd, dat het keuzerecht in de Belgische regeling het resultaat is van een slechts met veel moeite bereikt compromis tussen de sociale partners. Het keuzerecht van de verkrijger tracht het beste van beide werelden met elkaar verenigen: enerzijds de overdracht van de onderneming aan een gepaste prijs en anderzijds aandacht voor de rechten van werknemers. In België vult de overdracht onder gerechtelijk gezag met keuzerecht een economische behoefte in. De kost van een sociale herstructurering ligt in België immers doorgaans substantieel hoger dan in vele andere lidstaten. Richtlijn 2001/23/EG beoogt werknemers te beschermen. Ironisch genoeg zou het overboord gooien van het Belgische keuzerecht in navolging van artikel 4.1 van Richtlijn 2001/23/EG precies het omgekeerde effect hebben. Het risico bestaat dat de financiële last voor de overnemer daardoor al te zwaar wordt en dat er vaker beroep zal worden gedaan op het faillissement om zo aan de bescherming van Richtlijn 2001/23/EG te ontsnappen. Bij een faillissement blijven de werknemers echter (minstens) evenzeer in de kou staan, terwijl de kansen op een succesvolle doorstart onder een faillissement kleiner zijn.

<sup>60</sup> Cf. C. WATHION, “Is er nog toekomst voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag?”, *TRV-RPS* 2020, 590.

<sup>61</sup> F. DE LEO, “Nederlandse voorstellen ‘Wet overgang van onderneming in faillissement’ - Wat met werknemersbescherming na Smallsteps en Plessers?”.

<sup>62</sup> C. WATHION, “Is er nog toekomst voor de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag?”, *TRV-RPS* 2020, 590.



werknemers daadwerkelijk niet overneemt omwille van ETO-redenen.<sup>63</sup> Er moet op een objectieve en transparante manier worden bepaald welke werknemers wel of niet meegaan. De keuze van de te ontslagen werknemers moet dus gebeuren op basis van objectieve selectiemethoden.<sup>64</sup>

Het wetsvoorstel legt inderdaad op dat de verkrijger een motivering moet geven voor zijn eventuele keuze om niet alle werknemers over te nemen op basis van technische, economische en organisatorische redenen. Het is ook een goede zaak dat die bewijsplicht in de eigenlijke wettekst zelf wordt opgenomen.

- Het is daarenboven aanbevelenswaardig dat een expliciete *a priori* bescherming wordt ingeschreven in artikel XX. 86, §3 WER, door te bepalen dat de overgang zelf geen reden is tot ontslag.<sup>65</sup>

Zulks wordt in het wetsvoorstel inderdaad ondervangen door de toevoeging van de woorden “*los van de overwogen overdracht*”. Het is tevens een goede zaak dat die *a priori* beperking in de eigenlijke wettekst zelf wordt ingeschreven.

- Men doet er allicht ook goed aan te erkennen dat men gebruik maakt van een functionele interpretatie van artikel 4 van Richtlijn 2001/23/EG.<sup>66</sup>

Er kan dus worden overwogen hiervan expliciet melding te maken.

- Daarenboven zou er overwogen kunnen worden om bijvoorbeeld (één of meerdere van) volgende (bijkomende) waarborgen te voorzien:

-Werknemers die na de overgang niet in dienst komen bij de verkrijger, mogen niet door een concurrentiebeding beperkt worden om ergens anders werkzaam te zijn;

-Bepaalde (nader te bepalen) instanties krijgen het recht om een advies uit te brengen over de totstandkoming van de overgang<sup>67</sup>;

-...

Het komt de OVB voor dat er sterke argumenten zijn om te verdedigen dat de aldus hervormde regels in verband met de GROG maken dat artikel XX.86, §3 WER in overeenstemming is met Richtlijn 2001/23/EG. Ondertussen moet ook rekening gehouden worden met Richtlijn (EU) 2017/1132 en Richtlijn (EU) 2019/1023.<sup>68</sup> De OVB heeft de impact van de Richtlijnen hier niet nader onderzocht maar meent *prima facie* alleszins te kunnen vaststellen dat de voorgestelde hervorming van de vereffening door overdracht onder gerechtelijk gezag in lijn ligt met de *ratio* daarvan.

Besluitend kan gesteld worden dat de OVB positief staat ten aanzien van het onderdeel van het wetsvoorstel dat de gevolgen van het arrest *Plessers* van het Hof van Justitie regelt.

---

<sup>63</sup> Cf. F. DE LEO, “De reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in de nasleep van *Plessers*”, *TIBR* 2021, afl.1, 15.

<sup>64</sup> Cf. F. DE LEO, “Nederlandse voorstellen ‘Wet overgang van onderneming in faillissement’ – Wat met werknemersbescherming na Smallsteps en Plessers?”.

<sup>65</sup> De AG in de zaak *Plessers* lijkt daar veel belang aan te hechten. Regulation 7 TUPE (Verenigd Koninkrijk) en §613a(4) BGB (Duitsland) kunnen als voorbeeld dienen (F. DE LEO, “Conclusie AG in zaak *Plessers*: bom onder Belgisch insolventielandschap?”, *Juristenkrant* 2019, alf. 383, 11).

<sup>66</sup> Cf. F. DE LEO, “Nederlandse voorstellen ‘Wet overgang van onderneming in faillissement’ – Wat met werknemersbescherming na Smallsteps en Plessers?”.

<sup>67</sup> Cf. F. DE LEO, “Nederlandse voorstellen ‘Wet overgang van onderneming in faillissement’ – Wat met werknemersbescherming na Smallsteps en Plessers?”.

<sup>68</sup> Dient omgezet te zijn tegen 17 juli 2021.



## **5. Het onderdeel van het wetsvoorstel dat ertoe strekt de aangekondigde golf van faillissementen in te dijken**

---

Het onderdeel van het wetsvoorstel dat ertoe strekt de aangekondigde golf van faillissementen in te dijken, valt buiten het bestek van onderhavige adviesaanvraag. De OVB wenst evenwel te benadrukken dat zij zich niet kan verenigen met deze wijzigingen. De betreffende wijzigingen zaten ook vervat in het voorontwerp van wet houdende diverse tijdelijke en structurele bepalingen inzake justitie in het kader van de strijd tegen de verspreiding van het coronavirus COVID-19, met name in hoofdstuk 21. De OVB heeft in een nota, overgemaakt aan de FOD Justitie, uitgebreid uiteengezet waarom zij zich verzet tegen de vooropgestelde regeling.<sup>69</sup> Vanzelfsprekend is de OVB graag bereid om op eerste verzoek haar opmerkingen omtrent de vooropgestelde regeling ook mee te delen aan de Kamercommissie Economie, Consumentenbescherming en Digitale Agenda.

---

<sup>69</sup> De OVB was dan ook verheugd vast te stellen dat het oorspronkelijke hoofdstuk 21 niet werd hernomen in het wetsontwerp houdende diverse tijdelijke en structurele bepalingen inzake justitie in het kader van de strijd tegen de verspreiding van het coronavirus COVID-19 (DOC 55-1668/001).

