



Repertoriumnummer

2021 /

Datum van uitspraak

24 maart 2021

Rolnummer

2016/AH/191

Uitgifte

Uitgereikt aan

op
€
JGR

Arbeidshof Antwerpen

Afdeling Hasselt

Kamer 2

Arrest

P, wonende te,

aanwezig ter zitting
met als raadsman mr. LIESENS Mieke, advocaat te LOMMEL, die pleit

tegen:

PREFACO NV, ON 0432 591 789, met maatschappelijke zetel te 9280 LEBBEKE,
Hoeksken 5a,

met als raadsman mr. VAN ACKER Jo, advocaat te MARIAKERKE (GENT)
voor wie pleit mr. SONCK Stefaan, advocaat te MARIAKERKE (GENT)

en

DE BELGISCHE STAAT, verweerster in gedwongen tussenkomst, met
maatschappelijke zetel te 1000 BRUSSEL, Waterloolaan 115,

met als raadsman mr. RAYMAEKERS Carl, advocaat te BERCHEM (ANTWERPEN),
die pleit.

Het hoger beroep is gericht tegen het vonnis van 23 mei 2016 van de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Hasselt.

Het arbeidshof past de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken toe.

Het arbeidshof sprak in deze zaak een arrest uit op 14 augustus 2017.

Gelet op de onmogelijkheid om te zetelen in dezelfde samenstelling als ten tijde van het arrest van 14 augustus 2017, wordt de zaak hernomen door de thans anders samengestelde zetel van dit arbeidshof.

I. FEITEN EN VOORGAANDEN

Voor wat betreft de feiten en voorafgaande rechtspleging verwijst het arbeidshof naar haar arrest van 14 augustus 2017.

Bij arrest van 14 augustus 2017 werden het hoger beroep en het incidenteel beroep ontvankelijk verklaard en werd alvorens verder recht te spreken de volgende prejudiciële vraag gesteld aan het Europees Hof van Justitie te Luxemburg:

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

Bij arrest van 16 mei 2019 verklaarde het Hof van Justitie van de Europese Unie voor recht:

“Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, met name de artikelen 3 tot en met 5, moet aldus worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling als de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling, die in geval van overdracht van een onderneming in het kader van een procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, welke procedure wordt gevoerd met het oog op het behoud van het geheel of een gedeelte van de vervreemder of van zijn activiteiten, bepaalt dat de verkrijger het recht heeft om te kiezen welke werknemers hij wil overnemen.”

II. STANDPUNT VAN PARTIJEN

Met conclusie na tussenarrest van 5 oktober 2020 vordert mevrouw P:

“Het Arrest van 14.08.2017 verder uitwerkend, het hoger beroep van conluante gegrond te verklaren als volgt;

Ten aanzien van eerste geïntimeerde:

- *Akte te verlenen van de afstand van rechtsvordering van conluante ten overstaan van PREFACO NV*

Concluante te veroordelen tot de kosten van het geding ten overstaan van geïntimeerde begroot op:

- *Rechtsplegingsvergoeding hoger beroep: 1.440,00 EUR*

Ten aanzien van twee geïntimeerde:

In hoofdorde:

De oorspronkelijke vordering in tussenkomst ontvankelijk en minstens gedeeltelijk gegrond te verklaren en de Belgische Staat te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding van 128.009,49 EUR.

Te vermeerderen met de verwijlinteresten vanaf het schadeverwekkende feit, namelijk datum van ontslag tot op datum van algehele betaling aan de wettelijke intrestvoet.

De Belgische staat te veroordelen tot de kosten van het geding als volgt begroot:

- *Rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg: 6.000,00 EUR*
- *Rechtsplegingsvergoeding hoger beroep: 12.000,00 EUR*

In ondergeschikte orde de rechtsplegingsvergoeding te herleiden als volgt:

- *Rechtsplegingsvergoeding eerste aanleg:* 1.200,00 EUR
- *Rechtsplegingsvergoeding hoger beroep:* 1.200,00 EUR”

Met conclusie na tussenarrest van 23 oktober 2020 vordert de NV:

“Verder oordelend na het tussenarrest van 14 augustus 2017 en na het arrest van het Hof van Justitie van 16 mei 2019:

- *Akte te verlenen aan appellante en geïntimeerde van de afstand van rechtsvordering van appellante jegens geïntimeerde en appellante te veroordelen tot de kosten, in hoofde van geïntimeerde begroot op
 - 6.000 euro rechtsplegingsvergoeding in eerste aanleg
 - en 1.440 euro rechtsplegingsvergoeding in hoger beroep*
- *De vordering in vrijwaring van geïntimeerde tegen de Belgische Staat zonder voorwerp te verklaren, kosten als naar recht.”*

Met conclusie na tussenarrest van 6 januari 2021 vordert de Belgische Staat:

“In hoofdorde:

Zich onbevoegd te verklaren om uitspraak te doen over de vorderingen van mevrouw P en NV PREFACO tegen concludante, en de zaak te verzenden naar het Hof van Beroep te Antwerpen;

In ondergeschikte orde:

Het hoger beroep van eiseres P ongegrond te verklaren, en het eerste vonnis te bevestigen, eventueel op andere gronden,;

Eiseres te veroordelen tot volgende gerechtskosten:

- *RPV eerste aanleg* € 1.440,00
- *RPV beroep* € 12.000,00
- *TOTAAL* € 13.440,00

Het incidenteel beroep van NV PREFACO ongegrond dan wel zonder voorwerp te verklaren, en NV PREFACO te veroordelen tot volgende gerechtskosten:

- *RPV eerste aanleg* € 1.440,00
- *RPV beroep* € 1.440,00
- *TOTAAL* € 2.800,00”

III. BEOORDELING

1. Afstand van rechtsvordering

Het arbeidshof verleent akte aan de afstand van rechtsvordering van mevrouw P jegens de NV Prefaco overeenkomstig artikel 821 van het Gerechtelijk Wetboek en de aanvaarding ervan door deze laatste.

Het arbeidshof ziet geen bezwaren en willigt de afstand van rechtsvordering in.

Ingevolge deze afstand van rechtsvordering is de vordering in vrijwaring die de NV Prefaco tegen de Belgische Staat instelde zonder voorwerp geworden.

Het incidenteel beroep van deze laatste is dus ongegrond.

2. Materiële bevoegdheid van het arbeidshof

De Belgische Staat werpt op dat het arbeidshof onbevoegd is om kennis te nemen van de vordering van mevrouw P tegen haar ingesteld omdat dit nog de enige vordering in het geding is en deze enkel gestoeld is op een extracontractuele fout van de overheid, hetgeen niet tot de bevoegdheid van de arbeidsgerechten behoort.

Het arbeidshof verwerpt deze exceptie van onbevoegdheid.

Ingevolge artikel 607 van het Gerechtelijk Wetboek neemt het arbeidshof kennis van het hoger beroep tegen beslissingen in eerste aanleg van de arbeidsrechtbanken en de voorzitters van de arbeidsrechtbanken.

De bevoegdheid van de rechter in hoger beroep wordt evenwel niet alleen bepaald ten aanzien van het gerecht dat de beslissing heeft gewezen, maar ook ten aanzien van het voorwerp van het geschil. (zie Cass. 3 februari 1972, *JT* 1972, 228)

Volgens artikel 9, eerste lid van het Gerechtelijk Wetboek is de volstreckte bevoegdheid de rechtsmacht die bepaald wordt naar het onderwerp, de waarde en in voorkomend geval het spoedeisend karakter van de vordering of de hoedanigheid van de partijen.

De regels betreffende de volstreckte bevoegdheid zijn van openbare orde, zodat de rechter zelfs ambtshalve moet nagaan of hij bevoegd is. (vgl. Cass. 13 oktober 1997, *AC* 1997, 966, *JTT* 1997, 483)

Het staat niet ter betwisting dat het arbeidshof bevoegd is om kennis te nemen van de hoofdvordering, dat een geschil inzake arbeidsovereenkomsten is.

Met toepassing van artikel 564 van het Gerechtelijk Wetboek is de rechtbank waarvoor een vordering aanhangig is gemaakt, bevoegd om kennis te nemen van de vordering tot tussenkomst.

Anders dan de Belgische Staat voorhoudt vertoont de vordering tot tussenkomst de nodige band van samenhang met de hoofdvordering.

De vordering van mevrouw P werd maar in ondergeschikte orde gesteld, indien zou blijken en voor zover zij zich niet rechtstreeks op de Europese Richtlijn 2001/23/EG zou kunnen

beroepen om het keuzerecht van de NV Prefaco op grond van de Wet continuïteit der ondernemingen buiten toepassing te laten en daardoor haar rechten op een volwaardige ontslagvergoeding zou zien verloren gaan.

Het lot van de vordering in tussenkomst is inderdaad nauw verbonden aan deze van de hoofdvordering.

Het is immers slechts wanneer de richtlijn niet rechtstreeks tegen de NV Prefaco kan worden ingeroepen en de nationale wetgeving niet conform de richtlijn kan worden uitgelegd dat de aansprakelijkheid van de Belgische Staat in het gedrang komt. (vgl. Cass. 28 september 2001, TBH 2003,79 zoals aangehaald in VUYE H., "Overheidsaansprakelijkheid wegens schending van het Europees Gemeenschapsrecht", TBH 2003, p.745)

De loutere vaststelling dat mevrouw P na het tussengekomen arrest van het Hof van Justitie de hoofdvordering niet langer handhaaft in de procedure in hoger beroep, doet hieraan geen afbreuk.

De volstreekte bevoegdheid van een rechtscollege wordt immers niet beoordeeld op het tijdstip waarop dat rechtscollege uitspraak moet doen, maar op het tijdstip waarop de vordering wordt ingesteld.

Het arbeidshof is derhalve materieel bevoegd om kennis te nemen van de vordering van mevrouw P tegen de Belgische Staat, ook al is deze gesteund op de buitencontractuele aansprakelijkheid van deze laatste.

3. Ten gronde

3.1 Toepasselijke bepalingen en het arrest van het Hof van Justitie van 16 mei 2019

3.1.1 Toepasselijke bepalingen

3.1.1.1 Unierecht

In artikel 3, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2001/23 is bepaald:

„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.”

Artikel 4 van deze richtlijn bepaalt:

„1. De overgang van de onderneming, vestiging of onderdeel van de onderneming of vestiging vormt op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag. Deze bepaling vormt geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen.

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

2. Indien de arbeidsovereenkomst of de arbeidsbetrekking wordt verbroken omdat de overgang een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer ten gevolge heeft, wordt de arbeidsovereenkomst of de arbeidsbetrekking geacht te zijn verbroken door toedoen van de werkgever."

Artikel 5, lid 1, van deze richtlijn 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)."

3.1.1.2 Belgisch recht

Artikel 22 van de Wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen (hierna WCO), zoals van toepassing bepaalt:

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

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

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

Artikel 60, eerste alinea, WCO luidt:

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

Artikel 61, § 4, WCO luidt:

„De keuze van de werknemers die hij wenst over te nemen berust bij de verkrijger. De keuze van de verkrijger moet bepaald worden door technische, economische en organisatorische redenen en gebeuren zonder verboden differentiatie, inzonderheid ingegeven door de activiteit

uitgeoefend als vertegenwoordiger van het personeel in de overgedragen onderneming of het overgedragen deel van onderneming.

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

Artikel 62 WCO luidt:

„De aangewezen gerechtsmandataris organiseert en verricht de door de rechtbank bevolen overdracht door de verkoop of de overdracht van de voor het behoud van het geheel of een gedeelte van de economische activiteit van de onderneming noodzakelijke of nuttige roerende of onroerende activa.

Hij wint offertes in en waakt bij voorrang over het behoud van het geheel of een gedeelte van de activiteit van de onderneming, rekening houdend met de rechten van de schuldeisers. [...]"

3.1.2 Het arrest van het Hof van Justitie

Het arrest van het Hof van Justitie van 16 mei 2019 is gesteund op de volgende overwegingen:

“Ten gronde

32 Vooraf zij eraan herinnerd dat het vaste rechtspraak is dat het, in het kader van de bij artikel 267 VWEU ingestelde procedure van samenwerking tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof, de taak is van het Hof om de nationale rechter een nuttig antwoord te geven aan de hand waarvan deze het bij hem aanhangige geding kan beslechten. Daartoe dient het Hof de voorgelegde vraag indien nodig te herformuleren. Voorts kan het Hof bepalingen van het recht van de Unie in aanmerking nemen die door de nationale rechter in zijn vraag niet zijn genoemd (arresten van 13 oktober 2016, M. en S., C-303/15, EU:C:2016:771, punt 16 en aldaar aangehaalde rechtspraak, en 31 mei 2018, Zheng, C-190/17, EU:C:2018:357, punt 27).

33 In casu wenst de verwijzende rechter met zijn prejudiciële vraag van het Hof te vernemen of de door hem aangevoerde nationale wettelijke bepaling in overeenstemming is met de artikelen 3 en 5 van richtlijn 2001/23.

34 Deze vraag, aldus geformuleerd, zou evenwel het Hof ertoe nopen om in een krachtens artikel 267 VWEU ingestelde procedure uitspraak te doen over de verenigbaarheid van een nationale rechtsregel met het Unierecht, hetgeen niet zijn taak is (zie in die zin arrest van 19 maart 2015, OTP Bank, C-672/13, EU:C:2015:185, punt 29).

35 Voorts blijkt artikel 4 van richtlijn 2001/23, ook al verwijst de prejudiciële vraag niet uitdrukkelijk naar dat artikel, relevant te zijn voor het aan de verwijzende rechter te verstrekken antwoord, daar het in dat artikel gaat om de bescherming van werknemers tegen ontslag door de vervreemder of de verkrijger wegens de overgang.

36 In deze omstandigheden dient de gestelde vraag aldus te worden geherformuleerd dat de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen of richtlijn 2001/23, met name de artikelen 3 tot en met 5 ervan, aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling als de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling, die in geval van overdracht van een onderneming in het kader van een procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, welke procedure wordt gevoerd met het oog op het behoud van het geheel of een gedeelte van de vervreemder of van zijn activiteiten, bepaalt dat de verkrijger het recht heeft om te kiezen welke werknemers hij wil overnemen.

37 In dat verband zij er meteen aan herinnerd dat ingevolge artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn, tenzij de lidstaten anders bepalen, niet van toepassing zijn op een overgang van een onderneming 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.

38 Bovendien heeft het Hof geoordeeld dat aangezien artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 tot gevolg heeft dat de bescherming van werknemers in bepaalde gevallen van overgang van een onderneming in beginsel niet geldt

en daarmee afwijkt van het aan deze richtlijn ten grondslag liggende hoofddoel, die bepaling noodzakelijkerwijs strikt moet worden uitgelegd (arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a., C-126/16, EU:C:2017:489, punt 41).

39 Bijgevolg dient in de eerste plaats te worden bepaald of de overgang van een onderneming als die in het hoofdgeding onder de uitzondering van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 valt.

40 In dit verband heeft het Hof geoordeeld dat men zich ervan moet vergewissen of voor een dergelijke overgang is voldaan aan de in deze bepaling gestelde drie cumulatieve voorwaarden, te weten de vervreemder is verwickeld in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure, deze procedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en deze procedure staat onder het toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (zie in die zin arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a., C-126/16, EU:C:2017:489, punt 44).

41 Wat om te beginnen de voorwaarde betreft dat de vervreemder in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure is verwickeld, dient te worden opgemerkt dat volgens de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale wettelijke regeling de schuldenaar niet failliet kan worden verklaard zolang de rechtbank geen uitspraak heeft gedaan op het verzoek tot gerechtelijke reorganisatie en, indien de schuldenaar een vennootschap is, deze vennootschap ook niet gerechtelijk kan worden ontbonden.

42 Zoals de advocaat-generaal in punt 55 van zijn conclusie heeft opgemerkt, staat tussen de partijen vast dat een procedure van gerechtelijke reorganisatie niet kan worden beschouwd als een faillissementsprocedure.

43 Voorts kan een procedure van gerechtelijke reorganisatie als in het hoofdgeding weliswaar leiden tot het faillissement van de betrokken onderneming, maar blijkt een dergelijk gevolg noch automatisch noch zeker te zijn.

44 Wat vervolgens de voorwaarde betreft dat de procedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, blijkt uit de rechtspraak van het Hof dat aan deze voorwaarde niet is voldaan in geval van een procedure die de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt (arrest van 22 juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging e.a., C-126/16, EU:C:2017:489, punt 47 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

45 Zoals blijkt uit de bewoordingen zelf van de prejudiciële vraag, heeft de bevoegde nationale rechter een dergelijke procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag bevolen met het oog op het behoud van het geheel of een gedeelte van Echo of haar activiteiten.

46 Wat ten slotte de voorwaarde betreft dat de betrokken procedure onder het toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staat, blijkt uit de nationale wettelijke regeling dat de gerechtsmandataris die is aangesteld door de rechtbank die de overdracht heeft bevolen, tot taak heeft die overdracht te organiseren en realiseren in naam en voor rekening van de schuldenaar. Voorts moet deze mandataris offertes inwinnen en waakt hij daarbij bij voorrang over het behoud van het geheel of een gedeelte van de activiteit van de onderneming, rekening houdend met de rechten van de schuldeisers. Indien er verscheidene vergelijkbare offertes zijn, wordt de voorkeur gegeven aan de offerte die het behoud van de werkgelegenheid garandeert door een sociaal akkoord.

47 Zoals de advocaat-generaal in punt 68 van zijn conclusie heeft opgemerkt, kan het toezicht dat de mandataris aldus uitoefent in het kader van de procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, niet aan die voorwaarde voldoen, aangezien de draagwijdte ervan beperkter is dan die van het toezicht dat de mandataris uitoefent in het kader van een faillissementsprocedure.

48 Uit het voorgaande volgt dat een procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, zoals aan de orde in het hoofdgeding, niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 en dat de in dergelijke omstandigheden verrichte overgang niet onder de uitzondering van deze bepaling valt.

49 Derhalve dient te worden vastgesteld dat de artikelen 3 en 4 van richtlijn 2001/23 van toepassing blijven op een zaak als in het hoofdgeding.

50 In die omstandigheden dient in de tweede plaats te worden uitgemaakt of de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale wettelijke regeling als in het hoofdgeding, die voor de verkrijger voorziet in de mogelijkheid om te kiezen welke werknemers hij wil overnemen.

51 In dat verband volgt allereerst uit artikel 3, lid 1, van richtlijn 2001/23 dat de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang van de onderneming bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding, door deze overgang overgaan op de verkrijger.

52 Zoals het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld, beoogt richtlijn 2001/23, waaronder artikel 3, immers te verzekeren dat de werknemers bij verandering van ondernemer hun rechten behouden, door het mogelijk te maken dat zij op dezelfde voorwaarden als zij met de vervreemder waren overeengekomen, in dienst van de nieuwe werkgever blijven. Deze richtlijn beoogt zo veel mogelijk een ongewijzigde voortzetting van de arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking met de verkrijger te verzekeren, teneinde te voorkomen dat de betrokken werknemers uitsluitend ten gevolge van deze overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren (zie in die zin beschikking van 15 september 2010, Briot, C-386/09, EU:C:2010:526, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

53 Vervolgens vormt overeenkomstig artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/23 de overgang van een onderneming op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag. Deze bepaling vormt evenwel geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen.

54 Uit de bewoordingen van deze bepaling vloeit voort dat ontslagen in een context van de overgang van een onderneming moeten zijn ingegeven door economische, technische of organisatorische redenen op het gebied van de tewerkstelling die geen intrinsiek verband houden met deze overgang.

55 Zo heeft het Hof geoordeeld dat de omstandigheid dat er tussen de verkrijger en de verhuurders geen overeenstemming bestaat over een nieuwe huurovereenkomst, de onmogelijkheid om een andere bedrijfsruimte te vinden of de onmogelijkheid om het personeel naar andere winkels over te brengen economische, technische of organisatorische redenen in de zin van artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/23 kunnen vormen (zie in die zin arrest van 16 oktober 2008, Kirtruna en Vigano, C-313/07, EU:C:2008:574, punt 46).

56 In casu blijkt uit de in het hoofdgeding aan de orde zijnde nationale wettelijke regeling dat de verkrijger het recht heeft te kiezen welke werknemers hij wil overnemen, waarbij deze keuze evenwel moet zijn ingegeven door technische, economische en organisatorische redenen zonder dat er sprake is van verboden differentiatie.

57 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.

58 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.

59 Derhalve blijkt dat de toepassing van een nationale wettelijke regeling als in het hoofdgeding een ernstig gevaar kan opleveren voor de naleving van het hoofddoel van richtlijn 2001/23, zoals dat is verduidelijkt in artikel 4, lid 1, ervan en is gememoreerd in punt 52 van het onderhavige arrest, namelijk de bescherming van de werknemers tegen een ongerechtvaardigd ontslag in geval van overgang van een onderneming.

60 Evenwel zij eraan herinnerd, zoals reeds is benadrukt in de punten 28 en 29 van het onderhavige arrest, dat een nationale rechterlijke instantie die uitspraak dient te doen in een geschil tussen particulieren en niet in staat is bepalingen van zijn nationale recht uit te leggen conform een niet-omgezette of onjuist omgezette richtlijn, uitsluitend op basis van het Unierecht niet verplicht is om deze nationale bepalingen die in strijd zijn met bepalingen van die richtlijn, buiten toepassing te laten. De partij die benadeeld is doordat het nationale recht niet met deze richtlijn in overeenstemming is, kan zich niettemin beroepen op de rechtspraak die voortvloeit uit het arrest van 19 november 1991, Francovich e.a. (C-6/90 en C-9/90, EU:C:1991:428), om in voorkomend geval van de lidstaat vergoeding van de geleden schade te verkrijgen (zie in die zin arrest van 7 augustus 2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, punten 49 en 56).

61 Gelet op een en ander dient op de prejudiciële vraag te worden geantwoord dat richtlijn 2001/23, met name de artikelen 3 tot en met 5, aldus moet worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling als de in het hoofdgeding aan de orde zijnde regeling, die in geval van overdracht van een onderneming in het kader van een procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, welke procedure wordt gevoerd met het oog op het behoud van het geheel of een gedeelte van de vervreemder of van zijn activiteiten, bepaalt dat de verkrijger het recht heeft om te kiezen welke werknemers hij wil overnemen. “

Samengevat oordeelde het Hof van Justitie:

1. De Belgische procedure van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag (GROG) valt niet onder uitzondering van art. 5, lid 1 van de richtlijn 2001/23 omdat niet voldaan is aan de drie voorwaarden:
 - De GROG is geen faillissements- of soortgelijke procedure: de schuldenaar kan niet failliet verklaard worden zolang de rechtbank geen uitspraak heeft gedaan over het verzoek tot gerechtelijke reorganisatie. De schuldenaar kan niet gerechtelijk ontbonden worden. Indien toch een faillissement tussenkomt is dit geen automatisme.
 - De GROG is niet gericht op de liquidatie van het vermogen: het doel is immers de continuïteit van de onderneming.
 - De GROG staat niet onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie: de gerechtsmandataris oefent een beperkter toezicht uit dan een curator in het kader van een faillissement.

2. Hieruit volgt dat de artikelen 3 en 4 van de richtlijn onverminderd van toepassing blijven. Artikel 3 beoogt de ongewijzigde verderzetting van alle arbeidsovereenkomsten bij de overnemer. Artikel 4 vormt evenwel geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen in de werkgelegenheid met zich meebrengen en die geen intrinsiek verband houden met de overgang.

3. De Belgische regeling maakt het keuzerecht bij de overname inderdaad afhankelijk van economische, technische of organisatorische redenen zonder verboden differentiatie, maar organiseert die bescherming niet zozeer op het vlak van de ontslagregeling, maar op het vlak van de overnameregeling, wat impliciet een gelijkaardig effect heeft voor de betrokken werknemer.

Vermits de overnemer naar Belgisch recht echter niet verplicht is (vooraf) aan te tonen dat het ontslag op die gronden is ingegeven kan dit een ernstig gevaar opleveren voor de naleving van het hoofddoel van de richtlijn, namelijk de bescherming van de werknemers tegen een ongerechtvaardigd ontslag in geval van overgang van een onderneming. Daarom in de Belgische regelgeving niet richtlijnconform.

Het Hof van Justitie herinnert er in het arrest van 16 mei 2019 ook aan dat wanneer een nationale rechter geconfronteerd wordt met een geschil tussen particulieren, een richtlijn uit zichzelf aan particulieren geen verplichtingen kan opleggen en dus als zodanig niet kan worden ingeroepen jegens elkander, maar dat de verplichting van de lidstaten om het door de richtlijn beoogde doel te verwezenlijken, alsook de op hen rustende verplichting om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van die verplichting te verzekeren, voor alle autoriteiten van de lidstaten gelden, en dus, binnen het kader van hun bevoegdheden, ook voor de rechterlijke instanties. Hieruit volgt de verplichting

van de rechter om het nationale recht uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn.

Het Hof van Justitie voegt hier aan toe dat een nationale rechterlijke instantie die uitspraak dient te doen in een geschil tussen particulieren en niet in staat is bepalingen van zijn nationale recht uit te leggen conform een niet omgezette of onjuist omgezette richtlijn, uitsluitend op basis van het Unierecht niet verplicht is om deze nationale bepalingen die in strijd zijn met bepalingen van die richtlijn, buiten toepassing te laten.

Dit mag echter niet leiden tot een uitlegging “*contra legem*”. Ook dit behoort tot de vaste rechtspraak van het Hof van Justitie. (Zie: HvJ (Grote Kamer) nr. C-176/12, 15 januari 2014 (Association de médiation sociale / Union locale des syndicats CGT, Hichem Laboubi, Union départementale CGT des Bouches-du-Rhône, e.a.) <http://curia.europa.eu> (18 januari 2014), concl. CRUZ VILLALON, P.; *Soc.Kron.* 2014 (samenvatting), afl. 10, 534; HvJ (4e k.) nr. C-26/13, 30 april 2014 (Árpád Kásler, Hajnalka Káslerné Rábai / OTP Jelzálogbank Zrt) <http://curia.europa.eu> (3 mei 2014), concl.WAHL, N.; Pb C 24 juni 2014 (dispositief), afl. 194, 5 en <http://eur-lex.europa.eu> (9 augustus 2014); *TBBR* 2015, afl. 3, 144, noot GEIREGAT, S.)

Het staat als zodanig niet ter betwisting tussen partijen dat artikel 61 §4 (oud) WCO niet vatbaar is voor een richtlijnconforme uitlegging.

Slechts wanneer een rechtsregel, door zijn algemene bewoordingen op verschillende manieren zou kunnen worden toegepast, is de nationale rechter gehouden tot een richtlijnconforme uitlegging over te gaan.

In deze zou een richtlijnconforme uitlegging eigenlijk neerkomen op de wijziging van het keuzerecht, wat neerkomt op een uitlegging “*contra legem*” van het nationale recht.

Dit overschrijdt de bevoegdheden van de nationale rechter.

Het Hof van Justitie wijst in het arrest van 16 mei 2019 in dat geval uitdrukkelijk op de mogelijkheid voor de partij die benadeeld is, doordat het nationale recht niet met deze richtlijn in overeenstemming is, om zich te beroepen op de rechtspraak die voortvloeit uit het arrest van 19 november 1991, *Francovich* e.a. (C -6/90 en C -9/90, EU:C:1991:428), om in voorkomend geval van de lidstaat vergoeding van de geleden schade te verkrijgen (zie in die zin arrest van 7 augustus 2018, *Smith*, C -122/17, EU:C:2018:631, punten 49 en 56).

3.2 De aansprakelijkheid van de Belgische Staat

3.2.1 Europese principes

Op basis van o.a. de *Francovich* en *Brasserie du Pêcheur* rechtspraak van het Hof van Justitie kan de gebrekkige omzetting van een richtlijn leiden tot de aansprakelijkheid van de Staat.

In het Francovich-arrest waren de feiten als volgt. Een richtlijn bevat de verplichting voor de lidstaten om waarborgfondsen op te richten die *“... de onvervulde aanspraken van de werknemers honoreren die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen en die betrekking hebben op loon”*.

Italië had nagelaten dergelijke waarborgfondsen op te richten. Enkele werknemers – waaronder Andrea Francovich en Danila Bonifaci – konden het loonverlies dat zij leden ingevolge van de insolventie van hun werkgever niet verhalen op een waarborgfonds en spanden een rechtszaak aan tegen de Italiaanse Staat die tekortgekomen was aan de omzettingsverplichting.

Het Hof van Justitie redeneerde dat het Verdrag een eigen rechtsorde instelt die integrerend deel uitmaakt van de rechtsorde van de lidstaten. Daar ook de lidstaatsburgers tot deze rechtsorde behoren, kunnen zij er rechten aan ontleen die tot hun vermogen gaan behoren. Aan de volle werking van de gemeenschapsbepalingen zou worden afbreuk gedaan en de bescherming van de daarin toegekende rechten zou worden afgezwakt, indien particulieren niet de mogelijkheid zouden hebben om schadevergoeding te verkrijgen wanneer hun rechten worden aangetast als gevolg van een schending van het Gemeenschapsrecht die aan een lidstaat kan worden toegerekend.

Vervolgens benadrukte het Hof dat de mogelijkheid tot het vorderen van schadevergoeding bijzonder belangrijk wordt wanneer de volle werking van de gemeenschapsbepalingen alleen door het optreden van de lidstaat kan worden verzekerd. De omweg via de techniek van de schadevergoeding dient hier soelaas te brengen.

De voorwaarden waaraan moet worden voldaan om de aansprakelijkheid van de lidstaat in werking te stellen hangen af van de aard van de aan de schade ten grondslag liggende schending van het Gemeenschapsrecht. Het tijdig omzetten van een richtlijn is voor de betrokken lidstaat een resultaatsverplichting, maar dit betekent evident nog niet dat een particulier altijd recht zal hebben op schadevergoeding ingeval van niet-omzetting.

Drie volgende voorwaarden gelden: *“In de eerste plaats moet het door de richtlijn voorgeschreven resultaat de toekenning van rechten aan particulieren inhouden. In de tweede plaats moet de inhoud van die rechten kunnen worden vastgesteld op basis van de bepalingen van de richtlijn. En ten slotte moet er een causaal verband bestaan tussen de schending van de op de Staat rustende verplichting en de door de benadeelde persoon geleden schade”*.

De draagwijdte van het arrest was echter beperkt tot de situatie waarin de lidstaat niet tijdig de nodige maatregelen heeft genomen om het door de richtlijn voorgeschreven resultaat te bereiken, zijnde een resultaatsverbintenis voor de lidstaat.

In het arrest Brasserie du pêcheur herhaalde het Hof van Justitie het principe dat lidstaten aansprakelijk zijn voor schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het EU-recht die hem kunnen worden toegerekend, ongeacht het orgaan, met inbegrip van de

wetgevende macht. Het Hof van Justitie stelde dat de voorwaarden voor deze aansprakelijkheid in principe hetzelfde dienen te zijn als die welke gelden voor de aansprakelijkheid van de EU en legde de voorwaarden vast voor aansprakelijkheid van de lidstaat wegens schending van het Gemeenschapsrecht in een materie waarbij de lidstaat over een ruime beoordelingsmarge beschikt. Wanneer een lidstaat over een ruime beoordelingsmarge beschikt, dan gelden volgende voorwaarden: *“In die omstandigheden kent het Gemeenschapsrecht een recht op schadevergoeding toe wanneer aan drie voorwaarden is voldaan, te weten dat de geschonden rechtsregel ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen, dat sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending, en ten slotte dat er een direct causaal verband bestaat tussen de schending van de op de Staat rustende verplichting en door de benadeelde personen geleden schade”*.

(H.v.J. 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur / Bundesrepublik Deutschland & The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a., C-46/93 & C-4/93, *Jur.* 1996, I, 1029, ro 37 e.v. 58; of bij de onjuiste omzetting van een richtlijn zie: H.v.J. 26 maart 1996, The Queen / H.M. Treasury, ex parte: Britisch Telecommunications plc, C-392/93, *Jur.* 1996, I, 1631, conclusie Advocaat-generaal Tesauro)

Om vast te stellen of de schending voldoende gekwalificeerd is dient te worden nagegaan of er sprake is van een kennelijke en ernstige miskenning door de lidstaat van de grenzen waarbinnen diens discretionaire bevoegdheid dient te blijven. Een kennelijke en ernstige miskenning staat niet gelijk met een zware fout. Dit moet geval tot geval beoordeeld worden, rekening houdend met alle elementen van de zaak: een enkele inbreuk op het Gemeenschapsrecht door een lidstaat kan een voldoende gekwalificeerde schending zijn, maar hoeft dit niet noodzakelijk te zijn.

Het Hof van Justitie formuleert hierbij een aantal elementen die de bevoegde rechterlijke instantie in beschouwing kan nemen: de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de omvang van de beoordelingsmarge die de geschonden regel de nationale instanties laat, de vraag of al dan niet opzettelijk een schending is begaan of schade is veroorzaakt, de vraag of een eventuele rechtsdwaling al dan niet verschoonbaar is, de omstandigheid dat de handelwijze van een gemeenschapsinstelling heeft kunnen bijdragen tot het verzuim, de vaststelling of de instandhouding van met het Gemeenschapsrecht strijdige nationale maatregelen of praktijken. (Zie eveneens:

H.v.J. 2 april 1998, Norbrook Laboratories Ltd / Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, C-127/95, *Jur.* 1998, I, 1531, ro 109; H.v.J. 4 juli 2000, Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA, en liquidation judiciaire, en Jean-Jacques Goupil / Commissie, C-352/98, *Jur.* 2000, 5291, ro 40; H.v.J. 4 juli 2000, Salomone Haim / Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein, C-424/97, *Jur.* 2000, I, 512, ro 43; H.v.J. 18 januari 2001, Svenska staten / Stockholm Lindöpark AB & Stockholm Lindöpark AB / Svenska staten, C-150/99, *Jur.* 2001, I, 493, ro 39; H.v.J. 28 juni 2001, Gervais Larsy / Rijksinstituut voor de sociale verzekering der zelfstandigen (RSVZ), C-118/00, *Jur.* 2001, I, 5063, ro 39)

In het Hedley Lomas-arrest preciseert het Hof dat wanneer een lidstaat niet voor normatieve keuzes staat en slechts een beperkte, of zelfs geen, beoordelingsmarge heeft, de loutere inbreuk op het Gemeenschapsrecht kan volstaan om een voldoende gekwalificeerde schending van het Gemeenschapsrecht vast te stellen. Deze zaak handelde over de miskenning van het verbod op kwantitatieve uitvoerbeperkingen vervat in artikel 29 van het Verdrag. (Zie: H.v.J. 23 mei 1996, *The Queen / Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland) Ltd*, C-5/94, *Jur.* 1996, I, 2253, ro 29)

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie blijkt verder dat de nationale rechter niet verplicht is om de toerekenbaarheid van de lidstaat te toetsen. Het gevolg daarvan is dat een lidstaat zich niet kan beroepen op een rechtvaardigingsgrond om in geval van een laattijdige omzetting of niet-omzetting van een richtlijn te ontkomen aan aansprakelijkheid. (Zie: WEYTS B., *Overheidsaansprakelijkheid wegens schending van het EU-recht in X.*, *Het recht van de Europese Unie en de Belgische rechter*, Bruylant, Brussel, 2015, p 397-422, waarin verwezen wordt naar A. VAN OEVELEN, M. WISSINK en R. MEIJER, “Staatsaansprakelijkheid wegens schending van het Europese gemeenschapsrecht in België en Nederland, *TPR* 2008, p 82 ev.)

Wat het onderzoek naar het oorzakelijk verband betreft, heeft het Hof van Justitie geen bijzondere regels uitgevaardigd voor de invulling van de causaliteitsvereiste zodat mag worden aangenomen dat de beoordeling ervan kan gebeuren volgens de regels van het nationaal aansprakelijkheidsrecht. (Zie: WEYTS B., “Overheidsaansprakelijkheid wegens schending van het EU-recht” in X., *Het recht van de Europese Unie en de Belgische rechter*, Bruylant, Brussel, 2015, p 397-422)

Waar de grondslag voor de aansprakelijkheid zich rechtstreeks in het Gemeenschapsrecht bevindt, staat het aan de lidstaat vrij om, in het kader van het nationale aansprakelijkheidsrecht, de gevolgen van de veroorzaakte schade ongedaan te maken.

Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie moet de schadevergoeding adequaat zijn ten opzichte van de geleden schade, zodat de daadwerkelijke bescherming van de rechten van de particulieren is verzekerd. (Zie: H.v.J. 5 maart 1996, *Brasserie du pêcheur / Bundesrepublik Deutschland & The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a.*, C-46/93 & C-4/93, *Jur.* 1996, I, 1029, ro 82; H.v.J. 10 juli 1997, *D. Bonifaci e.a. & W. Berto e.a. / Istituto nazionale della previdenza sociale*, C-94/95 & C-95/95, *Jur.* 1997, I, 3969, ro 48; H.v.J. 10 juli 1997, *Rosalba Palmisani / Istituto nazionale della previdenza sociale*, C-261/95, *Jur.* 1997, I, 4025, ro 26 en ro 35; H.v.J. 10 juli 1997, *Federica Maso e.a. & Graziano Gazzetta e.a. / Istituto nazionale della previdenza sociale*, C-373/95, *Jur.* 1997, I, 4051, ro 36; H.v.J. 25 februari 1999, *Carbonari*, C-131/97, *Jur.* 1999, I, 1103, ro 53)

Bij het ontbreken van gemeenschapsbepalingen terzake dient het nationale recht van elke lidstaat de criteria te bepalen voor de vaststelling van de omvang van de schadevergoeding; maar deze moeten beantwoorden aan het beginsel van gelijkwaardigheid en het beginsel van de volle werking. De criteria mogen niet ongunstiger zijn dan die welke voor gelijksoortige

vorderingen overeenkomstig het nationale recht gelden en in geen geval mag de vergoeding van de schade in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk worden gemaakt.

(Zie: H.v.J. 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur / Bundesrepublik Deutschland & The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e.a., C-46/93 & C-4/93, *Jur.* 1996, I, 1029, ro 83)

3.2.2 Belgische invulling van deze principes

Het Belgisch Hof van Cassatie besliste in het arrest van 1 juni 2006 (Sekten-arrest) dat het beginsel van de scheiding der machten en van de onafhankelijkheid van de wetgevende macht en van de parlementsleden niet inhouden dat de Staat in het algemeen ontheven zou zijn van zijn verplichting de schade te vergoeden die een fout van het parlement aan een derde heeft veroorzaakt. In dit arrest heeft het Hof van Cassatie beklemtoond dat het parlement aansprakelijk kan worden gesteld voor schadeverwekkende fouten begaan in de uitoefening van zijn wetgevende activiteit. (Zie: Cass. (voltallige kamer) AR C.05.0494.N, 1 juni 2006 (Belgische Staat / Universele Kerk van het Koninkrijk Gods, V.O.J.-C., B.K., D.B.B.A.-R.) Arr.Cass. 2006, afl. 6-7-8, 1267, concl. DE SWAEF, M.; RW 2006-07, afl. 6, 213 en <http://www.rw.be/> (31 oktober 2006), concl. DE SWAEF, M., noot VAN OEVELEN, A.; *TBP* 2006, afl. 7, 435, noot MUYLLE, K.)

Voortbouwend op het Flandria-arrest en de Anca-arresten heeft het Hof van Cassatie in het Sekten-arrest vooreerst het principe van overheidsaansprakelijkheid van de wetgever geformuleerd. De juridische grondslag is net zoals bij de overheidsaansprakelijkheid van de uitvoerende en rechterlijke macht artikel 1382 e.v. van het Burgerlijk Wetboek.

Ons nationaal recht hanteert soepeler voorwaarden voor de beoordeling van het onrechtmatigheidsvereiste dan het Hof van Justitie, ingevolge de toepassing van de artikelen 1382-1383 Burgerlijk Wetboek. (A. Van Oevelen, "De aansprakelijkheid van de Staat voor de schade veroorzaakt door regelgeving in strijd met het Europese Gemeenschapsrecht: voorrang voor de ten aanzien van de benadeelde gunstiger internrechtelijke regeling", noot bij Cass. 14 januari 2000, RW 2001-02, 1099, nr. 4)

Dat het Belgisch recht meer rechtsbescherming aan de burger biedt is geen probleem voor het Hof van Justitie.

Naar intern nationaal recht zal de Staat aansprakelijk zijn wanneer de Staat een wettelijke, een reglementaire of een supranationale norm schendt die aan de Staat een bepaalde gedraging of een bepaald verbod oplegt, behoudens wanneer er sprake is van onoverkomelijke dwaling of een andere grond tot vrijstelling van aansprakelijkheid.

Van zodra de schending van dergelijke rechtsregel is vastgesteld staat de fout vast: onwettigheid en onrechtmatigheid zijn synoniemen naar Belgisch recht. Dit is de

eenheidstheorie die door het Hof van Cassatie gehanteerd wordt bij de aansprakelijkheid van de overheid bij fouten van de uitvoerende macht, maar dus ook aanvaard wordt voor fouten van de wetgevende macht. (Zie: Cass. AR 6434, 13 mei 1982 (S.A. des charbonnages de Gosson-Kessales / Seraing-sur-Meuse) *Arr.Cass.* 1981-82, 1134; Bull. 1982, 1056, concl. VELU, J.; FJF 1982, 252; JT 1982, 772, concl. VELU, J.; Pas. 1982, I, 1056, concl. VELU, J.; *RCJB* 1984, 10, noot DALCQ, R.; *RGAR* 1984, 10.814; Cass. (1e k. AR C.98.0477.F, 14 januari 2000 (Evo-bus Belgium N.V. / Belgische Staat) <http://www.cass.be> (18 oktober 2001); *Arr.Cass.* 2000, afl. 1, 104; Bull. 2000, afl. 1, 102; RW 2001-02, 1096 en <http://www.rw.be> (19 april 2002), noot VAN OEVELEN, A.; Cass. (1e k.) AR C.02.0570.F, 28 september 2006 (Etat belge / F.J.M.L.) *Arr.Cass.* 2006, afl. 9, 1848; *Juristenkrant* 2006 (weergave MAES, E.), afl. 135, 1; <http://www.cass.be> (4 oktober 2006), concl. LECLERCQ, J.; *JT* 2006, afl. 6238, 594 en <http://jt.larcier.be/> (23 oktober 2006), concl. LECLERCQ, J., noot)

Wanneer het Hof van Justitie in een prejudicieel arrest oordeelt dat de wetgever een Europese norm geschonden heeft, volstaat deze beslissing voor de rechter dus om te besluiten dat die inbreuk een fout uitmaakt. De rechter dient enkel nog te onderzoeken of er gronden zijn tot vrijwaring van de aansprakelijkheid. (vgl. eensl. concl. Adv. Gen. Werquin bij Cass. 30 april 2015, *Pas.* 2015,1077; volgens Werquin nam het Hof van Cassatie in het arrest van 10 september 2010 (F.09.0042)N/1), waarnaar de Belgische Staat verwijst, ten onrechte afstand van de eenheidsleer door te oordelen dat een bijkomende beoordeling op grond van het “*goede huisvader*” criterium door de rechter vereist is)

Er dient derhalve niet meer te worden onderzocht of een normaal zorgvuldige Staat geplaatst in dezelfde omstandigheden, eveneens de supranationale norm zou hebben miskend.

Ook met betrekking tot de schadevergoeding is het intern nationale recht gunstiger, daar alhier het principe geldt van de integrale schadeloosstelling.

Wat tenslotte het oorzakelijk verband betreft is, wordt in België de equivalentietheorie toegepast: er is oorzakelijk verband van zodra vaststaat dat zonder die fout de schade zich niet zou hebben voorgedaan zoals ze zich *in concreto* heeft voorgedaan.

Naar intern Belgisch recht wordt geen “*direct oorzakelijk verband*” vereist.

3.2.3 Toepassing

3.2.3.1 De fout

In casu staat het niet ter betwisting dat de geschonden rechtsregels ertoe strekt particulieren rechten toe te kennen.

Het doel van de Richtlijn 2001/23 EG is, zoals door het Hof van Justitie uitdrukkelijk verwoord in het prejudicieel arrest, het verzekeren dat de werknemers bij verandering van ondernemer hun rechten behouden, door het mogelijk te maken dat zij aan dezelfde voorwaarden als zij met de vervreemder waren overeengekomen, in dienst van de nieuwe werkgever blijven.

Deze richtlijn beoogt derhalve zo veel mogelijk een ongewijzigde voortzetting van de arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking met de verkrijger te verzekeren, teneinde te voorkomen dat de betrokken werknemers uitsluitend ten gevolge van deze overgang in een mindere gunstige positie komen te verkeren.

De inhoud van die rechten kan bovendien worden vastgesteld op basis van de bepalingen van de richtlijn. De doelstelling van de Richtlijn 2001/23/EG wordt gerealiseerd door uitdrukkelijk de door de lidstaten na te leven minimumnorm te concretiseren en voor te schrijven in o.a. de artikelen 3 en 4 van de Richtlijn.

Ingevolge het arrest van het Hof van Justitie van 16 mei 2019 staat het vast dat de Belgische Staat deze bepalingen van de Richtlijn 2001/23/EG heeft geschonden doordat zij wetgeving daarmee in strijd heeft uitgevaardigd, met name artikel 61 WCO, dat een keuzerecht bevat zonder dat de verkrijger vooraf moet aantonen dat de keuze om bepaalde werknemers niet over te nemen gebaseerd is op technische, economische en organisatorische redenen.

De fout in hoofde van de Belgische Staat staat derhalve vast zonder dat onderzocht moet worden of een normaal zorgvuldige Staat geplaatst in dezelfde omstandigheden, eveneens de supranationale norm zou hebben miskend.

Hierbij moet worden opgemerkt dat door de Belgische Staat geen onoverkomelijke dwaling of een andere grond tot vrijstelling van aansprakelijkheid wordt ingeroepen.

3.2.3.2 De schade en het causaal verband

Naast een fout in hoofde van de Belgische Staat dient mevrouw P ook het bestaan van schade en een causaal verband tussen de fout en de schade aan te tonen.

Naar Belgisch recht wordt het oorzakelijk verband beoordeeld op basis van de equivalentietheorie en de "*conditio sine qua non*" test.

Dit verband bestaat zodra vaststaat dat zonder de fout de schade niet zou zijn ontstaan, zoals ze zich "*in concreto*" heeft voorgedaan.

Er moet een voldoende graad van zekerheid bestaan over het causaal verband. De loutere mogelijkheid van een causaal verband volstaat niet.

“Heeft een fout slechts ‘waarschijnlijk’ of zelfs ‘heel waarschijnlijk’ de schade veroorzaakt, of bestaat er ‘onzekerheid’ over het oorzakelijk verband tussen de fout en de schade, dan kan evenmin tot aansprakelijkheid worden besloten. Twijfel over het causaal verband kan ook niet leiden tot een gedeeltelijke aansprakelijkheid. In die zin oordeelt het Hof van Cassatie dat het causaal verband tussen een medische fout en het overlijden niet kan worden aanvaard, wanneer de fout van een gynaecoloog de patiënte 90 % overlevingskansen heeft doen verliezen, nu in 10 % der gevallen de correcte behandeling ook ondoeltreffend was geweest en tot het overlijden van de patiënte had geleid.” (cf. VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B., Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht, Intersentia, Antwerpen, 2009, p. 803, nr. 1270)

Bij de toepassing van de “*conditio sine qua non*” test dient de foutieve handeling te worden vervangen door een rechtmatige handeling.

In het voorliggende geval zou volgens mevrouw P het rechtmatig alternatief erin hebben bestaan dat de overnemer, de NV Prefaco, verplicht was alle werknemers over te nemen. Zij stelt dat de NV Prefaco zonder de schending van de richtlijn haar werkgever zou zijn geworden en de weigering van de NV Prefaco om haar verder te werk te stellen aanleiding zou hebben gegeven tot de uitbetaling van een opzeggingsvergoeding door deze laatste.

Het arbeidshof kan mevrouw P niet volgen in deze redenering.

Mevrouw P toont immers niet met zekerheid aan dat de wetgever geen andere alternatief had dan het keuzerecht van de overnemer te laten vallen in het geval van een gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag. Dit alternatief zou overigens niet werkzaam zijn. De verplichting tot overname van alle werknemers in het geval van gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag zou deze procedure volledig uithollen.

Ook het Hof van Justitie heeft geenszins bepaald dat de Belgische regeling in een overname van alle werknemers had dienen te voorzien.

Het Hof van Justitie stelt integendeel uitdrukkelijk dat artikel 4, lid 1 van de richtlijn 2001/23 geen beletsel vormt voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich meebrengen die geen intrinsiek verband houden met deze overgang.

Het Hof van Justitie oordeelde alleen dat de Belgische regeling van het keuzerecht te weinig garanties inhoudt ter bescherming van de werknemers tegen een ongerechtvaardigd ontslag, omdat op de verkrijger niet 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.

Hieruit volgt *a contrario* dat het Hof van Justitie een Belgische regeling waarbij op de verkrijger de verplichting rust om vooraf aan te tonen dat de ontslagen in het kader van de overgang te

wijten zijn aan technische, economische of organisatorische redenen wel richtlijnconform acht.

Mevrouw P zal derhalve moeten aantonen dat in de veronderstelling dat een richtlijnconforme regeling zou uitgewerkt geweest zijn zonder volledige overnameverplichting maar met voldoende waarborgen, de NV Prefaco haar toch had moeten overnemen omdat er geen economische, technische of organisatorische redenen voor handen zijn die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich meebrengen en die geen intrinsiek verband houden met de overgang.

Het arbeidshof kan alleen maar vaststellen dat mevrouw P niet het minste bewijs levert van het feit dat zij, indien de Belgische procedure voldoende waarborgen zou hebben bevat om preventief na te gaan of de NV Prefaco het ontslag of de niet-overname steunde op technische, economische of organisatorische redenen, die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich meebrengen en die geen intrinsiek verband houden met de overgang, wel overgenomen zou zijn geweest.

Mevrouw P houdt in ondergeschikte orde voor dat door de fout in hoofde van de Belgische Staat er minstens een kans verloren is gegaan dat haar arbeidsovereenkomst zou beëindigd zijn met uitbetaling van een opzeggingsvergoeding.

De rechter kan vergoeding toekennen voor het verlies van een kans op het verwerven van een voordeel of het vermijden van een nadeel indien het verlies van deze kans te wijten is aan een fout. Het verlies van een kans komt voor vergoeding in aanmerking indien tussen de fout en het verlies van deze kans een *conditio sine qua non* verband bestaat en het om een reële kans gaat. Bovendien komt enkel de economische waarde van de verloren gegane kans voor vergoeding in aanmerking. Deze waarde kan niet bestaan uit het volledige bedrag van het uiteindelijk geleden nadeel of het verloren voordeel. De rechter dient bij de begroting van de schadevergoeding rekening te houden met de graad van waarschijnlijkheid van de gunstige uitkomst van de kans. (vgl. Cass. 21 oktober 2013, AR C.13.0124.N, www.cass.be)

Wanneer er een richtlijnconforme regelgeving zou geweest zijn met de voorziene waarborgen maar zonder volledige overnameverplichting, dan zou mevrouw P volgens het arbeidshof:

- ofwel niet mee overgenomen zijn omdat voor de rechtbank afdoende aangetoond werd dat mevrouw P om technische, economische of organisatorische redenen niet mee moest worden overgenomen, in welk geval zij bij de NV Echo zou zijn gebleven en na de overname in het faillissement zou terechtgekomen zijn.

- ofwel zou mevrouw P mee overgenomen zijn door de NV Prefaco, omdat er geen technische, economische of organisatorische redenen aanwezig waren of aanvaard werden, in welk geval zij nuttig kon tewerkgesteld worden door deze laatste.

Hieruit blijkt dat in geen enkele hypothese er een reële kans bestond dat mevrouw P door de NV Prefaco zou overgenomen worden om nadien met uitbetaling van een opzeggingsvergoeding te worden ontslagen.

Uit hetgeen voorgaat volgt wel dat mevrouw P ingevolge de fout van de Belgische Staat een reële kans heeft verloren om bij de NV Prefaco tewerkgesteld te worden.

De in uiterst ondergeschikte orde door haar ingestelde vordering in betaling van een schadevergoeding wegens verlies van een kans op een tewerkstelling bij de NV Prefaco (met een hoger loon dan het loon dat zij thans in het kader van haar huidige tewerkstelling als contractueel personeelslid van het Vlaams departement van onderwijs verdient) tot aan de pensioengerechtigde leeftijd, kan naar het oordeel van het arbeidshof dus wel worden ingewilligd.

De graad van waarschijnlijkheid van een gunstige uitkomst van deze kans is echter laag. In dat verband kan nuttig worden verwezen naar de beroepsconclusie van de NV Prefaco d.d. 20 april 2017 (p. 50-55), waarin deze laatste op gedetailleerde wijze uiteenzette om welke technische, organisatorische en economische redenen mevrouw P niet werd overgenomen. Deze argumenten werden in hoger beroep niet weerlegd door mevrouw P en komen het arbeidshof plausibel over zodat de kans dat de ondernemingsrechtbank de ingeroepen redenen niet zou aanvaarden als eerder klein wordt ingeschat.

Bovendien is het natuurlijk ook niet geheel zeker of mevrouw P haar tewerkstelling bij de NV Prefaco zou kunnen behouden hebben tot aan de pensioenleeftijd.

Om die redenen wordt de schadevergoeding wegens verlies van een kans door het arbeidshof ex aequo et bono op 1.000,00 euro geraamd.

4. De gerechtskosten

Mevrouw P dient met toepassing van artikel 827 van het Gerechtelijk Wetboek tot de gerechtskosten van de NV Prefaco te worden veroordeeld.

Wat betreft haar vordering in vrijwaring dient de NV Prefaco tot de gerechtskosten van de Belgische staat te worden veroordeeld. De vordering in vrijwaring creëert een nieuwe procesverhouding en dus het recht op een rechtsplegingsvergoeding.

De Belgische Staat dient als de in het ongelijk gestelde partij tot de gerechtskosten van mevrouw P te worden veroordeeld. Gelet op de complexiteit van de zaak (met prejudiciële vraag) is het arbeidshof van oordeel dat op het verzoek van mevrouw P om de maximum rechtsplegingsvergoeding toe te kennen, kan worden ingegaan.

BESLISSING

Het arbeidshof,

Verwerpt de exceptie van materiële onbevoegdheid, ingeroepen door de Belgische Staat.

Verklaart het hoger beroep gegrond en het incidenteel beroep ongegrond.

Vernietigt het vonnis van 23 mei 2016 van de arbeidsrechtbank Antwerpen, afdeling Hasselt.

Verleent akte aan de afstand van de rechtsvordering van mevrouw Christa P jegens de NV Prefaco en willigt deze in.

Veroordeelt mevrouw Christa P tot de betaling van de gerechtskosten van de NV Prefaco. Deze gerechtskosten worden vereffend op 6.000,00 euro rechtsplegingsvergoeding arbeidsrechtbank en 1.440,00 euro rechtsplegingsvergoeding hoger beroep, zoals gevorderd.

Verklaart de vordering in vrijwaring van de NV Prefaco tegen de Belgische Staat zonder voorwerp.

Veroordeelt de NV Prefaco tot de betaling van de gerechtskosten van de Belgische Staat. Deze gerechtskosten worden vereffend op 1.440,00 euro rechtsplegingsvergoeding arbeidsrechtbank en 1.440,00 euro rechtsplegingsvergoeding arbeidshof, zoals gevorderd.

Verklaart de tussenvordering van mevrouw Christa P tegen de Belgische Staat ontvankelijk en gegrond zoals volgt.

Veroordeelt de Belgische Staat om aan mevrouw Christa P een schadevergoeding te betalen van 1.000,00 euro, meer de compensatoire intresten aan de wettelijke intrestvoet.

Veroordeelt de Belgische Staat tot de betaling van de gerechtskosten van mevrouw Christa P. Deze gerechtskosten worden vereffend op 6.000,00 euro rechtsplegingsvergoeding arbeidsrechtbank en 12.000,00 euro rechtsplegingsvergoeding arbeidshof, zoals gevorderd.