

Sag C-431/23**Sammendrag af anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 98, stk. 1, i Domstolens procesreglement****Dato for indlevering:**

11. juli 2023

Forelæggende ret:

Tribunal du travail de Liège (Belgien)

Afgørelse af:

26. maj 2023

Sagsøgere:

AE m.fl.

Sagsøgte:

BA, EP og RI, som kuratorer for WIBRA BELGIË SA
WIBRA BELGIË SRL

I. Faktiske omstændigheder

- 1 WIBRA er en nederlandsk virksomhed etableret i Belgien og Nederlandene, som driver detailhandel med forbrugsvarer af enhver art (tekstiler, dekoration, rengøringsmidler mv.) til lave priser.
- 2 Efter den midlertidige lukning af virksomhedens butikker som følge af Covid 19-krisen led det belgiske datterselskab, aktieselskabet Wibra België (herefter »SA Wibra België«), et væsentligt omsætningstab i 2020. På dette tidspunkt drev det 81 butikker og havde 439 ansatte.
- 3 Den 20. juli 2020 afholdt SA Wibra België et ekstraordinært møde i bestyrelsen og udsendte en pressemeddelelse, hvori det blev oplyst, at der forelå en yderst vanskelig situation, at det var hensigten at bevare en del af virksomhedens butikker i Belgien, og at det var nødvendigt at indgive en anmodning om retslig omstrukturering.

- 4 Den 30. juli 2020 indgav SA Wibra België en anmodning om retslig omstrukturering ved tribunal de l'entreprise de Gand (retten i handels- og erhvervsretlige sager i Gent, afdeling Dendermonde) (Belgien) (herefter »retten i handels- og erhvervsretlige sager«). Ved dom af samme dag blev der udpeget tre retsbefuldmægtigede (BA, EP og RI) med den opgave at organisere og overføre hele eller en del af selskabets aktiviteter.
- 5 De retsbefuldmægtigede meddelte retten i handels og erhvervsretlige sager det eneste tilbud, de havde accepteret, som var fremsat af det nederlandske selskab Wibra Nederland BV, der havde til hensigt at *»skabe en ny begyndelse i en lettere/reduceret/friere form på det belgiske marked med et selskab, som vil blive etableret, og med en del af de butikker, som drives i øjeblikket«*¹. Tilbuddet vedrørte køb af 36 af de 81 forretningslokaler, herunder hovedsædet, og overtagelse af 183 af de 439 arbejdstagere, som skulle udvælges af den foreslåede køber.
- 6 Den 30. september 2020 blev anpartsselskabet Wibra België (herefter »SRL Wibra België«) oprettet med henblik på at genoptage og videreføre en del af SA Wibra Belgiës aktiviteter.
- 7 Den 1. oktober 2020 blev der afholdt et nyt møde i bedriftsråde med deltagelse af repræsentanter for fagforeninger. Ifølge SA Wibra België havde ledelsen og de retsbefuldmægtigede hermed til hensigt at give arbejdstagerne de nødvendige oplysninger som led i anmodningen om godkendelse af tilbuddet med hensyn til proceduren for retslig omstrukturering ved en overførsel, som henhører under domstolenes kompetence.
- 8 Den 8. oktober 2020 blev denne anmodning om godkendelse afvist af retten i handels- og erhvervsretlige sager. Retten fastslog, at visse elementer i udkastet var i strid med dels kollektivt overenskomst nr. 102 af 5. oktober 2011 om opretholdelse af ansattes rettigheder i tilfælde af ændring af arbejdsgiveren som følge af en retslig omstrukturering ved en overførsel, som henhører under domstolenes kompetence (MB af 25.4.2013, s. 25097), dels Rådets direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter (EFT 2001, L 82, s. 16).
- 9 Samme dag erklærede retten i handels- og erhvervsretlige sager SA Wibra België konkurs og udpegede BA, EP og RI som kuratorer.
- 10 Arbejdstagerne blev straks oplyst om afgørelsen og om, at deres kontrakt blev ophævet med betaling af godtgørelse for manglende overholdelse af opsigelsesvarsel.

¹ – Dom afsagt af tribunal de l'entreprise de Gand (retten i handels- og erhvervsretlige sager i Gent) den 8.10.2020, [præmis 5], frit oversat af den forelæggende ret.

- 11 Den 9. oktober meddelte WIBRA, selv om retten i handels- og erhvervsretlige sager havde afvist at godkende købstilbuddet, og på trods af konkursafgørelsen, ved en pressemeddelelse, at 36 butikker snart ville blive genåbnet, og at 183 arbejdstagere ville blive overtaget med nye arbejdskontrakter.
- 12 Samme dag overdrog kuratorerne en del af SA Wibra België's aktiver til SRL Wibra België, som ansatte 183 af de 439 afskedigede arbejdstagere.
- 13 Den 1. april 2021 blev kuratorerne af visse af de arbejdstagere, der ikke var blevet overtaget, forelagt spørgsmål om, hvorvidt den forudgående informations- og konsultationsprocedure var blevet overholdt, og om den måde, hvorpå visse af SA Wibra België's aktiviteter var blevet overdraget til erhververen den 9. oktober 2020.
- 14 Kuratorerne svarede, at forpligtelserne til at informere og konsultere arbejdstagerrepræsentanterne var blevet overholdt under proceduren for retslig omstrukturering ved en overførsel, som henhører under domstolens kompetence.

Ifølge kuratorerne havde retten i handels- og erhvervsretlige sager, uanset afgørelsen om afvisning af udkastet til overtagelse, kontrolleret og godkendt gennemførelsen af proceduren og hørt arbejdstagerrepræsentanterne ved retsmødet.
- 15 Det fremgår af sagsakterne, at SRL Wibra België siden 2021 har haft betydelige overskud, og at nye belgiske butikker er genåbnet efter konkursen under navnet WIBRA.

II. Tvistens genstand og parternes påstande

- 16 60 tidligere arbejdstagere (herefter »sagsøgerne«) har rejst krav for den forelæggende ret om betaling af godtgørelse og renter mod konkursboet efter SA Wibra België (BA, EP og RI som kuratorer, herefter også »de første sagsøgte«) og mod det nye selskab, SRL Wibra België.

De har nærmere bestemt nedlagt følgende påstande:

- Det fastslås, at de sagsøgte har tilsidesat deres forpligtelse til forudgående information og konsultation i forbindelse med kollektiv afskedigelse i henhold til kollektiv overenskomst nr. 24 af 2. oktober 1975 vedrørende proceduren for information og konsultation af arbejdstagerrepræsentanter i forbindelse med kollektive afskedigelser (MB af 17.2.1976, nr. 1975100250, s. 1716) og loi du 13 février 1998 portant des dispositions en faveur de l'emploi (lov af 13.2.1998 vedrørende beskæftigelsesforanstaltninger) (MB af 19.2.1998, nr. 1998012088, s. 4643) (herefter »lov af 13. februar 1998«).
- Det fastslås, at overdragelsen af aktiviteter mellem konkursboet efter SA Wibra België og SRL Wibra België udgør en overførsel af en virksomhed ved aftale

som omhandlet i kollektiv overenskomst nr. 32a af 7. juni 1985 vedrørende arbejdstageres rettigheder i tilfælde af ændring af arbejdsgiveren som følge af en overførsel af en virksomhed ved aftale og om regler for overtagne arbejdstageres rettigheder i tilfælde af overtagelse af aktiverne efter konkurs (MB af 9.8.1985, nr. 1985800218, s. 11528).

- Sagsøgernes tab opgøres, på grundlag heraf fastsættes deres fordringer på godtgørelse og renter i konkursboet efter SA Wibra België, og sagen hjemvises til retten i handels- og erhvervsretlige sager med henblik på, at denne ret træffer afgørelse om anerkendelse af disse fordringers anmeldelse i konkursboet.
- SRL Wibra België tilpligtes alene eller solidarisk, og ved manglende betaling personligt, at betale den fastsatte godtgørelse med renter.

- 17 SA Wibra België har gjort gældende, at kravene er ugrundede, både for så vidt de støttes på kollektiv overenskomst nr. 24 vedrørende kollektiv afskedigelse, og for så vidt de støttes på kollektiv overenskomst nr. 32a vedrørende overførsel af en virksomhed.

Hvad angår klagepunktet om, at der ikke blev givet præcise og konkrete oplysninger om den kollektive afskedigelse, har selskabet gjort gældende, at der bør sondres mellem den periode, der gik forud for proceduren for retslig omstrukturering, perioden efter denne procedure og selve konkursen.

Selskabet er af den opfattelse, at transaktionen mellem konkursboet efter SA Wibra België og SRL Wibra België ikke kan kvalificeres som en overførsel af en virksomhed ved aftale som omhandlet i kollektiv overenskomst nr. 32a, idet de overtagne arbejdstageres rettigheder derimod skal bedømmes i henhold til reglerne om overtagelse af aktiver efter en konkurs.

- 18 SRL Wibra België har gjort gældende, at påstandene er ugrundede. I henhold til artikel 65 i lov af 13. februar 1998 er anvendelsen af kollektiv overenskomst nr. 24 udtrykkeligt udelukket i tilfælde af konkurs.

Selskabet har endvidere gjort gældende, at sagsøgerne ikke kan påberåbe sig EU-rettens bestemmelser med henblik på at pålægge arbejdsgiveren forpligtelser; for så vidt som direktiv 2001/23 ikke er gennemført i national lovgivning, har fortolkningen heraf nemlig ikke direkte horisontal virkning.

Selskabet har gjort gældende, at det ikke hæfter solidarisk med SA Wibra België for gæld, der er opstået før tidspunktet for overførslen af aktiverne og arbejdstagerne, idet de bestemmelser, der finder anvendelse på den foreliggende sag, er indeholdt i kapitel III i kollektiv overenskomst nr. 32a og ikke i kapitel II.

III. Retsforskrifter – forpligtelser til at informere og konsultere arbejdstagernes repræsentanter i tilfælde af kollektiv afskedigelse

- 19 Forskellige nationale bestemmelser fastsætter forpligtelser til forudgående at informere og konsultere arbejdstagernes repræsentanter i tilfælde af kollektiv afskedigelse. Disse bestemmelser har til formål at forhindre, reducere eller afhjælpe konsekvenserne af den kollektive afskedigelse ved hjælp af sociale ledsageforanstaltninger ved at fremme dialogen og ved at give loyale, fuldstændige og gennemskuelige informationer. Disse bestemmelser fremgår navnlig af kollektiv overenskomst nr. 24, hvortil artikel 66 i lov af 13. februar 1998 henviser.
- 20 Artikel 2 i Rådets direktiv 98/59/EF af 20. juli 1998 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger vedrørende kollektive afskedigelser (EFT 1998, L 225, s. 16) fastsætter de informations- og konsultationsforpligtelser, som påhviler en arbejdsgiver, der påtænker at foretage kollektive afskedigelser.
- 21 Ved dom af 12. oktober 2004, Kommissionen mod Portugal (C-55/02, EU:C:2004:605), fastslog Domstolen, at reglerne om kollektiv afskedigelse fandt anvendelse på alle afskedigelser, der foretages af grunde, som ikke kan tilregnes arbejdstageren selv, såsom i forbindelse med konkurs.
- 22 Ved dom af 3. marts 2011, Claes m.fl. (C-235/10 – C-239/10, EU:C:2011:119), fastslog Domstolen, at artikel 1-3 i direktiv 98/59 skal fortolkes således, at disse bestemmelser finder anvendelse i tilfælde, hvor en virksomheds aktiviteter standser som følge af en retsafgørelse om opløsning og likvidation på grund af insolvens, og virksomheden er arbejdsgiver, selv om det i den nationale lovgivning foreskrives, at arbejdstagernes arbejdskontrakter ophører med øjeblikkelig virkning i forbindelse med en sådan opløsning. De forpligtelser, som følger af artikel 2 og 3 i direktiv 98/59, skal opfyldes, indtil en virksomhed, som er tvunget i opløsning og likvidation, ikke længere har status som juridisk person. De forpligtelser, der påhviler arbejdsgiveren i henhold til disse artikler, skal opfyldes af den omhandlede virksomheds ledelse, når denne består – også selv om den kun har begrænsede beføjelser til at lede virksomheden – eller af virksomhedens likvidator, for så vidt denne fuldstændigt har overtaget ledelsen af virksomheden.

1. De første sagsøgte forpligtelser som kuratorer for konkursboet

- 23 Artikel 65 i lov af 13. februar 1998 udelukker udtrykkeligt anvendelsen af denne lovs kapitel VII vedrørende de forudgående informations- og konsultationsforpligtelser i tilfælde af en kollektiv afskedigelse, der foretages som led i en konkursprocedure.
- 24 Tilsvarende pålægger direktiv 98/59 ikke udtrykkeligt en konkursramt arbejdsgiver en sådan forpligtelse.

- 25 Hverken direktiv 98/59 eller Domstolens fortolkning heraf gør det muligt at pålægge arbejdsgiveren forudgående informations- og konsultationsforpligtelser i forbindelse med en konkurs.

Direktiverne har nemlig ikke direkte horisontal virkning; før de er gennemført i national lovgivning, kan de være en direkte kilde til rettigheder, men ikke til forpligtelser for private.

- 26 For så vidt som de eneste bestemmelser, der fastsætter forudgående informations- og konsultationsforpligtelser i forbindelse med kollektiv afskedigelse, udelukker tilfældet konkurs, kan SA Wibra België ikke bebrejdes at have begået en tilsidesættelse efter konkurserklæringen.
- 27 Dermed kan BA, EP og RI som kuratorer for konkursboet efter SA Wibra België ikke holdes ansvarlige for den skade, som sagsøgerne har lidt, eftersom de i denne egenskab ikke var forpligtet til at overholde kollektive overenskomster, der fastsætter en procedure for forudgående konsultation eller mægling inden en kollektiv afskedigelse.

2. De første sagsøgte forpligtelser som retsbefuldmægtigede

- 28 Det forholder sig helt anderledes med BA's, EP's og RI's ansvar som retsbefuldmægtigede, der er udpeget som led i den retslige omstrukturering af selskabet.
- 29 I denne egenskab forhandlede de moderselskabet Wibra Nederland [BV]'s overtagelse af en del af aktiviteterne og arbejdstagerne. Den 21. september 2020 accepterede de dette selskabs tilbud, som indebar overtagelse af 183 af de 439 arbejdstagere.
- 30 Fra forhandlingerne med Wibra Nederland [BV] og senest på det tidspunkt, hvor de accepterede tilbuddet, den 21. september 2020, vidste de første sagsøgte således, eller burde de have vidst, at en kollektiv afskedigelse var uundgåelig.
- 31 I modsætning til de regler, der er fastsat i tilfælde af konkurs, er forpligtelserne til information og konsultation før en kollektiv afskedigelse ikke udtrykkeligt udelukket i tilfælde af en retslig omstrukturering. Disse forpligtelser påhvilede derfor SA Wibra België i forbindelse med den retslige omstrukturering, der blev påbudt af retten i handels- og erhvervsretlige sager den 30. juli 2020.
- 32 De nationale bestemmelser på området gentager ordret reglerne i artikel 2, stk. 3, i direktiv 98/59:

»For at gøre det muligt for arbejdstagernes repræsentanter at fremsætte konstruktive forslag er arbejdsgiveren forpligtet til i tilstrækkelig god tid under konsultationerne:

a) at give dem alle relevante oplysninger, og

b) under alle omstændigheder at give dem skriftlig meddelelse om:

i) årsagerne til de påtænkte afskedigelser

ii) hvor mange arbejdstagere der skal afskediges, og hvilke kategorier de tilhører

iii) hvor mange arbejdstagere der normalt beskæftiges, og hvilke kategorier de tilhører

iv) i hvilket tidsrum de påtænkte afskedigelser skal finde sted

v) hvilke kriterier der tænkes anvendt til at udvælge de arbejdstagere, der skal afskediges, for så vidt det ifølge national lovgivning og/eller praksis er arbejdsgiveren, der har beføjelse hertil

vi) efter hvilken metode en eventuel afskedigelsesgodtgørelse tænkes beregnet, når der er tale om en anden godtgørelse end den, der er fastsat i national lovgivning og/eller praksis. [...]«

- 33 SA Wibra België har gjort gældende, at selskabet gennem sine retsbefuldmægtigede informerede og konsulterede arbejdstagernes repræsentanter angående sin økonomiske situation og de påtænkte løsninger. Selskabet har henvist til forskellige møder, der fandt sted efter indledningen af proceduren for retslig omstrukturering.
- 34 Imidlertid fremgår det ikke af de af referaterne af disse møder, der er blevet fremlagt, at der blev truffet de ledsage- og informationsforanstaltninger, som er nødvendige i forbindelse med en kollektiv afskedigelse.
- 35 De forskellige meddelelser fra SA Wibra België og indholdet af de møder i bedriftsrådet, der blev afholdt før konkursen, illustrerer, at den sociale dialog har været mangelfuld, og at proceduren for kollektiv afskedigelse ikke er blevet overholdt.
- 36 Der foreligger intet spor af en skriftlig meddelelse som krævet i henhold til artikel 66, stk. 1, i lov af 13. februar 1998. SA Wibra België vidste imidlertid den 1. oktober 2020, eller burde have vidst, at en kollektiv afskedigelse var uundgåelig, hvad enten denne afskedigelse ville ske efter accepten af overtagelsestilbuddet i forbindelse med proceduren for retslig omstrukturering eller, såfremt dette tilbud blev afvist, som følge af selskabets konkurs.
- 37 Det forhold, at arbejdstagernes repræsentanter blev hørt ved mødet den 5. oktober 2020, som gav anledning til konkursdekretet af 8. oktober, er ikke tilstrækkeligt til at godtgøre, at de pågældende forpligtelser er blevet opfyldt.
- 38 For så vidt som det overtagelsestilbud, der blev fremsat i forbindelse med proceduren for retslig omstrukturering, ikke førte til et resultat, kunne

arbejdstagernes repræsentanter ikke forudse, at selskabets konkurs var umiddelbart forestående. Den retlige sammenhæng, inden for hvilken transaktionen fandt sted, gjorde det ikke muligt for arbejdstagernes repræsentanter at udspørge selskabets ledelse på nyttig vis og inden for en rimelig tidshorisont.

- 39 Arbejdstagerne fik ikke klare og tilstrækkelige oplysninger om, hvad der ville ske med dem. Samtidig forberedte selskabet sin omstrukturering; det kan ikke have været uvidende om, at der ville ske en kollektiv afskedigelse, eller om de heraf følgende forpligtelser.
- 40 Endvidere, og i modsætning til, hvad SA Wibra België har gjort gældende, fritager det forhold, at de retsbefuldmægtigedes opgaver udføres »*under rettens kontrol og myndighed*«, ikke selskabet fra dets informations- og konsultationsforpligtelser. Proceduren for retslig omstrukturering har ingen relevans for selskabets drift, eftersom virksomhedens ledelse henhører fuldstændigt under dens organer.
- 41 De sagsøgte argumentation er baseret på den opfattelse, at retten i handels- og erhvervsretlige sager ikke fastslog, at reglerne for kollektiv afskedigelse blev tilsidesat. Imidlertid omgik SA Wibra België bevidst rettens afslag på godkendelse af overtagelsestilbuddet, idet selskabet på trods af dette afslag overførte en del af sine aktiviteter, lokaler og arbejdstagere til SRL Wibra België, som forinden var oprettet til dette formål, og overlod de ikke-overtagne arbejdstagere til kuratorerne og Fonds de fermeture des entreprises (fonden for lukning af virksomheder) (og dermed til samfundet).
- 42 Det kan således ikke med føje hævdes, at en retslig kontrol dækkede de forpligtelser, som påhvilede SA Wibra België, eftersom denne kontrol i sidste ende førte til en afvisning af det tilbud, der blev forelagt af de retsbefuldmægtigede.

IV. Retlig kvalificering af den transaktion, hvorved SA Wibra België's aktiver blev overdraget til SRL Wibra België: overførsel af en virksomhed ved aftale eller overdragelse af aktiver efter en konkurs?

- 43 Direktiv 2001/23 fastsætter to foranstaltninger til beskyttelse af arbejdstagere i forbindelse med en overførsel af en virksomhed: for det første overtagelse af alle den overførte virksomheds arbejdstagere (artikel 4, stk. 1); for det andet overførsel til erhververen af alle rettigheder og forpligtelser i henhold til de overførte arbejdskontrakter (artikel 3, stk. 1).
- 44 Dette direktiv er bl.a. gennemført i belgisk lovgivning ved kollektiv overenskomst nr. 32a. I overenskomstens artikel 6 præciseres det, at dens kapitel II vedrørende arbejdstageres rettigheder i tilfælde af ændring af arbejdsgiveren som følge af overførsel af en virksomhed ved aftale »*finder anvendelse på enhver ændring af arbejdsgiveren som følge af overførslen af en virksomhed eller en del af en virksomhed ved aftale med undtagelse af de tilfælde, [hvor aktiver overtages efter*

en konkurs]. Som overførsel i henhold til denne kollektive overenskomst anses overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet, forstået som en helhed af midler, der er organiseret med henblik på udøvelse af en økonomisk aktivitet, uanset om den er væsentlig eller accessorisk, jf. dog første punktum i denne artikel.«

- 45 Overførsel af en virksomhed som omhandlet i direktiv 2001/23 og i kollektiv overenskomst nr. 32a indebærer tre elementer:
- En ændring af arbejdsgiveren.
 - Overførsel af virksomheden eller en del af virksomheden.
 - At overførslen sker ved aftale. Domstolen har anlagt en fleksibel fortolkning af begrebet overdragelse ved aftale med henblik på at tilgodese direktivets formål om at beskytte lønmodtagerne i tilfælde af overførsel af en virksomhed, og fastslået, at dette direktiv finder *»anvendelse i alle de tilfælde, hvor der som led i et kontraktsforhold sker en udskiftning af den fysiske eller juridiske person, som er ansvarlig for virksomhedens drift, og som påtager sig en arbejdsgivers forpligtelser over for arbejdstagerne i virksomheden«* (dom af 15.6.1988, Bork International m.fl., 101/87, EU:C:1988:308, præmis 13).
- 46 Artikel 7 i kollektiv overenskomst nr. 32a bestemmer følgende: *»Overdragerens rettigheder og forpligtelser i henhold til en arbejdskontrakt eller et arbejdsforhold, som bestod på tidspunktet for overførslen i henhold til artikel 1, stk. 1, overgår som følge af denne overførsel til erhververen.«*
- 47 Artikel 8 fastsætter, at overdrageren og erhververen hæfter solidarisk for *»for gæld, som er opstået før overførelstidspunktet som omhandlet i artikel 1, stk. 1, og som følger af arbejdskontrakter, der eksisterede på dette tidspunkt [...]«*.
- 48 Artikel 11 ff., som fremgår af kapitel III, vedrører arbejdstagernes situation i tilfælde af overtagelse af aktiver efter en konkurs. Som en undtagelse fra reglerne i kapitel II overføres gæld vedrørende sociale bidrag, som er opstået før overførelstidspunktet, i dette tilfælde ikke til erhververen, ligesom erhververen ikke hæfter solidarisk med overdrageren.
- 49 Tilsvarende fastsætter artikel 5 i direktiv 2001/23 følgende:
- »Medmindre medlemsstaterne bestemmer andet, gælder artikel 3 og 4 ikke for overførsel af en virksomhed eller bedrift eller af en del af en virksomhed eller bedrift, når der mod overdrageren er indledt konkursbehandling eller en anden tilsvarende insolvensbehandling, som tager sigte på realisering af overdragerens aktiver, og som er under tilsyn af en kompetent offentlig myndighed (som kan være en kurator, der er godkendt af en kompetent offentlig myndighed).«*
- 50 Endelig blev kollektiv overenskomst nr. 102 indgået efter ikrafttrædelsen af loi du 31 janvier 2009 relative à la continuité des entreprises (lov af 31.1.2009 om

virksomheders fortsatte funktion) (MB af 9.2.2009, nr. 2009009047, s. 8436), som indførte en ordning for overførsel, som henhører under domstolens kompetence.

- 51 I forbindelse med Covid 19-krisen iværksatte lovgiver forskellige støtteforanstaltninger til virksomheder. Disse omfatter den såkaldte »pre-pack«-procedure eller »stille konkurs«, som er fastsat i artikel XX.39/1 i Code de droit économique (lovbogen om økonomisk ret) i afsnittet om retslig omstrukturering af virksomheder.
- 52 Der er tale om en fase, hvor omstruktureringen af virksomheden forberedes, og hvor en retsbefuldmægtiget kan udpeges med henblik på at nå et forlig eller en kollektiv aftale, når skyldneren kan godtgøre, at virksomhedens fortsatte drift er truet på kort eller lang sigt.
- 53 Det retlige begreb pre-pack »består i det væsentlige i en procedure i to etaper: den første, som sædvanligvis er fortrolig, hvorunder en omstrukturering forhandles og aftales med de forskellige involverede parter, eller nogle af dem, og den anden, hvorved denne aftale offentliggøres som led i en insolvensbehandling, og som principielt skal være kort, eftersom omstruktureringen allerede er blevet drøftet og forhandlet i den første fase«².
- 54 Den belgiske lovgiver har således haft til hensigt, at forhandlingen af en omstrukturingsplan skal være fortrolig, uden at den udsættes for negativ offentlig omtale (pre-pack-plan)³, men har ikke vedtaget regler om forberedelsen af virksomhedens overdragelse (pre-pack-overdragelse).
- 55 I dom af 22. juni 2017, Federatie Nederlandse Vakvereniging m.fl. (C-126/16, EU:C:2017:489), blev det fastslået, at pre-pack-overdragelse, som finder anvendelse i nederlandsk lovgivning, er i strid med artikel 5 i direktiv 2001/23. Ifølge Domstolen »er den i hovedsagen omhandlede pre-pack-procedure [...] ganske vist forberedt før konkurserklæringen, men den er gennemført efter denne. En sådan procedure, der faktisk omfatter konkursen, kan følgelig henhøre under begrebet »konkursbehandling« som omhandlet i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/23« (præmis 46), og »fasen for pre-pack-proceduren som den, der er omhandlet i hovedsagen, der går forud for konkurserklæringen, [...] har [ikke] noget grundlag i den omhandlede nationale lovgivning« (præmis 53).
- 56 Ifølge Domstolen »forvaltes denne procedure således ikke under rettens tilsyn, men, således som det følger af de sagsakter, der er indgivet til Domstolen, af virksomhedens ledelse, der fører forhandlinger og vedtager afgørelser, som forbereder salget af virksomheden under konkursbehandling« (præmis 54). Domstolen fastslog endelig, at »[s]elv om den påtænkte kurator og den påtænkte

² – C. ALTER og Z. PLETINCKX, »Loi du 21 mars 2021 modifiant le livre XX du Code de droit économique et le Code des Impôts sur les revenus 1992«, *Journal des Tribunaux*, 2021/20, nr. 6858, s. 367.

³ – Doc. parl., Ch., 2019/2020, nr. 1337/004, s. 10.

tilsynsførende dommer er udpeget af retten på anmodning fra virksomheden under konkursbehandling, har de ikke formelt nogen beføjelser. De kontrolleres således ikke af en offentlig myndighed« (præmis 55).

- 57 I dom af 16. maj 2019, Plessers (C-509/17, EU:C:2019:424), bekræftede Domstolen sin retspraksis med en identisk begrundelse: *»Rådets direktiv 2001/23/EF af 12. marts 2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter, særlig direktivets artikel 3-5, skal fortolkes således, at det er til hinder for en national lovgivning som den i hovedsagen omhandlede, som i tilfælde, hvor en overdragelse af en virksomhed har fundet sted i forbindelse med en procedure for retslig omstrukturering ved en overførsel, som henhører under domstolens kompetence, der er anvendt med henblik på at fortsætte hele eller dele af virksomheden eller dens aktiviteter, giver erhververen ret til at vælge, hvilke arbejdstagere vedkommende ønsker at overtage.«*
- 58 I dom af 28. april 2022, Federatie Nederlandse Vakbeweging (Pre-pack-procedure) (C-237/20, EU:C:2022:321), reviderede Domstolen sin opfattelse i et tilfælde, hvor konkursboet efter et nederlandsk selskab gennem pre-pack-ordningen havde overdraget sine aktiviteter til to nye »datter«-selskaber, som overtog en del af arbejdstagerne på mindre fordelagtige arbejdsbetingelser. Domstolen fastslog, at *»artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/23 skal fortolkes således, at den deri fastsatte betingelse om, at dette direktivs artikel 3 og 4 ikke finder anvendelse på en virksomhedsoverførsel, når der mod overdrageren er indledt konkursbehandling eller en anden tilsvarende insolvensbehandling, »som tager sigte på realisering af overdragerens aktiver«, er opfyldt, når overførslen af hele eller dele af en virksomhed er forberedt forud for indledningen af en konkursbehandling, under hvilken overførslen gennemføres, inden for rammerne af en pre-pack-procedure, der har som hovedformål under konkursbehandlingen at muliggøre en afvikling af virksomheden som going concern, der bedst fyldestgør alle kreditorerne og så vidt muligt varetager arbejdspladserne, forudsat, at en sådan pre-pack-procedure er reguleret ved lov eller administrative bestemmelser« (præmis 55), og at »den omstændighed, at overførslen af hele eller dele af en virksomhed er forberedt inden for rammerne af en pre-pack-procedure forud for konkurserklæringen af en »påtænkt kurator« og underlagt tilsyn af en »påtænkt tilsynsførende dommer«, ikke er til hinder for, at den tredje betingelse i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/23 kan anses for at være opfyldt« (præmis 65).*
- 59 Domstolen fastslog i denne dom, at en pre-pack-procedure, for så vidt som den er reguleret ved lov eller administrative bestemmelser, er omfattet af undtagelsen i artikel 5 i direktiv 2001/23.
- 60 SA Wibra België er forpligtet til at betale godtgørelse og renter til alle sagsøgerne for tilsidesættelse af sine informations- og konsultationsforpligtelser forud for den kollektive afskedigelse.

- 61 Under hensyntagen til konkursen bør forpligtelserne imidlertid anerkendes som fordringer i konkursboet, og konkursboets aktiver bør være tilstrækkelige til, at sagsøgerne faktisk modtager en betaling.
- 62 Hvis transaktionen mellem konkursboet efter SA Wibra België og SRL Wibra België anses for at være en overførsel af en virksomhed ved aftale som omhandlet i kollektiv overenskomst nr. 32a, hæfter sidstnævnte selskab således solidarisk for førstnævntes forpligtelser og for gæld, der er opstået før tidspunktet for overførslen, i overensstemmelse med artikel 7 og 8 i kollektiv overenskomst nr. 32a.
- 63 I forbindelse med proceduren for retslig omstrukturering blev udkastet til overdragelsen af aktiverne afvist, fordi retten i handels- og erhvervsretlige sager fandt det i strid med kollektiv overenskomst nr. 102 og direktiv 2001/23.
- 64 På trods af rettens afslag på godkendelse af overtagelsen af aktiverne blev planen for overdragelse, som var forberedt af de retsbefuldmægtigede under insolvensbehandlingen, dagen efter konkursen udført af samme retsbefuldmægtigede, men som kuratorer.
- 65 De sagsøgte har ikke bestridt, at indholdet af den transaktion, der blev foretaget mellem de to selskaber dagen efter konkursen, er identisk med det, der fremgår af overtagelsestilbuddet. Den eneste forskel mellem de to transaktioner er overdragerens identitet, men for så vidt som SRL Wibra België er et datterselskab af moderselskabet, har dette forhold ingen relevans for nedenstående betragtninger.
- 66 Nærmere bestemt accepterede de retsbefuldmægtigede tilbuddet fra Wibra Nederland BV, som vedrørte erhvervelse af en del af lokalerne og hovedsædet og alle de materielle og immaterielle aktiver, der var nødvendige for at muliggøre denne erhvervelse, samt overtagelse af 183 af de 439 arbejdstagere.
- 67 Denne transaktion skal uden tvivl kvalificeres som en »pre-pack-overdragelse«, der gør det muligt for overdrageren at påberåbe sig undtagelsen i artikel 5 i direktiv 2001/23, for så vidt som denne transaktion er reguleret ved lov eller administrative bestemmelser, jf. dom af 28. april 2022, Federatie Nederlandse Vakbeweging (pre-pack-procedure) (C-237/20, EU:C:2022:321).
- 68 Som det fremgår af litteraturen, »[...] er godkendelsesafgørelsen, som hverken har det formål eller den virkning, at overførslen »gyldiggøres« på socialt niveau, ikke til hinder for arbejdstagernes udøvelse af deres rettigheder, ligesom den ikke er egnet til at rejse tvivl om selve overførselsprincippet. En overførsel, som henhører under domstolens kompetence, har således samme virkning for de arbejdstagere,

der er omfattet af kollektiv overenskomst nr. 102, som en overførsel ved aftale har for de arbejdstagere, der er omfattet af kollektiv overenskomst nr. 32a«⁴.

- 69 Henset til ovenstående er den transaktion, der blev foretaget i hovedsagen, kun omfattet af undtagelsen i artikel 5, stk. 1, i direktiv 2001/23, såfremt denne transaktion er reguleret ved lov eller administrative bestemmelser.
- 70 Belgisk positiv ret indeholder ikke sådanne bestemmelser, idet artikel XX.39/1 i lovbogen om økonomisk ret vedrører forberedelsesfasen (pre-pack-plan) og ikke overdragelsesfasen (pre-pack-overdragelse).
- 71 De særlige kendetegn ved den foreliggende sag er følgende:
- Den første del af transaktionen – forberedelsen af overdragelsen – fandt sted under tilsyn fra de retsbefuldmægtigede, der var udpeget af retten i handels- og erhvervsretlige sager som led i proceduren for retslig omstrukturering, og var altså reguleret ved lov eller administrative bestemmelser.
 - Den anden del af transaktionen – overførslen af aktiver og arbejdstagere – fulgte umiddelbart efter, at retten i handels- og erhvervsretlige sager havde afslået at godkende den oprindeligt aftalte transaktion, endda med en begrundelse, der vedrørte beskyttelsen af arbejdstagernes rettigheder (overdragerens afvisning af at overtage forpligtelserne i forbindelse med feriegodtgørelse og årspræmier).
- 72 Der opstår derfor følgende spørgsmål: Er en overdragelse af aktiver, som er forberedt under en procedure for retslig omstrukturering, der er gennemført under en judiciel myndigheds kontrol, idet denne myndighed imidlertid har afslået at godkende overdragelsen, omfattet af undtagelsen i artikel 5 i direktiv 2001/23, når denne transaktion fandt sted efter det pågældende selskabs konkurs?

V. Præjudicielt spørgsmål

- 73 *Skal artikel 5, stk. 1, i Rådets direktiv [2001]/23/EF af 12. marts 2001 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varetagelse af arbejdstagernes rettigheder i forbindelse med overførsel af virksomheder eller bedrifter eller af dele af virksomheder eller bedrifter fortolkes således, at den heri fastsatte betingelse, som består i, at dette direktivs artikel 3 og 4 ikke gælder for overførsel af en virksomhed, når der mod overdrageren er indledt konkursbehandling eller en anden tilsvarende insolvensbehandling, som tager sigte på realisering af overdragerens aktiver, ikke er opfyldt, når overførslen af en virksomhed eller en del af en virksomhed er blevet forberedt før indledningen af en konkursbehandling, som tager sigte på realisering af overdragerens aktiver – i*

⁴ – R. AYDOGDU og J. WILDEMEERSCH, »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, s. 1269.

hovedsagen som led i en procedure for retslig omstrukturering, som er blevet afsluttet ved indgåelse af en aftale om overdragelse, som den kompetente retsinstans har afvist at godkende, og som derpå er blevet gennemført umiddelbart efter konkurserklæringen uden anvendelse af nogen love eller administrative bestemmelser i national ret?

ARBEJDSDOKUMENT