

Aan de Minister voor Rechtsbescherming,
De heer S. Dekker

Aan de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,
De heer W. Koolmees

Onderwerp: Consultatie wetsvoorstel ‘Wet overgang van onderneming in faillissement’
Datum: 3 juni 2019

Geachte heren Dekker en Koolmees,

Met veel belangstelling nam ik kennis van het wetsvoorstel ‘Wet overgang van onderneming in faillissement’, dat op 29 mei 2019 in consultatie is gegaan. De teksten kunnen in veel opzichten als een voorbeeld dienen voor de Belgische wetgever. Opvallend is echter dat het wetsvoorstel zonder enige toelichting als **uitgangspunt** neemt dat de verkrijger van de onderneming **kan kiezen wie hij overneemt**, althans mits voldaan aan de voorwaarden in artikel 4(1) van de Richtlijn 2001/23/EG (hierna: de ‘richtlijn’) zoals geïmplementeerd in het Nederlandse wetsvoorstel.

Nochtans is dat uitgangspunt volgens een letterlijke interpretatie van artikel 4(1) van de richtlijn niet vanzelfsprekend. Bijgevolg bestaat de kans dat het keuzerecht vervat in het wetsvoorstel alsnog strijdig is met het Europese recht. Die vaststelling belemmert mogelijk één van de voornaamste doelstellingen van het wetsvoorstel, namelijk het wegwerken van de rechtsonzekerheid over de positie van werknemers bij een overname van een onderneming in faillissement die bestaat sinds de uitspraak van het Europees Hof van Justitie in de zaak *Smallsteps* (i). Indien men dit uitgangspunt ondanks de mogelijke rechtsonzekerheid wil behouden (en men dus beroep doet op een ‘functionele’ interpretatie van artikel 4 van de richtlijn), doet men er goed aan dit te expliciteren en proactief op eventuele discussies te ageren. Dit kan men al doen door de antimisbruikwaarborgen die momenteel vervat zitten in de Memorie van Toelichting te verplaatsen naar de finale wetteksten (ii).¹

(i) De letterlijke interpretatie: het keuzerecht van de verkrijger is de emanatie van de uitzondering in art. 5(1) richtlijn en valt niet onder art. 4(1) richtlijn

Artikel 3(1) van de richtlijn luidt als volgt: “*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*”.

¹ Voor een meer gedetailleerde toelichting over de ‘zuivere/letterlijke’ en ‘functionele’ interpretatie verwijzen we naar F. DE LEO, “*Tripping the Light Fantastic: is het keuzerecht van de verkrijger om werknemers over te nemen bij een overdracht onder gerechtelijk gezag richtlijnconform?*” (noot onder HvJ 16 mei 2019), *Limburgs Rechtsleven*, 104-117.

Op deze regel bestaat slechts één echte uitzondering, namelijk de categorische uitzondering in artikel 5(1) van de richtlijn. Enkel als voldaan is aan de drie *cumulatieve* voorwaarden te vinden in artikel 5(1) van de richtlijn, zijn de artikelen 3 en 4 van de richtlijn niet van toepassing.

Sinds de uitspraak van het Europees Hof van Justitie in de zaak *Smallsteps* (22 juni 2017) is het duidelijk dat de Nederlandse *pre-pack*praktijk niet valt onder de categorische uitzondering in artikel 5 van de richtlijn. Bijgevolg moeten alle werknemers bij een overdracht van een onderneming in het kader van een *pre-pack* principieel mee overgaan van de vervreemder naar de verkrijger.²

Dit neemt uiteraard niet weg dat de vervreemder of verkrijger vóór of ná de overname alsnog werknemers kan *ontslaan* op basis van ETO-redenen. Dit is een mogelijkheid die vervat zit in artikel 4 van de richtlijn. In de zaak *Plessers* (16 mei 2019) heeft het Europees Hof van Justitie echter verduidelijkt dat dit *niet* noodzakelijk hetzelfde is als de mogelijkheid van de overnemer om te kiezen wie hij *overneemt*, zelfs niet als dit gebeurt op basis van ETO-redenen.³ Dit recht van de overnemer om te kiezen wie hij *overneemt* is nochtans het uitgangspunt in het huidige wetsvoorstel. In wat volgt, licht ik dit nader toe.

In de zaak *Plessers* moest het Hof zich buigen over de vraag of het keuzerecht van de verkrijger bij een Belgische gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag in strijd is met de richtlijn. Concreet ging het over volgende bepaling, zoals vandaag terug te vinden in artikel XX.86, §3 van het Wetboek Economisch Recht (hierna: ‘WER’):

“De keuze van de werknemers die zullen worden overgenomen, behoort aan de verkrijger. De keuze van de verkrijger moet worden bepaald door technische, economische en organisatorische redenen en moet gebeuren zonder verboden differentiatie.

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

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

Het Hof oordeelde vooreerst dat de Belgische gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, net zoals de Nederlandse *pre-pack*praktijk, niet valt onder de categorische uitzondering in artikel 5 van de richtlijn.

Over de toepassing van artikel 4 van de richtlijn op het Belgische keuzerecht vervat in artikel XX.86, §3 WER oordeelde het Hof als volgt:

² HvJ 22 juni 2017, *TBH* 2018, 665, met noot F. DE LEO, “Het stil faillissement na de *Smallsteps*-zaak: uit het oog, maar niet uit het hart”.

³ HvJ 16 mei 2018, *Plessers*, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424 (zoals verschenen in *Limburgs Rechtsleven*, 96, met noot F. DE LEO).

“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.” (eigen benadrukking)

Hieruit volgt dat er volgens de letterlijke bewoordingen van de artikelen 3(1) *jo.* 4(1) van de richtlijn maar twee mogelijke situaties zijn: (i) de verkrijger neemt overeenkomstig artikel 3 van de richtlijn *alle* werknemers over en ontslaat vervolgens krachtens artikel 4 van de richtlijn bepaalde van die werknemers of (ii) de vervreemder ontslaat vóór de overname krachtens artikel 4 van de richtlijn bepaalde werknemers en de verkrijger neemt overeenkomstig artikel 3 richtlijn *alle* resterende werknemers mee over.

Het keuzerecht van de verkrijger om te kiezen welke werknemers hij *overneemt*, is m.a.w. de emanatie van de uitzondering vervat in artikel 5(1) richtlijn. Een gedeeltelijke overname van de werknemers door de verkrijger is immers een mogelijkheid die niet wordt verschaft door artikel 4(1) van de richtlijn⁴, en daardoor strijdig is met artikel 3(1) richtlijn, tenzij de uitzondering in artikel 5(1) van de richtlijn van toepassing is. Aangezien de Belgische gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag niet valt onder de uitzondering in artikel 5(1) van de richtlijn, is het keuzerecht van de verkrijger om al dan niet werknemers over te nemen in beginsel *strijdig* met de richtlijn.

De huidige Nederlandse voorstellen hebben hetzelfde uitgangspunt als het Belgische artikel XX.86, §3 WER, namelijk dat de verkrijger op basis van ETO-redenen kan kiezen wie hij al dan niet overneemt. Zo lezen we in de voorgestelde Memorie van Toelichting het volgende:

“Alleen als er bij de overgang arbeidsplaatsen verdwijnen en dit het gevolg is van bedrijfseconomische omstandigheden, is het de verkrijger toegestaan minder werknemers over te nemen. In dat geval wordt op een objectieve en transparante manier bepaald welke werknemers wel en niet meegaan.” (eigen benadrukking)

Ook dit keuzerecht is in wezen de emanatie van de uitzondering in artikel 5 van de richtlijn. Nochtans is het sinds de uitspraak in *Smallsteps* duidelijk dat overnames uit *pre-packs* niet onder artikel 5 van de richtlijn vallen, waardoor ook dit keuzerecht (althans bij *pre-packs*) in beginsel strijdig is met de richtlijn.

Een letterlijke interpretatie van artikel 4 van de richtlijn noopt de beleidsmaker er dus toe te bepalen dat *elke* werknemer mee moet *overgaan* van de vervreemder naar de verkrijger. Het uitgangspunt dat we vandaag kunnen lezen in het wetsvoorstel wijkt daarvan af. Wél zouden de vervreemder en verkrijger vóór of ná de overname werknemers kunnen *ontslaan* op basis van *aanvullende* ETO-redenen. Dit doet echter niets af aan de principiële plicht van de verkrijger om alle werknemers die op het ogenblik van de overname tewerkgesteld zijn bij de vervreemder mee over te nemen (art. 3 richtlijn).

⁴ Art. 4(1) luidt als volgt: “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” (eigen benadrukking).

(ii) De ‘functionele’ interpretatie: het keuzerecht van de verkrijger kan vallen onder artikel 4(1) richtlijn, mits voldoende waarborgen

Het wetsvoorstel lijkt echter zonder enige toelichting uit te gaan van een functionele interpretatie van artikel 4(1) van de richtlijn. Volgens zo’n interpretatie is het keuzerecht van de verkrijger om al dan niet werknemers over te nemen richtlijnconform op voorwaarde dat er voldoende waarborgen aanwezig zijn. Opnieuw verwijzen we hiervoor naar het arrest *Plessers*, waarin het Europees Hof van Justitie als volgt oordeelde:

“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.

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, namelijk de bescherming van de werknemers tegen een ongerechtvaardigd ontslag in geval van overgang van een onderneming.” (eigen benadrukking)

Dit lijkt m.a.w. te impliceren dat als er voldoende waarborgen zijn die ervoor zorgen dat de verkrijger de werknemers *daadwerkelijk* niet overneemt op basis van ETO-redenen (m.a.w. niet enkel “*in de ogen van de verkrijger*”), het keuzerecht van de verkrijger richtlijnconform is. In dat geval zijn de ontslagen werknemers immers “*impliciet maar noodzakelijkerwijs*” de werknemers die niet konden worden overgenomen omwille van ETO-redenen.

Deze functionele interpretatie is conceptueel echter minder zuiver en leidt tot minder rechtszekerheid dan de letterlijke interpretatie. Minstens zou deze keuze voor een functionele interpretatie geëxpliciteerd moeten worden in de Memorie van Toelichting.

Het Belgische recht bevat volgens het Hof niet genoeg waarborgen: zo is er geen duidelijke plicht in hoofde van de verkrijger om te bewijzen dat de niet-overnames gebeuren op basis van ETO-redenen. In de uitgebreide Nederlandse voorstellen vinden we zulke waarborgen m.i. wel terug. Zo lezen we op pagina 12 van de Memorie van Toelichting het volgende:⁵

“De verkrijger moet aannemelijk maken dat sprake is van objectieve – dat wil zeggen op feiten berustende – bedrijfseconomische omstandigheden waardoor er – ten behoeve van een doelmatige bedrijfsvoering – maatregelen getroffen moeten worden die leiden tot het structureel vervallen van arbeidsplaatsen. [...] Is bij een onderhandse verkoop sprake van een overgang van onderneming in de zin van de richtlijn en stelt de verkrijger dat hij niet al het personeel kan overnemen, dan volgt – overeenkomstig artikel 4 lid 1 van de richtlijn – uit de nieuwe wettelijke regeling dat de rechter-commissaris of de rechtbank na een kort, maar kritisch inhoudelijk onderzoek moet

⁵ Daarnaast kan verwezen worden naar voorgesteld art. 666b lid 5 BW dat bijkomende procedurele bescherming biedt aan de werknemers.

kunnen vaststellen of voldoende aannemelijk is gemaakt dat er sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden die het noodzakelijk maken om maatregelen te treffen waardoor er arbeidsplaatsen verloren gaan. Alleen dan hoeft de verkrijger niet al het personeel over te nemen. Als dit het geval is, moet de rechter-commissaris of de rechtbank vervolgens toetsen of de selectiemethode op basis waarvan bepaald wordt welke werknemers in aanmerking komen voor een dienstverband bij de verkrijger in overeenstemming is met de nieuwe regeling. Het is aan de verkrijger om de rechter-commissaris of de rechtbank te voorzien van de informatie die deze nodig heeft om deze toetsen uit te voeren.”

Als de beleidsmaker voor een functionele interpretatie van artikel 4 van de richtlijn kiest, verdient het aanbeveling om zulke waarborgen te verhuizen van de Memorie van Toelichting naar de eigenlijke wettekst (bv. in artikel 666b lid 2 BW). Zij blijken immers uitermate belangrijk te zijn in het kader van een beoordeling over de richtlijnconformiteit van het keuzerecht van de verkrijger.

Ik verwijs hiervoor naar de conclusie van Advocaat-Generaal Szpunar bij de zaak *Plessers*: *“Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, is het de taak van de nationale rechter om het nuttig effect van richtlijn 2001/23 te waarborgen. Derhalve zou de nationale rechter de noodzaak van ontslagen om technische, economische of organisatorische redenen zelf moeten kunnen beoordelen, hetgeen in casu niet het geval lijkt te zijn. Hij zou hiertoe uitsluitend in staat zijn indien hij door alle partijen die bij de overgang zijn betrokken, uitputtend werd geïnformeerd over de rechtvaardigingsgronden.”*⁶

Tot slot is het aangewezen om, overeenkomstig artikel 4(1) van de richtlijn, in de wettekst zelf expliciet te bepalen dat de overgang op zichzelf geen reden vormt tot ontslag. Een expliciete *a priori* beperking ligt immers in lijn met de huidige regelgeving van onze buitenlandse collegae. In dat verband verwijs ik naar *Regulation 7 TUPE*⁷ en §613a(4) BGB⁸.

Met hoogachting,

Frederik De Leo

Doctoraatsonderzoeker

Instituut voor Handels- en Insolventierecht (KU Leuven, UHasselt)

⁶ Conclusie AG 23 januari 2019, ECLI:EU:C:2019:50.

⁷ “(1) Where either before or after a relevant transfer, any employee of the transferor or transferee is dismissed, that employee shall be treated for the purposes of Part X of the [Employment Rights Act 1996] (Unfair Dismissal) as unfairly dismissed if the sole or principal reason for his dismissal is (a) the transfer itself; or (b) a reason connected with the transfer that is not an economic, technical or organisational reason entailing changes in the workforce” (eigen benadrukking).

⁸ “Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines Arbeitnehmers durch den bisherigen Arbeitgeber oder durch den neuen Inhaber wegen des Übergangs eines Betriebs oder eines Betriebsteils ist unwirksam. Das Recht zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus anderen Gründen bleibt unberührt”.