

# Reactie op Wetsvoorstel overgang van onderneming in faillissement

R.M. Beltzer  
Amsterdam, 11 juni 2019

Alvorens inhoudelijk te reageren wil ik hierbij de opstellers van het wetsvoorstel complimenteren. De voorgestelde regeling is in vele opzichten evenwichtig, goed geredigeerd en compleet. In mijn reactie beperk ik mij tot een juridische analyse waarbij de focus ligt op mijn terrein van expertise, te weten herstructurerings, met speciale aandacht voor de arbeidsrechtelijke kant. Omwille van de leesbaarheid en concreetheid, ga ik specifiek en vrij direct in op enkele zaken waarvoor ik aandacht zou willen vragen.

## 1. Cao-problematiek

In navolging van artikel 5, tweede lid van Richtlijn 2001/23 (verder: de richtlijn) is er in het wetsvoorstel voor gekozen de mogelijkheid te introduceren arbeidsvoorwaarden aan te passen, in overleg met vakbonden. Het lijkt mij nuttig vakbonden te betrekken, nu zij hierdoor medeverantwoordelijkheid kunnen dragen voor het resultaat van de doorstart (waaronder ik alle vormen ervan schaar, inclusief de pre-pack). Procedures als in de zaken *Heiploeg* en *Smallsteps* kunnen zo worden voorkomen. De plaatsing van deze belangrijke vernieuwing is opmerkelijk – als laatste alinea in het zesde lid van artikel 666b dat verder andere thema's betreft – maar belangrijker is in mijn optiek dat de bepaling momenteel enige uitwerking mist. Men kan verwachten, dat bonden en doorstarter c.q. verkrijger er niet samen uit zullen komen, zeker in de spannende periode die het faillissement nu eenmaal is. Betekent dit dat de doorstart door de verkrijger kan worden afgeblazen? Wat indien de verkrijger al de onderneming feitelijk heeft voortgezet? Dan is dus al sprake geweest van een overgang van onderneming en kan de doorstarter, bij gebreke van goedkeuring van de bonden, geen aanpassingen meer doorvoeren en loopt hij aan tegen de Europese rechtspraak die inhoudt dat een wijziging wegens de overgang is uitgesloten. Een tijdshorizon ontbreekt. Het ware aan te raden een voorziening op te nemen voor het geval doorstarter en bonden niet uit een nieuw pakket komen. Hier zou de kantonrechter een rol kunnen spelen (vergelijk de toets van artikel 27 lid 4 WOR), die (eventueel in samenspraak met de rechter-commissaris) hierover een oordeel velt.

Een ander punt is dat het probleem van gebondenheid aan de cao van de vervreemder blijft bestaan, waardoor “botsende” arbeidsvoorwaardenpakketten een reëel risico vormen. Het voorgestelde artikel 7:666b lid 6 BW schakelt het huidige cao-recht niet expliciet uit. Op p. 21 en 22 van de memorie van toelichting wordt hierop ingegaan. Enige aanpassing binnen het systeem van het cao-recht lijkt mij echter wel aan te raden, nu de situatie rond de doorstart veelal zal vereisen dat de verkrijger, na positief verlopen overleg met de bonden, niet langer gebonden is aan de arbeidsvoorwaarden van de vervreemder. Een goed begin zou zijn de uitsluiting van nawerking van de cao van de vervreemder expliciet te regelen. Dat kunnen partijen zelf in de cao doen, maar het bezwaar is uiteraard dat die cao er al ligt en niet zomaar kan worden opgebroken, waarbij men dient te bedenken dat de bonden waarmee de verkrijger onderhandelt niet per se de ondertekenaars van de cao van de vervreemder zijn. Een radicalere – maar juridisch geheel juiste en in andere EU-landen toegepaste – oplossing is artikel 3 lid 3 van de richtlijn volledig te implementeren: de verkrijger is niet gehouden de cao van de vervreemder toe te passen indien hij zijn eigen, op het moment van overgang reeds geldende cao, direct toepast op het overgekomen personeel. Deze mogelijkheid wordt nu in artikel 14a lid 2 Wet Cao en artikel 2a lid 2 Wet Avv gemist, zonder dat duidelijk is waarom. De wetgever heeft hierin destijds zeker geen expliciete keuze gemaakt, en het lijkt om een omissie te gaan. Aanpassing van de wettekst is zeer eenvoudig en hiermee worden juridische

puzzels als in het *Rode Kruis Ziekenhuis*-arrest voorkomen; puzzels die men in andere EU-lidstaten niet tegenkomt. Op Europees niveau bestaat een corpus aan rechtspraak dat de werknemer beschermt tegen een al te grote achteruitgang ineens als gevolg van de exclusieve toepasselijkheid van de cao van de verkrijger (o.a. de zaak *Scattolon*).

## **2. Alle doorstarts**

In eerste reacties op het wetsvoorstel wordt de keuze gehekeld dat het wetsvoorstel niet alleen ziet op de pre-pack, maar op alle vormen van doorstart. De zaak *Smallsteps* zou immers alleen op de pre-pack zien, en niet op andere vormen van doorstart. Ik wil benadrukken dat de keuze van de opstellers in mijn optiek de enige juiste is: men wil geen discussie over de vraag of een insolventieprocedure nu wel of niet is ingeleid met als (neven)doel de onderneming te sparen dan wel te liquideren. De overvloedige literatuur hierover na de zaak *Smallsteps* moge illustratief zijn. Bovendien leidt een scherp onderscheid tussen pre-pack en andere vormen van doorstart tot chicanes, waarbij achter gesloten deuren voorbereidingen worden getroffen om vervolgens voor de bühne een en ander op een normale doorstart te laten lijken – in de bij het Hof Amsterdam gewezen *Bogra*-zaak, waarnaar de memorie van toelichting verwijst, zou zulks gespeeld kunnen hebben. Met deze regeling voorkomt men deze discussie en tegelijkertijd wordt een barrière opgeworpen tegen misbruik van bevoegdheid, zoals in de *Ammerlaan*-zaak. De eis van een ondernemingsplan behoeft enige nadere uitwerking, al was het maar om tegemoet te komen aan de zorg dat hiermee veel tijd verloren gaat. Ten overvloede: een dergelijk plan zal er in geval van een pre-pack vaak al liggen, en de eis van een dergelijk plan is dus niet per se een ongewenste, op de ondernemer al te zwaar drukkende noviteit.

## **3. Medezeggenschap**

Het codificeren van de *DA*-beschikking door aanpassing van de WOR is toe te juichen, evenals andere maatregelen waarin het wetsvoorstel voorziet en die tot doel hebben de OR meer te betrekken in het proces – ook hier geldt dat medeverantwoordelijkheid procedures voorkomt.

Een al jaren gemist thema is de overgang van de OR zelf bij het behoud van autonomie van de onderneming (en het behoud van de rechten van OR-leden indien hun onderneming overgaat maar niet een autonome eenheid blijft). Deze thematiek is opgenomen in artikel 6 van de richtlijn, maar is – ten onrechte – nimmer geïmplementeerd, waardoor het risico van een infractieprocedure bestaat. In de literatuur is hier veelvuldig op gewezen. De aandacht voor medezeggenschap in dit wetsvoorstel roept de vraag op of niet tegelijkertijd de lacune kan worden geredresseerd dat voor de overgang van de medezeggenschap zelf geen regeling bestaat. Hiertoe zou men inspiratie kunnen opdoen bij onze buurlanden België en Duitsland, waar wel een dergelijke regeling bestaat.

## **4. Ondernemingsbegrip - identiteit**

Een aspect dat niet direct kan worden geregeld in het wetsvoorstel, maar dat wel aandacht verdient, is het vereiste dat de onderneming haar identiteit behoudt na overgang van onderneming. In het bijzonder bij de zogenoemde arbeidsintensieve sector is het niet meegaan van “een qua aantal en deskundigheid wezenlijk deel van het personeel” een belemmering voor toepasselijkheid van de richtlijn – en de Nederlandse implementatiewetgeving. Juist in geval van een doorstart bestaat het risico dat een onderneming haar identiteit verliest, waarmee het doel van het wetsvoorstel onder druk komt te staan. Ten eerste zullen de beste

werknemers er als eersten voor kiezen hun heil elders te zoeken, indien de omstandigheden bij de verkrijger hun niet bevallen. Een verlies aan arbeidsvoorwaarden, volgens het wetsvoorstel expliciet mogelijk gemaakt, zal hierbij een rol kunnen spelen. Door het vertrek van deze personen is denkbaar dat niet langer een qua aantal en deskundigheid wezenlijk deel van het personeel mee overgaat. Ten tweede – en dit is veel belangrijker – kan de keuze van de verkrijger ertoe leiden dat identiteitsverlies optreedt. Niets weerhoudt de verkrijger ervan geen personeel over te nemen. In de arbeidsintensieve sector leidt die keuze er al snel toe dat überhaupt geen “onderneming” overgaat. Mij dunkt dat het voorgestelde artikel 7:666b BW hier geen verandering in brengt, nu ook in dit artikel wordt uitgegaan van de definities van artikel 7:662 BW. De nieuwe regeling inzake de mogelijkheid bepaalde werknemers geen arbeidsovereenkomst aan te bieden zal in de arbeidsintensieve sector ertoe kunnen leiden dat de verkrijger dan maar simpelweg geen personeel overneemt – om dat eventueel later alsnog te doen. Van een overgang van onderneming is dan geen sprake, en evenmin van de (nieuwe) plicht “in te spiegelen”. Men zou, om dit risico juist bij de doorstart te beperken, kunnen overwegen op te nemen dat voor het antwoord op de vraag of de onderneming haar identiteit heeft behouden, voor de toepassing van artikel 7:666-666b BW ervan wordt uitgegaan dat het gehele personeelsbestand bij de verkrijger op het moment van overgang mee overgaat (met andere woorden: de verkrijger kan de overgang van onderneming – en daarmee de gehele nieuwe regeling – niet simpelweg ontgaan door niemand in dienst te nemen). Uiteraard ontstaat hiermee een verschil met de normaalsituatie, en het is de vraag of dat verschil voldoende te rechtvaardigen is.

## **5. Overgang rechten en plichten**

Het voorgestelde zevende lid van artikel 7:666b BW bepaalt dat oude schulden niet mee overgaan. Ik zie dit als een welkome regeling – het huidige “alles-of-nietskarakter” van overgang van onderneming in faillissement wordt ermee verzacht -, al zitten er enkele haken en ogen aan.

Ten eerste dient men te bedenken dat we sinds de *Gimnasio*-zaak weten dat wettelijke rechten en plichten die uit het bestaan van een arbeidsovereenkomst voortvloeien, eveneens voor overgang vatbaar zijn. Een eventuele aan de vervreemder opgelegde loonsanctie is daarmee voor overgang vatbaar. Aannemelijk is dat die sanctie ingevolge het wetsvoorstel evenzeer van overgang wordt uitgesloten. Is dat een wenselijk gevolg? Ik zie hier zelf overigens geen zwaarwegende bezwaren.

Ten tweede dient men de status van senioriteit/anciënniteit van de werknemer onder ogen te zien. De hoofdregel is dat de verkrijger dezelfde arbeidsvoorwaarden biedt. Betekent dit dat aan arbeidsvoorwaarde gerelateerde anciënniteit behouden blijft? Indien dat niet zo is: kan deze anciënniteit dan gezien worden als een “oude schuld” in de zin van het voorgestelde zevende lid van artikel 7:666b BW? Het zou nuttig zijn indien de wetgever zich hierover nader zou uitlaten. Het belang ervan is evident, nu anciënniteit vaak gekoppeld is aan wettelijke (opzegtermijn, transitievergoeding) en contractuele regelingen. Ter illustratie: een hoge senioriteit van een groep werknemers kan een verkrijger ertoe brengen zijn ondernemingsplan zo op te stellen, dat de functies van juist die personen vervalt, om zo te voorkomen dat bij een latere bedrijfseconomisch-ontslagronde geen (hoge) transitievergoedingen behoeven te worden betaald.

Ten derde is het lot van rechten met een opbouw karakter niet helder. Denk aan een dertiende maand, die voor overgang vatbaar is, maar in veel gevallen deels bij de vervreemder, deels bij de verkrijger zal zijn opgebouwd. Vervalt dit recht voor de tijdsperiode waarin de opbouw bij de vervreemder heeft plaatsgehad? Of gaat het recht geheel over, maar kan de verkrijger het deel dat hem niet aangaat terughalen bij de vervreemder? Dat laatste zal

vaak niet mogelijk zijn. Ook hier is het nuttig hieraan enkele zinnen in de toelichting te wijden.

## **6. Inspiegelen**

De wettelijke bepaling en de regeling omtrent inspiegeling lijken mij de meest rechtvaardige oplossing denkbaar. Een enkel punt van aandacht dat ik hier wil vermelden is de *Albron*-exceptie. Permanent gedetacheerde werknemers (die daardoor een “arbeidsbetrekking” hebben met de vervreemder) tellen ingevolge deze uitspraak evenzeer mee voor de bescherming die de regeling inzake overgang van onderneming biedt. Het is volstrekt duidelijk dat de term “arbeidsbetrekking” geen plaats heeft in Titel 10 van Boek 7 BW, maar duidelijk zal moeten zijn dat Europese rechtspraak een onderscheid tussen werknemers en permanent gedetacheerden bij overgang van onderneming niet toestaat.

## **7. Ontslag**

De regeling voor werknemers sluit, blijkens de tekst van het voorgestelde artikel 7:666b BW, aan bij artikel 40 Fw. In de praktijk zal de gehele doorstartprocedure, met alle nieuwe vormen van overleg, langer dan zes weken kunnen duren. Ik neem aan dat het niet de bedoeling van de opstellers zal zijn geweest dat werknemers wier opzegtermijn van maximaal zes weken hierdoor inmiddels is verlopen, geen beroep meer kunnen doen op de regeling. Dat volgt ook niet zozeer uit de voorgestelde wettekst – de tekst sluit aan bij de opzeggingshandeling – maar een explicitering dat de regeling geldt voor alle werknemers, of zij nu nog dienst zijn of niet, is wel verhelderend.

Een vergelijkbare redenering geldt voor werknemers wier arbeidsovereenkomst niet door de curator is opgezegd, al komt dit laatste in de praktijk niet veel voor. Ik neem aan dat ook zij rechten kunnen ontlenen aan de regeling. Daaronder vallen ook personen die na de datum van faillietverklaring in dienst zijn genomen (wat bij grotere, langdurige faillissementen voorkomt).

Een ander punt van aandacht is dat de regeling ervan uitgaat dat de curator steeds direct alle arbeidsovereenkomsten opzegt. Dat is inderdaad staande praktijk, om olopende boedelvorderingen te voorkomen. Wellicht kan in de toelichting worden opgenomen dat met dit wetsvoorstel niet wordt beoogd die praktijk ter discussie te stellen, en dat de werknemer met de nieuwe regeling beter wordt beschermd. Ik zeg dit zo, omdat men wel degelijk zich kan afvragen of de curator steeds bevoegd is, in het zicht van een doorstart, alle arbeidsovereenkomsten te beëindigen. Het opzegverbod van artikel 7:670 lid 8 BW geldt immers ook voor de curator (en is in de nieuwe, voorgestelde tekst van artikel 7:666 lid 2 BW niet uitgesloten).

## **8. Eto-redenen en a-grond**

In het wetsvoorstel wordt de bedrijfseconomische grond van artikel 7:669 lid 1 onder a BW, gelijkgesteld aan de in artikel 4 lid 1 van de richtlijn genoemde economische, technische of organisatorische redenen (“eto-redenen”). Ik denk dat dat juridisch vrijwel steeds te verdedigen is, zeker nu de Nederlandse wet een strengere herplaatsingsplicht kent, met de toevoeging – die ook op p. 12 van de memorie van toelichting voorkomt – dat het moet gaan om *op feiten* berustende bedrijfseconomische omstandigheden. Hiermee wordt aangesloten bij de eis dat er voor de verkrijger bijkomende omstandigheden moeten zijn die een ontslag om eto-redenen rechtvaardigen. In mijn optiek ontstaat hierdoor een (klein) verschil met de normale toepassing van de a-grond. Het willen afslanken van de onderneming omwille van

zeer persoonlijke redenen zal, als ik de rechtspraak van het Hof goed heb gelezen, geen eto-  
reden vormen, maar zal wel een a-grond kúnnen opleveren. In de zaak *Klarenberg* lijkt op de  
verkrijger de plicht te zijn gelegd er alles aan te doen de overgekomen werknemer dezelfde of  
vergelijkbare werkzaamheden te laten verrichten. Voorkomen moet worden dat aan deze eis  
met de toepassing van de a-grond geen recht wordt gedaan.

\*\*\*