



Memo

Datum: 29 augustus 2019

Van: John van Hoof Voorzitter RvB Total Care B.V.

Betreft: internetconsultatie wijzigingen Wet overgang van onderneming in geval van faillissement

Total Care B.V. staat aan het hoofd van het bedrijfsconcern van CSU Groep B.V. en Tzorg Groep B.V. De CSU groep houdt zich bezig met facilitaire dienstverlening, in het bijzonder gericht op het schoonmaken van gebouwen, terreinen en objecten. CSU is een top 3 speler in de sector. De Tzorg groep levert huishoudelijke ondersteuning in het kader van de Wet maatschappelijke ondersteuning. Ook Tzorg behoort tot een van de grootste landelijke spelers in haar sector. Gezamenlijk bieden CSU en Tzorg werkgelegenheid aan circa 27.000 werknemers.

Met enige regelmaat neemt met name CSU activa over uit het bedrijf van gefailleerde concullega's. Ook bij Tzorg komt dit wel eens voor. Het gaat dan met name over de overname van de levering van de diensten (klantcontracten) en meestal een gedeelte van de aan die diensten verbonden medewerkers. Beide sectoren zijn wat men noemt 'arbeidsintensief'. De medewerkers vormen het voornaamste werkkapitaal. Overname van andere relevante activa is meestal beperkt of niet aan de orde. Het wetsvoorstel dat ter consultatie voorligt zal een einde maken aan deze overname praktijk.

De loonkosten vormen bij zowel CSU als Tzorg meer dan 80% van de totale bedrijfslasten. Dit is kenmerkend voor ondernemingen in de schoomaakbranche en in de thuiszorg. In vrijwel alle gevallen waarin CSU/Tzorg een overname doen vanuit een faillissementssituatie blijkt dat het de hoge personeelskosten zijn die uiteindelijk niet meer betaald kunnen worden en de gefailleerde ondernemingen de das om doen. Dat kan verschillende oorzaken hebben. Wij merken vaak dat te hoge loonkosten en arbeidsuren in verhouding tot een te laag opdrachtgeverstarief daaraan debet zijn, maar zien ook situaties waarin sprake is van een dalende omzet door klantverlies met gelijkblijvende personeelskosten of een oplopend ziekteverzuim. Als in dergelijke gevallen alle medewerkers in geval van een doorstart moeten worden overgenomen wordt de doorstarter in feite gedwongen ook de oorzaak van het faillissement over te nemen. Dat maakt de overname van activa per definitie een verliesgevende zaak. Daarbij speelt dat een curator, anders dan een normale verkoper, ook niet in staat en/of bereid is om de koper voor het overnemen van structureel verlieslatende activiteiten te compenseren door de verkoper de facto "geld mee te geven" in de vorm van een negatieve koopsom.

In het kader van de internetconsultatie is een aantal zeer kritische kanttekeningen geplaatst bij het wetsvoorstel. CSU/Tzorg onderschrijven die volledig. In het bijzonder

herkennen wij hetgeen door de vereniging van curatoren, Insolad, wordt aangedragen. Indien een doorstart uit faillissement zal leiden tot een verplichting tot de indienstneming van alle aan de gefailleerde onderneming verbonden medewerkers tegen dezelfde arbeidsvoorwaarden die zij hadden bij de gefailleerde onderneming, is dit voor een onderneming als CSU/Tzorg een onhaalbare kaart. Ik noem de volgende praktische knelpunten in verband met de voorgestelde wetswijziging:

1. Bij een reguliere overname is er volop gelegenheid om middels een due diligence onderzoek te beoordelen wat wordt overgenomen. Van belang is o.a. in hoeverre opdrachtgevers bereid zijn de opdracht met de verkrijger voort te zetten en met hoeveel ureninzet die voortzetting het meest effectief is. Daarop wordt een overnamesom gebaseerd.

In geval van een overname uit faillissement is die tijd er niet en verkrijgen wij van de curator meestal enkel globale klantgegevens en de som van de opdracht en een overzicht van het personeelsbestand. Wij weten niet welke medewerkers aan welke opdrachtgevers zijn verbonden. Dit speelt in het bijzonder bij CSU. Op basis van die papieren werkelijkheid moet dan een inschatting worden gemaakt van het aantal opdrachten dat werkelijk kan worden voortgezet en wat effectief aan die opdrachten kan worden verdiend. De opdrachtgever kan niet worden gedwongen met ons in zee te gaan. Op basis van de inschatting die wij maken wordt vastgesteld aan welk percentage van de werknemers een arbeidsovereenkomst kan worden aangeboden. Dat geldt nooit voor 100% van het personeelsbestand. Een te hoge last aan personeelskosten is zoals hiervoor al gezegd vrijwel altijd de oorzaak van het faillissement.

De ervaring leert bovendien dat 30 tot 50% van de opdrachten die worden overgenomen vrijwel direct of binnen een relatief kort tijdsbestek eindigen doordat opdrachtgevers toch op zoek gaan naar goedkopere alternatieven of dat nieuwe afspraken moeten worden gemaakt over tarieven en uren. Ook blijkt in de praktijk dat de gefailleerde onderneming de operationele huishouding vaak niet op orde had. Als er een scheefgroei is tussen het aantal manuren dat werd ingezet en de tariefstelling of indien er onvoldoende efficiënt werd gewerkt, is het noodzakelijk de personele inzet in overeenstemming met de omvang van de opdracht te brengen. Een volledige overname van al het personeel is dan ook nooit haalbaar en legt in feite een bom onder onze eigen bedrijfsvoering.

2. Lid 2 van het voorgestelde artikel 666b bepaalt dat niet aan alle werknemers een arbeidsovereenkomst hoeft te worden aangeboden als voorzienbaar is dat binnen 26 weken na de overgang noodzakelijkerwijze arbeidsplaatsen vervallen als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden in de zin van artikel 669 lid 3 sub a. Het inschatten van deze 'voorzienbaarheid' is een onmogelijke opgave ten tijde van het moment waarop de curator meestal de bieding op de activa verwacht. Dit hangt samen met de onder 1. geschetste omstandigheden. Pas als eenmaal met de opdrachtgever kan worden gesproken wordt duidelijk of een opdracht daadwerkelijk wat oplevert en duurzaam kan worden voortgezet.

Bovendien is lid 2 zo geformuleerd dat het lijkt te gaan om het verlies van arbeidsplaatsen binnen de gehele onderneming van de verkrijger. Dat zou betekenen dat voordat op het boedelactief kan worden geboden, ook in de bestaande organisatie moet worden onderzocht of er een verval van arbeidsplaatsen valt te verwachten doordat opdrachten aflopen en medewerkers niet elders kunnen worden ingezet. In een organisatie als de onze is dat een

behoorlijke opgave. Bij ons is de verhouding reëel in te zetten arbeidsuren tot omvang opdracht het belangrijkste. Een verlies aan arbeidsplaatsen op onze bestaande opdrachten is niet snel aan de orde. Als wij verplicht zijn alle medewerkers van de gefailleerde onderneming over te nemen zijn wij gedwongen ook diens eventuele operationele mismanagement over te nemen en dat maakt een doorstart per definitie oninteressant.

Als in lid 2 wordt bedoeld dat het gaat om het te verwachten verlies van arbeidsplaatsen in directe relatie tot de overgenomen activiteiten dient dat duidelijker te worden omschreven.

3. Het wetsvoorstel maakt geen onderscheid tussen directe (uitvoerende) medewerkers en indirecte (staf) medewerkers. Meestal is het niet haalbaar ook stafmedewerkers (zoals bijvoorbeeld HR, finance, sales e.d.) over te nemen in geval van een doorstart uit faillissement en te herplaatsen. Ook aan overname van hogere leidinggevenden of directieleden is meestal geen behoefte. Een verplichte overname van deze categorie medewerkers zal leiden tot een noodzaak te reorganiseren, dat gaat ten koste van bestaande eigen medewerkers en leidt tot ontslagkosten. Ook dit gegeven maakt een doorstart gecompliceerd, kostbaar en absoluut oninteressant. Voor zover lid 2 bedoelt dit soort scenario's te voorkomen, dient dit duidelijker te worden geformuleerd.
4. Op grond van het wetsvoorstel treden ook arbeidsongeschikte medewerkers in dienst. CSU/Tzorg is Eigenrisicodragers. Het inlooprisico kan niet worden verzekerd en leidt tot aanzienlijke kosten. Anders dan bij een reguliere overname kunnen wij ook geen afspraken maken met de verkopende partij waarbij dat risico de facto bij de verkopende partij blijft doordat deze de door ons terzake overgenomen arbeidsongeschikte medewerkers te maken kosten aan ons vergoed.
5. Lid 4 van artikel 666b van het wetsvoorstel schrijft voor dat vacatures die binnen 26 weken na de overname ontstaan moeten worden aangeboden aan de werknemers die nog geen aanbod kregen. Dit zou betekenen dat ook vacatures die elders in de organisatie ontstaan en die geen enkel verband hebben met de overgenomen activiteiten moeten worden aangeboden. Binnen onze organisatie ontstaan altijd wel weer vacatures in het land. Het is onuitvoerbaar als gedurende een periode van 26 weken na overname met achtergebleven werknemers contact moet worden onderhouden om deze actief aan te bieden.
6. Het wetsvoorstel schrijft voor dat de overgenomen werknemers dezelfde rechten en plichten houden als die zij hadden bij de gefailleerde werkgever. Dit kan betekenen dat wij gedwongen worden om betere arbeidsvoorwaarden aan te bieden dan welke de bij ons toepasselijke cao's of bedrijfsregelingen voorschrijven. Niet valt in te zien waarom een binnen de overnemende onderneming gebruikelijk arbeidsvoorwaardenpakket niet zou volstaan. Wij menen dat geen sprake is van een situatie die gelijk te stellen valt aan een reguliere overname. Een onderneming faillieert in de regel niet voor niets. Waarom zou een doorstarter financiële nadelen die door een gefailleerde onderneming zijn gecreëerd moeten dragen enkel omdat zij kans ziet de achtergebleven activiteit voort te zetten? Deze regeling vergroot de kans dat een curator geen succesvolle doorstart kan realiseren aanzienlijk. Deze bepaling borgt dus dat de werknemers bij een doorstart minimaal dezelfde arbeidsvoorwaarden behouden, maar verkleint daarmee op hetzelfde moment de kans dat de werknemers hun baan überhaupt

behouden aanzienlijk. Daarmee schiet de regeling haar primaire doel naar onze mening voorbij.

7. Het wetsvoorstel gaat voorbij aan de mogelijkheid dat de overname van de activiteiten van de gefailleerde onderneming kan bijdragen aan een broodnodige of anderszins wenselijke uitbreiding van de werkportefeuille van de verkrijger, die dat met het eigen personeelsbestand mogelijk prima aankan. In zo'n geval bestaat er geen behoefte aan overname van personeel en zou de verplichting daartoe enkel de werkgelegenheid binnen de verkrijgende onderneming bedreigen. Dit aspect zal zich binnen CSU/Tzorg minder snel voordoen, maar wij kunnen ons indenken dat een doorstart uit faillissement voor MKB bedrijven kansen kunnen bieden die verloren gaan als ook alle medewerkers van de gefailleerde onderneming moeten worden overgenomen.

Al het bovenstaande zal er naar onze mening toe leiden dat in onze branches weinig tot geen overnames vanuit faillissement meer zullen plaatsvinden hetgeen ten koste zal gaan van de werkgelegenheid. Potentiele overnamekandidaten zullen afhaken of trachten om zelf rechtstreeks in contact te komen met opdrachtgevers van wie de dienstverlener faillieert om te kijken of de opdracht rechtstreeks kan worden overgenomen.]

[Ook zonder de voorgestelde wijziging bestaat voor overnemers vanuit faillissement in branches waarin CSU/Tzorg actief is overigens al een belangrijke prikkel om binnen de grenzen van een verantwoorde overname zo veel mogelijk werkgelegenheid te behouden. Onze ervaring is namelijk dat curatoren bij het beoordelen van de diverse biedingen ook grote waarde hechten aan het aantal werknemers dat de overnamekandidaat wenst over te nemen. Dat element is veelal nagenoeg even belangrijk als de overnamesom die relatief beperkt is omdat er weinig fysieke activa worden overgenomen en de goodwill nihil of minimaal is.

Tot slot wil ik benoemen dat de tekst van het wetsvoorstel haast onleesbaar is en veel vragen oproept over wat nu eigenlijk wordt bedoeld. Daarnaast lijkt artikel 666b ten opzichte van artikel 663 onnodig uitgebreid geformuleerd, bijvoorbeeld door de leden 3, 5 en 6.

Een aantal van de benoemde punten heeft betrekking op de praktijk zoals binnen onze organisatie aan de orde. Dat neemt niet weg dat het ook algemene knelpunten betreft die in vele sectoren kunnen worden ervaren. Wij kunnen ons bovendien voorstellen dat het voor het MKB nog veel ingewikkelder is dergelijke gevolgen op te vangen dan voor een grote organisatie als de onze. Het is dan ook niet meer dan aannemelijk dat bij doorgang van dit wetsvoorstel de doorstartpraktijk uit faillissementen stagneert. Dat heeft grote gevolgen voor crediteuren, maar zeker ook voor de werkgelegenheid van de betrokken werknemers. Specifiek voor onze thuiszorg activiteiten geldt nog dat deze regeling een belangrijk ongewenst maatschappelijk neveneffect zal hebben doordat deze ook gevolgen heeft voor degenen aan wie thuiszorg wordt verleend. Indien geen doorstart wordt gerealiseerd zal de zorgverlening immers worden onderbroken of zelfs tijdelijk beëindigd.

CSU/Tzorg is een integere mensgerichte organisatie die zonder meer onderschrijft dat het faillissementsrecht niet misbruikt mag worden om arbeidsrechtelijke bescherming te doorkruisen. De voorgestelde wijziging gaat daarin echter te ver en zal naar mening van CSU/Tzorg (onbedoelde) ongewenste neveneffecten hebben die resulteren in kapitaalvernietiging met juist een grotere kans op verlies van werkgelegenheid bij overname uit faillissement.