

## Memorandum

|              |   |                |                  |
|--------------|---|----------------|------------------|
| AAN          | Ministerie van Justitie en<br>Veiligheid /Ministerie van Sociale<br>Zaken en Werkgelegenheid, <b>via:</b><br><a href="http://www.internetconsultatie.nl">www.internetconsultatie.nl</a> | DATUM          | 29 augustus 2019 |
| KOPIE<br>AAN |   | DOSSIER        |                  |
| VAN          | Clifford Chance LLP Amsterdam   | DOORKIESNUMMER | +31 20711 9332   |

---

## Reactie op voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement en bijbehorende regeling

### 1. Inleiding

Clifford Chance is al vele jaren betrokken bij omvangrijke, veelal internationale, faillissementen en herstructureringen. Wij maken dan ook graag van de mogelijkheid gebruik om onze zienswijze naar voren te brengen met betrekking tot het voorontwerp van de Wet overgang van onderneming in faillissement (het "**Voorontwerp**"). Met het Voorontwerp doet de Nederlandse wetgever een poging om een regeling in te voeren op basis waarvan de positie van werknemers rondom faillissementen wordt geadresseerd en versterkt. Wij zijn positief over het feit dat de wetgever tracht om de wetgeving rondom faillissementen te moderniseren.

Het Voorontwerp voorziet in een door de verkrijger aan te bieden nieuwe arbeidsovereenkomst op basis van, in beginsel, dezelfde arbeidsvoorwaarden als onder de arbeidsovereenkomst met de gefailleerde werkgever (het "**Aanbod**"). De verkrijger dient dit Aanbod aan alle werknemers van de gefailleerde werkgever te doen, tenzij de verkrijger aannemelijk kan maken dat hij maatregelen dient te treffen waarbij arbeidsplaatsen vervallen om het voortbestaan van de onderneming op de lange termijn te kunnen verzekeren. Indien bij een dergelijk verval van arbeidsplaatsen<sup>1</sup> sprake is van economische, technische of organisatorische redenen ("**ETO**" redenen) kan de verkrijger het aanbod voor een arbeidsovereenkomst doen aan een

---

<sup>1</sup> Binnen 26 weken na de overgang.

geselecteerde groep van (in plaats van alle) bij de gefailleerde werkgever in dienst zijnde werknemers.

Dit is naar onze mening een redelijk uitgangspunt waarbij de regering aandacht heeft gehad voor enerzijds 1) het maatschappelijk onbehagen over de zwakke positie van werknemers in een faillissement<sup>2</sup>, en 2) het belang voor de verkrijger om maatregelen te kunnen treffen met het oog het voortbestaan van de onderneming op de langere termijn. Een balans tussen deze twee factoren is wenselijk en idealiter geeft een nieuwe wettelijke regeling meer duidelijkheid en richting voor betrokkenen in een faillissementssituatie.

Wij hebben hierbij echter de volgende aandachtspunten, waarbij we ons beperkt hebben tot een aantal voor de faillissementspraktijk relevante onderdelen van het Voorontwerp:

## **2. Ongewenst neveneffect toepasselijkheid richtlijn overgang van onderneming?**

- De wetgever heeft met het Voorontwerp gebruik gemaakt van de zogenaamde 'lidstaatoptie', d.w.z. de mogelijkheid om de artikelen 3 en 4 van Richtlijn 2001/23/EG (hierna de "**Richtlijn**") van toepassing te verklaren op een overgang van een onderneming in -kortgezegd- faillissementsprocedures. Het Voorontwerp brengt daarmee verandering in de situatie ten tijde van de oorspronkelijke implementatie van de Richtlijn in het Burgerlijk Wetboek toen de relevante artikelen buiten toepassing werden verklaard in geval van faillissement.
- Het Voorontwerp voorziet nu, ook in faillissementssituaties, in toepasselijkheid van artikel 7:663 BW, eerste volzin: *'door de overgang van een onderneming gaan de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer van rechtswege over op de verkrijger'*. Een en ander brengt mee dat ook bij een faillissement een overgang *van rechtswege* van werknemers naar de verkrijger van de onderneming tot de mogelijkheden behoort indien de betreffende overname als overgang van onderneming kwalificeert.
- Het Aanbod biedt daarbij een regeling voor de situatie waarin het dienstverband van de betreffende werknemers al is opgezegd op grond van art. 40 Fw. Een werknemer kan dan weliswaar overgaan naar de verkrijger als sprake is van een overgang van onderneming, maar vervolgens zal het betreffende dienstverband door die opzegging na korte tijd eindigen. De voordelen van de toepasselijkheid van de beschermingsregels van de Richtlijn zijn dan van weinig waarde, al zal met deze overgang (naar een niet failliete werkgever) een eventueel recht op de wettelijke transitievergoeding kunnen

---

<sup>2</sup> D.w.z. waarbij het faillissement wordt gebruikt om de ontslagbescherming van werknemers te ontlopen.

herleven<sup>3</sup>. Duidelijkheid van de wetgever op dit gebied is wenselijk. Het Aanbod is daarnaast bedoeld voor situaties waarin de opzegtermijn op het moment van de overgang al doorlopen is en een overgang van rechtswege niet meer aan de orde is nu daarvoor een dienstverband bij de vervreemder van de onderneming vereist is ten tijde van de overgang.

- Nu in faillissement sprake zal zijn van een financieel instabiele onderneming die zonder ingrijpen/onmiddellijk doorvoeren van kostenbesparende maatregelen niet levensvatbaar is, zal een overgang van het voltallige personeelsbestand doorgaans niet haalbaar zijn. Het Voorontwerp onderkent dit door te voorzien in de mogelijkheid om met een beroep op ETO redenen het Aanbod te beperken tot een geselecteerde groep werknemers. Wij achten het voor de slagingskansen van een doorstart onder de regeling van het Voorontwerp van belang dat er een mogelijkheid bestaat voor een bepaalde vorm van afslanking van het personeelsbestand. Wij hebben echter wel zorgen over de in het Voorontwerp opgenomen wijze van deze afslanking (zie hieronder onder 'ETO redenen').
- Het Voorontwerp is niet duidelijk over de situatie waarin sprake is van enerzijds een groep geselecteerde werknemers én anderzijds een groep werknemers van de gefailleerde werknemer aan wie geen Aanbod is gedaan. Het is onduidelijk of de eerste volzin van 7:663 BW niet langer van toepassing is indien sprake is van een situatie waarin de (alle) arbeidsovereenkomsten tussen de gefailleerde werkgever en de werknemers die op de dag van de faillietverklaring nog in dienst waren, zijn opgezegd. Bij toepasselijkheid van art.7:663 BW, eerste volzin, zullen de werknemers aan wie geen Aanbod is gedaan naar de verkrijger van de onderneming overgaan, indien de overgang plaatsvindt tijdens de opzegtermijn van 6 weken op grond van art. 40 Fw. Dit lijkt een onbedoeld neveneffect. Hoewel de duur van het voortzetten van bestaande arbeidsvoorwaarden voor deze groep beperkt zal zijn, is de administratieve rompslomp voor een verkrijger die bijv. nog enkele weken een pensioentoezegging gestand moet doen, onwenselijk. Maar belangrijker: wat is de impact van deze overgang voor de loongarantieregeling gedurende de opzegtermijn? Er is voor deze groep reeds opgezegde werknemers na de overgang niet langer sprake van een gefailleerde werkgever. En wat betekent dit voor het recht van deze groep werknemers op een eventuele transitievergoeding?
- Nog een opmerking van meer technische aard: In beginsel brengt 'ja' zeggen tegen toepasselijkheid van de Richtlijn in ook -kortgezegd- faillissement, met zich mee dat

---

<sup>3</sup> Artikel 7:673 c BW bepaalt dat de transitievergoeding niet verschuldigd is als de werkgever in staat van faillissement is verklaard, maar dat zal voor de 'nieuwe' werkgever niet aan de orde zijn.

de werknemers met behoud van arbeidsvoorwaarden mee overgaan naar de verkrijger van de onderneming.<sup>4</sup> De mogelijkheden tot beperking van de impact van toepasselijkheid van de Richtlijn in faillissementssituaties<sup>5</sup>, zien op de optie voor lidstaten om te bepalen dat 1) onder omstandigheden schulden niet mee overgaan, en 2) in overleg met werknemersvertegenwoordigers de arbeidsvoorwaarden aangepast kunnen worden. Met het Voorontwerp wordt de Richtlijn met gebruikmaking van de lidstaatoptie van toepassing verklaard in faillissement. Daarbij wordt gebruik gemaakt van de bovengenoemde optie/verzachtende maatregelen, maar ook een alternatieve regeling geïntroduceerd waarin de Richtlijn niet voorziet: onder omstandigheden vindt de overgang plaats op basis van het Aanbod (en de aanvaarding daarvan) in plaats van een overgang van rechtswege. Wij vragen ons af of de Richtlijn, die van openbare orde is, deze ruimte biedt en of er überhaupt 'onderhandelingsvrijheid' is om tot een nieuwe arbeidsovereenkomst te komen reeds voordat de opzegtermijn doorlopen is. Bij ontbreken van deze mogelijkheid, zullen alle werknemers die nog in dienst zijn van de failliete werkgever met de onderneming mee overgaan, om na de overgang al dan niet een nieuwe arbeidsovereenkomst te accepteren. Indien hierover geen overeenstemming wordt bereikt, zal het dienstverband bij de nieuwe werkgever aflopen en mogelijk aanspraak op een transitievergoeding ontstaan.

### **3. ETO redenen**

- Zoals gezegd is het in een faillissementssituatie waarschijnlijk dat in de personeelskosten gesneden zal moeten worden om de lange termijn belangen van de onderneming (en haar stakeholders) te borgen. Het Voorontwerp voorziet hierin door de verkrijger de mogelijkheid te bieden met een beroep op ETO redenen en op basis van het 'inspiegelingsprincipe', werknemers te selecteren. Het biedt de verkrijger daarmee een mogelijkheid die voor de werkgever die in een voorfase van een faillissement verkeert, niet open staat, namelijk om zonder de navenante afvloeiingskosten, te snijden in de personeelskosten.
- De mogelijkheid voor de verkrijger om maatregelen te kunnen treffen met het oog op het voortbestaan van de onderneming op de langere termijn, achten wij een essentieel onderdeel van het Voorontwerp. Zoals aangegeven in de concept memorie van toelichting zijn echter de voorbeelden van (met succes ingeroepen) ETO redenen die volgen uit de rechtspraak van het EU-hof, beperkt. Opgemerkt dient te worden dat in die gevallen de eis speelt dat niet de overgang zelf tot verval van arbeidsplaatsen mag

---

<sup>4</sup> Mits de overgang als een overgang van onderneming in de zin van de Richtlijn/ wet kwalificeert (zie hieronder, onder "Beoordeling overgang van onderneming")

<sup>5</sup> Zie art. 5 lid 2 sub a en sub b van de Richtlijn].

leiden, maar dat sprake moet zijn van aanvullende omstandigheden die als ETO redenen kwalificeren. De rol van het 'opzegverbod'<sup>6</sup> lijkt niet aan de orde voor de in het Voorontwerp benoemde bedrijfseconomische omstandigheden, nu immers geen sprake is van een opzegging (die is om een andere reden al gedaan door de curator), maar louter om het niet doen van een Aanbod. Toch zal naar onze mening ook het aantonen van bedrijfseconomische omstandigheden teneinde werknemers aan wie een Aanbod wordt gedaan te selecteren, in het beschikbare tijdsbestek een zware last zijn. In een klassieke doorstart (dus zonder enkele voorbereiding) worden de slagingskansen kleiner nu mogelijke kopers geen concreet aanbod kunnen doen. De praktijk leert dat de beschikbare personeelsadministratie niet altijd op orde is of is bijgewerkt. Er is hiernaast ook geen tijd om uitgebreid boekenonderzoek te doen (hetgeen in beginsel in faillissement überhaupt een uitzondering is). Een mogelijke koper zal dan niet in staat zijn om in te schatten of, en zo ja welke, werknemers overgenomen kunnen worden. Het maken van een businessplan met een prognose van de kosten na de doorstart is onder deze omstandigheden niet goed mogelijk. De tijdslijnen van een verkooptraject zijn na een faillissement erg kort omdat hoe langer het faillissement duurt des te lastiger het wordt om een doorstart te realiseren.<sup>7</sup> Dit zal de facto betekenen dat veel kopers (vooral degenen die de onderneming niet kennen of eerder hebben beoordeeld) geen bod zullen plaatsen of een laag bod waarin de grote onzekerheid terzake de overname van (alle) werknemer is ingecalculeerd. Er is bij een faillissement een grote rol weggelegd voor de banken met zekerheidsrechten op de activa van de failliete onderneming ('separatisten'). Voor hen is het zaak om met de verkoop van de verpande/verhypothekeerde activa de openstaande schulden te verhalen. Wanneer over de gehele linie mogelijke kopers meer budget moeten reserveren voor mogelijke aanspraken van werknemers, zal het beschikbare budget voor een bod op de (al dan niet verpande of verhypothekeerde) activa lager zijn. Wanneer de biedingen op activa minder dan de liquidatiewaarde van deze activa bedragen, zal een curator (en/of separatist) minder snel geneigd zijn een dergelijk bod te accepteren en zal dat wellicht leiden tot een openbare veiling van de activa.

- De huidige toestemming door de rechter-commissaris om de curator het dienstverband van de werknemers van de failliete werkgever te laten beëindigen vanwege het faillissement van de werkgever wordt als te 'licht' gezien. Hoewel curatoren over het algemeen in staat moeten worden geacht om de voordelen van een doorstart aan de rechter-commissaris toe te lichten, en rechters-commissarissen een gedegen

---

<sup>6</sup> Artikel 7:670 lid 8 BW bepaalt dat de werkgever de arbeidsovereenkomst niet kan opzeggen wegens een overgang van onderneming.

<sup>7</sup> Leveranciers, werknemers, verhuurders zullen naar andere commerciële mogelijkheden kijken en kiezen voor zekerheid en zullen dan ook vaak met nieuwe partijen in zee gaan in plaats van te wachten op een onzekere uitkomst van een doorstart.

belangenafweging zullen maken, achten wij een specifieke (met meer waarborgen omklede) 'ontslagprocedure' in faillissement te billijken om daarmee tegemoet te komen aan het maatschappelijk onbehagen over de positie van werknemers in een faillissement.

- Wij vragen ons echter af of de verwijzing naar 'bedrijfseconomische omstandigheden' in de praktijk niet een onhaalbare toets zal blijken. Het voordeel dat de praktijk al bekend is met dit begrip, zou een nadeel kunnen blijken te zijn als de eisen die het UWV stelt aan bijvoorbeeld 'een slechte of slechter wordende financiële situatie' één op één van toepassing zouden zijn in een faillissementssituatie. Dat het financieel niet goed gaat met de onderneming van de failliete werkgever is een gegeven. Dat geldt ons inziens ook voor de vraag of er maatregelen moeten worden getroffen om het voortbestaan van de onderneming ook op de langere termijn te kunnen verzekeren. Het verdient aanbeveling de toets op aanwezigheid van 'bedrijfseconomische omstandigheden' een aangepaste variant van de UWV toets te laten zijn, die recht doet aan het beschikbare tijdsbestek en de specifieke omstandigheden in een faillissement.
- De in de concept Memorie van Toelichting genoemde voorbeelden van bedrijfseconomische omstandigheden zien op situaties ná de overgang. Naar onze mening zal de toets of sprake is van 'bedrijfseconomische omstandigheden' en een selectie van over te nemen werknemer te billijken is, wel louter aan de hand van de over te dragen onderneming van de failliete werkgever moeten geschieden. De eventuele reeds bestaande onderneming van de verkrijger zal daarbij buiten beschouwing dienen te blijven.

#### **4. Beoordeling 'overgang van onderneming'**

- De beoordeling of een overgang van activa/ personeel kwalificeert als een overgang van onderneming is complex en regelmatig onderwerp van geschil. Waar in bepaalde sectoren in de loop van de tijd wel min of meer duidelijk is geworden of een sector zich als arbeidsintensief of kapitaalintensief kenmerkt en welke elementen essentieel zijn om een overgang van onderneming te bewerkstelligen, zijn er nog legio sectoren waar dit onbeslist is. Dit maakt het weinig realistisch om hier in het korte tijdsbestek van een niet voorbereide doorstart duidelijkheid over te krijgen.
- Daarbij komt dat in arbeidsintensieve sectoren, de overgang valt of staat bij de overgang van een qua aantal en deskundigheid wezenlijk deel van de in de onderneming werkzame werknemers. De verkrijger kan bij een overname van activa in de arbeidsintensieve sector beïnvloeden of deze overname als overgang van onderneming kwalificeert door geen of een beperkt aantal van de in de onderneming werkzame werknemers over te nemen. Gezien de impact van de in het Voorontwerp vervatte

regeling is niet ondenkbaar dat in dergelijke gevallen de grenzen opgezocht zullen worden om een overgang van onderneming te voorkomen.

## **5. Conclusie**

Zoals uiteengezet in de concept Memorie van Toelichting is het Voorontwerp het resultaat van de toezegging die in het kader van de behandeling van het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I werd gedaan om in een separaat wetsvoorstel aandacht te besteden aan de positie van werknemers bij een bedrijfsovername in faillissement. Dit thema is in een stroomversnelling gekomen door de uitspraak van het Europese Hof van Justitie inzake de vraag of werknemers bij een overname van een onderneming in faillissement die is voorbereid met gebruikmaking van de pre-pack methode een beroep kunnen doen om de beschermingsregels uit de Richtlijn.<sup>8</sup>

Het Voorontwerp heeft als doel duidelijkheid te bieden over het toepassingsbereik van de beschermingsregels van de Richtlijn in faillissementssituaties. Daartoe heeft de wetgever een 'switch' gemaakt; van de huidige uitzondering op toepasselijkheid van de Richtlijn bij een overgang van onderneming in faillissement, gaat het Voorontwerp naar toepasselijkheid van de beschermingsregels van de Richtlijn in deze situatie, ongeacht het doel waarmee de faillissementsprocedure is ingeleid. Hoewel naar onze mening nog aandacht zal moeten worden besteed aan sommige van de praktische implicaties van de in het Voorontwerp vervatte regeling (zoals in deze notitie aangestipt), is het goed dat de wetgever voor duidelijkheid kiest, en gehoor geeft aan de roep om meer bescherming voor werknemers bij een overname van een onderneming in faillissement.

Gezien de benodigde voorbereidingstijd die zowel voor wat betreft de beoordeling van de overgang van onderneming, de eventuele aanwezigheid van bedrijfseconomische omstandigheden en de daarbij horende selectie van werknemers hoort, zien wij eigenlijk alleen mogelijkheden voor toepassing van deze regeling op een zogenaamde pre-pack, of anderszins voorbereide overgang in een faillissementssituatie, uiteraard voor zover er in die situatie sprake is van een overgang van onderneming (niet elke pre-pack zal resulteren in toepasselijkheid van de Richtlijn). De nu voorziene toepasselijkheid van de Richtlijn op (ook) een 'klassieke' doorstart, baart ons zorgen. Wij achten het niet ondenkbaar dat de extra bescherming voor de positie van werknemers zoals in het Voorontwerp voorzien, de mogelijkheden voor een dergelijke doorstart sterk beperkt, zo niet onmogelijk maakt.

Nu het Europese Hof van Justitie al heeft bepaald dat een overname met gebruikmaking van de pre-pack methode niet onder de uitzonderingsbepaling van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn en art. 7:666 onder a BW valt, kunnen wij ons voorstellen dat deze

---

<sup>8</sup> In de zaak FNV/ Smallsteps (zaak C126-16)

uitzonderingsbepaling van kracht blijft (geen 'switch'). Tegelijkertijd zou kunnen worden nagegaan of de regeling van het Voorontwerp (alleen) voor de overname volgens de pre-pack methode gebruikt zou kunnen worden. Daarbij dient echter bedacht te worden dat als de wetgever de artikelen 3 en 4 van de Richtlijn niet van toepassing verklaart op een overgang van onderneming in een faillissementssituatie (en de huidige uitzondering van toepasselijkheid in stand blijft), de verzachtende maatregelen van artikel 5 lid 2 onder a en b van de Richtlijn<sup>9</sup> hem in principe<sup>10</sup> ook niet ter beschikking zullen staan.

---

<sup>9</sup> De mogelijkheid voor lidstaten tot beperking van de impact van toepasselijkheid van de Richtlijn in faillissementssituaties door te bepalen dat 1) onder omstandigheden schulden niet mee overgaan, en 2) in overleg met werknemersvertegenwoordigers de arbeidsvoorwaarden aangepast kunnen worden.

<sup>10</sup> Behoudens de uitzondering van artikel 5 lid 3 van de Richtlijn.