

Ministerie van Justitie en Veiligheid
De heer drs. S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Clark Warren
Professional Support Lawyer
T +31 20 605 65 73
E c.warren@houthoff.com
Postbus 75505 1070 AM Amsterdam
Gustav Mahlerplein 50 Amsterdam

Amsterdam, 30 augustus 2019
Inzake: Internetconsultatie Wet overgang van onderneming in faillissement
Onze ref: 450/12724988.1

Excellentie,

1. Inleiding

- 1.1. Met belangstelling heeft Houthoff kennisgenomen van het ontwerp voor de Wet overgang van onderneming in faillissement ("**Wet OvO**").
- 1.2. Sinds het Smallsteps-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie ("**HvJ EU**") staat de doorstartpraktijk, meer in het bijzonder doorstarts waarbij arbeidsplaatsen worden gesaneerd, onder druk.¹ In dit arrest besliste het HvJ EU, kort gezegd, dat art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG² – een bepaling die lidstaten de bevoegdheid geeft om te bepalen dat werknemersrechten niet mee overgaan indien de vervreemder is verwickeld in een faillissementsprocedure – toepassing mist in een faillissementsprocedure die niet op liquidatie maar op voortzetting van de onderneming is gericht. In dat geval gaan de rechten van de werknemers mee over op de verkrijger van die onderneming.
- 1.3. In de praktijk is niet steeds duidelijk wanneer een faillissementsprocedure gericht is op liquidatie dan wel voortzetting van de onderneming. Het daadwerkelijke doel van een faillissementsprocedure kan alleen worden vastgesteld aan de hand van de omstandigheden van het geval. Deze casuïstiek brengt de nodige onzekerheid met zich.
- 1.4. Het wetsontwerp beoogt een einde te maken aan de door het Smallsteps-arrest veroorzaakte onzekerheid door de arbeidsrechtelijke regels voor de overgang van onderneming zoveel mogelijk van overeenkomstige toepassing te verklaren op de faillissementsprocedure. De nu bestaande uitzondering voor faillissementsprocedures,

¹ HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, NJ 2017/369.

² PbEU 2001, L 82.

waarvoor art. 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG de ruimte biedt, wordt daarmee ongedaan gemaakt.

- 1.5. In Nederland zal dus als hoofdregel gelden dat alle werknemers bij een overname van een onderneming mee overgaan, ongeacht of dit buiten of binnen het faillissement van de werknemer geschiedt. Dit is anders als de overnemer wegens bedrijfseconomische omstandigheden slechts een deel van de werknemers mee over kan nemen, maar het ontwerp stelt voorwaarden aan de toepassing van deze uitzondering.
- 1.6. Het aanpassen van de wet langs deze lijnen, is in hoge mate een rechtspolitieke keuze wier merites ongetwijfeld zullen worden bediscussieerd door andere deelnemers aan deze internetconsultatie.
- 1.7. In plaats van in die discussie een uitdrukkelijk standpunt in te nemen, maken wij enige opmerkingen van technisch-juridische aard met suggesties voor een aantal aanpassingen. Onze opmerkingen zien op:
 - de verhouding tot de surseance (par. 2);
 - de doorwerking van Titel 7.10 BW in faillissement (par. 3);
 - de mogelijke betrokkenheid van een separatist bij de overgang (par. 4.); en
 - enkele medezeggenschapsrechtelijke aspecten (par. 5).

2. Uitbreiding toepassingsbereik naar surseance van betaling

- 2.1. De voorgestelde regeling is uitsluitend van toepassing op de faillissementsprocedure en is dus beperkt tot een overgang van onderneming die plaatsvindt tijdens faillissement.³ Wij menen dat de uitbreiding van het toepassingsbereik van de voorgestelde regeling naar de surseanceprocedure (naast een algehele herziening daarvan) verder zou kunnen voorzien in de behoefte aan efficiënte herstructureringsprocedures.
- 2.2. De surseanceprocedure is op dit moment als reorganisatie-instrument weinig aantrekkelijk, met name omdat zij niet werkt jegens preferente schuldeisers, waaronder ook werknemers. Daarmee is het lastig een personeelsreorganisatie in een surseanceprocedure te bewerkstelligen.
- 2.3. Onlangs is het voorstel voor de Wet Homologatie Onderhands Akkoord ("**WHOA**") ingediend. De WHOA heeft als doel het reorganiserend vermogen van levensvatbare ondernemingen met (potentieel) rendabele bedrijfsactiviteiten te versterken.⁴ Anders dan de surseanceprocedure biedt de WHOA een instrumentarium om ook preferente

³ Ontwerp Toelichting, p. 1.

⁴ *Kamerstukken II 2018/19, 35 529, 1-4.*

schuldeisers aan een akkoord te binden. Echter, arbeidsovereenkomsten worden uitdrukkelijk niet bestreken door de WHOA, zie het voorgestelde art. 369 lid 4 Fw (nieuw).

- 2.4. Voor de reorganisatie van verplichtingen uit hoofde van een arbeidsovereenkomst dreigt dus een leemte te ontstaan, nu alle rechten en aanspraken van werknemers ook straks in het kader van een overgang van onderneming onverminderd geëerbiedigd dienen te worden. Een procedure buiten faillissement die ertoe strekt verplichtingen uit hoofde van een arbeidsovereenkomst te saneren ontbreekt derhalve. Het mogelijk gevolg is dat een werkgever (of een potentiële overnemer) zich bij de keuze voor het aan te wenden instrumentarium zal kiezen voor een faillissementsscenario. Dit komt het reorganiserend vermogen van de onderneming niet ten goede.
- 2.5. Naar ons oordeel geeft dit voorstel een kans voor de wetgever om de surseance aantrekkelijker te maken. Overwogen zou kunnen worden de surseanceprocedure aldus aan te passen dat de voorgestelde regeling voor overgang van onderneming hierop mede van toepassing is. Artikel 5 leden 1 en 2 van de richtlijn 2001/23/EG voorziet in de mogelijkheid voor de lidstaten om de beschermingsregels uit de richtlijn toe te passen op insolventieprocedures die zijn gericht op de voortzetting van de onderneming.
- 2.6. Om de effectiviteit van de surseanceprocedure verder te versterken zou voor deze procedure een herziening kunnen worden overwogen.⁵ Wij wijzen in dit verband bijvoorbeeld op het ontwerp voor een nieuwe surseanceregeling van INSOLAD.⁶
- 2.7. Hiermee zou de surseance kunnen uitgroeien tot een procedure die past in de leemte tussen de akkoordprocedure onder de WHOA (die geen mogelijkheid biedt tot reorganisatie van personeelskosten) en het uitsluitend op liquidatie gerichte faillissement. De faillissementsprocedure heeft dan slechts betekenis voor gevallen waarin redding van de onderneming niet langer een optie is.

3. Doorwerking van Titel 7.10 BW in faillissement

- 3.1. Door de regels omtrent overgang van onderneming zoveel mogelijk door te trekken naar het faillissement, wordt de nu bestaande discussie over de toepasselijkheid van de overgangsregels in faillissement beëindigd. Tegelijkertijd leggen het wetsontwerp en de bijbehorende toelichting veel nadruk op de mogelijkheid om – in situaties waarbij de curator de arbeidsovereenkomsten met het personeel heeft opgezegd – niet aan alle werknemers een aanbod te doen in situaties zoals bedoeld in art. 7:666b lid 2 BW (nieuw). Dit heeft mogelijk tot gevolg dat het zwaartepunt van procedures zich zal

⁵ Aldus ook de eerder ingediende consultatie-reactie van INSOLAD, nr. 5 e.v.

⁶ INSOLAD Concept wetsontwerp Titel II Van surseance van betaling en Toelichting op het INSOLAD-ontwerp voor een nieuwe surseanceregeling; te raadplegen via: <https://www.insolad.nl/publicaties/>.

verplaatsen naar de vraag of inderdaad aan de voorwaarden voor gedeeltelijke in plaats van een volledige overname is voldaan.

- 3.2. Bovendien is het de vraag of het in het ontwerp neergelegde kader in overeenstemming is met het Unierecht. Art. 4 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG (in Nederland geïmplementeerd in art. 7:670 lid 8 BW) verbiedt namelijk ontslag wegens overgang van onderneming. Dit verbod staat een ontslag wegens zogeheten economische, technische of organisatorische redenen ("**ETO-redenen**") inderdaad niet in de weg, maar het is de vraag of het toetsingskader voor art. 7:669 lid 3 sub a BW zonder meer voldoet aan de (strengere) jurisprudentie van het HvJ EU op dit punt.
- 3.3. Vanuit de gedachte dat het faciliteren van doorstarts na faillissement bijdraagt aan het behoud van werkgelegenheid, is goed te begrijpen dat het wetsontwerp de overgang van vóór het faillissement en vóór de overgang ontstane schulden naar de verkrijger uitsluit (zoals toegestaan door art. 5 lid 2 Richtlijn 2001/23/EG). Ook de mogelijkheid om arbeidsvoorwaarden in samenspraak met vakbonden aan te passen, kan bijdragen aan een doorstart waarmee werkgelegenheid wordt behouden. Niettemin zullen onder het wetsontwerp andere verschillen blijven bestaan tussen een overgang van onderneming in faillissement en een overgang van onderneming buiten faillissement. Die verschillen kunnen gerechtvaardigd worden door de specifieke situatie van een faillissement en het belang van doorstarts voor behoud van werkgelegenheid, maar dit is niet in alle gevallen vanzelfsprekend.
- 3.4. Zo ontbreekt bij – het eveneens in het kader van dit wetsvoorstel voorgestelde – artikel 3 lid 2 Regeling overgang van onderneming in faillissement een duidelijke toelichting waarom – anders dan buiten faillissement – de strikte voorwaarden voor afwijking van het afspiegelingsbeginsel (in dit geval: inspiegelingsmethode) van art. 11 lid 5 Ontslagregeling juncto § 2.7.2 Uitvoeringsregels niet van toepassing zijn. Mogelijk is dit ingegeven door de gedachte dat de doorstarter niet over de gegevens beschikt die hem in staat stellen om aan die voorwaarden te kunnen voldoen. Echter, indien de doorstarter gelieerd is aan de failliete onderneming (bijvoorbeeld als aandeelhouder), zal dit inzicht er veelal wel zijn en kan de vraag worden gesteld welke rechtvaardiging bestaat voor een ongeclausuleerde 10% afwijking van het afspiegelingsbeginsel. Dit klemt te meer nu een verzoek van een werknemer zoals bedoeld in art. 7:666b lid 5 BW (nieuw) zal worden afgewezen indien de verkrijger binnen deze 10% 'foutmarge' is gebleven. Dit impliceert dat tijdens een procedure de kantonrechter de toepassing van de inspiegelingsmethode over het totale personeelsbestand zal behoren te toetsen. Immers, de 10% 'foutmarge' heeft betrekking op de *volledige* selectie van werknemers en staat niet toe dat per uitwisselbare functie een 10% 'foutmarge' is toegestaan.
- 3.5. Hierop voortbordurend rijst een meer algemeen punt. Partijen die gelieerd zijn aan de failliete onderneming zullen, zoals gezegd, goed op de hoogte zijn van de samenstelling

van het personeelsbestand. Dat maakt dat zij in vergelijking met derden beter in staat zijn om gebruik te maken van mogelijkheid om van het afspiegelingsbeginsel af te wijken. Het is de vraag of de verplichting van de curator om op de voet van art. 101a Fw (nieuw) informatie te verstrekken voldoende tegenwicht zal bieden ter waarborging van een *level playing field* waarin ook niet gelieerde partijen de onderneming (deels) zouden kunnen overnemen en voortzetten.

- 3.6. Tot slot bevat het wetsontwerp een aantal onduidelijkheden en leemtes. Dit betreft in het bijzonder het voorgestelde art. 7:666b lid 5 BW (nieuw), waarin werknemers die geen aanbod hebben gekregen de mogelijkheid wordt geboden tegen de verkrijger/doorstarter te procederen.
- 3.7. Ten eerste ontbreekt een (verwijzing naar een) termijn waarbinnen een dergelijk verzoek moet worden ingediend. Het verdient aanbeveling deze termijn te specificeren. Het ligt voor de hand om hiervoor aan te sluiten bij c.q. te verwijzen naar de vervaltermijnen van art. 7:686a lid 4 (sub a resp. c) BW.
- 3.8. Een ander punt betreft de sanctie voor het niet aanbieden van een arbeidsovereenkomst dadelijk bij de overgang, dan wel in het kader van een vacature. In dat geval kan de werknemer uitsluitend verzoeken om een veroordeling tot het alsnog doen van een aanbod. In (analoge) situaties van onterechte opzegging dan wel schending van de wederindiensttredingsvoorwaarde (art. 7:681 resp. 7:682 BW) wordt de werknemer de (discretionaire) keuze gegeven tussen vernietiging, herstel van het dienstverband of een billijke vergoeding. Het zou goed zijn indien de wetgever de rechtvaardiging voor dit onderscheid zou toelichten.
- 3.9. In het verlengde van het voorgaande punt, roept art. 7:666b lid 5 sub c BW (nieuw) – op grond waarvan de kantonrechter ten laste van de verkrijger een billijke vergoeding kan toekennen indien het in redelijkheid niet mogelijk is alsnog in dienst te komen bij de verkrijger vanwege ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de verkrijger– een aantal vragen op. Het wetsontwerp licht in de eerste plaats niet toe wanneer indiensttreding bij de verkrijger in redelijkheid niet mogelijk moet worden geacht. Dient hierbij te worden aangesloten bij de norm van art. 7:683 lid 3 BW die het hof in hoger beroep de mogelijkheid geeft om in plaats van herstel van een dienstverband alsnog een billijke vergoeding toe te kennen indien herstel niet in de rede ligt? En indien indiensttreding bij de verkrijger weliswaar in redelijkheid niet mogelijk is, maar dit niet het gevolg is van ernstige verwijtbaarheid van de verkrijger, heeft de werknemer dan geen aanspraak op een billijke vergoeding? Of zal in een dergelijk geval altijd (bij wijze van fictie) sprake zijn van ernstige verwijtbaarheid?
- 3.10. Eveneens onduidelijk is wat precies wordt verstaan onder 'oude schulden' die op grond van art. 7:666b lid 7 BW (nieuw) niet mee zullen overgaan. Weliswaar geeft art. 5 van de Regeling overgang van onderneming in faillissement een aantal niet-limitatief bedoelde

voorbeelden, maar het is wenselijk dat verduidelijkt wordt of ook anciënniteit (en alle, dan wel sommige aanspraken die daarmee verband houden) mee overgaat.

4. Overgang bij verkoop door separatist

- 4.1. Voor de overnemer is de curator het primaire aanspreekpunt in het systeem van het wetsontwerp. Het is de curator die onderhandelt met de overnemer en die het overnameplan ter toetsing voorlegt aan de rechter-commissaris. In de woorden van de ontwerptoelichting is de curator de eerste die toetst of het overnameplan voldoet aan de vereisten die het wetsontwerp stelt.⁷ Het initiatief tot overgang van de onderneming kan ook liggen bij een partij die op grond van door haar bedongen zekerheden over een separatistenpositie beschikt. Het wetsontwerp ziet deze mogelijkheid naar wij menen onvoldoende onder ogen.
- 4.2. In de situatie dat een separatist door de uitoefening van zijn rechten een overgang bewerkstelligt, is hij aangewezen op medewerking van de curator. De curator dient immers het overnameplan van de overnemer te toetsen. Daarnaast beschikt de curator over de personeelsgegevens zonder welke een overname niet te realiseren is. Curator en separatist zijn dus in zo'n geval op elkaar aangewezen.
- 4.3. Vaak is de curator bereid om tegen een boedelbijdrage samen met de separatist op te trekken. Te denken valt aan de situatie waarbij de curator onderhands in zekerheid gegeven activa verkoopt voor rekening van de separatist. Maar die bereidheid spreekt niet vanzelf. Indien de curator niet bereid is om zijn of haar medewerking te verlenen, kan de separatist zelf de executie ter hand te nemen. Eigenhandig optreden is echter niet mogelijk als de uitoefening van de rechten door de separatist de overgang van de onderneming tot gevolg heeft, bijvoorbeeld omdat de separatist daarmee een hogere *going concern* waarde kan realiseren. Medewerking van de curator is in dat geval onontbeerlijk. Dat kan leiden tot ruis en haalt de vaart uit het verkoopproces met als mogelijk gevolg (verder) verlies van werkgelegenheid.
- 4.4. Wij bevelen aan de positie van de separatist en de positie van de curator in het definitieve voorstel gelijk te trekken zodat de separatist zelf een door de overnemer voorgesteld overnameplan kan voorleggen aan de rechter-commissaris. De rol van de curator kan in dat geval beperkt blijven tot verstrekking van de persoonsgegevens van de werknemers die op de dag van de faillietverklaring nog in de onderneming werkzaam zijn aan de separatist. De separatist kan met deze gegevens potentiële overnemers in staat stellen een bod te doen op de onderneming en, indien dit bod wordt aanvaard, een objectieve selectiemethode toe te passen. Wij wijzen hierbij op de analogie met de reeds bestaande plicht van de curator om informatie te verstrekken aan de stille pandhouder

⁷ Ontwerptoelichting, p. 12.

om aan de debiteuren van de stil verpande vorderingen mededeling te doen.⁸ Het is raadzaam hierbij tevens te voorzien in een regeling voor de verdeling van de met de medewerking van de curator gemoeide kosten. Deze kosten zullen uiteindelijk moeten worden gedragen door de separatist of de overnemer.

5. Wet op de ondernemingsraden

- 5.1. Wij onderschrijven het voornemen om de DA-beschikking⁹ in de Wet op de ondernemingsraden ("**WOR**") te codificeren. Dit schept een duidelijk kader voor de adviesprocedure.
- 5.2. Naar wij begrijpen uit de toelichting, zal het adviesrecht onder het voorgestelde art. 25 lid 7 WOR (nieuw) zien op (i) voorgenomen besluiten zoals opgesomd in art. 25 lid 1 WOR die in het kader van een voorzetting worden genomen door de curator en (ii) een voorgenomen besluit tot verkoop/doorstart waarbij wordt beoogd om arbeidsplaatsen te behouden.
- 5.3. Het eerste onderdeel komt onzes inziens nog niet geheel goed uit de verf in de voorgestelde wettekst. De tekst spreekt over een "*voorgenomen besluit als bedoeld in het eerste lid dat noodzakelijk is om de onderneming in faillissement te kunnen voortzetten*". Wat de toegevoegde waarde is van de term 'noodzakelijk' in combinatie met de woorden 'te kunnen voortzetten' is op het eerste gezicht niet duidelijk. Het in de wettekst opgenomen criterium van 'noodzakelijkheid' komt niet in de DA-beschikking voor en ook de ontwerptoelichting zwijgt over de invulling van dit vereiste. In dat licht verdient het aanbeveling om het adviesrecht in het definitieve wetsontwerp duidelijk te beperken tot adviesplichtige besluiten *in het kader van een voortzetting* zonder aanvullende voorwaarden of criteria.
- 5.4. Dat een expliciete minimumtermijn van drie dagen voor de OR voor het geven van advies is opgenomen is toe te juichen. Echter, in de praktijk kan het zijn dat de curator veel sneller moet acteren, bijvoorbeeld bij de doorstart van een onderneming die in bederfelijke waar handelt. In dat geval kan drie dagen te lang zijn. Het verdient aanbeveling voor deze situaties, dat de curator de rechter-commissaris machtiging kan vragen voor het hanteren van een kortere termijn.
- 5.5. Verder beoogt het wetsontwerp een informatieplicht te introduceren die de ondernemer verplicht de OR of personeelsvertegenwoordiging op de hoogte te stellen van een surseance- of faillissementsaanvraag (art. 31g WOR (nieuw)). Volgens de ontwerptoelichting moet naast de OR of de personeelsvertegenwoordiging ook de personeelsvergadering worden geïnformeerd. Dit strookt evenwel niet met de

⁸ HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ0861, NJ 2010/96 (*Hamm q.q./ABN AMRO*).

⁹ HR 11 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982, NJ 2017/453.

voorgestelde wettekst.¹⁰ De personeelsvergadering is bovendien niet een ingesteld orgaan, zoals een ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging, maar een vergadering met het voltallige personeel. Naar wij aannemen betreft het hier een abusievelijke vermelding in de ontwerptoelichting die moet worden geschrapt.

- 5.6. Tot slot wijzen wij op het voorgestelde art. 31g lid 3, WOR, op grond waarvan de ondernemer na kennisgeving van de surseance- of de faillissementsaanvraag op de voet van het eerste lid geheimhouding aan de (leden van) de OR of de personeelsvertegenwoordiging kan opleggen. Dit lijkt alleen relevant voor (leden van) een personeelsvertegenwoordiging. De OR is reeds op grond van art. 20 WOR verplicht tot geheimhouding. Bovendien kan de ondernemer op grond van dezelfde bepaling nadrukkelijk geheimhouding opleggen aan de OR. Het verdient aanbeveling om in de toelichting te wijzen op deze reeds bestaande bepaling. De geheimhouding op grond artikel 31g lid 3 WOR kan vervolgens worden beperkt tot de personeelsvertegenwoordiging.

6. Afronding

- 6.1. Wij hopen dat de in deze brief genoemde aandachtspunten worden meegewogen bij de nadere uitwerking van het Wetsontwerp. Vanzelfsprekend zijn wij tot een nadere toelichting bereid.

Hoogachtend,

Houthoff*

¹⁰ Ontwerptoelichting, p. 35.

* Deze consultatiereactie is opgesteld door Anouk Boutens, Naomi Dempsey, Barbara van Gangelen, Gerhard Gispen, Marinela Vieira en Clark Warren.