

Jachthavenweg 121
1081 KM Amsterdam
Postbus 75265
1070 AG Amsterdam

Cara Pronk
Advocaat
pronk@vandoorne.com
t 020 678 95 03
f 020 795 45 03
m 06 5579 0516

Ingediend via www.internetconsultatie.nl

Datum: 30 augustus 2019
Betreft: wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in
faillissement

Geachte heer, mevrouw,

Met interesse hebben wij het concept wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement, dat op 29 mei 2019 ter consultatie is voorgelegd, gelezen. Bijgaand treft u onze reactie op het concept wetsvoorstel aan.

Met vriendelijke groet,



Van Doorne N.V.
Cara Pronk

NOTITIE

Van Van Doorne N.V.
Steven Sterk / Cara Pronk / Carlijn Gerritsen / Stefan van Rossum
Aan Ministerie van Justitie en Veiligheid, Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Inzake Reactie op het Wetsvoorstel overgang van onderneming in faillissement
Datum 30 augustus 2019

1 Reactie op het Wetsvoorstel overgang van onderneming in faillissement

Met veel belangstelling hebben wij kennis genomen van het Wetsvoorstel en de ministeriële regeling betreffende de positie van werknemers in faillissement (hierna: het **Wetsvoorstel**). Het Wetsvoorstel ligt tot 31 augustus 2019 ter consultatie voor en wij maken van deze gelegenheid graag gebruik om in dit verband voor de onderstaande punten aandacht te vragen.

2 Kern van het voorstel

2.1 Het Wetsvoorstel voorziet in het schrappen van de in faillissement geldende uitzondering op de regel dat dienstbetrekkingen van rechtswege overgaan in het geval van een overgang van onderneming (thans neergelegd in art. 7:666 onderdeel a BW, hierna: de **Uitzonderingsregel**). Het Wetsvoorstel laat de bevoegdheid van de curator tot opzegging van arbeidsovereenkomsten ex art. 40 Fw ongewijzigd.

2.2 Als gevolg van het schrappen van de Uitzonderingsregel, geldt dat bij elke doorstart uit faillissement alle arbeidsovereenkomsten van rechtswege overgaan, met uitzondering van de arbeidsovereenkomsten die (rechtsgeldig) zijn geëindigd voordat de doorstart wordt geëffectueerd.

2.3 In de systematiek van het Wetsvoorstel, zegt de curator eerst (kort na het faillissement) de arbeidsovereenkomsten op overeenkomstig artikel 40 Fw. Vervolgens is de overnemende partij krachtens artikel 7:666b BW verplicht alle werknemers een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden (lid 1), met uitzondering van werknemers wiens arbeidsplaatsen noodzakelijkerwijs vervallen wegens bedrijfseconomische omstandigheden als bedoeld in art. 7:669 lid 3 BW (lid 2). Op basis van een inspiegelingsmethode of een alternatieve objectieve selectiemethode zal in dat geval worden bepaald aan wie een nieuw dienstverband wordt aangeboden en aan wie niet.

3 Verenigbaarheid met de Richtlijn

3.1 Met het schrappen van de Uitzonderingsregel, gelden artikel 3 en artikel 4 van Richtlijn 2001/23/EG (de **Richtlijn**) onverkort in faillissement. De Richtlijn schrijft dan het volgende voor:

3.1.1 Door de overgang van onderneming gaan de arbeidsovereenkomsten op de verkrijger over.¹

¹ Artikel 3 Richtlijn

- 3.1.2 Een overgang van onderneming is geen (geldige) reden is voor ontslag, met dien verstande dat dit geen beletsel vormt voor ontslag om economische, technische of organisatorische redenen (**ETO-redenen**).²
- 3.2 De systematiek die het Wetsvoorstel kiest, gaat ervan uit dat:
- 3.2.1 de bevoegdheid van de curator tot ontslag ex art. 40 Fw voorafgaande aan een doorstart uit faillissement niet wordt getroffen door het ontslagverbod van art. 4 lid 1 van de Richtlijn; en
- 3.2.2 de bedrijfseconomische omstandigheden als bedoeld in art. 7:669 lid 3 onderdeel a BW kwalificeren als ETO-redenen in de zin van art. 4 lid 1 van de Richtlijn.
- 3.3 De vraag of de hiervoor genoemde uitgangspunten juist zijn, vergt een interpretatie van de Richtlijn. Daarmee is het een vraag van Europees recht die uiteindelijk beantwoord moet worden door het EU-hof. Het EU-hof is daarbij niet gebonden aan de interpretatie van de Nederlandse wetgever dat de bedrijfseconomische omstandigheden als bedoeld in art. 7:669 lid 3 onderdeel a BW kwalificeren als ETO-redenen. Evenmin is het EU-hof gebonden aan de Nederlandse jurisprudentie ten aanzien van het al dan niet bestaan van dergelijk bedrijfseconomische omstandigheden.
- 3.4 Op basis van de jurisprudentie van het EU-hof is het – minst genomen – onzeker dat het EU-hof de juistheid van de genoemde uitgangspunten zal bevestigen. Wij wijzen op het volgende:
- 3.4.1 In de zaak *Bork* overweegt het EU-hof dat de omstandigheid dat het ontslag kort voor de overgang van de onderneming werd gegeven een belangrijke omstandigheid was om te oordelen dat het ontslagverbod van artikel 4 lid 1 Richtlijn van toepassing was.³
- 3.4.2 In de zaak *Colino Sigüenza* oordeelt het EU-Hof weliswaar dat geen sprake was overtreding van het ontslagverbod van artikel 4 lid 1, maar zij doet dat op basis van een combinatie van omstandigheden, te weten dat (i) het ontslag vijf maanden voor de overname plaatsvond en (ii) de werkgever niet meer in staat was om aan de salarisverplichtingen te voldoen. Anders gezegd, het enkele feit dat de werkgever niet meer in staat is de salarisbetaling te voldoen, was voor het Hof kennelijk onvoldoende om een ETO-reden aan te nemen.
- 3.4.3 In de zaak *Plessers* overweegt het EU-Hof het volgende:⁴
- a) ontslagen in de context van de overgang van onderneming moeten zijn ingegeven door economische, technische of organisatorische redenen op het gebied van tewerkstelling die geen intrinsiek verband houden met deze overgang;

² Artikel 4 lid 1 Richtlijn

³ HvJ EU 15 juni 1988, C-1988/308 (*Bork International*).

⁴ HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17 (*Plessers*)

- b) de toepassing van een wettelijke regeling die erin voorziet dat de keuze door de verkrijger van de werknemers is gebaseerd op ETO redenen levert een ernstig gevaar op voor de naleving van het hoofddoel van de Richtlijn, te weten de bescherming van werknemers tegen een ongerechtvaardigd ontslag in het geval van een overgang van onderneming; en
- c) de artikelen 3 tot en met 5 van Richtlijn moeten aldus worden uitgelegd dat zij zich verzet tegen een nationale wettelijke regeling, die bepaalt dat de verkrijger het recht heeft om te kiezen welke werknemers hij wil overnemen.

3.5 Op basis van bovenstaande jurisprudentie van het EU-Hof, achten wij de kans aanwezig dat het Hof, in navolging van zijn oordeel in de zaak *Plessers*, zal oordelen dat artikel 3 en 4 van de Richtlijn zich tegen de gekozen systematiek verzet. Immers, volgens artikel 3 van de Richtlijn gaan de rechten en verplichtingen voortvloeiende uit de op het moment van overgang bestaande arbeidsovereenkomsten over naar de verkrijger.

3.6 Een opzegging door de curator later gevolgd door het vervolgens opnieuw aanbieden van nieuwe arbeidsovereenkomsten lijkt niet in lijn te zijn met het uitgangspunt van de Richtlijn dat bij een overgang van onderneming de arbeidsovereenkomsten van rechtswege bij de verkrijger worden voortgezet.

3.7 Daarnaast lezen wij het *Plessers* arrest aldus dat het niet in lijn met Richtlijn is dat de verkrijger op grond van ETO-redenen de over te nemen werknemers selecteert.

3.8 In de praktijk is het – met oog op behoud van waarde – van belang een doorstart zo snel mogelijk na faillissement te realiseren. Aldus zit tussen de opzegging door de curator van de arbeidsovereenkomsten ex artikel 40 Fw en de overgang van de onderneming in het algemeen slechts een korte periode. Op grond van de hiervoor aangehaalde jurisprudentie, is de kans groot dat het EU-hof in dat geval zal oordelen dat het opzegverbod geldt en dat geen sprake is van ETO-redenen die een afwijking van het ontslagverbod van artikel 4 lid 1 Richtlijn rechtvaardigen.

3.9 Naar onze mening loopt een verkrijger onder het Wetsvoorstel het risico dat ook de door de curator ontslagen werknemers die de verkrijger geen arbeidsovereenkomst aanbiedt, met een beroep op de Richtlijn (en het opzegverbod als geïmplementeerd in art. 7:670 lid 8 BW) met succes:

3.9.1 het standpunt kunnen innemen dat zij van rechtswege mee overgaan op de verkrijger; en

3.9.2 wedertewerkstelling of, in plaats daarvan, een billijke vergoeding kunnen vorderen.

4 Gevolgen voor de faillissementspraktijk

4.1 Volgens de ontwerp-MvT is het doel van de wettelijke regeling de onzekerheid te ondervangen die is ontstaan naar aanleiding van het arrest van het EU-hof in de zaak *FNV/Smallsteps*⁵ of, en in welke gevallen, werknemers zich kunnen beroepen op een overgang van hun dienstbetrekking in

⁵ HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489.

het geval van een doorstart uit faillissement. Daarbij beoogt het Wetsvoorstel volgens de ontwerp-MvT onder meer het volgende te realiseren:⁶

- 4.1.1 het bieden van zekerheid voor de potentiële verkrijger omtrent de kosten van de overgang, die hem in staat stelt een verantwoord bod te doen;
 - 4.1.2 het vergroten van voorspelbaarheid van het verkoopproces dat aan de overgang vooraf gaat;
 - 4.1.3 een snelle en efficiënte procedure om vast te stellen of een overgang van onderneming in faillissement haalbaar is.
- 4.2 Naar onze mening zal de voorgestelde wettelijke regeling deze doelstellingen niet realiseren, maar leiden tot een vergroting van de onzekerheid, onvoorspelbaarheid en aanleiding geven tot vertraging.
- 4.3 Zoals hiervoor aangegeven, is het onzeker of:
- 4.3.1 bedrijfseconomische omstandigheden als bedoeld in art. 7:669 lid 3 onderdeel a BW per definitie kwalificeren als ETO-redenen in de zin van art. 4 lid 1 van de Richtlijn;
 - 4.3.2 de systematiek van het Wetsvoorstel verenigbaar is met de Richtlijn;
 - 4.3.3 de opzegging door de curator ex art. 40 Fw voorafgaand verenigbaar is met het ontslagverbod van art. 4 lid 1 van de Richtlijn (zoals geïmplementeerd in art. 7:670 BW).
- 4.4 Daar komt dat, ook binnen de systematiek van het Wetsvoorstel, potentiële overnemende partijen geconfronteerd worden met een complexe, tijdrovende procedure en risico's op claims van achterblijvende werknemers.
- 4.5 Volgens de Ontwerp-MvT moet de verkrijger eerst bij de curator en vervolgens bij de rechter-commissaris aantonen dat het overnameplan voldoet aan de wettelijke regeling.⁷ Daartoe zal de verkrijger moeten aantonen dat:
- 4.5.1 sprake is van bedrijfseconomische redenen als bedoeld in art. 7:669 lid 3 onderdeel a BW; en
 - 4.5.2 dat de methode voor selectie van de werknemers voldoet aan het een inspiegelingsbeginsel of een alternatieve objectieve selectiemethode die voldoet aan artikel 7:666b lid 2 BW.

⁶ Par. 2.2 Ontwerp-MvT, p. 6 en 7.

⁷ Par. 3.5 Ontwerp-MvT, p. 18 en 19.

- 4.6 Het verkrijgen van de toestemming van de curator en rechter-commissaris zal de nodige tijd vergen gelet op de stappen die daarbij doorlopen moeten worden:
- 4.6.1 De curator treedt in onderhandeling met potentiële overnemer en beziet of sprake is van overgang van onderneming, ETO-redenen en of een juiste afspiegelingsmethodiek wordt gebruikt;
 - 4.6.2 De curator moet (op grond van de SER- fusiegedragsregels of een toepasselijke CAO) – waar nodig – de vakbonden raadplegen over de voorgenomen overname en de ondernemingsraad (OR) informeren over het standpunt van de vakbonden;
 - 4.6.3 De curator vraagt vervolgens advies van de OR of de personeelsvertegenwoordiging (PVT) over de voorgenomen overname waarbij arbeidsplaatsen behouden blijven;
 - 4.6.4 De curator verzoekt vervolgens de toestemming van de rechter-commissaris voor de voorgenomen overname;
 - 4.6.5 De rechter-commissaris hoort belanghebbenden (waaronder de OR of de PVT als diens advies niet is overgenomen door de curator);
 - 4.6.6 De rechter-commissaris neemt een beslissing waartegen hoger beroep (door onder meer de OR of de PVT) open staat.

In de praktijk is die tijd er in veel gevallen niet. Als de tijd er al is, zal de vertraging bij het realiseren van een doorstart de (verkoop)waarde van de onderneming drukken.

- 4.7 Daarbij komt dat goedkeuring van curator en rechter-commissaris de overnemer geen enkele garantie geeft dat hij gevrijwaard is van claims van werknemers die hij geen aanbod heeft gedaan. Ook als het overnameplan door curator en rechter-commissaris is getoetst en goedgekeurd, kunnen individuele werknemers op grond van lid 5 van artikel 7:666b BW de kantonrechter verzoeken te verkrijgen te veroordelen hem een aanbod te doen tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst of een billijke vergoeding te betalen, omdat:
- 4.7.1 geen sprake is van bedrijfseconomische redenen als bedoeld in art. 7:669 lid 3 onderdeel a BW (of omdat deze niet kwalificeren als ETO-redenen in de zin van de Richtlijn); en/of
 - 4.7.2 de selectiemethode niet voldoet aan art. 7:666b BW of niet juist is toegepast.

- 4.8 Vergeleken met de huidige situatie, vergroot de regeling voorgesteld in het Wetsvoorstel de onzekerheid voor verkrijgers. In de huidige situatie geldt het uitgangspunt dat de regeling omtrent overgang van onderneming niet geldt in faillissement. Sinds het arrest FNV/Smallsteps is duidelijk dat een doorstart die voorbereid is door middel van een pre-pack buiten de Uitzonderingsregel valt. Voor het overige is de onzekerheid, op basis van de thans bestaande jurisprudentie⁸, beperkt tot

⁸ Zie Rb Gelderland 1 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2018:447 (*Tuunte*), Hof Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2339 (*Bogra*), Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6539 (*Heiploeg*), Rb Limburg 26 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9137 (*TransMission*). Alleen in de laatste zaak is overgang van onderneming aangenomen, echter in dat geval op

doorstarts uit faillissement die voorafgaande aan het faillissement zijn voorbereid (zgn. voorbereide doorstarts). Voor een normale doorstart wordt over het algemeen aangenomen dat de Uitzonderingsregel wel van toepassing is. Gewone doorstarts vinden in de praktijk dan nog ook gewoon doorgang (zie recent bijvoorbeeld Intertoys).

- 4.9 Voor een verkrijger zijn de hiervoor geschetste risico's en de financiële gevolgen als deze zich realiseren niet goed in te schatten en, daarmee, ook niet in te prijzen. Voorzienbaar gevolg van invoering van het Wetsvoorstel is dan ook dat verkrijgers zich (ook) niet langer willen wagen aan gewone doorstarts. Dan resteert nog slechts verkoop van losse activa met verlies van alle werkgelegenheid.
- 4.10 Op grond van het voorgaande heeft het ons inziens de voorkeur de Uitzonderingsregel in het BW te handhaven, totdat een andere oplossing voor de problemen die de Ontwerp -MvT (terecht) signaleert wordt geïmplementeerd. Een mogelijke oplossing, zoals gesuggereerd door Tollenaar in zijn reactie in Tvl op het voorstel⁹, is om de bepaling te schrappen die arbeidsovereenkomsten uitsluit van de WHOA. Het gaat het bestek van deze consultatie te buiten om daarop verder in te gaan. Wij volstaan met een verwijzing naar genoemd artikel van Tollenaar.

5 Aanpassen van de arbeidsvoorwaarden

- 5.1 In het Wetsvoorstel wordt de mogelijkheid geïntroduceerd om in overleg met de bonden arbeidsvoorwaarden aan te passen van werknemers die overgaan naar de verkrijger.
- 5.2 De basis voor deze mogelijkheid arbeidsvoorwaarden aan te passen bij een overgang van onderneming wordt gevonden in artikel 5 lid 2 onderdeel b van de Richtlijn. Zoals dit artikel stelt, is een voorwaarde hiervoor dat de geldende wetgeving van de betreffende lidstaat dit mogelijk maakt.
- 5.3 In dit licht vragen wij ons af hoe het aanpassen van de arbeidsvoorwaarden in overleg met de vakbonden zal worden vormgegeven. Binnen de bestaande kaders van het Nederlandse arbeidsrecht, zijn de mogelijkheden hiertoe immers beperkt.

In overleg met de bonden

- 5.4 In de huidige systematiek geldt – kort gezegd – dat indien een werknemer niet lid is van een vakbond, deze werknemer door de vakbond in beginsel niet gebonden kan worden. Dat zou betekenen dat alleen werknemers die lid zijn van de vakbond kunnen worden gebonden aan de afspraken die de werkgever met de bonden maakt over de aanpassing van de arbeidsvoorwaarden. Bovendien zou een aanvullend vereiste zijn dat de afspraken worden vastgelegd in een CAO (art. 9 Wet op de collectieve arbeidsovereenkomsten).
- 5.5 Het lijkt niet de bedoeling van de wetgever dat ongebonden werknemers een met de bonden afgesproken aanpassing van de arbeidsvoorwaarden kunnen afwijzen. Dat zou immers een niet te rechtvaardigen onderscheid opleveren tussen leden en niet-leden. Onder de huidige systematiek,

de grond dat het faillissement uitsluitend was aangevraagd met het oog op een doorstart en niet (ook) met het doel het vermogen van de onderneming te liquideren.

⁹ N.W.A. Tollenaar, *Aanpassing van het ontslagrecht in insolventie – slaan wij de juiste weg in?*, Tvl 2019/20.

kan dit slechts ondervangen worden door een algemeen verbindend verklaring van de betreffende CAO. Uit het Wetsvoorstel blijkt echter niet de bedoeling de afspraken met de bonden in een algemeen verbindend verklaarde CAO neer te leggen. Nog afgezien van het feit dat de Wet AVV slechts lijkt te voorzien in de mogelijkheid bedrijfstak-CAO's algemeen verbindend te verklaren en niet lijkt te zien op ondernemings-CAO's (vgl. art. 2 Wet AVV).

- 5.6 Bovenstaande problemen zouden mogelijk ondervangen kunnen worden door een specifieke wetsbepaling te creëren waarin staat dat alle van de vervreemder overgekomen werknemers van de verkrijger, ook ongebonden werknemers, gebonden zullen zijn aan de met de bonden overeengekomen afspraken. Een dergelijke bepaling staat wat ons betreft echter op gespannen voet met het huidige wettelijke systeem. De vraag is wat de legitimatie is van een dergelijke brede bevoegdheid van de bonden.
- 5.7 Als hiervoor gekozen wordt, zullen op zijn minst strikte vereisten moeten worden gesteld aan de representativiteit van de betrokken bonden, hun statutaire doel, hun betrokkenheid in de betreffende onderneming en de duur van hun rechtsbevoegdheid (vgl. art. 7:671a lid 3 BW). Ook rijst de vraag wat dit betekent voor sectoren waar geen bonden actief zijn. Kunnen in deze sectoren de arbeidsvoorwaarden niet aangepast worden? Dat lijkt ons niet wenselijk.

Binding CAO's

- 5.8 Als de mogelijkheid wordt gecreëerd om via een CAO de werknemers te binden aan minder gunstige arbeidsvoorwaarden, dan is de vraag hoe dit zich verhoudt tot de regels omtrent toepasselijke CAO's en overgang van onderneming. Die beperken immers de vrijheid om met ingang van de datum van overgang van onderneming louter een nieuwe CAO toe te passen.
- 5.9 Uit artikel 14a Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst volgt dat de verkrijger na een overgang van onderneming ten aanzien van de overgenomen werknemers gebonden wordt aan de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de CAO waaraan de vervreemder gebonden was. Het is niet toegestaan hierover met werknemers andersluidende afspraken te maken. Deze formele binding eindigt, kort gezegd, zodra de looptijd van de CAO van de vervreemder eindigt, de verkrijger gebonden wordt door een na de overgang van onderneming tot stand gekomen CAO of de verkrijger gebonden wordt via een na de overgang van onderneming genomen besluit tot algemeen verbindend verklaring.
- 5.10 Dit zou meebrengen dat de CAO waarmee de arbeidsvoorwaarden worden aangepast, direct na de overgang van onderneming tot stand zou moeten komen. Daarmee wordt de formele binding van de verkrijger aan de CAO van de vervreemder opzij gezet.
- 5.11 Het eindigen van de formele binding aan de CAO van de vervreemder betekent echter niet per definitie een einde van de daarin opgenomen arbeidsvoorwaarden. Nadat de binding aan de CAO is geëindigd, werken de arbeidsvoorwaarden uit die CAO in beginsel na. De arbeidsovereenkomst van de werknemers is immers gemodelleerd door de CAO bepalingen. Daarnaast geldt dat de CAO van de vervreemder geïncorporeerd kan zijn in de arbeidsovereenkomsten van de overgekomen werknemers.

- 5.12 Als geregeld wordt dat de werknemers gebonden zijn aan de met de vakbonden gemaakte afspraken, levert nawerking geen problemen op. Immers, tijdens nawerking kunnen met werknemers andersluidende individuele of collectieve afspraken gemaakt worden. Deze nieuwe afspraken zouden ook eerder overeengekomen incorporatiebedingen doorkruisen. Het moeten dan geen minimum afspraken zijn, maar afspraken met een standaard karakter.

6 Overgang van de schulden die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst

- 6.1 Tot slot vragen wij aandacht voor het zevende lid van het nieuwe artikel 7:666b BW dat bepaalt dat oude schulden, die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten, niet mee overgaan op de verkrijger.
- 6.2 De memorie van toelichting geeft aan dat het bij oude schulden gaat om achterstallige betalingen en opgebouwde vorderingen, maar dat het in ieder geval achterstallig loon, opgebouwde maar nog niet genoten vakantiedagen en nog niet uitbetaalde vakantietoeslag betreft.
- 6.3 Nu de hoofdregel van het nieuwe Wetsvoorstel echter ziet op overgang van de werknemers onder dezelfde arbeidsvoorwaarden, rijst de vraag of de anciënniteit die aan de arbeidsvoorwaarden gekoppeld is ook behouden blijft of dat deze als een 'oude schuld' wordt gezien en daarmee niet mee overgaat op de verkrijger.
- 6.4 De anciënniteit is van belang voor onder andere de wettelijke opzegtermijn en de transitievergoeding. Onder de huidige praktijk is het – bij afwezigheid van een overgang van onderneming – doorgaans zo dat alle vorderingen van werknemers die voortvloeien uit de periode voorafgaand aan het faillissement komen te vervallen, met uitzondering van de anciënniteit zoals volgt uit het op diverse plaatsen in de wet neergelegde principe van opvolgend werkgeverschap. Wij zouden de Minister dan ook willen vragen of het de bedoeling is met het Wetsvoorstel bij deze situatie aan te sluiten, zodat alle vorderingen die voortvloeien uit de periode voor de overdrachtsdatum komen te vervallen, behalve de anciënniteit die volgt uit het opvolgend werkgeverschap.

* * *