

1 September 2024

Norton Rose Fulbright LLP
Advocaten, Notarissen & Solicitors
2 Amsterdam 15th floor
Eduard Van Beinumstraat 34, 1077CZ Amsterdam
PO Box 94142 1090 GC Amsterdam
The Netherlands

Tel +31 20 46 29 300
Fax +31 20 46 29 333
nortonrosefulbright.com

Direct line
+31 20 462 9482

Email
Omar.Salah@nortonrosefulbright.com
Wijnand.Blom@nortonrosefulbright.com

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Zijne Excellentie de Staatssecretaris van
Rechtsbescherming

T.a.v.: de weledelgeleerde heer T. Struycken

Your reference
Consultatie Wovof

Our reference
NRF reactie op consultatie Wovof

Excellenties,

Reactie op het voorontwerp voor een wetsvoorstel voor de 'Wet overgang van onderneming in faillissement'

1. Inleiding

- 1.1. Op 27 mei 2024 heeft u online een openbare consultatie uitgezet met een voorontwerp voor het wetsvoorstel voor de 'Wet overgang van onderneming in faillissement' (de **Wovof**). Met dit wetsvoorstel en de bijbehorende ministeriële regeling wordt beoogd de positie van werknemers in faillissement te verbeteren, met name in geval van een overgang van een onderneming in faillissement (eventueel door middel van een doorstart in faillissement). Geïnteresseerde partijen hebben tot en met 1 september 2024 de gelegenheid gehad om een reactie in te dienen op het wetsvoorstel voor de Wovof.
- 1.2. Wij dienen hierbij graag een reactie in op het voorontwerp voor een wetsvoorstel voor de Wovof in het kader van de huidige consultatie. Norton Rose Fulbright LLP (**NRF**) is in de praktijk vaak betrokken bij insolventieprocedures waar een verkoop van (een deel van) een onderneming tot een van de mogelijkheden behoort om tot waarde-maximalisatie te komen. In dergelijke gevallen komt het niet zelden voor dat een overgang van een onderneming plaatsvindt in faillissement. Dit gebeurt in de regel slechts wanneer alle andere mogelijkheden zijn uitgeput en een faillissement onvermijdelijk is. In de onderhavige reactie hebben wij onze ervaringen in de praktijk verwerkt ten behoeve van de rechtsvorming op dit punt. In dergelijke gevallen wordt intensief samengewerkt aan een dossier tussen verschillende praktijkgroepen met diepgaande kennis en expertise op de respectievelijke vakgebieden. Aan deze reactie hebben vanuit de praktijkgroepen *Restructuring* en

Norton Rose Fulbright LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with number OC328697, and is authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority. A list of its members and of the other partners is available at its registered office, 3 More London Riverside, London SE1 2AQ; reference to a partner is to a member or to an employee or consultant with equivalent standing and qualification employed or engaged by Norton Rose Fulbright LLP or any of its affiliates.

Norton Rose Fulbright LLP, Norton Rose Fulbright Australia, Norton Rose Fulbright Canada LLP, Norton Rose Fulbright South Africa Inc and Norton Rose Fulbright US LLP are separate legal entities and all of them are members of Norton Rose Fulbright Verein, a Swiss Verein. Norton Rose Fulbright Verein helps coordinate the activities of the members but does not itself provide legal services to clients. Details of each entity, with certain regulatory information, are available at nortonrosefulbright.com.
EU-#755433999v1

Employment & Labour van NRF, naast ondergetekenden, bijgedragen: mr. M. Hamidy, mr. A.F.R. Govers, mr. M.S. Knigge, mr. C. van Haasteren en mr. A.S. Jonker.

1.3. Wij zijn kort samengevat kritisch over de noodzaak voor en de insteek van het voorontwerp voor een wetsvoorstel voor de Wovof. In de navolgende paragrafen bespreken wij onze kanttekeningen langs de volgende lijnen:

1.3.1. de geformuleerde probleemstelling en aanleiding voor Wovof;

1.3.2. de plaats van Wovof in het insolventierecht; en

1.3.3. de voorgestelde regeling in het voorontwerp voor een wetsvoorstel voor Wovof.

2. Probleemstelling en aanleiding voor Wovof

2.1. In 2019 was reeds een voorontwerp in consultatie gegeven, waarop diverse reacties waren ingediend. Het thans gewijzigde voorontwerp voor een wetsvoorstel voor de Wovof beoogt rekening te houden met de zorgen die destijds naar voren kwamen in de reacties. Het thans gewijzigde voorontwerp lijkt echter nog steeds gestoeld op een bij de wetgever bestaande vrees dat “pre-packs” en doorstarts in faillissementen zouden worden gebruikt om gemakkelijk personeel te ontslaan. Wij delen deze zorg niet en vragen ons af welk probleem het voorontwerp voor een wetsvoorstel voor de Wovof wenst op te lossen.

2.2. In het voorontwerp wordt vermeld dat de aanleiding voor de Wovof het verschil van bescherming van werknemers binnen en buiten faillissement is. Dit verschil zou er kennelijk toe leiden dat bij een doorstart “gemakkelijk het beeld kan ontstaan dat het faillissement met name is gebruikt om op een eenvoudige manier te kunnen reorganiseren en van (bepaald) personeel afscheid te nemen”.¹ De insteek van het voorstel is dan ook om de positie van de werknemer in faillissement te versterken en meer duidelijkheid te bieden.

2.3. Wij vragen ons echter af of het probleem dat de Wovof beoogt te adresseren daadwerkelijk bestaat. In de praktijk komt een faillissement slechts in beeld wanneer geen enkele reddingsoperatie succesvol is gebleken. In de regel zal geen van de betrokken partijen lichtzinnig overgaan tot een faillissementsaanvraag. Het beeld dat een faillissement aantrekkelijk zou zijn, omdat men “gemakkelijk” van (bepaald) personeel zou kunnen afkomen, herkennen wij dan ook niet vanuit de praktijk. Voorts vragen wij ons af of het raadzaam is de wet dusdanig ingrijpend aan te passen als thans wordt beoogd uitsluitend op basis van “een beeld” (dat het faillissement zou worden gebruikt om gemakkelijk van personeel af te komen) dat zou bestaan.

2.4. Immers, er zijn inmiddels diverse onderzoeken geweest naar deze materie waarin meerdere malen is bevestigd dat dit niet een breed gesignaleerd probleem is. Wij verwijzen hiervoor naar het onderzoeksrapport “Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers” van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) verricht door het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit te Nijmegen d.d. 5 april 2016.² De bevindingen komen er in de

¹ Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de introductie van een regeling betreffende de rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement (Wet overgang van onderneming in faillissement), p. 24.

² *Kamerstukken II* 2015/16, 33 695, Nr. 11.

kern op neer dat in geen van de onderzochte gevallen gebleken was dat het faillissement werd aangevraagd met het oog op enkel heen sanering van het personeelsbestand. Deze bevindingen zijn consistent met de bevindingen die volgen uit het onderzoeksrapport van het CBCS over “Doorstart na faillissement”.³

- 2.5. Het voorontwerp voor het wetsvoorstel Wovof verwijst overigens voor de baangevolgen voor werknemers ook naar een onderzoek van het CBS, waarbij het volgende wordt opgemerkt:⁴

“Uit een studie van het CBS naar de baangevolgen voor werknemers die in dienst waren bij een gefailleerde onderneming die een doorstart heeft gemaakt, blijkt dat jongeren (15 tot 25 jaar) en ouderen (55 jaar of ouder) iets minder vaak overgaan naar het doorgestarte bedrijf. Ook zwangere vrouwen en laagopgeleide werknemers worden iets minder vaak in dienst genomen bij het doorgestarte bedrijf. Oproepkrachten gaan juist iets vaker mee dan werknemers met andere contractvormen.” [onderstrepingen toegevoegd door NRF]

- 2.6. Gelet op deze bevindingen uit het onderzoek van het CBS zijn de baangevolgen bij een overgang van onderneming buiten faillissement in vergelijking met een overgang van onderneming in faillissement (door middel van een doorstart) hetzelfde voor werknemers tussen 25 en 55 jaar. Deze groep wordt niet in bovengenoemd citaat genoemd, maar zij beslaat wel een aanzienlijk deel van de Nederlandse beroepsbevolking. Voor de wel genoemde groepen blijken de gevolgen gering (“iets minder vaak” of “iets vaker”). Over de gehele beroepsbevolking genomen is het verschil dus nog minder dan “iets”. Dat minimale verschil is volgens het voorontwerp voor een wetsvoorstel voor de Wovof kennelijk onwenselijk. De vraag naar de wenselijkheid van een wetswijziging is uiteindelijk een rechtspolitieke keuze, maar vanuit juridisch optiek is de onderbouwing voor de voorgestelde ingrijpende wetswijziging niet overtuigend. Daarbij komt dat het BW al diverse beschermingsmaatregelen biedt tegen ongelijke behandeling op grond van bijvoorbeeld geslacht en leeftijd.

3. Plaats Wovof in het insolventierecht

- 3.1. Het voorontwerp voor een wetsvoorstel voor de Wovof kan niet worden losgezien van het wetsvoorstel voor de Wet Continuïteit Ondernemingen I (**WCO I**). Het voorgaande wordt tevens erkend in de memorie van toelichting bij de Wovof waar het streven wordt uitgesproken de nieuwe regeling inzake de Wovof tegelijkertijd in werking te laten treden met de wetgeving inzake WCO I.⁵ Daarbij wordt echter ook de kanttekening geplaatst dat de WCO I thans aanhangig is in de Eerste Kamer, er Europese onderhandelingen lopen over een richtlijnvoorstel op dit vlak en het daarom mogelijk is dat Wovof en WCO I niet gelijktijdig worden ingevoerd. Onzes inziens is dat zeer onwenselijk. Wovof kan niet losgezien worden van WCO I. De directe aanleiding voor de zorgen rondom Wovof vormt de “pre-pack” en een goed doordachte systematiek van deze materie zonder inachtneming van de invloed daarvan op een regeling voor een “pre-pack” lijkt ons niet haalbaar. In dat kader is het goed stil te staan bij de plaats van Wovof in het insolventierecht.

³ L. Van Toor, L. Hoekema, C. Bloemendal en J. Van Rooijen, *Doorstart na faillissement*, CBS: februari 2022.

⁴ Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de introductie van een regeling betreffende de rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement (Wet overgang van onderneming in faillissement), p. 4.

⁵ Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de introductie van een regeling betreffende de rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement (Wet overgang van onderneming in faillissement), p. 6.

- 3.2. Met de invoering van de Wet homologatie onderhands akkoord (de **Whoa**) op 1 januari 2021 kent Nederland een goed functionerend herstructureringsinstrument. Uit zowel de praktijk als de wetenschap zijn de geluiden over de Whoa eensgezind: de Whoa biedt een goed werkend instrument om bedrijven in financiële moeilijkheden te redden. Dit heeft tot gevolg dat onnodige faillissementen – en de daarmee gepaarde waarde-vernietiging – kan worden voorkomen in de gevallen waar de Whoa succesvol kan worden ingezet. De Whoa is echter niet van toepassing op rechten van werknemers in dienst van een schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten ex artikel 7:610 BW.⁶
- 3.3. Het behoeft echter geen betoog dat zich in de praktijk ook situaties kunnen voordoen waar een deel van de financiële pijn in het werknemersbestand van een onderneming zit, waardoor het in dergelijke gevallen onvermijdelijk is dat zij ook een deel van die pijn zullen dragen. Juist in dergelijke gevallen is thans een faillissement onontkoombaar, omdat de huidige wettelijke regeling weinig mogelijkheden biedt tot ingrijpen. Indien een schuldenaar dan toch failliet gaat, is een doorstart vanuit faillissement een van de stappen als onderdeel van de liquidatie van het vermogen van de schuldenaar om tot waarde-maximalisatie te komen. Op deze wijze wordt voor het deel van het werknemersbestand, waarvoor nog de mogelijkheid bestaat om bij de verkrijger van de onderneming in dienst te treden, een baan behouden. De voorgestelde Wovof-regeling maakt dit proces nodeloos gecompliceerd, hetgeen naar onze verwachting een averechts effect zal hebben op het behoud van werkgelegenheid. In de memorie van toelichting bij Wovof wordt erkend dat de introductie van een dergelijk wettelijke regeling tot gevolg heeft dat meer onderzoek moet worden gedaan en verantwoording moet worden afgelegd, hetgeen zal leiden tot hogere transactiekosten en meer voorbereidingstijd. Er wordt zelfs erkend dat dit reden kan zijn om geen overnamebod uit te brengen in faillissement. Om die reden zou de thans voorziene procedure snel en efficiënt toegepast kunnen worden en zou tijd gewonnen kunnen worden als tijdig een “pre-pack” wordt voorbereid, aldus de wetgever.⁷ Wij zijn hier echter minder gerustgesteld over, want de thans voorgestelde regeling leidt wel degelijk tot vertraging (waarover hierna meer in randnummers 4.5-4.18) en onzes inziens zal dit in de praktijk er slechts toe leiden dat meerdere kandidaten volledig afzien van een overname van een (deel van) een onderneming en uitsluitend enkele noodzakelijke activa kopen.
- 3.4. In gevallen waarin een dergelijke doorstart wordt voorbereid als onderdeel van een allerlaatste reddingsoperatie – immers, het faillissement is in deze fase onvermijdelijk gebleken – zou een “pre-pack” nog een *ultimum remedium* kunnen bieden. Het voorgaande betekent dat de onderneming in haar huidige vorm niet kan voortbestaan, een faillissement en liquidatie van het vermogen van de schuldenaar in faillissement onvermijdelijk is, maar bepaalde onderdelen van de onderneming nog eventueel wel zouden kunnen worden voortgezet door een verkrijger van dat (deel van) de onderneming. De “pre-pack” is voor de praktijk zeer wenselijk om verdere waarde-vernietiging te voorkomen. Tegelijkertijd is het denkbaar dat de wetgever in dat kader ook waarborgen inbouwt ter bescherming van de positie van werknemers. Dergelijke waarborgen dienen ingebouwd te worden in het wetsvoorstel van WCO I, waarbij denkbaar is dat onderdelen die in de thans voorgestelde Wovof-regeling zijn opgenomen, worden overgeheveld in WCO I. Het ontkoppelen van de Wovof van WCO I en voortijdig invoeren van Wovof lijkt ons dan ook niet raadzaam.

⁶ Artikel 369 lid 4 Fw.

⁷ Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de introductie van een regeling betreffende de rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement (Wet overgang van onderneming in faillissement), p. 5-6.

- 3.5. Bovendien wordt momenteel op Europees niveau gewerkt aan een richtlijn tot harmonisatie van bepaalde aspecten van het insolventierecht. Een van de aspecten waar deze richtlijn op zal zien betreft de “pre-pack”. In 2022 was een eerste concept van deze richtlijn gepubliceerd en de werkzaamheden betreffende een aanpassing daarvan zijn momenteel in volle gang. Het ingrijpend wijzigen van het insolventierecht en het arbeidsrecht – zonder zicht op de wijzigingen die vanuit Europa op dit punt volgen, laat staan inachtneming daarvan – lijkt niet gewenst en daarin schuilt het risico van “lappendeken-wetgeving”.

4. Voorontwerp wetsvoorstel Wovof

- 4.1. Mocht u toch overgaan tot verdere behandeling van het voorontwerp voor een wetsvoorstel voor Wovof, dan zouden wij u graag nog enkele aandachtspunten in dat kader in overweging willen meegeven. Deze aandachtspunten zien op (i) de rol van de Ondernemingsraad, (ii) de voorgestelde regeling onder Wovof, en (iii) grensoverschrijdende situaties.

De rol van de Ondernemingsraad

- 4.2. Het voorontwerp voor een wetsvoorstel voor Wovof geeft de Ondernemingsraad (de **OR**) een belangrijke rol in faillissement, waaronder het recht om geïnformeerd te worden over een voorzienbaar faillissement en een adviesrecht in faillissement. Dit adviesrecht kent een zeer korte adviestermijn van minimaal 3 dagen. Ook gelden de maand wachttijd als het besluit afwijkt van het advies van de OR en het beroepsrecht tegen het besluit bij de Ondernemingskamer van het Hof Amsterdam niet. Wovof beoogt daarmee de ‘DA-Beschikking’ van de Hoge Raad te codificeren.⁸
- 4.3. Er zijn echter meer situaties denkbaar waarin het verkrijgen van een OR-advies op korte termijn geboden is. Te denken valt aan voorgenomen adviesplichtige besluiten in surseance van betaling of het aanvragen van een noodkrediet of het stellen van zekerheid voor noodkredieten van groepsmaatschappijen buiten faillissement. Voorts kan gedacht worden aan reorganisaties vanwege slechte bedrijfs-economische omstandigheden of het verkopen van bedrijfsonderdelen of dochtervennootschappen om met de opbrengst daarvan faillissement van de overgebleven bedrijfsonderdelen of moedervernootschap te voorkomen of anderszins de bestaanszekerheid van de onderneming(en) te waarborgen – in dergelijke gevallen is tevens snelheid in het adviestraject geboden. Met de invoering van de Whoa – die in beginsel de Wet op de ondernemingsraden (de **WOR**) onaangetaast heeft gelaten – zijn dergelijke gevallen nog concreter dan voorheen. De WOR biedt de ondernemer op dit moment echter geen specifieke grondslag op basis waarvan een advies van de OR op korte termijn te verkrijgen is in voor een onderneming penibele situaties.
- 4.4. Wij geven u dan ook graag in overweging een bepaling aan artikel 25 WOR toe te voegen die een ondernemer in voor de onderneming penibele situaties in algemene zin in staat stelt het advies van de OR op korte termijn te verkrijgen. Een dergelijke algemene bepaling is wenselijk, waarbij de voorgestelde adviesregeling van de OR in faillissement een *lex specialis* daarvan zou kunnen zijn.

⁸ HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982.

De voorgestelde regeling onder Wovof

- 4.5. Artikel 5 lid 1 van de Europese Richtlijn 2001/23/EG betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (de **Richtlijn**) voorziet in de mogelijkheid om de beschermingsregels in geval van faillissement buiten beschouwing te laten als de overgang plaatsvindt in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure die is gericht op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Lidstaten hebben de optie om de beschermingsregels in geval van faillissement toe te passen. De achtergrond van de uitzonderingsmogelijkheid van artikel 5 lid 1 Richtlijn is het verschil van inzicht dat bestaat over de vraag of toepassing van de beschermingsregels in faillissement al dan niet leidt tot een verbetering van de positie van werknemers. De memorie van toelichting vermeldt hierover het volgende:⁹

“Het is denkbaar dat potentiële verkrijgers door toepassing van deze regels worden weerhouden van het overnemen van de onderneming uit een failliete boedel, waardoor het niet lukt om een doorstart tot stand te brengen en alle arbeidsplaatsen in de onderneming verloren gaan. Ook door de Nederlandse regering is dit indertijd naar voren gebracht. Gelet op het verschil in inzicht over de wenselijkheid van toepassing van de beschermingsregels in geval van faillissement, is het aan de lidstaten gelaten om hierin een eigen afweging te maken.”

- 4.6. Het Wetsvoorstel beoogt verandering te brengen in de huidige regeling van artikel 7:666 onderdeel a BW. In de memorie van toelichting valt hierover het volgende te lezen:¹⁰

“Doel van dit wetsvoorstel is om te zorgen voor een betere bescherming van werknemers bij een overgang van onderneming in faillissement. Daarmee wordt het huidige verschil aangepakt tussen de bescherming van werknemers binnen en buiten faillissement. Dit verschil leidt ertoe dat bij een doorstart gemakkelijk het beeld kan ontstaan dat het faillissement met name is gebruikt om op een eenvoudige manier te kunnen reorganiseren en van (bepaald) personeel afscheid te nemen. Dit speelt zeker in gevallen waarin al voorafgaand aan het faillissement voorbereidingen voor de overgang van de onderneming zijn getroffen en de doorstart daarom kort na het uitspreken van het faillissement wordt aangekondigd. Hetzelfde geldt in die situaties waarin de verkrijger die de onderneming overneemt al op een bepaalde manier gelieerd is aan de onderneming, bijvoorbeeld doordat hij aandeelhouder en/of bestuurder is van de gefailleerde vennootschap. In het verleden is in dergelijke gevallen meermaals maatschappelijke onrust ontstaan.”

- 4.7. De in Wovof voorgestelde verandering houdt in belangrijke mate verband met de zaken ‘FNV/Smallsteps’¹¹ en ‘FNV/Heiploeg’.¹² Beide zaken laten zien dat de beschermingsregels van de Richtlijn niet in ieder faillissement buiten toepassing kunnen blijven: nagegaan moet worden of de faillissementsprocedure gericht is op de liquidatie van het vermogen van de failliete werkgever. Als dat het geval is kunnen de beschermingsregels buiten toepassing

⁹ Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de introductie van een regeling betreffende de rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement (Wet overgang van onderneming in faillissement), p. 2.

¹⁰ Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de introductie van een regeling betreffende de rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement (Wet overgang van onderneming in faillissement), p. 3.

¹¹ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489.

¹² HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321.

worden gelaten. Anders is dat in het geval de faillissementsprocedure gericht is op voortzetting van de activiteit van de onderneming, oftewel een doorstart. In het laatste geval kan wel een beroep worden gedaan op de uitzondering van artikel 5 Richtlijn. Wij vragen ons of dit onderscheid in de praktijk wel altijd zo evident is en of een faillissement per definitie niet is gericht op liquidatie van het vermogen van een schuldenaar.

- 4.8. De kern van het voorontwerp voor een wetsvoorstel Wovof betreft een nieuwe regeling die erin voorziet dat de verkrijger in beginsel een nieuwe arbeidsovereenkomst aanbiedt onder dezelfde arbeidsvoorwaarden als die werknemer met de gefailleerde werkgever had. De nieuwe regeling is alleen van toepassing als bij een bedrijfsovername sprake is van een overgang van onderneming. Hiermee is de jurisprudentie van onder meer het HvJ EU en de Hoge Raad bepalend voor de vraag of de nieuwe regeling van toepassing is. Uit die jurisprudentie kan, kort gezegd, worden afgeleid dat voor de vraag of een overname kwalificeert als een overgang van onderneming beslissend is of de identiteit van de betrokken onderneming of een onderdeel daarvan na de overgang bewaard blijft.¹³ Dit dient te worden vastgesteld aan de hand van alle (feitelijke) omstandigheden van het geval, zoals in jurisprudentie verder uitgekristalliseerd.
- 4.9. Als de bedrijfsovername kwalificeert als een overgang van onderneming gaan de werknemers van de onderneming van de failliete werkgever automatisch over op de verkrijger en dient de verkrijger, voor zover de curator de arbeidsovereenkomsten ex artikel 40 Fw reeds heeft opgezegd, een aanbod aan alle werknemers van de gefailleerde werkgever te doen, tenzij de verkrijger aannemelijk maakt dat bedrijfseconomische omstandigheden noodzakelijkerwijs leiden tot verlies van arbeidsplaatsen. Artikel 4 Richtlijn laat deze uitzondering toe: hoewel overgang van onderneming op zichzelf geen reden mag zijn voor ontslag, vormt de bepaling geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische (ETO) redenen. Het HvJ EU heeft in de 'Plessers-zaak' benadrukt dat ontslagen in het kader van overgang van onderneming te wijten moeten zijn aan ETO-redenen.¹⁴ De lidstaten hebben binnen de door het HvJ EU bepaalde kaders de ruimte nader invulling te geven aan ETO-redenen. In de voorgestelde Wovof-regeling wordt hiervoor aangesloten bij bedrijfseconomische omstandigheden in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub a BW (waarover hierna meer).
- 4.10. Het is positief dat de wetgever het belang van de verkrijger onderkent om wijzigingen door te voeren in de onderneming die hij overneemt, zeker gelet op het doel om de onderneming weer gezond te maken. Het komt hierbij wat ons betreft aan op een balans tussen werknemersbescherming enerzijds en de ondernemersvrijheid anderzijds. Die balans past ook bij een juiste interpretatie van de Richtlijn.
- 4.11. De Richtlijn ziet op de rechten van werknemers bij een overgang van onderneming. Naar mate de interne markt binnen de Europese Economische Gemeenschap (EEG) zich in de jaren '70 verder ontwikkelde, werd de behoefte aan bescherming van werknemers bij bedrijfsovernames en fusies steeds sterker. Dit resulteerde uiteindelijk in de bescherming die werknemers thans genieten indien een overgang kwalificeert als overgang van onderneming, namelijk dat hun rechten en verplichtingen van rechtswege overgaan op de verkrijger. Tegelijkertijd beperkt deze vorm van werknemersbescherming ondernemers in hun flexibiliteit om een onderneming na overname te herstructureren. Hoewel een betere

¹³ HvJ EG 18 maart 1996, C-24/85, ECLI:EU:C:1986:127.

¹⁴ HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424.

bescherming van rechten van werknemers valt toe te juichen, is het belangrijk om daarbij niet uit het oog te verliezen dat die toenemende bescherming op gespannen voet kan staan met de aan ondernemers toekomende vrijheid om hun organisatie naar eigen inzicht in te richten. Die ondernemersvrijheid is een fundamenteel principe in de Europese markt en essentieel voor economische groei en innovatie.

4.12. Het spanningsveld tussen werknemersbescherming en ondernemersvrijheid onderstreept het belang om de balans te bewaken. Dit zien we ook terug in het ‘*Daddy’s Dance Hall-arrest*’.¹⁵ In deze zaak oordeelde het HvJ EU dat werknemers bij een overgang van onderneming niet zomaar afstand kunnen doen van hun rechten en dat hun arbeidsvoorwaarden niet ten nadele gewijzigd kunnen worden, ook niet met instemming. Deze uitleg van het HvJ EU zorgt voor een hoge mate van bescherming voor werknemers. Tegelijkertijd laat het arrest zien dat er, binnen de vastgestelde kaders, ruimte is voor (een gereuleerde vorm van) ondernemersvrijheid.

4.13. Het uitgangspunt van de nieuwe regeling is dat bij een overgang van onderneming in faillissement alle arbeidsovereenkomsten met de werknemers die op het moment van de faillietverklaring bij de onderneming van de gefailleerde werkgever in dienst zijn van rechtswege overgaan op de verkrijger in de stand waarin de arbeidsovereenkomsten zich op dat moment bevinden. Hiervoor is het dan wel van belang dat de bedrijfsovername kwalificeert als een overgang van onderneming. De memorie van toelichting bij Wovof vermeldt hierover het volgende:¹⁶

“Dit betekent in ieder geval dat de nieuwe regeling alleen van toepassing is als bij een bedrijfsovername sprake is van een overgang van onderneming in de zin van deze bepalingen. Uit jurisprudentie van het EU-Hof volgt dat voor de vraag of sprake is van een overgang van onderneming beslissend is of de identiteit van de betrokken onderneming of een onderdeel daarvan bewaard blijft. Om vast te stellen of hieraan is voldaan, moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden rondom de bedrijfsovername.”

4.14. Om te kwalificeren als overgang van onderneming dient de identiteit van de betrokken onderneming of een onderdeel daarvan na een bedrijfsovername in faillissement bewaard te blijven. Wovof lijkt uit te gaan van de assumptie dat dit in de regel vrij eenvoudig kan worden vastgesteld. Dit strookt niet met hetgeen wij in de praktijk zien. In de praktijk ligt dit anders en is niet altijd duidelijk of de onderneming van vervreemder na een doorstart door de verkrijger zijn identiteit behoudt. In situaties buiten faillissement vergt de vraag of een overname kwalificeert als overgang van onderneming doorgaans een uitvoerige analyse. In faillissement zal dit niet anders zijn. Uit die analyse kan bovendien niet altijd met zekerheid de conclusie worden getrokken dat sprake is van een overgang van onderneming. Dit oordeel is uiteindelijk aan de rechter voorbehouden, die dit aan de hand van alle omstandigheden van het geval zal moeten beoordelen. De beoordeling of sprake is van overgang van onderneming kost dan ook veel tijd. Dit is echter een factor die in een faillissement – en in de periode voorafgaand aan een faillissement – in de regel ontbreekt. Daardoor is het lastig om in een faillissement met de nodige zorgvuldigheid te beoordelen of sprake is van overgang van onderneming. Tegelijkertijd introduceert Wovof een

¹⁵ HvJ EG 10 februari 1988, C-324/86, ECLI:EU:C:1988:71.

¹⁶ Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de introductie van een regeling betreffende de rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement (Wet overgang van onderneming in faillissement), p. 8.

additioneel procesrisico voor partijen wanneer deze beoordeling achteraf niet juist blijkt te zijn. Dergelijke 'litigation risks' werken afschrikkend in een verkoopproces dat reeds onder druk staat – niet voor niets wordt de term 'distressed M&A' doorgaans gebezigd in dergelijke situaties. De memorie van toelichting bij Wovof lijkt gestoeld op de gedachte dat dit anders ligt bij een "pre-pack", maar in onze ervaring is dat niet het geval. Weliswaar worden de voorbereidingen eerder getroffen in dergelijke situaties, maar de tijdsdruk is daardoor niet minder groot. Dergelijke additionele complicaties leiden er niet toe dat in de voorbereidingen van de "pre-pack" een uitvoerige analyse hiervan kan worden gemaakt, maar ze verhogen slechts de kans dat "pre-packs" zullen falen in de praktijk.

- 4.15. De voorgestelde Wovof-regeling voorziet in een uitzondering dat de verkrijger niet alle werknemers een nieuwe arbeidsovereenkomst moet aanbieden. De memorie van toelichting vermeldt hierover het volgende:¹⁷

“Als er objectieve – dat wil zeggen op feiten berustende – bedrijfseconomische omstandigheden zijn die noodzakelijkerwijs leiden tot verlies van arbeidsplaatsen, hoeft de verkrijger niet alle werknemers een dienstverband aan te bieden. Het gaat hierbij om het vervallen van arbeidsplaatsen ongeacht op welke basis (vast en/of tijdelijk) of met welke urenomvang (voltijd of deeltijd) de werknemers werkzaam zijn.”

- 4.16. Het is voor de praktijk belangrijk dat deze uitzonderingsmogelijkheid bestaat om een doorstart mogelijk te maken, zeker indien de onderneming in financiële moeilijkheden verkeert. De Richtlijn laat deze uitzonderingsmogelijkheid ook toe met de ETO-redenen. Het Wetsvoorstel vult deze ETO-redenen in aan de hand van de bedrijfseconomische omstandigheden van artikel 7:669 lid 3 onderdeel a BW nu de bedrijfseconomische redenen volgens de wetgever vergelijkbaar zijn met ETO-redenen. Dit veronderstelt dat er verschil bestaat tussen beide begrippen, wat ook het geval is. Volgens de wetgever zit het voordeel van aansluiting bij de bedrijfseconomische redenen erin dat de jurisprudentie op dit gebied daarmee illustratief is in het kader van de toepassing van de nieuwe regeling. Hetzelfde geldt voor de uitleg van het UWV van het begrip bedrijfseconomische omstandigheden. Wij zien hier wel aanleiding voor een kritische noot.

- 4.17. Er bestaat een verschil tussen een derde partij (doorstarter) die een onderneming in faillissement voortzet en een werkgever die zijn organisatie wegens bedrijfseconomische redenen anders wil inrichten. De bedrijfseconomische omstandigheden van artikel 7:669 lid 3 onderdeel a BW zijn bedoeld voor deze laatste categorie. Het uitgangspunt is in die gevallen doorgaans dat een reorganisatie moet bijdragen aan efficiëntere inrichting van de onderneming of onderdeel daarvan. Dit is een heel ander uitgangspunt dan dat van de doorstarter die een onderneming in financieel zwaar weer moet reorganiseren. De uitvoeringsregels van het UWV zijn bovendien opgesteld vanuit het oogpunt dat er een bedrijfseconomische noodzaak bestaat de organisatie anders in te richten en niet zozeer dat sprake is van een onderneming in financiële moeilijkheden. Daar komt bij dat bij een beroep op ETO-redenen, gelet op het uitzonderlijke karakter ervan, een zekere terughoudendheid past. Die terughoudendheid zien we niet of in mindere mate terug bij een beroep op bedrijfseconomische redenen. Bovendien is het nog maar de vraag of er doorstarts vanuit faillissementen denkbaar zijn waar géén bedrijfseconomische omstandigheden zijn om álle werknemers over te nemen. Met andere woorden: hier wordt

¹⁷ Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de introductie van een regeling betreffende de rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement (Wet overgang van onderneming in faillissement), p. 9.

een criterium (ETO-redenen om bestaande organisatie anders in te richten) dat de uitzondering vormt op de regel en daarmee terughoudend dient te worden toegepast, van toepassing verklaard op een situatie waarin in de regel daarvan sprake zal zijn (namelijk in bedrijfseconomische omstandigheden in een doorstart in faillissement om niet alle werknemers over te nemen).

Grensoverschrijdende situaties

- 4.18. Een overgang van onderneming kan voorts plaatsvinden in een grensoverschrijdende situatie. Hierbij kan worden gedacht aan een internationale overgang van onderneming waarbij de betrokken partijen onderworpen zijn aan het recht van verschillende landen, maar de onderneming niet verplaatst, of een onderneming die zelf naar een ander land gaat. In de Richtlijn is sprake van partiële harmonisatie, keuzemogelijkheden en minimumvoorschriften waardoor de Richtlijn in de EU-lidstaten verschillend geïmplementeerd is en wordt. Dit kan voor lastige vraagstukken zorgen bij een grensoverschrijdende overgang van onderneming. Het is belangrijk om eenduidig vast te kunnen stellen welk recht van toepassing is om complicaties te voorkomen. De voorliggende vraag is dan ook welke conflictrechtelijke betekenis moet worden toegekend aan de territoriale werkingsfeerbepaling van de Richtlijn.
- 4.19. Bij een grensoverschrijdende overgang van onderneming is er – in ieder geval wat betreft het behoud van rechten van individuele werknemers – sprake van een burgerlijke zaak in de zin van Rome I-verordening, waardoor deze dus van toepassing is en aan de hand hiervan zal moeten worden bepaald welk recht van toepassing is. Hiertoe bestaan binnen de Rome I-Verordening drie opties: conflictregels voor overnameovereenkomsten (art. 3 jo 4), conflictregels voor individuele arbeidsovereenkomsten (art. 8 of de voorrangregels (art. 9). De memorie van toelichting bij Wovof bepaalt kort gezegd het volgende. De richtlijn is volgens artikel 1, tweede lid, van toepassing op ondernemingen binnen de territoriale werkingsfeer van het Verdrag tot oprichting van de EEG. Dit betekent dat de Richtlijn geldt op basis van waar de ondernemingsactiviteiten plaatsvinden, ongeacht waar de statutaire zetel van de onderneming is. De Richtlijn beschermt werknemers die binnen de EU werken op basis van een arbeidsovereenkomst.
- 4.20. Onzes inziens zijn de belangen van werknemers, als de structureel zwakkere partij, al verdisconteerd in de conflictregels van artikel 8 Rome I-Verordening, zodat er geen ruimte meer is om via de weg van artikel 9 Rome I-Verordening alsnog rekening te houden met beschermende voorschriften van andere bij de overeenkomst betrokken rechtsstelsels. De Richtlijn kent een bovenindividueel belang waardoor er geen aansluiting zal moeten worden gezocht bij de arbeidsovereenkomst voor het bepalen van het toepasselijke recht. De Richtlijn zal derhalve moeten worden aangemerkt als een ‘voorrangsregel’ in de zin van art. 9 Rome I-Verordening waarbij de vestigingsplaats van de onderneming als indicatie moet worden genomen voor het bepalen van het toepasselijke recht, en dus niet de individuele arbeidsovereenkomst.
- 4.21. Een additionele complicatie hierbij is dat in geval van een doorstart in faillissement de vraag opkomt hoe de regels in Rome I-Verordening op dit punt zich verhouden tot de Europese Insolventieverordening (herschikking). De *lex concursus* zal daar immers van toepassing zijn op het faillissement, maar dat hoeft niet noodzakelijkerwijs het toepasselijke

recht op de arbeidsovereenkomst of op het toepasselijke recht op overgang van onderneming te zijn.

- 4.22. Geenzins is er door de wetgever duidelijkheid verschaft omtrent het toepasselijk recht bij grensoverschrijdende overgang van onderneming, noch in het voorontwerp voor een wetsvoorstel Wovof noch in de memorie van toelichting. Wij achten het raadzaam vast te leggen welk recht van toepassing is en welk beleid gevolgd moet worden bij een grensoverschrijdende overgang van onderneming (tijdens faillissement).

5. Tot besluit

- 5.1. Wij zijn kritisch over het voorontwerp voor een wetsvoorstel voor Wovof. Onzes inziens beoogd Wovof een probleem op te lossen dat niet zozeer te maken heeft met overgang van onderneming (in faillissement), maar dat met name samenhangt een aantal uitzonderlijke gevallen waar de "pre-pack" in het verleden was ingezet. De aanleiding voor Wovof, namelijk dat faillissementen zouden worden gebruikt om van het personeelbestand af te komen, herkennen wij dan ook niet vanuit de praktijk. Bovendien wordt het ook niet onderbouwd door de verschillende onderzoeksrapporten die de afgelopen jaren zijn verschenen over dit onderwerp. Bovendien leidt de nauwe samenhang van deze materie met de "pre-pack" tot de noodzaak om de vergaande wetwijzigingen die Wovof beoogt door te voeren, niet in isolatie door te voeren, maar gezamenlijk met WCO I en de voorstellen voor een "pre-pack" zoals zal worden uiteengezet in een richtlijn tot harmonisatie van bepaalde aspecten van het insolventierecht. Deze wetgevingstrajecten zijn thans in de maak.
- 5.2. Mocht de wetgever toch de verdere behandeling van Wovof voortzetten, dan geven wij u graag toch een aantal aandachtspunten daarvoor in overweging. Ten eerste zou een bepaling aan artikel 25 WOR kunnen worden toegevoegd die een onderneming in penibele situaties in algemene zin in staat stelt het advies van de OR op korte termijn te verkrijgen. Een dergelijke bepaling kan algemeen zijn en de in de Wovof voorgestelde adviesregeling van de OR in faillissement zou daar een *lex specialis* van kunnen zijn. Ten tweede vragen wij de wetgever kritisch te kijken naar de thans voorgestane opzet waarbij alle werknemers in beginsel overgaan en vervolgens slechts op grond van bedrijfseconomische redenen daarvan kan worden afgeweken. Ten derde vragen wij aandacht voor grensoverschrijdende situaties waar een overgang van onderneming in faillissement aan de orde is.

Hoogachtend,



Prof. mr. O. Salah

mr. W.M. Blom