

De Minister van Rechtsbescherming  
Drs. S. Dekker  
Postbus 20301  
2500 EH Den Haag

**Datum**  
2 september 2019

**Uw kenmerk**  
2616586

**Contactpersoon**  
J.M.E. Smilde

**Onderwerp**  
Advies inzake het voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement

Geachte heer Dekker,

De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak ontving op 29 mei de vraag advies uit brengen aangaande het voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement (Hierna: OVO). Dat advies bieden wij u hierbij aan. De eerste overwegingen en aanbevelingen betreffen met name de rol van de curator en de rechter-commissaris. Daarna volgen enkele overwegingen vanuit arbeidsrechtelijk perspectief.

### **Algemeen**

Een doorstart van een failliete onderneming gaat veelal gepaard met financiële risico's. Met uitzondering van het geval waarin het zittende bestuur van de gefailleerde onderneming besluit tot een doorstart, zal de potentiële koper zich in korte tijd moeten oriënteren op de vraag of een doorstart succes kan hebben en welke koopprijs redelijk is. Dit, terwijl de curator de oorzaken van het faillissement veelal nog niet uitvoerig heeft kunnen onderzoeken. Deze risico's voor de potentiële doorstarter worden er door de OVO alleen maar groter op. Immers, de verkrijger wordt mogelijk geconfronteerd met claims van werknemers die menen recht te hebben op een arbeidsovereenkomst, omdat ten onrechte geoordeeld is dat er geen overgang van onderneming heeft plaatsgevonden, onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat een reductie van arbeidsplaatsen als gevolg van ETO-redenen<sup>1</sup> noodzakelijk was of de selectie van de werknemers aan wie een arbeidsovereenkomst is aangeboden niet op de juiste wijze heeft plaatsgevonden. Kopers zijn doorgaans huiverig om een doorstartovereenkomst te tekenen waarvan de financiële gevolgen zich niet goed laten inschatten. Een afname van het aantal succesvolle doorstarts zal het gevolg zijn, hetgeen de werkgelegenheid niet ten goede zal komen. Komt het toch tot een doorstart, dan zal de koper financiële onzekerheden willen "afkopen" wat een lagere koopprijs voor de activa betekent. Met name de waarde die aan het vrije actief zoals de goodwill wordt toegekend in de koopovereenkomst, zal als wisselgeld dienen en dus dalen. Dit heeft tot gevolg dat de concurrente schuldeisers in het faillissement nog minder vaak dan thans het geval is een uitkering in faillissement tegemoet kunnen zien.

---

<sup>1</sup> ETO betekent ontslag wegen economische, technische of organisatorische redenen.

## **Informatie**

Is sprake van een activa-transactie van een failliete onderneming waarbij werknemers zijn betrokken, dan zal de curator zich steeds moeten afvragen of die activa-transactie moet worden aangemerkt als een overgang van onderneming. De curator moet zich een goed beeld kunnen vormen van de aard van de te verkopen onderneming en de aldaar werkzame personen. Een adequate administratie is daarbij onontbeerlijk, terwijl een goede (personeels-)administratie niet zelden ontbreekt. Vervolgens dient ook de verkrijger de curator de nodige informatie te verschaffen. Neemt de verkrijger niet alle werknemers over, dan zal hij aan die beslissing ETO-redenen ten grondslag moeten leggen. Bovendien moet de verkrijger duidelijk maken dat de selectie van werknemers aan wie wél een arbeidsovereenkomst wordt aangeboden, op de juiste wijze plaatsvindt. Zeker waar meer potentiële overnamekandidaten zijn, is de curator bij zijn beslissing aan wie de doorstart wordt gegund, sterk afhankelijk van de juistheid van de aangeleverde gegevens.

Hoewel de Memorie van Toelichting dit niet expliciet vermeldt, begrijpen wij de regeling zo dat de curator dient te motiveren of het verzoek ex art. 176 Fw een overgang van onderneming behelst én, indien de verkrijger niet aan alle werknemers een aanbod wenst te doen, of er ETO-redenen zijn waardoor er arbeidsplaatsen verloren gaan en/of de selectie van werknemers aan wie een arbeidsovereenkomst wordt aangeboden in overeenstemming is met de wettelijke regeling. Niet zelden beschikt de curator over onvoldoende informatie om het verzoek ex art. 176a Fw goed te motiveren. Dient de curator in die gevallen het verzoek achterwege te laten? Geldt het adagium: bij twijfel niet doorstarten?

- De WeCo adviseert op dit punt aandacht te besteden aan de problematiek van verzoeken ex art. 176a Fw van ondernemingen waarvan de administratie niet op orde is.

## **Verzoek onderhandse verkoop**

Denkbaar is ook dat de curator een verzoek onderhandse verkoop activa ex art. 176 Fw indient, maar dat dit verzoek eigenlijk moet worden beschouwd als een overgang van onderneming. Bijvoorbeeld: de curator van een onderneming dat software ontwikkelt en waar drie ontwikkelaars in dienst zijn vraagt toestemming om de IE-rechten van die software te verkopen. De verkrijger gaat de software doorontwikkelen met eigen of nieuw aangetrokken werknemers. Het is de vraag of de rechter-commissaris ambtshalve dient te onderzoeken of het verzoek ex art. 176 Fw moet worden beschouwd als een artikel 176a Fw verzoek. Om die vraag te kunnen beantwoorden, zal de curator immers veel meer gegevens moeten verstrekken over (onder meer) de verkrijger.

- De WeCo adviseert dat in de MvT aandacht wordt besteed aan de vraag of de rechter-commissaris ambtshalve moet onderzoeken of een verzoek onderhandse verkoop activa als verzoek ex art. 176a Fw moet worden beschouwd.

## **Verzoeken onderhandse verkoop activa tot een bedrag van 2000,00 euro**

De curator heeft geen toestemming van de rechter-commissaris nodig voor onderhandse verkoop van activa voor zover blijktens de boedelbeschrijving de waarde van de te verkopen goederen gezamenlijk niet meer bedraagt dan 2000 euro, eerder door de curator verkochte goederen daarbij in aanmerking nemend. Het laat zich goed indenken dat de bestuurder van een kleine onderneming waar slechts één of twee werknemers in dienst zijn, de onderneming van de curator wil kopen voor een bedrag van minder of gelijk aan 2000 euro. Als er in die gevallen sprake is van overgang van onderneming, rijst de vraag of dergelijke koopovereenkomsten zijn uitgezonderd van het regime van art. 176a Fw.

- De WeCo dat in het wetsvoorstel expliciet aandacht wordt besteed aan de doorstartovereenkomst met een verkoopwaarde van maximaal 2000 euro.

## **Hoorrecht**

Alvorens een beslissing te nemen op het verzoek van de curator ex art. 176a Fw hoort de rechter-commissaris de curator, de beoogd verkrijger en de OR (of personeelsvertegenwoordiging als bedoeld in art. 35b lid 1 WOR). De MvT vermeldt niet op welke wijze aan dit hoorrecht invulling moet worden gegeven. Volstaat het bieden van een redelijke termijn voor het geven van een schriftelijke reactie? Dient een hoorzitting te worden belegd? En wat is in dit verband een redelijke termijn, gelet op de verplichting van de rechter-commissaris binnen drie dagen na indiening van het verzoek te beslissen?

- De WeCo beveelt aan dat in de MvT aandacht wordt besteed aan de wijze waarop het hoorrecht dient te worden ingevuld.

### **Kosten**

Hoewel de WeCo voorziet dat het aantal succesvolle doorstartverzoeken zal afnemen, zal de OVO een verzwarende van de taken van de rechter-commissaris opleveren. Zeker als de rechter-commissaris ambtshalve moet onderzoeken of een activa transactie moet worden beschouwd als een overgang van onderneming, zal aanzienlijk meer tijd gemoeid zijn met de beoordeling van art. 176 Fw verzoeken. De rechter-commissaris toetst dan immers niet alleen de hoogte van de koopprijs en het biedingsproces, maar dient ook informatie te krijgen over de aard van de onderneming van de verkrijger, om te kunnen beoordelen of mogelijk sprake is van overgang van onderneming.

Is inderdaad sprake van overgang van onderneming en neemt verkrijger niet het personeel over, dan is tijd gemoeid met het inwinnen van informatie, het horen van belanghebbenden en het beoordelen van de stukken teneinde vast te stellen of voldoende aannemelijk is gemaakt dat er sprake is van ETO-redenen die een reductie van het aantal arbeidsplaatsen rechtvaardigen. Zijn er ETO-redenen, dan moet de gevolgde selectiemethode worden getoetst. Bij het nemen van al deze beslissingen moet steeds worden bedacht dat er sprake is van een grote tijdsdruk.

- De WeCo schat in dat de regeling leidt tot een aanzienlijke verzwarende van het takenpakket van de rechter-commissaris, hetgeen tot een financiële compensatie noopt. Het wetsvoorstel besteedt geen aandacht aan deze toegenomen kosten. Gelet op de verzwarende van de taken van de curator, verband houdend met het toetsen van art. 176a Fw biedingen, schatten wij in dat ook de geraamde kosten voor de benodigde extra uren van curatoren te laag zijn ingeschat.

### **Overwegingen vanuit arbeidsrechtelijk perspectief**

Het voorontwerp bevat een wettelijke regeling van de positie van werknemers bij een overgang van een onderneming in faillissement. Aanleiding is de rechtsonzekerheid die is opgetreden sinds de beslissing van het Hof van Justitie van de EU (EU-Hof) in de zaak FNV/Smallsteps. Die onzekerheid betreft de vraag of de opzegging van arbeidsovereenkomsten stand houdt in het geval de curator een eventuele doorstart voor ogen heeft (en geen liquidatie van de onderneming). Daarmee is een belangrijk deel van de rechtsbescherming van de werknemer afhankelijk gemaakt van de intentie waarmee de faillissementsprocedure wordt ingeleid.

### **Inspiegelen**

De vraag is of met de regeling die in het wetsontwerp wordt voorgestaan deze onzekerheid is verminderd. Kernbepaling, voor wat betreft de arbeidsrechtelijke kant van de zaak, is het nieuwe artikel 7:666b BW. Daarin is bepaald dat na opzegging door de curator de verkrijger de werknemers een aanbod doet op basis waarvan zij bij hem in dienst treden. In lid 2 is bepaald dat wanneer niet alle werknemers vanwege bedrijfseconomische omstandigheden in dienst kunnen worden genomen, de verkrijger op zogenaamde ETO-redenen kan kiezen wie hij al dan niet overneemt. Dat dient te gebeuren aan de hand van de inspiegelingsmethode, welke methode bekend is uit de praktijk van toepassing van de Ontslagregeling.<sup>2</sup> De verkrijger heeft de mogelijkheid om hiervan af te wijken voor tien procent van de over te nemen werknemers.

Hiermee bepaalt de verkrijger wie er een arbeidsovereenkomst aangeboden krijgt en dat lijkt veel op de Belgische wettelijke regeling waar het in het Plessers-arrest over ging.<sup>3</sup> Het EU-Hof oordeelde in die zaak dat er een wezenlijk verschil is tussen het hanteren van redenen bij ontslag van werknemers en anderzijds het selectieproces dat ziet op de keuze van werknemers bij de overname. Bij dat laatste rust op de verkrijger in het Plessers-arrest niet de verplichting aan te tonen dat het ontslag van de werknemers die geen nieuwe arbeidsovereenkomst van de verkrijger ontvangen gebaseerd is op ETO-redenen, en dat is volgens het EU-Hof niet toegestaan. Volgens het EU-Hof is dat een gevaar voor de naleving van het hoofddoel van de richtlijn, namelijk bescherming van de werknemers tegen ongerechtvaardigd ontslag bij overgang van onderneming.

- De WeCo vraagt zich af of het wetsontwerp in het licht van deze recente uitspraak van het EU-Hof geen heroverweging verdient.

---

<sup>2</sup> Naar het oordeel van de NVvR zou het de voorkeur verdienen niet te spreken over inspiegelen, maar terugspiegelen, omdat daarmee beter het omgekeerde proces van afspiegelen wordt aangeduid.

<sup>3</sup> Hof van Justitie Luxemburg, 16 mei 2019 (JAR 2019/170, Plessers/Prefaco NV).

### **Personeelsvertegenwoordiging**

In het voorgestelde lid 6 van artikel 7:666b BW krijgt een vereniging van werknemers een rol in het overleg met de verkrijger om eventueel de arbeidsvoorwaarden aan te passen als dit nodig is voor het behoud van de werkgelegenheid binnen de onderneming. In het voorgestelde tweede lid van artikel 7:662 BW wordt uitgelegd wat onder een vereniging van werknemers wordt verstaan. Nogal wat ondernemingen die failliet gaan zijn van betrekkelijk geringe omvang en van een vertegenwoordiging van een vereniging van werknemers binnen een dergelijke onderneming is lang niet altijd sprake.

- De WeCo adviseert om vast te leggen of in dat geval ook sprake kan zijn van een aanpassing van de arbeidsvoorwaarden en wie namens de werknemers het overleg kan voeren (bijvoorbeeld de personeelsvertegenwoordiging of de OR).

### **Verlies materiële rechten**

In lid 7 van het voorgestelde artikel 7:666b BW staat vermeld dat schulden die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten en die zijn ontstaan of betrekking hebben op de periode voorafgaand aan de overgang (in het geheel) niet overgaan op de verkrijger. In artikel 5 van de bijgevoegde Ontwerp Ministeriële regeling staat dat het onder meer gaat om loon, vakantierechten en andere contractueel overeengekomen financiële aanspraken, zoals toeslagen op het loon, aanvullende uitkeringen, onkostenvergoedingen en bonussen. In het licht van het algemene uitgangspunt van de overgang van rechten en plichten bij overgang van onderneming is dit opmerkelijk te noemen. De vraag is of deze regeling de via het terugspiegelingsbeginsel geselecteerde werknemer niet in een (te) lastig parket brengt. Temeer nu werknemers bij faillissement toch al in hun materiële rechten worden gekort. Zo komt in faillissement het recht op een transitievergoeding en een eventuele aanzegvergoeding te vervallen (artikel 7:688 lid 3 en 7:673c BW).

Aparte aandacht verdienen de pensioenrechten. Voor pensioenrechten geldt de bijzondere wettelijke regeling van artikel 7:664 BW.

- De WeCo adviseert meer duidelijkheid te verstrekken of en op welke wijze de verkrijger is aan te spreken op eventuele achterstallige verplichtingen uit hoofde van een bestaande pensioenovereenkomst die wordt overgenomen.

### **Toename procedures**

Volgens de WeCo zal de voorgestelde wetgeving een bron (kunnen) zijn voor meerdere, langdurige procedures met verstrekkingen gevolgen. Doorgaans zal de verkrijger met de curator snel moeten handelen, wil niet te veel waarde van de onderneming verloren gaan. Mogelijk is dan niet de noodzakelijke informatie over alle dienstverbanden binnen de onderneming voorhanden. De niet-gekozen werknemers kunnen de ETO-redenen (en de consequenties daarvan) betwisten. Ook de terugspiegeling is een complexe aangelegenheid, die tot allerlei geschillen kan leiden. De WeCo voorziet dan ook een toename van procedures; voor zowel de curator, die de verkrijger over het aantal medewerkers of een medewerker en diens anciënniteit wellicht onjuiste informatie heeft verstrekt, als voor de verkrijger over de ETO-redenen, de duur van een (opvolgend) dienstverband en het feitelijke aantal werknemers, hetgeen voor de tien procent weer van belang is. Verder tekenen wij aan dat het wetsvoorstel spreekt van 'werknemers'; van een derde ingeleende arbeidskrachten en 'volwaardige zzp-ers' vallen daar dus niet onder. Ook daarover zouden procedures kunnen ontstaan, waarbij bedacht moet worden dat de werknemer weinig te verliezen heeft, de RC en de doorsnee curator geen specifieke arbeidsrechtelijke kennis bezitten en steeds snelheid geboden is. Doorgaans is dat een voedingsbodemp voor vergissingen en onzorgvuldigheden.

De Wetenschappelijke Commissie van de NVvR,



C.E. du Perron  
voorzitter