

ANNOTATIE

Internetconsultatie Wet overgang van onderneming in faillissement en de ‘klap van de hamer’ uit Luxemburg

A. Sintniklaas en prof. mr. dr. A.R. Houweling

Annotatie bij Hof van Justitie van de Europese Unie, 16-05-2019, ECLI:EU:C:2019:424 (AR-2019-0551)

1 Inleiding

Op 29 mei 2019 is het ontwerpvoorstel van de ‘Wet overgang van onderneming in faillissement’ (hierna: ‘Wof’) gepubliceerd. Dit ontwerp neemt tot uitgangspunt dat werknemers in beginsel mee overgaan bij een doorstart na faillissement. Het faillissement vormt – anders dan nu het geval is – geen reden van de hoofdregel van overgang van onderneming af te wijken. Werknemers van wie de arbeidsovereenkomst door de curator reeds is opgezegd, dienen een nieuwe arbeidsovereenkomst door de doorstarter te worden aangeboden. Enkel indien bij de overgang arbeidsplaatsen verdwijnen en dit het gevolg is van bedrijfseconomische omstandigheden, is het *de verkrijger toegestaan minder werknemers een arbeidsovereenkomst aan te bieden*. Met dit voorgestelde uitgangspunt beoogt de wet een objectieve en transparante manier van beoordeling welke werknemers wel en niet mee overgaan.

Het Hof van Justitie EU (hierna: ‘Hof’) heeft in de *Plessers*-uitspraak bepaald dat een nationale bepaling, die aan de verkrijger het recht toekent te *kiezen* welke werknemers hij al dan niet wenst over te nemen, in strijd is met de bepalingen 3 tot en met 5 van Richtlijn 2001/23/EG betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (hierna: ‘de richtlijn’). [1] Volgens het Hof heeft de verkrijger dus geen *keuzerecht*. In deze annotatie zullen wij de vraag beantwoorden in hoeverre de voorgestelde Wof valt te rijmen met deze rechtspraak van het Hof.

2 Overgang van onderneming in faillissement volgens de richtlijn

In het ontwerp-wetsvoorstel is, zoals blijkt uit de concept-memorie van toelichting bij het ontwerp Wof (hierna: 'concept MvT Wof'), rekening gehouden met het feit dat de omstandigheden bij een overgang van onderneming in faillissement anders zijn dan bij een reguliere overgang van onderneming. Dit verschil blijkt ook uit de richtlijn. Artikel 5 lid 1 van de richtlijn bepaalt kort gezegd dat de artikelen 3 en 4 van de richtlijn niet van toepassing zijn indien de vervreemder failliet is, tenzij lidstaten anders bepalen. Artikel 3 van de richtlijn bepaalt dat de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, door de overgang op de verkrijger overgaan. Werknemers in dienst bij de vervreemder, aangesteld in de onderneming of op het onderdeel dat overgaat, met een niet reeds geëindigde arbeidsovereenkomst, gaan als gevolg van de overgang over naar de verkrijger. De werknemers gaan in principe met behoud van hun arbeidsvoorwaarden over. Het overgaan van werknemers met behoud van hun arbeidsvoorwaarden zou geen enkele waarde hebben indien de verkrijger de werknemers direct na de overname kan ontslaan. De bescherming van de werknemers zou illusoir worden. Om deze reden moeten werknemers worden beschermend tegen dergelijke ontslagen. Deze dwingende ontslagbescherming bestond al in de oorspronkelijke versie van de richtlijn [2] en diende destijds ook het waarborgen van het hoofddoel van de richtlijn, het overgaan van werknemers met inbegrip van hun rechten en plichten, zoals aangegeven door de Commissie in de toelichting bij de richtlijn en later bevestigd door de rechtspraak van het Hof. [3] Het ontslagverbod is in de huidige tekst van de richtlijn opgenomen in artikel 4 lid 1. Dit artikel bepaalt dat de overgang van onderneming *op zichzelf* voor de vervreemder of de verkrijger geen reden vormt tot ontslag.

Artikel 5 lid 1 richtlijn

In de uitspraak *FNV/Smallsteps* heeft het Hof nadere uitleg gegeven over de reikwijdte van artikel 5 lid 1 van de richtlijn. [4] Dit artikel is alleen van toepassing indien voldaan is aan drie cumulatieve voorwaarden: (1) de vervreemder is ten tijde van de overgang verwickeld in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke insolventieprocedure, (2) deze procedure is ingeleid met de intentie om het vermogen van de vervreemder te liquideren (en niet om de onderneming te kunnen continueren), en (3) deze procedure staat onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie. De uitzondering op de hoofdregel zoals geformuleerd in artikel 5 lid 1 van de richtlijn dient volgens het Hof strikt te worden uitgelegd, aangezien het gevolg van de uitzondering is dat de bescherming van werknemers in bepaalde gevallen van overgang van een onderneming niet geldt en daarmee afwijkt van het aan de richtlijn ten grondslag liggende hoofddoel: de werknemersbescherming. De uitspraak *FNV/Smallsteps* heeft geleid tot de nodige vragen in de doorstartpraktijk. [5] De daaruit voortvloeiende rechtsonzekerheid wordt, blijkens de concept MvT Wof, vooral gevoed door de tweede voorwaarde: de procedure moet zijn ingeleid met de *intentie* het vermogen van de vervreemder te liquideren. Of een procedure is gestart met het voornemen het vermogen van de vervreemder te liquideren, zal moeten worden onderzocht aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval. Dit maakt de positie van werknemers bij een overgang van onderneming in faillissement onvoorspelbaar.

Artikel 5 lid 2 richtlijn: beperkingen op overgang rechten en plichten

In de situatie van een overgang van onderneming in faillissement wordt volgens Van der Pijl [6] het faillissement van de onderneming veelal ingeleid met het oog op voortzetting van de onderneming, en dus niet op liquidatie. Als dat zo is – cijfermateriaal ontbreekt namelijk – vindt de uitzondering van artikel 5 lid 1 van de richtlijn in de meeste gevallen op voorhand geen toepassing. Om nog meer zekerheid te creëren, en de na *Smallsteps* ontstane rechtsonzekerheid nog meer te ondervangen, hebben de opstellers van het ontwerp-wetsvoorstel geen discussie willen laten ontstaan over de vraag of de insolventieprocedure is ingezet met het oog op liquidatie dan wel op voortzetting. [7] Er is door de opstellers ruimte gezocht die artikel 5 lid 2 richtlijn biedt, of in elk geval lijkt te bieden.

Artikel 5 lid 2 richtlijn bepaalt namelijk dat indien de artikelen 3 en 4 van toepassing zijn op een overgang tijdens insolventieprocedures, die zijn ingeleid ten aanzien van de vervreemder (ongeacht de vraag of deze procedures zijn ingesteld met het oog op liquidatie van het vermogen van de vervreemder), lidstaten kunnen bepalen dat schulden die al voor de overgang bestonden, niet overgaan op de verkrijger (lid 2 sub a) en dat de arbeidsvoorwaarden van de werknemers in overleg met de vakbonden kunnen worden aangepast (lid 2 sub b).

Het derde lid van artikel 5 richtlijn doet vermoeden dat van de 'b-optie' enkel gebruik gemaakt mag worden indien 'zulke bepalingen op 17 juli 1998 reeds in de nationale wetgeving bestonden'. Van der Pijl wijst er – onzes inziens terecht – op dat het derde lid betrekking heeft op speciale procedures die in sommige lidstaten bestonden en losstaan van het tweede lid. [8]

3 Ovo in faillissement naar huidig en toekomstig nationaal recht

Zoals bekend heeft Nederland artikel 5 lid 1 van de richtlijn geïmplementeerd in artikel 7:666 BW. Dat artikel verklaart de artikelen 7:662 tot en met 7:665 en artikel 7:670 lid 8 BW buiten toepassing als de overgang van onderneming plaatsvindt indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard. Dit betekent dat de hoofdregel uit artikel 7:663 BW eerste volzin – overgang met behoud van rechten en plichten – in faillissementssituaties niet opgaat. In de Wof wordt dit anders.

a. Hoofdregel blijft hoofdregel in faillissement

Waar de hoofdregel van artikel 7:663 BW eerste volzin in de oude situatie bij faillissementsprocedures buiten toepassing blijft, bepaalt artikel 7:666 lid 2 BW (nieuw) dat als de werkgever in staat van faillissement is verklaard, artikel 7:663 BW eerste volzin van toepassing blijft. Dit is dus compleet anders dan thans het geval is (180 graden anders).

b. Aanbiedingsplicht aan 'na faillietverklaring ontslagen werknemers'

In de praktijk zal een curator, op grond van artikel 40 Fw, steeds de arbeidsovereenkomsten van werknemers in dienst bij een gefailleerde werkgever opzeggen, waardoor artikel 7:663 jo. 666 lid 2 BW (nieuw) weinig effect zal sorteren. De werknemers gaan dan immers mee over in 'opgezegde toestand'. [9] Om deze reden is in het ontwerp-wetsvoorstel artikel 7:666b BW

geïntroduceerd. Dit artikel bepaalt dat indien de arbeidsovereenkomsten tussen de gefailleerde werkgever en de werknemers die op de dag van de faillietverklaring nog in de onderneming werkzaam zijn, inmiddels overeenkomstig artikel 40 FW door de curator zijn opgezegd, de verkrijger deze werknemers een aanbod doet tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst op basis waarvan zij op het moment van de overgang bij hem in dienst treden. Het uitgangspunt wordt dat werknemers die ten tijde van de faillietverklaring in dienst zijn bij de gefailleerde werkgever, op het moment van overgang, onder dezelfde arbeidsvoorwaarden als zij bij de gefailleerde werkgever hadden, in dienst treden bij de verkrijger.

...en verzachting van gevolgen ovo conform richtlijn

De opstellers van het ontwerpvoorstel hebben gebruikgemaakt van de lidstaattoptie, zoals hierboven genoemd en geformuleerd in artikel 5 leden 1 en 2 van de richtlijn. Artikel 7:666b lid 7 BW (nieuw) bepaalt namelijk dat de schulden, die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten en al voor de overgang zijn ontstaan, niet overgaan op de verkrijger (art. 5 lid 2 sub a richtlijn) [10] en artikel 7:666b lid 6, tweede volzin, BW (nieuw) bepaalt dat de arbeidsvoorwaarden die van toepassing zijn op de arbeidsovereenkomsten van de werknemers die bij de overgang mee overgaan in een overleg tussen de verkrijger en de vakbonden onder bepaalde voorwaarden kunnen worden aangepast (art. 5 lid 2 sub b richtlijn).

Selectie van werknemers die overgaan in geval van verlies van arbeidsplaats wegens bedrijfseconomische redenen

Het ontwerpvoorstel kent nog een derde ‘verlichting’ ten aanzien van het uitgangspunt dat alle werknemers na een overname met behoud van hun arbeidsvoorwaarden op de verkrijger overgaan. Indien er ‘bedrijfseconomische omstandigheden’, in de zin van de ontslaggrond die is opgenomen in artikel 7:669 lid 3 sub a BW, zijn die leiden tot een verlies aan arbeidsplaatsen, is het niet vereist dat de verkrijger aan alle werknemers een arbeidsovereenkomst aanbiedt. De concept MvT Wof noemt enkele voorbeelden van dergelijke bedrijfseconomische omstandigheden: een slechte financiële situatie van de onderneming die ook na de overgang nog steeds een rol speelt, gedeeltelijke bedrijfsbeëindiging, werkvermindering, een bedrijfsverhuizing en organisatorische en technologische veranderingen. Deze uitzondering op de hoofdregel, die inhoudt dat de verkrijger alle werknemers na een overgang overneemt, is te begrijpen vanuit zijn achtergrond. Het is in het belang van schuldeisers en werknemers dat bedrijfsovernames blijven plaatsvinden. Het zou een te grote beperking voor verkrijgers zijn een onderneming over te nemen indien zij altijd gehouden zijn alle werknemers van de vervreemder over te nemen. Bedrijfsovernames zullen dan in veel mindere mate voorkomen. Voor een verkrijger is het van belang dat zijn onderneming, ook na het overnemen van een andere onderneming,

bestaanszekerheid behoudt. Door deze uitzondering kan een verkrijger maatregelen nemen indien hij dit nodig acht voor de bestaanszekerheid van zijn onderneming. De verkrijger dient aannemelijk te maken dat er sprake is van objectieve bedrijfseconomische omstandigheden waardoor er maatregelen, ten behoeve van een doelmatige bedrijfsvoering, getroffen moeten worden die leiden tot het structureel vervallen van arbeidsplaatsen. De curator zal de eerste zijn die toetst of het overnameplan van een verkrijger aan deze regeling voldoet. Als de curator daadwerkelijk tot verkoop wenst over te gaan, heeft hij toestemming van de rechter-commissaris nodig. De gevallen waarbij de verkrijger aangeeft wegens bedrijfseconomische redenen niet al het personeel van de vervreemder over te nemen, worden door de rechter-commissaris aan een kritische inhoudelijk onderzoek onderworpen. Enkel indien er naar de mening van de rechter-commissaris daadwerkelijk sprake is van objectieve bedrijfseconomische omstandigheden die leiden tot een verlies aan arbeidsplaatsen, is de verkrijger niet gehouden alle werknemers over te nemen. Het is tevens de taak van de rechter-commissaris te bezien of de verkrijger, indien er wegens bedrijfseconomische omstandigheden arbeidsplaatsen vervallen, op de juiste wijze heeft bepaald welke werknemers hij wel en niet overneemt.

Twee selectiemethoden

Het selectieproces ligt in eerste instantie voornamelijk in de handen van de verkrijger. De verkrijger selecteert op grond van *een objectieve selectiemethode* welke werknemers hij wel en niet overneemt. Deze regels worden nadere uitgewerkt in een ministeriële regeling (art.7:666b lid 8 BW (nieuw)). Voorgeschreven wordt dat het selectieproces moet plaatsvinden aan de hand van: (a) een inspiegelingsmethode of (b) een alternatieve objectieve selectiemethode. Methode a is omgekeerd afspiegelen, en dat noemen we dan inspiegelen. Van belang bij de inspiegelingsmethode is dat er een bandbreedte van 10% wordt gehanteerd. De verkrijger mag bij het selectieproces ten hoogste 10% van de werknemers die voor een dienstverband in aanmerking komen, buiten de toepassing van de inspiegelingsmethode houden. Het ontwerpwwtsvoorstel neemt bij de selectie van de werknemers die in aanmerking komen voor een dienstverband bij de verkrijger de inspiegelingsmethode als uitgangspunt, maar biedt ook ruimte om een alternatieve selectiemethode toe te passen, dit is methode b. Voorwaarde voor het toepassen van een alternatieve selectiemethode is dat de rechter-commissaris toestemming geeft om deze alternatieve methode te hanteren. Blijkens de concept MvT Wof zal de rechter-commissaris toestemming geven als (1) voldoende aannemelijk is gemaakt dat het hanteren van deze alternatieve selectiemethode noodzakelijk is om na de overgang tot een doelmatige bedrijfsvoering te komen, en (2) de voorgestelde selectiecriteria objectief zijn. Om de rechter-commissaris in staat te stellen hierover een beslissing te nemen, zal de verkrijger een ondernemingsplan over moeten leggen waarin hij onder andere beschrijft welke criteria worden gehanteerd om te bepalen welke werknemers wel en niet worden overgenomen en hoe deze criteria worden afgewogen en waarin hij aannemelijk maakt dat het nodig is om deze alternatieve selectiemethode toe te passen om de bedrijfsvoering van de onderneming na de overgang doelmatig te laten zijn. De alternatieve selectiemethode dient gebaseerd te zijn op objectieve criteria. Dit betekent dat het moet gaan om selectiecriteria die eenduidig,

transparant, proportioneel, meetbaar en controleerbaar zijn. De rechter-commissaris heeft blijkens de concept MvT Wof een tweezijdige controleplicht: enerzijds dient hij te controleren of er daadwerkelijk objectieve bedrijfseconomische omstandigheden zijn die leiden tot verlies aan arbeidsplaatsen, en anderzijds dient hij met behulp van de selectiemethodes te controleren of de verkrijger de juiste werknemers na de overgang een arbeidsovereenkomst heeft aangeboden. Deze belangrijke rol van de rechter-commissaris en de verdere waarborgen die kleven aan dit proces zijn naar onze mening van belang voor de beantwoording van de vraag of de Wet overgang van onderneming in faillissement in strijd is met de rechtspraak van het Hof. Maar voordat we deze vraag goed kunnen beantwoorden is eerst nog een korte toelichting op artikel 4 lid 1 richtlijn nodig: ontslag wegens eto-redenen.

4 Artikel 4 lid 1 richtlijn: ‘eto-redenen’

Artikel 4 lid 1 van de richtlijn bepaalt dat de overgang van onderneming op zichzelf voor de vervreemder of verkrijger geen reden tot ontslag is. Deze bepaling vormt evenwel geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen. Het is van belang goed scherp te krijgen wat deze ‘eto-redenen’ nu precies inhouden.

De strekking van het ontslagverbod uit artikel 4 lid 1 van de richtlijn is door advocaat-generaal Szpunar in zijn conclusie bij de Plessers-uitspraak als volgt toegelicht: ‘Wat de in artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/23 neergelegde bescherming aangaat, volgt uit deze bepaling enerzijds dat de overgang van een onderneming op zich voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag vormt; anderzijds vormt deze bepaling geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen.’ [11] Om te bezien of de overgang van onderneming de enige reden was voor het gegeven ontslag, moet worden gelet op de objectieve omstandigheden waaronder het ontslag is gegeven, zoals de omstandigheid dat het ontslag nagenoeg gelijktijdig met de overgang is gegeven. [12] Het feit dat is erkend dat een onderneming in moeilijkheden verkeert, brengt volgens het Hof niet automatisch mee dat sprake is van economische, technische of organisatorische redenen die het ontslag kunnen rechtvaardigen. Een onderneming in moeilijkheden kan dus niet ‘noodzakelijkerwijs en systematisch’ een beroep doen op de eto-redenen. [13]

Even merkte in zijn bijdrage aan het Nationaal Arbeidsrecht Congres 2017 op dat de ontslagbescherming smal is. De overgang van onderneming kan geen motief zijn voor het gegeven ontslag en kan niet *op zichzelf* de reden zijn van het gegeven ontslag. In dezelfde bijdrage merkte Even op dat de introductie van de eto-redenen merkwaardig oogt tegenover de smalle formulering van de ontslagbescherming. De overgang van onderneming kan op *zichzelf* geen reden zijn voor ontslag, maar indien daar een economische, technische of organisatorische omstandigheid bijkomt, kan dit samenspel wel een gegronde reden voor het ontslag opleveren. Even constateert dat, wil er een eto-reden in beeld zijn, het ontslag mede samenhangt met de overgang van onderneming. Deze denkwijze wordt door het Hof in de recente muziekschool-uitspraak, waarin het Hof constateert dat de beëindiging wordt ingegeven door de overgang van onderneming, maar dat er tevens aanvullende

omstandigheden, die kunnen worden aangemerkt als eto-redenen, voor het ontslag aanwezig zijn, bevestigd. [14]

Het is bekend dat zowel de vervreemder als de verkrijger het ontslag kan baseren op eto-redenen, maar hoeveel ruimte zij hiervoor hebben, blijft onduidelijk. In de Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2012 [15] is enige toelichting gegeven over de reikwijdte van eto-redenen in Nederland: 'Ondernemingen mogen uiteraard wel in het licht en zicht van een mogelijke overname reorganiseren en inkrimpen als dat bedrijfseconomisch noodzakelijk is, ongeacht die eventuele overname. Het mag wel gaan om "gezondmaken" van het bedrijf wegens "ETO"-redenen, maar niet om "beter verkoopbaar maken" van het bedrijf. Het moet dus gaan om economische, technologische en/of organisatorische omstandigheden, die ook zelfstandig, los van eventuele overname, ontslag zouden kunnen rechtvaardigen. Deze reorganisatievrijheid geldt evenzeer de verkrijgende partij die ná de overname om bedrijfseconomische redenen orde op zaken moet stellen.' [16] Na een overname kan de verkrijger genoodzaakt zijn tot reorganisatie, hetgeen kan leiden tot verlies aan arbeidsplaatsen. Volgens de Beleidsregels dient in dit geval getoetst te worden aan de bedrijfseconomische redenen, de selectiecriteria en de herplaatsmogelijkheden bij de verkrijger.

Volgens de concept MvT Wof zijn eto-redenen vergelijkbaar met bedrijfseconomische redenen in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub a, die kunnen leiden tot een verlies aan arbeidsplaatsen. In zijn reactie op het wetsvoorstel geeft Beltzer aan dat deze gelijkstelling juridisch te verdedigen is aangezien de Nederlandse wet een strenge herplaatsingsplicht kent. [17] Bovendien wordt de eis gesteld dat de verkrijger moet aantonen dat sprake is van op feiten berustende bedrijfseconomische omstandigheden, die leiden tot het vervallen van arbeidsplaatsen. Met dit laatste wordt aangesloten bij de eis dat de verkrijger bijkomstige omstandigheden dient aan te voeren, die een ontslag om eto-redenen rechtvaardigen. Door de bedrijfseconomische redenen in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub a BW gelijk te stellen aan de eto-redenen, heeft de Nederlandse wetgever toepassing gegeven aan artikel 4 lid 1 richtlijn.

5 Plessers/Prefaco-arrest

Plessers was in dienst van Echo NV. Het ging niet goed met Echo en uiteindelijk werd bij wijze van 'overdracht onder gerechtelijk gezag' de onderneming overgedragen aan Prefaco. Prefaco nam naast alle roerende en onroerende goederen twee derde van het personeel mee over. Op basis van de Belgische nationale wetgeving had Prefaco het recht te kiezen welke werknemers hij wel en niet van Echo NV overneemt, mits deze keuze wordt ingegeven door technische, economische en organisatorische redenen. Plessers werd niet door Prefaco overgenomen. Daarop stelde Plessers een procedure in met als inzet de vraag of nationale wetgeving, dat aan de verkrijger het recht toekent te kiezen welke werknemers hij al dan niet wenst over te nemen, voor zover enerzijds deze keuze wordt bepaald door technische, organisatorische en economische redenen en anderzijds er geen sprake is van verboden differentiatie, in strijd is met de richtlijn. Het Hof beantwoordde deze vraag bevestigend.

Daartoe achtte het Hof allereerst van belang te onderzoeken of een overdracht onder

gerechtelijk gezag onder de uitzondering van artikel 5 lid 1 van de richtlijn viel. Bij een overdracht onder gerechtelijk gezag draagt de rechtbank het geheel of een deel van een onderneming via een gerechtsvertegenwoordiger over aan een derde. Het Hof overwoog dat deze gerechtelijke overdracht niet voldeed aan de drie cumulatieve voorwaarden uit de *Smallsteps*-uitspraak. Kort samengevat overwoog het Hof dat (1) de gerechtelijke overdracht niet kon worden aangemerkt als een faillissementsprocedure, (2) de procedure niet was ingezet met het oog op liquidatie van het vermogen van de vervreemder, maar juist voortzetting hiervan beoogt en (3) de procedure niet onder het toezicht van een bevoegde overheidsinstantie stond. De artikelen 3 en 4 van de richtlijn bleven derhalve van toepassing.

Vervolgens kwam de vraag aan de orde of in dit geval geen sprake zou zijn van een ‘ontslag wegens eto-redenen’ (art. 4 lid 1 richtlijn). Een nationale wettelijke regeling die de verkrijger het recht geeft te *kiezen* welke werknemers hij *wil overnemen*, heeft, anders dan artikel 4 lid 1 richtlijn, niet de werknemers die worden *ontslagen* op het oog. Anderzijds is het uiteindelijke gevolg dat zij die achterblijven worden ontslagen, dus indirect heeft het wel betrekking op de werknemers die worden ontslagen. Toch?! Het dictum van de *Plessers*-uitspraak luidt dat *ontslag niet hetzelfde is als selectie*. Een nationale bepaling die verkrijgers het recht geeft te kiezen welke werknemers hij wil overnemen, is in strijd met de richtlijn. Echter, in r.o. 58 van de uitspraak valt te lezen dat ‘de werknemers die de betrokken verkrijger niet kiest en die dus worden ontslagen, impliciet maar noodzakelijkerwijs de werknemers voor wie geen enkele technische, economische of organisatorische reden de overgang van de arbeidsovereenkomst gebiedt in de ogen van deze verkrijger, maar dit neemt niet weg dat op deze verkrijger geenszins de verplichting rust om aan te tonen dat de ontslagen in het kader van de overgang te wijten zijn aan technische, economische of organisatorische redenen’. [18] Het laatste gedeelte van deze overweging lijkt te impliceren dat indien er voldoende waarborgen zijn die ervoor zorgen dat de verkrijger aantoont dat de ontslagen in het kader van de overgang te wijten zijn aan technische, economische of organisatorische redenen, het keuzerecht dat aan de verkrijger wordt geboden, richtlijnconform is. Aangezien in het dictum wordt gesproken over een ‘zaak zoals hier aan de orde’, zou naar onze mening r.o. 58 in het dictum gelezen kunnen worden.

Twee interpretatiewijzen van artikel 4 lid 1 richtlijn

Of de voorgestelde Wof valt te rijmen met de *Plessers*-uitspraak is afhankelijk van de lezing van het arrest en de interpretatie die aan artikel 4 lid 1 richtlijn kan worden gegeven. De Leo maakt een onderscheid in de ‘letterlijke’ en ‘functionele’ interpretatie.

Wordt de *letterlijke interpretatiewijze* van artikel 4 lid 1 richtlijn gevolgd, dan is de voorgestelde Wof in strijd met de richtlijn. Artikel 4 lid 1 richtlijn staat het *verkrijgers* toe *na* een overname werknemers te ontslaan wegens eto-redenen. Het Hof heeft in de *Plessers*-uitspraak verduidelijkt dat het na de overname ontslaan van overgenomen werknemers op basis van eto-redenen niet hetzelfde is als de mogelijkheid van de verkrijger na de overname te kiezen welke werknemers hij overneemt, zelfs niet als dit gebeurt op basis van eto-redenen. Het gevolg is verstrekkend. Gaat de verkrijger ontslaan na overgang van onderneming wegens eto-

redenen, dan zal hij moeten afspiegelen over zijn gehele onderneming (althans de uitwisselbare functies waar het betrekking op heeft), terwijl bij de selectiemethode Wof enkel bij de vervreemder, de failliet, wordt 'af-/ingespiegeld'. Bovendien zal ontslag na de overgang van onderneming in beginsel leiden tot verschuldigdheid van de transitievergoeding over het gehele arbeidsverleden van de werknemer bij de verkrijger en de vervreemder (art. 7:673 (lid 5 sub b) BW). De transitievergoeding wordt immers niet (uitdrukkelijk) genoemd als een 'schuld' in de zin van artikel 7:666b lid 7 BW (nieuw) en/of uitgezonderd in het vijfde lid van artikel 7:673 BW. [19]

De Leo maakt in zijn reactie duidelijk dat het Nederlandse wetsvoorstel letterlijk geïnterpreteerd hetzelfde uitgangspunt hanteert als de Belgische procedure, namelijk dat de verkrijger kan kiezen welke werknemers hij overneemt. Dit leidt De Leo af uit de concept MvT Wof, waarin is te lezen dat enkel indien er bij de overgang arbeidsplaatsen verdwijnen en dit het gevolg is van bedrijfseconomische omstandigheden, het *de verkrijger is toegestaan minder werknemers over te nemen*. Dit uitgangspunt strookt niet met de letterlijke bewoordingen van de artikelen 3 en 4 van de richtlijn, waar volgens De Leo maar twee situaties mogelijk zijn: (1) de verkrijger neemt overeenkomstig artikel 3 van de richtlijn alle werknemers over en ontslaat vervolgens krachtens artikel 4 van de richtlijn bepaalde van die werknemers of (2) de vervreemder ontslaat vóór de overname krachtens artikel 4 van de richtlijn bepaalde werknemers en de verkrijger neemt overeenkomstig artikel 3 richtlijn alle resterende werknemers mee over.

De andere interpretatiewijze van artikel 4 lid 1 van de richtlijn die De Leo bespreekt, is de *functionele* interpretatiewijze. Volgens deze interpretatiewijze is het keuzerecht van de verkrijger om al dan niet werknemers over te nemen richtlijnconform op voorwaarde dat er voldoende waarborgen zijn, die ervoor zorgen dat de verkrijger aantoont dat de ontslagen in het kader van de overgang te wijten zijn aan technische, economische of organisatorische redenen. Deze interpretatiewijze van artikel 4 lid 1 is op het eerste gezicht in strijd met de *Plessers*-uitspraak, waarvan het dictum bepaalt dat ontslag niet hetzelfde is als selectie. Echter, r.o. 58 biedt enige interpretatieruimte. Deze rechtsoverweging bepaalt dat indien er voldoende waarborgen zijn die ervoor zorgen dat de verkrijger aantoont dat de ontslagen in het kader van de overgang te wijten zijn aan technische, economische of organisatorische redenen, het keuzerecht dat aan de verkrijger wordt geboden, richtlijnconform is.

Wordt deze tweede interpretatiewijze gevolgd, dan is het van belang vast te stellen of de voorgestelde Wof voldoende waarborgen biedt. In de *Plessers*-uitspraak is geoordeeld dat het Belgische recht niet voldoende in waarborgen voorziet, aangezien de verkrijger geen duidelijke plicht heeft aan te tonen dat de ontslagen te wijten zijn aan eto-redenen. Van der Pijl heeft in zijn noot bij de *Plessers*-uitspraak de vraag opgeworpen wat het verschil is tussen de Belgische procedure en de Nederlandse procedure, zoals deze nu is vervat in het ontwerp-wetsvoorstel. Beide procedures geven de verkrijger het recht te kiezen welke werknemers hij wil overnemen, waarbij deze keuze evenwel moet zijn ingegeven door economische, technische of organisatorische redenen. Wij menen dat het concept-wetsvoorstel, in tegenstelling tot het Belgische recht, wel in waarborgen voorziet. Zoals

Van der Pijl in zijn noot bij de *Plessers*-uitspraak reeds aangaf, dient de verkrijger wel degelijk aan te tonen dat de ontslagen te wijten zijn aan eto-redenen, namelijk in een procedure voor de kantonrechter (art. 7:666b lid 5 (nieuw)). Daarbij is in de concept MvT Wof te lezen dat de verkrijger aannemelijk dient te maken dat sprake is van objectieve bedrijfseconomische omstandigheden, waardoor er maatregelen getroffen dienen te worden die leiden tot een verlies aan arbeidsplaatsen. Deze waarborg volgt tevens uit artikel 7:669 lid 3 sub a BW. De zorg van De Leo, dat de eigenlijke wettekst onvoldoende in waarborgen voorziet om richtlijnconform te zijn, volgen wij dan ook niet.

Welke interpretatie is juist? Die vraag zal uiteindelijk het Hof van Justitie EU mogen beslissen. Niet is uitgesloten dat de letterlijke interpretatie de voorkeur zal hebben van het Hof en min of meer ook volgt uit de systematiek van de richtlijn. Ontslaan doe je voor of na de ovo wegens eto-redenen, maar selectie niet (dan is het hek van de dam). Nu zou nog gesteld kunnen worden dat de vervreemder (curator) wegens een heel belangrijke eto-reden – te weten faillissement – de werknemers heeft ontslagen. *So what's all the fuss about?* Wij vermoeden dat het Hof dit standpunt – hoewel verdedigbaar – niet snel zal honoreren, omdat dan het beschermingsdoel van werknemers – zeker in *Smallstep*-achtige zaken – teniet wordt gedaan. En bovendien gaat het niet om het ontslag van de werknemers door de vervreemder, maar door de selectie van de verkrijger die (mogelijk) niet richtlijnconform zal zijn. Als dit onderdeel van de voorgestelde regeling in Luxemburg onderuitgaat, dan blijft over dat alle werknemers *steeds* mee overgaan in een doorstart na faillissement. [20]

Ook bij functionele interpretatie toch knelpunten

Hoewel het ontwerpvoorstel voorziet in waarborgen die ervoor zorgen dat de verkrijger aantoont dat de ontslagen in het kader van de overgang te wijten zijn aan economische, technische of organisatorische redenen, menen wij dat de Wof (nog) niet geheel richtlijnconform is. De alternatieve afspiegelingsmethode en de 10% vrije selectie zijn in onze ogen problematisch.

Te beginnen met de alternatieve afspiegelingsmethode (methode b). In het ondernemingsplan, dat door de verkrijger ter goedkeuring wordt voorgelegd aan de rechter-commissaris, beschrijft de verkrijger welke criteria hij zal hanteren bij het selecteren van de werknemers die hij overneemt en hoe deze criteria worden gewogen. Deze criteria zijn gebaseerd op de doelstelling die de verkrijger met de onderneming heeft en op de ontwikkeling die de onderneming naar de verwachting van de verkrijger gaat doormaken. De selectiecriteria dienen objectief te zijn: ze moeten eenduidig transparant en proportioneel zijn, en tevens meetbaar en controleerbaar. Meetbare en controleerbare criteria zijn, blijkens de concept MvT Wof, een bepaald opleidingsniveau, het hebben van een bepaald aantal jaren werkervaring in een specifieke sector of in een specifieke functie of het al dan niet in bezit zijn van een rijbewijs. De criteria dienen op alle werknemers die in dienst waren bij de gefailleerde werkgever op dezelfde manier te worden toegepast, en hebben als doel om op objectieve wijze de werknemers te selecteren die na de inkrimping van het personeelsbestand door de verkrijger een arbeidsovereenkomst aangeboden krijgen. De selectiecriteria worden door de

verkrijger zelf bepaald en nergens in het ontwerpvoorstel is te lezen dat de criteria moeten zijn ingegeven door eto-redenen. De verkrijger is bij de alternatieve afspiegelingsmethode dus niet verplicht aan te tonen dat de ontslagen te wijten zijn aan eto-redenen.

Bij de inspiegelingsmethode (methode a) wordt een bandbreedte gehanteerd van 10%. [21] Het is toegestaan dat de verkrijger bij het selectieproces ten hoogste 10% van de werknemers die voor een dienstverband in aanmerking komen, buiten toepassing van de inspiegelingsmethode houdt. De verkrijger kan zelf kiezen welke werknemers hij buiten de inspiegelingsmethode houdt. Deze keuze kan de werkgever maken zonder dat hij hoeft aan te tonen dat het overnemen van deze werknemers en het ontslaan van andere werknemers, te wijten is aan eto-redenen. De alternatieve afspiegelingsmethode en de 10%-vrije regeling komen naar onze mening in waarborgen tekort. Het zou goed zijn deze elementen uit de regeling te halen of aanmerkelijk aan te scherpen.

6 Tot besluit

In deze noot hebben wij de belangrijkste bepalingen van de Wof geïntroduceerd en langs de lat van *Plessers* gelegd. Het is goed op te merken dat de Wof nog veel meer regelt, zoals wijzigingen van de WOR (voornemen tot doorstart is adviesplichtig met verkorte termijn), het concurrentiebeding en de Faillissementswet. Ook over de alhier behandelde onderdelen van de Wof valt nog het nodige op te merken. Wij verwijzen daarvoor evenwel naar de internetconsultatiebijdragen van met name Insolad en NOvA. De consultatie sluit 31 augustus 2019. Of de regeling daarna in ongewijzigde vorm aan de Kamer wordt gestuurd, betwijfelen wij. Er zal – op z'n minst in de memorie van toelichting – aandacht worden besteed aan *Plessers*. De huidige passage op p. 11 van de memorie van toelichting waarin wordt opgemerkt dat er een Belgische zaak bij het Hof aanhangig is met vervolgens in de voetnoot een opmerking dat de conclusie van de A-G is gevolgd waar het de uitleg van eto-redenen betreft, volstaat niet.

In Den Haag kent men de klap van de hamer uit Luxemburg maar al te goed. *WCO I* is tijdens de parlementaire behandeling ingehaald door *Smallsteps*. Nu lijkt Luxemburg opnieuw zijn schaduw op het wetsontwerp vooruit te werpen, maar wellicht dat alle feedback op de internetconsultatie nieuw licht doet schijnen op zo een belangrijk onderwerp van 'arbeidsrecht en insolventie'. Wij gunnen het voorontwerp een frisse doorstart en zien de behandeling met belangstelling tegemoet.

Prof. mr. A.R. Houweling en mr. A. Sintniklaas

Noten

[1] HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424 (*Plessers*).

[2] Richtlijn 77/187/EEG (*PbEG* 1977, L 61/26).

[3] COM(74)351 def., p. 7; HvJ EG 15 april 1986, C-237/84, ECLI:EU:C:1986:149

(Commissie/België).

[4] HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV/Smallsteps*).

[5] Zie J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en Insolventie*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, in het bijzonder hoofdstuk 6. Zie ook: W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal en D.M.A. Bij de Vaate, 'De doorstart in rechtsvergelijkend perspectief', *TAP* 2016/172; W.H.A.C.M. Bouwens, 'Het voetspoor van Smallsteps', *TRA* 2018/13 en L.G. Verburg, 'Smallsteps: en hoe nu verder?' in: E.J.R. Verwey, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (red.), *De curator en het Personeel (Insolad Jaarboek 2018)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 138 e.v.

[6] J. van der Pijl, noot bij HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424 (*Plessers*).

[7] Zoals reeds aangekaart door R.M. Beltzer in zijn reactie op het wetsvoorstel.

[8] J. van der Pijl, *Arbeidsrecht en Insolventie*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 167-168.

[9] Insolad wijst erop dat uit de tekst en toelichting van Wof lijkt te volgen dat deze werknemers gedurende de opzegtermijn sowieso overgaan ook als er uiteindelijk geen plaats bij de verkrijger is. Bijgevolg zal de verkrijger gedurende deze periode alle loonkosten en fiscale aanspraken moeten nakomen. Zie

www.internetconsultatie.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement/reactie/a16f57f4-7296-415a-b5f4-829a9ee4fo8o p. 2.

[10] Artikel 5 van de ministeriële regeling werkt nader uit wat hieronder wordt verstaan: Onder de schulden, bedoeld in artikel 666b lid 7 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, worden verstaan schulden van de gefailleerde werkgever jegens de werknemers, bedoeld in lid 1 van genoemd artikel, of jegens derden ten behoeve van de werknemers, die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomsten met deze werknemers en die op het moment van de overgang reeds bestaan, waaronder in ieder geval:

- a. loon als bedoeld in artikel 616 van voornoemd wetboek;
- b. een vergoeding voor vakantie en verlof als bedoeld in artikel 634 van voornoemd wetboek, en
- c. andersoortige contractueel overeengekomen financiële aanspraken zoals toeslagen op het loon, aanvullende uitkeringen, onkostenvergoedingen en bonussen.

Omdat het ook om vorderingsrechten van of schulden jegens *derden* gaat, zijn mogelijk achterstallige premies aan een bedrijfstakpensioenfonds niet langer meer te verhalen op de verkrijger, zoals dit wel het geval was in het GOM-arrest (HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375).

[11] Concl. A-G Szpunar, ECLI:EU:C:2019:50, punt 74, bij HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424 (*Plessers*).

[12] HvJ EG 15 juni 1988, C-101/87, ECLI:EU:C:1988:308, r.o. 18 (*Bork*).

[13] HvJ EG 11 juni 2009, C-561/07, ECLI:EU:C:2009:363, r.o. 36 (*Commissie/Italië*).

[14] HvJ EU 7 augustus 2018, C-472/16, ECLI:EU:C:2018:646, r.o. 53 en 54 (*Muziekschool*); Zie tevens: HvJ EG 16 oktober 2008, C-313/07, ECLI: EU:C:2008:574 (*Vigano*).

[15] De Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2012 zijn vanaf de inwerkingtreding van de WWZ vervallen. De Beleidsregels vormen dus oud recht. Desalniettemin menen wij dat deze passage over de reikwijdte van de eto-redenen nog steeds van belang is. Deze gedachte wordt versterkt doordat in de MvT van de WWZ valt te lezen dat de ontslagcriteria die zijn opgenomen in artikel 7:669 lid 3 BW ontleend zijn aan het Ontslagbesluit en de Beleidsregels van het UWV en volgens de concept MvT Wof eto-redenen vergelijkbaar zijn met bedrijfseconomische redenen, in de zin van artikel 7:669 lid 3 sub a BW.

[16] Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2012, p. 24.

[17] Artikel 7:669 lid 1 BW bepaalt dat de werkgever de arbeidsovereenkomst pas kan opzeggen indien herplaatsing van de werknemer binnen een redelijke termijn, al dan niet met behulp van scholing, in een andere passende functie niet mogelijk is of niet in de rede ligt. Artikel 9 en 10 van de Ontslagregeling geven een nadere toelichting over wat als passende functie en als redelijke termijn wordt aangemerkt.

[18] HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424, r.o. 58 (*Plessers*).

[19] Wat de transitievergoeding betreft, doet zich nog het volgende voor. Uitgangspunt is dat iedereen mee overgaat (art. 7:666 lid 2 BW), maar – zoals hiervoor aangegeven – waarschijnlijk in opgezegde toestand. Dit leidt ertoe dat de arbeidsovereenkomst uiteindelijk – voor de zogenoemde ‘achterblijvers’ – zal eindigen bij de verkrijger, tenzij een aanbod is gedaan om te blijven (de selectie ex art. 7:666b BW) dat wordt aanvaard. Omdat de transitievergoeding niet wordt genoemd in de ministeriële regeling en als zodanig niet onder de ‘schuldenlast die bij de vervreemder achterblijft’ lijkt te vallen, roept dit de vraag op of de verkrijger over de hele duur van het dienstverband bij de vervreemder de transitievergoeding verschuldigd is op het moment van beëindiging. Of de verkrijger met succes een beroep kan doen op artikel 7:673c BW is immers de vraag. Volgens de wet is de transitievergoeding niet langer verschuldigd indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard, aan hem surseance van betaling is verleend of op hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is. Omdat de werknemers in opgezegde toestand zijn overgegaan, is hun werkgever op het moment van het daadwerkelijke einde van de arbeidsovereenkomst de verkrijger. Die werkgever is niet failliet. De vraag is dan ook of artikel 7:673c BW van toepassing is. Verdedigbaar is dat artikel 7:673c BW is gekoppeld aan artikel 7:673 BW, en dat in lid 1 sub a onder 1 BW wordt gesproken van ‘door de werkgever is opgezegd’. Met andere woorden, voor toepassing van artikel 7:673c BW is de ‘opzeggingshandeling’ bepalend en niet het moment van feitelijke beëindiging. De verkrijger zal dan geen transitievergoeding verschuldigd zijn aan zogenoemde ‘achterblijvers’. Biedt de verkrijger de werknemer een

nieuwe arbeidsovereenkomst aan, dan zal de opbouw van de transitievergoeding doorlopen (art. 7:673 lid 5 sub b BW). Uitgemaakt is deze kwestie (nog) niet en het zou verstandig zijn als de wet- en besluitgever deze kwestie alsnog beslechten. Zij staan hier voor een dilemma. Komen ze de doorstarter/schuldeisers tegemoet en nemen ze de transitievergoeding op in artikel 5 regeling of behoort deze transitievergoedingsclaim tot het koop- en doorstartproces met als gevolg minder financiële middelen voor de boedel? Een middenweg is ook nog denkbaar waarbij de ‘achterblijvers’ geen transitievergoeding krijgen en zij die wel een arbeidsovereenkomst krijgen aangeboden hun anciënniteit bij de failliet behouden voor de transitievergoeding in de toekomst.

[20] Zie in dit verband ook de kritische vragen van de Nederlandse Orde van Advocaten: www.internetconsultatie.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement/reactie/4aa1e2c1-239e-4f30-9beb-0734b3c4e6c6.

[21] Volgens Insolad zou dit 20-25% moeten zijn om de regeling in de praktijk werkbaar te laten zijn.