

Corporate Finance Lab

Legal Aspects of Corporate Finance and Insolvency

Nederlandse voorstellen 'Wet overgang van onderneming in faillissement' – Wat met werknemersbescherming na Smallsteps en Plessers?

Consultatieronde van start

Op 29 mei 2019 verschenen de Nederlandse [voorstellen](#) voor een wet en ministeriële regeling “*overgang van onderneming in faillissement*”. Die voorstellen zijn er gekomen naar aanleiding van de uitspraak van het Europees Hof van Justitie in de zaak [Smallsteps](#). Daarin werd geoordeeld dat de Nederlandse *pre-pack* praktijk niet richtlijnconform is. De Nederlandse voorstellen kunnen ter inspiratie dienen voor de Belgische wetgever bij het opstellen van een meer coherente en richtlijnconforme regelgeving inzake werknemersbescherming bij (i) de overdracht van een onderneming uit faillissement en (ii) de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag (hierna: ‘GROG’).

Op 22 juni 2017 heeft het Europees Hof van Justitie in de zaak *Smallsteps* beslist dat de Nederlandse *pre-pack* praktijk niet valt onder de categorische uitzondering in artikel 5(1) van [Richtlijn 2001/23/EG](#) (hierna: de ‘Richtlijn’). Dit wil zeggen dat bij een *pre-pack* overeenkomstig artikel 3 van de richtlijn principieel alle werknemers mee moeten overgaan van de vervreemder naar de verkrijger. De enige mogelijke uitzondering daarop is artikel 4 van de richtlijn: het ontslaan van werknemers blijft mogelijk omwille van redenen van economische, technische of organisatorische aard (de zgn. ETO-redenen).

Dit heeft geleid tot heel wat rechtsonzekerheid inzake werknemersbescherming in het kader van *pre-packs*. Sinds de uitspraak in de zaak *Smallsteps* hebben er dan ook nog maar enkele Nederlandse (varianten van) *pre-packs* meer plaats gevonden ([Tuunte](#), [Bogra](#), [Heiploeg](#) en [FNV/Princen Transmission B.V.](#)), waarbij de rechter telkens heeft geprobeerd om de Nederlandse wetsartikelen betreffende de overgang van ondernemingen richtlijnconform uit te leggen. De volledige uitkristallisatie van de impact van de uitspraak in *Smallsteps* kost echter tijd en de specifieke omstandigheden van het individuele geval blijven telkens beslissend. Voorts waren auteurs (waaronder ondergetekende) niet altijd akkoord met de restrictieve interpretatie die de Nederlandse rechters gaven aan het arrest *Smallsteps* (zie daarover [TBH 2018/7](#)).

Om die rechtsonzekerheid weg te werken, werd er in het voorjaar van 2018 een traject gestart waarin een kleine schrijfgroep de mogelijkheden voor een nieuwe wettelijke regeling hebben verkend. Die schrijfgroep bestond uit prof. W. Bouwens, prof. L. Verburg alsook vertegenwoordigers van werknemers, werkgevers, advocaten en curatoren. De wetgevende voorstellen zijn daarvan het resultaat. In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel kunnen we het volgende lezen:

“Met dit wetsvoorstel wordt een nieuwe wettelijke regeling ingevoerd betreffende de positie van werknemers in faillissement. In het bijzonder betreft het de rechten van werknemers bij een overgang van een onderneming in faillissement. Kort gezegd, wordt voorgesteld dat werknemers die ten tijde van de faillietverklaring in dienst zijn bij de gefailleerde werkgever, op het moment van de overgang van de onderneming in principe onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst komen bij degene die de onderneming in het faillissement overneemt en voortzet (hierna: de verkrijger). De overgang zelf kan voor de verkrijger geen reden zijn om van dit uitgangspunt af te wijken. Alleen als er bij de overgang arbeidsplaatsen verdwijnen en dit het gevolg is van bedrijfseconomische omstandigheden, is het de verkrijger toegestaan minder werknemers over te nemen. In dat geval wordt op een objectieve en transparante manier bepaald welke werknemers wel en niet meegaan. Werknemers die na de overgang niet in dienst komen bij de verkrijger, mogen niet door

een concurrentiebeding beperkt worden om ergens anders werkzaam te zijn. Ook krijgen de ondernemingsraad (OR) en de personeelsvereniging het recht om een advies uit te brengen over de totstandkoming van de overgang. De rechter-commissaris die toestemming moet geven voor de overgang, zal dit advies bij zijn beslissing betrekken. De wettelijke regeling wordt ondergebracht in Titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW), de Faillissementswet (Fw) en de Wet op de ondernemingsraden (WOR)”.

De lezer herkent hierin een zekere systematiek. In principe moet de verkrijger alle werknemers mee overnemen van de vervreemder (art. 3 Richtlijn). De overgang zelf vormt op zichzelf geen reden om van dit uitgangspunt af te wijken (dit is een zgn. *a priori* beperking waarvoor ik al [eerder](#) heb gepleit). Om bepaalde werknemers te ontslaan, zijn dus redenen van economische, technische of organisatorische nodig (art. 4, eerste lid Richtlijn). De keuze van de te ontslagen werknemers moet gebeuren op basis van objectieve selectiemethoden, waarbij de schrijfgroep een inspiegelingsmethode voorstelt.

Interessant om op te merken is dat het gekozen systeem conceptueel lijkt op het huidig wetgevend kader dat vandaag al bestaat voor de Belgische GROG. De verkrijger van de onderneming mag immers kiezen welke werknemers hij overneemt, zolang deze keuze is gebaseerd op ETO-redenen en gebeurt zonder verboden differentiatie (art. XX.86, §3 [WER](#)). In de zaak [Plessers](#) oordeelde het Europees Hof van Justitie nochtans dat het keuzerecht van de verkrijger “*een ernstig gevaar kan opleveren voor de naleving van het hoofddoel van richtlijn, namelijk de bescherming van de werknemers tegen een ongerechtvaardigd ontslag in geval van overgang van een onderneming*”. Wat is dan het verschil tussen de Belgische regeling inzake werknemersbescherming bij de GROG en de Nederlandse wetgevende voorstellen inzake overgang van onderneming in faillissement?

Conceptueel niet veel, zo blijkt. De Nederlandse wetgevende voorstellen gooien immers, net zoals de huidige Belgische regeling inzake de GROG, de uitzonderingen in de artikelen 4 en 5 van de richtlijn door elkaar. Artikel 3 van de richtlijn bepaalt immers dat de verkrijger bij een overname *iedereen* moet overnemen. De enige uitzondering daarop is artikel 5 van de richtlijn, dat de

artikelen 3 en 4 van de richtlijn buiten werking kan stellen. Het Europees Hof van Justitie heeft evenwel geoordeeld dat de categorische uitzondering in artikel 5 niet van toepassing is op *pre-packs* (*Smallsteps*) of op GROGs (*Plessers*). Bijgevolg zou overeenkomstig artikel 3 van de richtlijn bij een overdracht van een onderneming in faillissement of via een GROG *iedereen* mee moeten overgaan.

De vervreemder of verkrijger kan krachtens artikel 4 van de richtlijn wel vóór of ná de overname werknemers ontslaan omwille van ETO-redenen. Die mogelijkheid om werknemers te *ontslaan* vervat in artikel 4 doet evenwel geen afbreuk aan het gegeven dat overeenkomstig artikel 3 van de richtlijn alle werknemers mee moeten *overgaan* van de vervreemder naar de verkrijger. Dit is eigenlijk wat het Hof opmerkt in paragraaf 57 van de zaak *Plessers* over het keuzerecht van de verkrijger bij de GROG: “*Een dergelijke nationale wettelijke regeling blijkt, anders dan in de optiek van waaruit artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/23 is geschreven, niet de werknemers die worden ontslagen op het oog te hebben, maar de werknemers wier arbeidsovereenkomst overgaat, met dien verstande dat de keuze van die laatste personen door de verkrijger is gebaseerd op technische, economische en organisatorische redenen*” (eigen benadrukking).

Hoewel de Belgische en Nederlandse keuzerechten conceptueel op elkaar lijken, is de concrete uitwerking daarvan verschillend. Door die andere (en betere) uitwerking heeft het Nederlandse keuzerecht een grotere slaagkans om richtlijnconform te zijn dan het Belgische keuzerecht (hoewel ook het Belgische keuzerecht richtlijnconform kan worden geïnterpreteerd, zoals beargumenteerd in het [Limburgs Rechtsleven](#) 2019/2, te verschijnen). Het Hof liet in de zaak *Plessers* immers een opening bestaan: “*weliswaar zijn 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*” (eigen benadrukking).

Het Hof lijkt hier dus te impliceren dat als men zeker is dat de verkrijger de werknemers niet overneemt op basis van ETO-redenen, het keuzerecht van de verkrijger richtlijnconform is. In dat geval zijn de ontslagen werknemers immers “*impliciet maar noodzakelijkerwijs*” de werknemers die niet konden worden

overgenomen omwille van ETO-redenen. Het Belgische recht bevat volgens het Hof echter niet genoeg waarborgen: zo is er geen duidelijke bewijsplicht in hoofde van de verkrijger dat de niet-overnames gebeuren op basis van ETO-redenen. Bij de uitgebreide Nederlandse voorstellen vinden we echter wel zulke waarborgen terug. Zo lezen we op pagina 12 van de MvT het volgende:

“De verkrijger moet aannemelijk maken dat sprake is van objectieve – dat wil zeggen op feiten berustende – bedrijfseconomische omstandigheden waardoor er – ten behoeve van een doelmatige bedrijfsvoering – maatregelen getroffen moeten worden die leiden tot het structureel vervallen van arbeidsplaatsen. [...] Is bij een onderhandse verkoop sprake van een overgang van onderneming in de zin van de richtlijn en stelt de verkrijger dat hij niet al het personeel kan overnemen, dan volgt – overeenkomstig artikel 4 lid 1 van de richtlijn – uit de nieuwe wettelijke regeling dat de rechter-commissaris of de rechtbank na een kort, maar kritisch inhoudelijk onderzoek moet kunnen vaststellen of voldoende aannemelijk is gemaakt dat er sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden die het noodzakelijk maken om maatregelen te treffen waardoor er arbeidsplaatsen verloren gaan. Alleen dan hoeft de verkrijger niet al het personeel over te nemen. Als dit het geval is, moet de rechter-commissaris of de rechtbank vervolgens toetsen of de selectiemethode op basis waarvan bepaald wordt welke werknemers in aanmerking komen voor een dienstverband bij de verkrijger in overeenstemming is met de nieuwe regeling. Het is aan de verkrijger om de rechter-commissaris of de rechtbank te voorzien van de informatie die deze nodig heeft om deze toetsen uit te voeren”.

Het lijkt ons echter beter om die bewijsplicht (net zoals een *a priori* beperking) duidelijk in de eigenlijke wettekst op te nemen, in plaats van enkel in de memorie van toelichting. Met het oog op de *fine-tuning* van de teksten doet de schrijfgroep er bovendien goed aan te erkennen dat men gebruik maakt van een functionele interpretatie van artikel 4 van de richtlijn, en niet van een zuivere interpretatie die nochtans meer voor de hand ligt en ook meer *future-proof* is (zie daarover [Limburgs Rechtsleven](#) 2019/2, te verschijnen). Voor zulke en andere voorstellen

loopt er momenteel een [consultatieronde](#). Deze consultatieronde zal worden afgesloten op 31 augustus 2019.

[Frederik De Leo](#)

Doctoraatsonderzoeker
Instituut voor Handels- en Insolventierecht
KU Leuven en UHasselt



Author: Frederik De Leo

Lawyer (Eubelius), Affiliated senior researcher (University of Leuven)

[View all posts by Frederik De Leo](#)



Frederik De Leo / June 3, 2019 / *In Dutch, Belgium, Insolvency, Liquidation, Netherlands, Reorganizations and transformations / Directive 2001/23, Employment protection, GROG, Plessers, Pre-Pack, Smallsteps, stil faillissement

Corporate Finance Lab / Website Built with WordPress.com.