

# 248. De Woof: een deugd tussen twee ondeugden

MR. S.C. VERLINDEN EN MR. C.L. WATERMAN

Het *SmallSteps*-arrest en de publicatie van het voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement ('Woof') hebben tot de nodige zorgen geleid in de doorstartpraktijk. Maar betekent de Woof wel het einde van de doorstartpraktijk? Blijft een doorstarter ook onder de Woof verplicht om al het personeel van de failliete vervreemder over te nemen? Of opent de Woof juist de mogelijkheid om te selecteren welke personeelsleden mee overgaan na de doorstart die kwalificeert als overgang van onderneming in faillissement? In dit artikel wordt uitgebreid stilgestaan bij deze vragen.

## Inleiding<sup>1</sup>

In de huidige doorstartpraktijk geldt bij het overnemen van werknemers een alles-of-nietsbenadering.<sup>2</sup> Als sprake is van overgang van onderneming in faillissement gaan alle werknemers<sup>3</sup> van de vervreemder mee over naar de verkrijger met behoud van in principe al hun arbeidsvoorwaarden: er valt voor de verkrijger niets te kiezen. Omgekeerd geldt dat als de doorstart niet kan worden gekwalificeerd als overgang van onderneming, een doorstarter niet verplicht is personeel over te nemen en nagenoeg vrij is om te bepalen welk arbeidsvoorwaardenpakket hij aanbiedt. Een doorstarter zal echter vaak niet alle werknemers willen overnemen. Worden potentiële doorstarters daar wel toe gedwongen doordat de beoogde doorstart kwalificeert als overgang van onderneming in faillissement, dan kan dat ertoe leiden dat de gegadigden afhaken. Er komt dan geen doorstart tot stand, met verlies van werkgelegenheid als belangrijk nadelig gevolg

Uit het *SmallSteps*-arrest volgt dat ook een pre-pack in het algemeen niet onder de faillissementsuitsondering<sup>4</sup> van art. 5 lid 1 Richtlijn (EG) nr. 2001/23 van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, *PbEG* 2001, L082 (hierna: 'Richtlijn') valt. De regeling overgang van onderneming van art. 7:662 e.v. BW is dus in principe onverkort van toepassing op de pre-pack, waarmee werknemersbescherming in faillissement is gewaarborgd. Doordat naar huidig recht een gulden middenweg tussen de genoemde uitersten ontbreekt, kan de werknemersbescherming die uitgaat van de Richtlijn onbedoeld juist het tegenovergestelde effect sorteren.

Daar komt bij dat de Richtlijn bepaalt dat de overgang in principe geen reden tot ontslag kan vormen wegens of met het oog op de overgang, hetgeen in de Nederlandse wetgeving in het opzegverbod wegens overgang in art. 7:670 lid 8 BW tot uiting komt. Hierop is in de Richtlijn één uitzondering geformuleerd: art. 4 lid 1 Richtlijn laat namelijk wel ruimte voor ontslagen *wegens* de overgang op grond van '*economische, technische of organisatorische redenen die gevolgen hebben voor de werkgelegenheid*' (hierna: 'eto-redenen') – waarover later in deze bijdrage meer.

1 In de literatuur is reeds veel geschreven over de inhoud en achtergrond van de Richtlijn (EG) nr. 2001/23, *PbEG* 2001, L082, de ontslagmogelijkheden bij een doorstart die kwalificeert als overgang van onderneming vanuit faillissement, en de impact van het *SmallSteps*-arrest op de (pre-pack)doorstartpraktijk. Ter inleiding volstaan wij dan ook met een beknopt overzicht van de belangrijkste achtergronden. Zie voor verdere achtergrond en verdieping: R.M. Beltzer & J. Van der Pijl, 'De rechtspositie van werknemers bij surseance van betaling en faillissement', in: L.G. Verburg & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2013; N.M.Q. van der Neut, 'Pre-pack is overgang van onderneming: hoe nu verder?', *TRA* 2017/88; J.R. Hurenkamp, 'Ondergang van onderneming door de pre-pack?', *Tvl* 2017/21.

2 J.R. Hurenkamp, 'Ondergang van onderneming door de pre-pack?', *Tvl* 2017/21

3 R.M. Beltzer & C.L. Waterman, 'De zaak Albron/Roest – de Hoge Raad poneert een obscuur libel', *TAO* 2013/2

4 De faillissementsuitsondering van art. 5 lid 1 van de Richtlijn die in onze wetgeving is geïmplementeerd in art. 7:666 lid 1 BW, bepaalt kort gezegd dat de regeling inzake overgang van onderneming alsmede het ontslagverbod wegens overgang niet gelden indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort.

Tezamen met de Wet Continuïteit Ondernemingen I<sup>5</sup> (hierna: ‘WCO I’) beoogt de Woof een oplossing te bieden voor het probleem waar het *Smallsteps*-arrest de doorstartpraktijk mee confronteerde. De WCO I schept een wettelijke basis voor de in praktijk ontwikkelde pre-pack methode. De Woof implementeert art. 5 lid 2 Richtlijn<sup>6</sup>. Daarmee creëert de Woof in feite een verzacht regime<sup>7</sup> van overgang van onderneming.

De Woof introduceert een aantal oplossingen voor de problemen die op dit moment worden ervaren in de doorstartpraktijk. Onze focus zal in dit artikel liggen bij de verruimde ontslagmogelijkheden voor de verkrijger<sup>8</sup> en bij de omgekeerde afspiegelmethode waarmee de verkrijger in de Woof bij een overgang van onderneming in faillissement dient te bepalen welke werknemers hij overneemt.<sup>9</sup> Hierbij zullen wij concrete suggesties doen ten aanzien van de ontslagmogelijkheden onder de Woof.

### Verruimde ontslagmogelijkheden onder de Woof

Uitgangspunt van de Woof is dat ook bij een overgang van onderneming in faillissement alle arbeidsovereenkomsten met de werknemers die op het moment van de faillietverklaring bij de gefailleerde werkgever in dienst zijn en in de onderneming werken, van rechtswege overgaan op de verkrijger in de stand waarin die arbeidsovereenkomsten zich op dat moment bevinden. Daarmee wordt de regeling

inzake overgang van onderneming van toepassing op een overgang in faillissement, inclusief het eerdergenoemde opzegverbod. Doorgaans zal de curator echter arbeidsovereenkomsten van werknemers hebben opgezegd op grond van art. 40 Fw om zo het boedeltekort niet verder te laten oplopen. Het voorgestelde art. 7:666b lid 1 BW bepaalt om die reden dat de verkrijger alle werknemers ten aanzien van wie de arbeidsovereenkomst is opgezegd door de curator, een nieuwe arbeidsovereenkomst moet aanbieden op basis waarvan zij op het moment van de overgang bij hem in dienst treden. Een doorstarter zal dus in beginsel er serieus rekening mee moeten houden dat alle werknemers (dus ook de reeds opgezegde) mee over zullen gaan.

Binnen de insolventiepraktijk is de veel gehoorde kritiek dat een onverkorte toepassing van de regeling overgang van onderneming binnen faillissement vaak de redding van een financieel ongezonde onderneming in de weg zal staan.<sup>10</sup> Het gevolg van de Woof zou zijn dat de doorstartpraktijk ernstig wordt bemoeilijkt doordat doorstarters mogelijk het personeel in volle omvang moeten overnemen. De vraag is echter of de soep zo heet gegeten zal gaan worden. Wij menen dat er in de opzet van de Woof voldoende gronden zijn om over te gaan tot ontslag wegens de overgang. De uitweg kan wat ons betreft gevonden in de eerdergenoemde eto-redenen die ons inziens in de nieuwe doorstartpraktijk onder de Woof een niet onbelangrijke rol zullen gaan spelen. Van de verplichting voor een verkrijger alle werknemers bij een doorstart in faillissement over te nemen, kan op grond van art. 7:666b lid 2 BW worden afgeweken indien te voorzien is dat binnen 26 weken arbeidsplaatsen komen te vervallen wegens bedrijfseconomische omstandigheden.

### Onder de Woof zijn er voldoende mogelijkheden om tot ontslag over te gaan wegens de overgang

Voor de invulling van deze norm kan volgens het wetsvoorstel worden aangesloten bij de jurisprudentie die reeds is gewezen over art. 7:669 lid 3 sub a BW en bij de uitleg die het UWV heeft gegeven over het begrip ‘bedrijfseconomische omstandigheden’.<sup>11</sup> Opvallend is echter dat in het wetsvoorstel het begrip bedrijfseconomische grond gelijk wordt gesteld aan de eerdergenoemde eto-redenen zoals bedoeld in art. 4 lid 1 Richtlijn. In de memorie van toelichting wordt daarover opgemerkt dat eto-redenen vergelijkbaar zijn met ‘bedrijfseconomische omstandigheden’ zoals bedoeld in art. 7:669 lid 3 sub a BW.<sup>12</sup> De uitzondering op basis van het wetsvoorstel houdt in dat, indien sprake is

5 Kamerstukken II 2014/15, 34218, nr. 2. De WCO I maakt het door een wijziging van de faillissementswet voor de rechtbank mogelijk om voorafgaand aan een eventueel faillissement een beoogd curator en beoogd rechter-commissaris aan te wijzen. Het wetsvoorstel voor de WCO I is al sinds 2016 aanhangig bij de Eerste Kamer. Op 18 juni 2019 heeft de Eerste Kamer besloten de behandeling van de WCO I aan te houden en dit te zijner tijd te hervatten in samenhang met de Woof. Voor de Woof geldt dat de internetconsultatie op 31 augustus 2019 is gesloten. Sindsdien ligt het wetgevingsproces voor de Woof stil.

6 Art. 5 lid 2 Richtlijn voorziet in de optie voor lidstaten om de beschermingsregels uit de Richtlijn onder bepaalde voorwaarden ook toe te passen in een faillissementsprocedure. De lidstaten kunnen kortgezegd bepalen i) dat de schulden van de vervreemder die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten en die verschuldigd zijn vóór de overgang of vóór de inleiding van de insolventieprocedure, niet overgaan op de verkrijger, en ii) dat arbeidsvoorwaarden in overleg met de vakbond kunnen worden aangepast. Het HvJ EU besliste recentelijk dat de Richtlijn niet in de weg staat aan een nationale (Duitse) regeling, die inhoudt dat de verkrijger – onder bepaalde voorwaarden – niet aansprakelijk is voor pensioenverplichtingen van de vervreemder voor zover die vallen binnen art. 5 lid 2. Zie: HvJ EU 9 september 2020, ECLI:EU:C:2020:682.

7 L.G. Verburg, ‘Kanttekeningen bij het voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement’, in: Ph.W. Schreurs, L.J.J. Kerstens & B. Rikkert, *De Curator en het Faillissements(proces)recht 2019/19*, (INSOLAD jaarboek 2020).

8 Met ‘verkrijger’ bij een doorstart die kwalificeert als overgang van onderneming vanuit faillissement, bedoelen wij in dit artikel de partij die ook wordt aangeduid als ‘koper’ en ‘doorstarter’ in het verkoopproces.

9 Er is veel over de Woof geschreven. Inmiddels zijn er prejudiciële vragen gesteld inzake *Heiploeg*. Hoe relevant de impact van het uiteindelijke antwoord op die vragen ook mag zijn, wij zullen daar in dit artikel niet op ingaan. Voor de mogelijkheid die de Woof introduceert tot het wijzigen van arbeidsvoorwaarden ter gelegenheid van de overgang, zie: R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, Amsterdam: COREL 2020.

10 N.W.A. Tollenaar, ‘Aanpassing van het ontslagrecht in insolventie #dash# slaan wij de juiste weg in?’, *Tvl* 2019/20.

11 Voorontwerp Memorie van Toelichting op de Woof.

12 Voorontwerp Memorie van Toelichting op de Woof. Op de vraag of het begrip bedrijfseconomische omstandigheden wel vereenzelvigd mag worden met het begrip eto-redenen, gaan we in deze bijdrage niet nader in. Wij verwijzen voor een uitgebreide toelichting naar R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, Amsterdam: COREL 2020, p. 266.

van eto-redenen die leiden tot verlies van arbeidsplaatsen, de verkrijger niet alle werknemers een dienstverband hoeft aan te bieden. De vraag is in welke situatie een verkrijger in geval van een doorstart die kwalificeert als overgang van onderneming met succes een beroep kan doen op eto-redenen op basis van de Richtlijn. Nu binnen de Woof eto-redenen in faillissementsverband waarschijnlijk een substantieel grotere rol zullen krijgen, zullen wij hierna nader ingaan op de uitleg van eto-redenen zowel binnen als buiten faillissement.

### Eto-redenen buiten faillissement

Hoewel de basis van eto-redenen in de Richtlijn is te vinden, lijkt er geen definitie te zijn gegeven op het begrip eto-redenen.<sup>13</sup> Daarnaast ontbreekt een Nederlandse wettelijke basis, en daarmee ook een definitie. Daar komt nog bij dat de rechtspraak op dit punt schaars en casuïstisch is. De concrete voorbeelden die tot nu toe in de rechtspraak van het Hof van Justitie (hierna: 'Hof') zijn gegeven, betroffen de volgende situaties.

In het *Kirtruna*-arrest<sup>14</sup> oordeelde het Hof dat *aanvullende* omstandigheden (dus: niet het enkele feit dat sprake is van een overgang) die de beëindiging van de arbeidsovereenkomsten rechtvaardigen, eto-redenen kunnen zijn. In die zaak was tussen de verkrijger en de verhuurder van de bedrijfsruimte geen overeenstemming bereikt over de nieuwe huurovereenkomst en was het niet mogelijk gebleken een andere geschikte bedrijfsruimte te vinden. Die omstandigheden konden volgens het Hof als economische, technische of organisatorische redenen in de zin van art. 4 lid 1 worden aangemerkt. Het ging in die zaak dus om een door een derde bewerkstelligde onmogelijkheid het personeel aan het werk te houden. Uiteindelijk leidde dit echter wel tot een ontslag dat het gevolg was van (dus: wegens) een overgang van onderneming.

In het *Siguënza*-arrest<sup>15</sup> van het Hof was sprake van een werkgever (een opdrachtnemer van de gemeente Valladolid) die niet meer in staat was de werknemers uit te betalen vanwege de niet-nakoming door de gemeente Valladolid van bepaalde verplichtingen onder de concessieovereenkomst. In deze zaak oordeelde het Hof dat in dit geval sprake kon zijn van eto-redenen, mits de bewuste omstandigheden geen doelbewuste maatregelen waren die ertoe moesten strekken de werknemers de rechten te ontnemen die ze aan de richtlijn konden ontnemen.

De schaarse Europese rechtspraak ten aanzien van eto-redenen lijkt dus de conclusie te rechtvaardigen dat aanneemelijk moet worden gemaakt dat niet alleen de overgang zélf leidt tot verval van arbeidsplaatsen, maar dat *bijkomende omstandigheden* als eto-redenen kunnen worden aangemerkt. Naar ons oordeel doet dit er niet aan af dat arbeidsovereenkomsten met een beroep op eto-redenen

wel degelijk *wegens* de overgang (kunnen) worden opgezegd. Eto-redenen vormen immers een uitzondering op het opzegverbod wegens overgang van onderneming.<sup>16</sup>

Met betrekking tot de definitie van eto-redenen zou enig houvast kunnen worden gezocht bij het voorstel van de voorganger van de huidige Richtlijn van het oorspronkelijke art. 4 uit 1974.<sup>17</sup> Hierin is opgenomen dat de bepalingen niet van toepassing zijn op ontslagen welke noodzakelijk zijn wegens *dwingende interne vereisten* ten gevolge van de fusie van vennootschappen of de overdracht van vestigingen. Een (limitatieve) opsomming van dergelijke dwingende interne vereisten is echter niet gegeven. Later is bij de wijziging van de Richtlijn de term dwingende interne vereisten gewijzigd in eto-redenen. In het gewijzigde voorstel van 25 juli 1975 zijn de bewoordingen van de betreffende bepaling (in dat geval art. 6) en de toelichting erbij vrijwel woordelijk gelijk. In de toelichting op het voorstel voor de eerste richtlijn<sup>18</sup> is het volgende opgenomen:

*'Economisch gezien is het echter volmaakt logisch dat aan het bedrijfshoofd de mogelijkheid wordt gelaten om bij een fusie van vennootschappen of een overdracht van vestigingen over te gaan tot wijzigingen in de organisatie van die onderneming of in de productie en om in de vestigingen die werden overgenomen maatregelen op het stuk van rationalisatie e.d. door te voeren. Dit zal vooral van belang zijn in die gevallen waarin met de overdracht sanering werd beoogd van ondernemingen die in moeilijkheden verkeren. In dergelijke omstandigheden kunnen hieruit voor de personen die in de getroffen vestigingen werkzaam zijn kwantitatieve of kwalitatieve repercussies voortvloeiën en het ontslag van sommige werknemers zou wel eens onvermijdelijk kunnen blijken te zijn.'*

Wij menen dat hieruit geconcludeerd kan worden dat met name in de situatie waarin sanering wordt beoogd door ondernemingen die in moeilijkheden verkeren, wel degelijk sprake kan zijn van dwingende interne vereisten (tegenwoordig dus eto-redenen) waardoor ontslag op basis van een saneringsnoodzaak mogelijk gezien kan worden als eto-redenen. Dit lijkt ons cruciaal voor de uitleg van eto-redenen onder de Woof. Daarbij gaat het immers per definitie om ontslagen die te maken hebben met saneringsdoelinden.

### Eto-redenen binnen faillissement

De hierboven aangehaalde Europese rechtspraak ziet niet op de inzet van eto-redenen *binnen* faillissement, maar beperkt zich tot een 'normale' overgang van onderneming.

13 R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, Amsterdam: COREL 2020, p. 197.

14 HvJ EG 16 oktober 2008, «JAR» 2008/295 (*Kirtruna*).

15 HvJ EU 7 augustus 2018, «JAR» 2018/225 m.nt. Waterman (*Siguënza*).

16 Als er niet sprake is van een opzegging wegens de overgang, komen eto-redenen überhaupt niet aan bod. De overgang blijft dus ook bij een beroep op eto-redenen een belangrijke factor die ten grondslag ligt aan het ontslag.

17 Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen 1974, C104. Zie voor een uitgebreide beschouwing van het voorstel op de Richtlijn: R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming', Amsterdam: COREL 2020; R.M. Beltzer & B.C.L. Kanen, 'Ontslag en wijziging van arbeidsvoorwaarden na overgang: 'no hay mayor dificultad que la poca voluntad', *ArA* 2019 (13)3, p. 74.

18 *PbEG* 1974, C104.

Uit de schaarse nationale rechtspraak<sup>19</sup> blijkt dat eto-redenen niet vaak worden ingezet in de praktijk daar waar het gaat om ontslag wegens een overgang van onderneming. Wij achten het echter goed verdedigbaar dat eto-redenen een (substantieel) grotere rol binnen de rechtspraktijk zullen krijgen na de inwerkingtreding van de Woof. De vraag is echter hoe eto-redenen dan wel zullen worden uitgelegd in de Nederlandse rechtspraktijk als de Woof eenmaal een feit is. Het is allerm minst zeker dat het begrip eto-redenen in een faillissementssituatie op dezelfde manier wordt uitgelegd als eto-redenen in een ‘normale’ overgang van onderneming. Wij verwijzen hiervoor eveneens naar de eerder aangehaalde toelichting op het voorstel van Richtlijn waaruit blijkt dat sanering een belangrijke reden kan zijn om eto-redenen aan te nemen en dit in faillissement per definitie het doel lijkt te zijn.

Belangrijk is dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Richtlijn blijkt dat het aan de lidstaten zelf is om nader invulling te geven aan het begrip eto-redenen. De Nederlandse regering heeft dat eerder nog niet gedaan. In het wetsvoorstel inzake de Woof is echter wel een verdere toelichting gegeven op het begrip eto-redenen en de memorie van toelichting biedt wat ons betreft ook duidelijke handvatten voor de uitleg van eto-redenen op grond van de Woof. Wij citeren ter toelichting uit de memorie van toelichting:

*‘Deze uitzondering (eto-redenen, auteurs) heeft de volgende achtergrond. Zoals in paragraaf 2 van deze memorie van toelichting is toegelicht hebben betrokkenen – waaronder in de eerste plaats de bij het faillissement betrokken schuldeisers en werknemers – er belang bij dat er in faillissement bedrijfsovernames kunnen blijven plaatsvinden. Om dit mogelijk te maken moet er ruimte zijn voor de verkrijger om maatregelen te kunnen nemen als dat nodig is om het voortbestaan van de onderneming ook op langere termijn te kunnen verzekeren.’<sup>20</sup>*

De vraag blijft dan over of bij de uitleg van eto-redenen binnen faillissement ook sprake moet zijn van *bijkomende omstandigheden* zoals het Hof tweemaal eerder lijkt te hebben geoordeeld en zo ja, waaruit die bijkomende omstandigheden dan uit bestaan. In faillissement lijkt er namelijk per definitie sprake te zijn van een bijkomende omstandigheid, namelijk dat de failliete onderneming financieel ongezond is, althans in een toestand is komen te verkeren dat zij is opgehouden te betalen. Dat zou echter ook betekenen dat het faillissement per definitie eto-redenen zou opleveren, hetgeen ook eerder is betoogd door onder andere Tollenaar.<sup>21</sup> Dit kan wat ons betreft niet de invulling van eto-redenen zijn om de simpele reden dat eto-redenen een uitzondering vormen op het opzegverbod en uitgangspunt is dat opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens de overgang dus niet is toegestaan. Wat zou het immers voor doel hebben om de regeling overgang van onderneming ook van toepassing te laten zijn op een door-

start als er daarna vervolgens in alle gevallen sprake zou zijn van eto-redenen met een simpele verwijzing naar het faillissement van de vervreemder?

Wij achten de ratio achter de Richtlijn in dit verband van cruciaal belang: de Richtlijn heeft als doel werknemers te beschermen in geval van een overgang van onderneming. De wetgever heeft gemeend dat werknemers dezelfde bescherming ten deel zouden moeten vallen als sprake is van een doorstart na faillissement. Dat betekent dat de uitleg van eto-redenen onder de Woof in het licht van het doel van Richtlijn zullen moeten worden geplaatst. Tegen deze achtergrond en gelet op de eerder geciteerde overwegingen van de regering in de memorie van toelichting, menen wij dat aangetoond zal moeten worden dat sanering *noodzakelijk* is voor het voortbestaan van de onderneming. Die noodzaak bestaat wat ons betreft alleen als andere – minder ingrijpende – saneringsmaatregelen niet voldoende soelaas zullen bieden voor de verkrijger om de onderneming te kunnen voortzetten. Daarbij zal dus ook gemotiveerd moeten worden waarom de onderneming zonder de opzegging van één of meerdere arbeidsovereenkomsten niet zou kunnen worden voortgezet.

Een slechte financiële situatie die niet kan worden verbeterd door andere saneringsmaatregelen, zou een bijkomende omstandigheid kunnen zijn die een succesvol beroep op eto-redenen kan rechtvaardigen

Met deze uitleg van de Woof wordt niet alleen aangesloten bij de tekst en uitleg van het wetsvoorstel (zoals opgenomen in de memorie van toelichting), maar wordt ook aangesloten bij de beschermingsgedachte die de Richtlijn werknemers biedt. Niet voor niets heeft het Hof expliciet overwogen dat de beschermingsgedachte van de Richtlijn niet doelbewust mag worden omzeild. Een slechte financiële situatie die niet (volledig) kan worden verbeterd door andere – minder ingrijpende – saneringsmaatregelen, zou naar ons oordeel een bijkomende omstandigheid kunnen zijn die een succesvol beroep op eto-redenen zou kunnen rechtvaardigen. Voorts menen wij dat een dergelijke uitleg van de Woof ook de meest wenselijke uitleg betreft. Wij achten het namelijk wenselijk dat geen afbreuk wordt gedaan aan werknemersbescherming binnen faillissement, maar dat het wetsvoorstel tegelijkertijd niet het failliet van de doorstartpraktijk zal betekenen. Een doorstart is immers ook in het belang van de werkgelegenheid. Dat is wat ons betreft met dit wetsvoorstel gewaarborgd. Wij achten het wel wenselijk dat de regering – in het kader van rechtszekerheid – meer duidelijkheid zal scheppen over de uitleg van eto-redenen in faillissement. De zorgen die in de insolventiepraktijk zijn geuit met betrekking tot dit onderdeel van de Woof delen wij in ieder geval niet, maar voorafgaande duidelijkheid hierover is wel vereist.

<sup>19</sup> R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, Amsterdam: COREL 2020.

<sup>20</sup> Voorontwerp Memorie van Toelichting op de Woof, p. 11.

<sup>21</sup> N.W.A. Tollenaar, ‘Aanpassing van het ontslagrecht in insolventie – slaan wij de juiste weg in?’, *Tv* 2019/20.

Als laatste merken wij op dat onder de Woof de mogelijkheid is gecreëerd tot omgekeerd afspiegelen als arbeidsplaatsen komen te vervallen. Daaruit blijkt al dat het verval van arbeidsplaatsen dus niet hoogst uitzonderlijk zal zijn, nu de wetgever hier uitgebreid op in is gegaan. In de volgende paragraaf zullen wij nader ingaan om het omgekeerd afspiegelen onder de Woof.

### Selecteren van werknemers door omgekeerd afspiegelen

Een veel gehoorde kritiek bij overname van werknemers bij een doorstart is dat een vastgestelde selectiemethode ontbreekt, waardoor de gehanteerde selectiecriteria in de praktijk betrekkelijk willekeurig en onvoorspelbaar kunnen zijn en zelfs ongerechtvaardigd onderscheid kunnen opleveren.<sup>22</sup>

Het wetsvoorstel komt tegemoet aan deze kritiek. Als de verkrijger bij een doorstart die kwalificeert als overgang van onderneming in faillissement erin slaagt om eto-redenen aan te tonen, dan hoeft hij niet alle werknemers over te nemen. Welke werknemers wél een aanbod dienen te krijgen om bij de verkrijger in dienst te treden, dient de verkrijger te bepalen op een objectieve en transparante manier volgens de methode van omgekeerd afspiegelen.<sup>23</sup>

Hoe dient omgekeerd afspiegelen volgens de Woof precies in zijn werk te gaan?

- Uitgangspunt is dat wordt aangesloten bij het begrip-penkader en de wijze van (omgekeerd) afspiegelen die gebruikelijk is in het reguliere collectief ontslagrecht, als vastgelegd in de Ontslagregeling.<sup>24</sup>
- Dit betekent dat, als *binnen* een categorie onderling uitwisselbare functies arbeidsplaatsen behouden blijven, per leeftijdsgroep binnen die categorie de werknemer die als laatste in aanmerking zou komen voor ontslag, als eerste in aanmerking komt voor een baan bij de verkrijger: *de laatsten zullen de eersten zijn*.
- Wil deze werknemer de baan niet, dan dient de verkrijger die aan te bieden aan de werknemer van de vervreemder die daarna als laatste voor ontslag in aanmerking zou zijn gekomen, en zo verder tot het aantal arbeidsplaatsen dat behouden blijft is vervuld.

Als alternatief voor omgekeerde afspiegeling kan de rechter-commissaris in faillissement (R-C) instemmen met een andere objectieve selectiemethode.

### Omgekeerd afspiegelen: over welk personeelsbestand?

Hierboven hebben wij uiteengezet waarom wij menen dat eto-redenen dienen te worden onderbouwd in de onderneming van de verkrijger. Maar hoe zit het met de omgekeerde

afspiegeling; moet die ook worden toegepast over het personeelsbestand van de verkrijger? De Woof lijkt uit te gaan van een afspiegeling *uitsluitend* over het personeelsbestand van de vervreemder. De verkrijger moet dus eto-redenen aannemelijk maken op grond van de omstandigheden in zijn eigen onderneming en die van de vervreemder; de omgekeerde afspiegeling moet de verkrijger echter toepassen op het personeelsbestand van (alleen) de vervreemder. Dat zou betekenen dat de verkrijger eto-redenen – die al vóór het faillissement en los daarvan bestaan in zijn onderneming – in zekere zin kan ‘exporteren’ naar de failliete onderneming. Geldt het ook andersom? Kan de verkrijger bijvoorbeeld organisatorische redenen (dubbele functies) als argument importeren naar zijn eigen onderneming? Wij zien niet in waarom dit argument geen kans van slagen zou hebben.

Omgekeerde afspiegeling is op grond van de Woof erop gericht om te bepalen welke werknemers van de *vervreemder* mogen worden ontslagen. Het personeelsbestand van de verkrijger wordt daarbij niet genoemd. Het lijkt er dus op dat de werknemers van de verkrijger, in de bedoeling van de Woof *niet* dienen te worden meegenomen in de afspiegeling.

Dat zou betekenen dat de verkrijger eto-redenen – die al vóór het faillissement bestaan in zijn onderneming – in zekere zin kan ‘exporteren’ naar de failliete onderneming

Wij vinden het interessant om dieper in te gaan op het effect dat deze afspiegelingswijze heeft op het personeelsbestand van de verkrijger. Zijn diens werknemers ‘veilig’ voor ontslag, ondanks dat er kennelijk voldoende bedrijfsorganisatorische redenen zijn om arbeidsplaatsen te laten vervallen? Strikt genomen zegt de Woof dat niet. Art. 7:666b lid 1 en 2 BW vermelden onder welke voorwaarden werknemers van de *vervreemder* mogen worden ontslagen; hoe in dit kader dient te worden omgegaan met de werknemers van de verkrijger, wordt niet vermeld.

Als dit inderdaad de bedoeling is van de Woof, heeft dit het effect dat – bijvoorbeeld bij dubbele functies die ontstaan vanwege de overgang – de werknemers van de verkrijger binnen die functiegroep niet voor ontslag worden voorgedragen *ter gelegenheid van de overgang van onderneming in faillissement*, terwijl zij buiten faillissement niet veilig zouden zijn geweest.

Dat zou vervolgens ook inhouden dat de verkrijger in zijn onderneming bestaande eto-redenen bij een overgang in faillissement waarbij hij als verkrijger optreedt, later niet meer kan gebruiken om in zijn eigen onderneming arbeidsplaatsen te laten vervallen.

Verbiedt de Woof de verkrijger om niet alleen af te spiegelen over het personeelsbestand van de vervreemder, maar ook over zijn eigen personeelsbestand? De memorie van toelichting bij de Woof mist richting op dit punt. Vloeit uit de

22 Voorontwerp Memorie van Toelichting op de Woof, p. 13.

23 Art. 7:666b lid 2 BW. De techniek van omgekeerde afspiegelen is verder uitgewerkt in een ministeriele regeling (hierna: de ‘Regeling’).

24 Te weten bij art. 11, 13-15, 17 uit de huidige UWV Ontslagregeling, alsmede de daarbij behorende jurisprudentie; zie art. 3 Regeling en de toelichting daarbij.



Richtlijn voort dat werknemers van de verkrijger *per definitie* veilig moeten zijn – in de zin dat ze buiten het afspiegelingsproces worden gehouden – in geval van overgang? Wij menen van niet. De Richtlijn maakt qua bescherming geen overtuigend onderscheid tussen werknemers van de vervreemder en die van de verkrijger. Wat rechtvaardigt dan dat de werknemers van de verkrijger niet zouden moeten (mogen) worden meegenomen in de omgekeerde afspiegeling?

Een sterke aanwijzing die erop duidt dat de Richtlijn voldoende ruimte biedt om de werknemers van de verkrijger óók mee te nemen in het afspiegelingsproces, biedt naar onze mening het hiervoor reeds genoemde *Kirtruna*-arrest. Een ontslag waarbij de overgang een zekere rol speelt (maar niet de enige reden vormt) is niet per se ongeoorloofd. Omstandigheden die ook los van de overgang een redelijke grond voor ontslag vormen, kunnen ook in de context van overgang een ontslag rechtvaardigen.<sup>25</sup> De conclusie moet dan ook luiden dat de beschermingsgedachte achter de Richtlijn voldoende ruimte biedt om af te spiegelen over zowel het personeelsbestand van de vervreemder als dat van de verkrijger.

### De 10%-regeling

De Woof bepaalt dat de verkrijger bij het selectieproces ten hoogste 10% van de werknemers die op grond van de omgekeerde afspiegeling een baan aangeboden dienen te krijgen, buiten de toepassing van de afspiegelingsmethode mag houden.<sup>26</sup>

### Wat rechtvaardigt dat de werknemers van de verkrijger niet zouden moeten (mogen) worden meegenomen in de omgekeerde afspiegeling?

Van der Pijl ziet in de Woof een versterking van de positie van oudere, zieke, dure, of lastige werknemers die bij het *cherry picking* in de huidige doorstartpraktijk buiten de boot vallen.<sup>27</sup> Hij voegt daaraan toe dat zich bij omgekeerde afspiegeling vervolgens wel nadrukkelijk de vraag opdringt hoe deze selectiemethode zich verhoudt tot het *Plessers*-arrest.<sup>28</sup> Bouwens pareert deze lastige vraag door erop te wijzen dat de kritiek van het Hof in de *Plessers*-zaak zich toespitst op een knelpunt in de Belgische wetgeving dat door de Woof gedekt zou zijn. Het bezwaar van het Hof zag met name op het feit dat in de Belgische regeling op de verkrijger niet de verplichting rust om aan te tonen dat de

ontslagen op eto-redenen berusten.<sup>29</sup> Zoals hiervoor uiteengezet zijn wij van mening dat de Woof ruim voldoende waarborgen op dit punt bevat.

### Peildatum

De peildatum voor het moment waarop de verkrijger de afspiegeling dient toe te passen, wordt in de Regeling bij de Woof – in afwijking van de Ontslagregeling – gesteld op de dag dat de gefailleerde werkgever in staat van faillissement is verklaard.<sup>30</sup> Deze bepaling sluit aan bij art. 7:666b lid 1 BW, waarin tot uitdrukking wordt gebracht dat ook als de curator op grond van art. 40 Fw de arbeidsovereenkomsten van werknemers van de vervreemder reeds heeft opgezegd, de verkrijger deze werknemers een aanbod moet doen op basis waarvan zij op het moment van overgang bij hem in dienst treden.

Betekent dit nu dat werknemers van wie de arbeidsovereenkomst na opzegging door de curator reeds is geëindigd door verstrijken van de maximale opzegtermijn van 6 weken (art. 40 Fw), ingeval van overgang in faillissement óók automatisch mee overgaan? Wij menen dat de opstellers van de Woof het wel zo voor ogen hebben gehad. Dat lijkt ons ook de enige juiste interpretatie van de bescherming die de Richtlijn toekent aan werknemers bij overgang van onderneming.<sup>31</sup> De Richtlijn verdraagt zich slecht met een constructie waarin een curator eerst alle arbeidsovereenkomsten van alle werknemers zou kunnen beëindigen, waarna de verkrijger vervolgens alsnog naar eigen inzicht en zonder toepassing van een objectieve selectiemethode vrijelijk kan bepalen wie hij wel of niet een aanbod doet. Dat punt van kritiek – de ‘willekeur’ bij het selectieproces in de Woof – is nu juist bewust gerepareerd met de waarborg van een objectieve en transparante selectiemethode, én door de keuze voor datum faillissement (en niet datum overgang) als peildatum voor de afspiegeling.

### Wederindiensttredingsvoorwaarde

Voor de toepassing van de wederindiensttredingsvoorwaarde wordt in de Woof wél aansluiting gezocht bij het moment van daadwerkelijke overgang. Ontstaat binnen 26 weken na datum overgang bij de verkrijger een vacature die vervuld had kunnen worden door een ontslagen werknemer voor wie geen arbeidsplaats was (vanwege eto-redenen), dan dient de vacante functie te worden aangeboden aan de ontslagen werknemer. Wie van de achterblijvers in aanmerking komt voor de baan, wordt wederom bepaald op basis van omgekeerde afspiegeling.<sup>32</sup> Sommige auteurs bekritisieren dit onderdeel uit de Woof met het argument dat werknemers in de praktijk na ontslag

25 W. Bouwens, 'Het Voorontwerp Wof en het ontslagverbod van artikel 4 Richtlijn 2001/23/EG', in: Ph.W. Schreurs, L.J.J. Kerstens & B. Rikkert, *De Curator en het Faillissements(proces)recht 2019/19*, (INSOLAD jaarboek 2020).

26 Art. 3 lid 2 Regeling; en het Voorontwerp Memorie van Toelichting op de Woof, p. 16.

27 J. van der Pijl, 'Doorstarten na Smallsteps: risky business', *Ondernemingsrecht* 2019/122.

28 HvJ EU 16 mei 2019, ECLI:EU:C:2019:424, «JAR» 2019, 170 (*Plessers*).

29 W. Bouwens, 'Het Voorontwerp Wof en het ontslagverbod van artikel 4 Richtlijn 2001/23/EG', in: Ph.W. Schreurs, L.J.J. Kerstens & B. Rikkert, *De Curator en het Faillissements(proces)recht 2019/19*, (INSOLAD jaarboek 2020).

30 Art. 3 lid 1 Regeling.

31 In vergelijkbare zin: J. van der Pijl, 'Doorstarten na Smallsteps: risky business', *Ondernemingsrecht* 2019/122.

32 Voorontwerp Memorie van Toelichting op de Woof, p. 18.

hun verlies zullen nemen, en geen plek in de onderneming zullen claimen als daar een vacature ontstaat.<sup>33</sup> Zij impliceren hiermee eigenlijk dat de bescherming die uitgaat van de wederindiensttredingsvoorwaarde in de Woof beperkt zou zijn, doordat *achteraf* (na ontslag) werknemers hun recht op een baanaanbod doorgaans niet claimen. Wij menen dat dit standpunt geen recht doet aan de belangrijke functie die deze voorwaarde in het huidige collectief ontslagrecht nu ook al vervult: voor ontslag is alleen dan plaats als de werkgever aantoont dat *structureel* (dus over een toekomstige periode van 26 weken bezien) sprake is van verval van arbeidsplaatsen. Die waarborg wordt in het collectief ontslagrecht *preventief* getoetst door UWV. In de Woof zal de preventieve toets (of sprake is van structureel verval van arbeidsplaatsen) terecht komen bij de curator én de R-C, van wie een nog gedegener toetsing dan van UWV mag worden verwacht.

### Belang (arbeidsrechtelijk) goed uitgewerkt doorstartplan

Een van de uitdagingen die de Woof voor de verkrijger met zich brengt, is dat de verkrijger tijdig inzicht zal moeten verkrijgen in alle relevante gegevens uit het personeelsbestand van de vervreemder die nodig zijn om een correcte (omgekeerde) afspiegeling te maken. Hierbij kan de vraag worden gesteld of in de (personeels)administratie van de gefailleerde onderneming, alle relevante gegevens wel op overzichtelijke wijze voorhanden zijn. De verkrijger moet immers voor een correcte afspiegeling inzicht verwerven in de verschillende functies die worden bekleed in de onderneming van de vervreemder. Ook de onderlinge uitwisselbaarheid tussen de functies moet worden vastgesteld, een exercitie die voor de verkrijger nog lastiger zal zijn voor het functiegebouw van de vervreemder. Inzicht verkrijgen in leeftijdsopbouw en anciënniteit zal nog het minste probleem zijn; daar voorzien de meeste administraties wel in. In een pre-pack is er nog wel tijd voor te maken om in een due diligenceonderzoek de personeelsgegevens benodigd voor een behoorlijke afspiegeling boven tafel te krijgen. Is geen sprake van een pre-pack, maar van een niet-voorbereid faillissement waarin een mogelijke doorstart als overgang in faillissement lijkt te zullen kwalificeren, dan is nog maar de vraag in hoeverre de curator bereid zal zijn om in het gebruikelijke verkoopmemorandum, ook de gegevens te vermelden die nodig zijn voor de omgekeerde afspiegeling. Net als in de huidige doorstartpraktijk, behoeft de curator in de Woof voor de onderhandse verkoop van de onderneming toestemming van de R-C. In de Woof wordt voorts expliciet bepaald dat de curator een potentieel overnamebod alleen kan aanvaarden en de R-C de gevraagde toestemming alleen kan geven, als de onderbouwing van eto-redenen en omgekeerde afspiegeling klopt.<sup>34</sup> Het ligt dus na inwerkingtreding van de Woof nóg meer op de weg van

de verkrijger om de (beoogd) curator tijdig van een volledig uitgewerkt doorstartplan te voorzien. De verzwaarde arbeidsrechtelijke component, tezamen met de toch al complexe materie van overgang, zal naar onze verwachting van zowel curatoren als R-C's het nodige inzicht in collectief ontslagrecht vergen.

De verwachting dat de alles-of-nietsbenadering die de huidige doorstartpraktijk typeert onder de Woof plaats zal maken voor doorstarts waarin de verhouding tussen werknemersbelangen en belangen van andere stakeholders meer uitgebalanceerd zal zijn is gerechtvaardigd.<sup>35</sup> Dat vinden wij een wenselijke ontwikkeling. Geen onbelangrijk detail is dat misbruik van faillissementsrecht – onder meer het twistpunt of de insolventieprocedure nu wel of niet is ingeleid met het doel de onderneming te liquideren<sup>36</sup> – waarschijnlijk sterk zal afnemen, doordat de Woof ziet op *elke* doorstart vanuit faillissement ongeacht de insteek.<sup>37</sup>

### Conclusie

Wij voorzien dat de in de literatuur bijna-doodverklarde<sup>38</sup> *pre-pack* dankzij de Woof een wedergeboorte zal beleven. De populariteit van deze vorm van doorstart kan haast niet anders dan floreren nu de Woof de patstelling die door het bekende *Smallsteps*-arrest<sup>39</sup> is ontstaan wegneemt.

We menen dat het voorontwerp op de Woof voldoende aanknopingspunten biedt om een (pre-pack)doorstart die kwalificeert als overgang van onderneming ook met substantieel minder werknemers mogelijk te maken.

De beschermingsgedachte achter de Richtlijn biedt voldoende ruimte voor de selectiemethode waarmee in de Woof kan worden bepaald welke werknemers dienen te worden overgenomen. Er is naar ons oordeel voldoende ruimte om de Woof zo te interpreteren dat die het mogelijk maakt om bij het selecteren van werknemers af te spiegelen over zowel het personeelsbestand van de vervreemder als dat van de verkrijger. Het strekt de wetgever tot aanbeveling om op dit punt de toelichting op het voorontwerp van de Woof te verduidelijken.

De Woof brengt naar ons oordeel een nieuwe waarborg binnen de doorstartpraktijk, namelijk dat door de verkrijger expliciet rekening moet worden gehouden met de beschermingsgedachte uit de Richtlijn. Als kan worden

33 J. Boot & J. Ipenburg, 'Wet overgang van onderneming in faillissement: wat heeft de werknemer eraan?', *TvO* 2020, nr. 1.

34 Art. 176 (a) Fw.

35 J. van der Pijl, 'Doorstarten na Smallsteps: risky business', *Ondernemingsrecht* 2019/122.

36 Zie voor een kenmerkende casus: Hof Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2339 (*Bogra*), «JAR» 2018/216 m.nt. Van der Pijl. Met Van der Pijl menen wij dat het in deze zaak aankwam op de vraag wat het oogmerk van de procedure was. Door een veel te beperkte uitleg van het *Smallsteps*-arrest legde het Hof – ten onrechte – het zwaartepunt niet daar waar het in de kern om draaide bij *Bogra*. Dergelijke discussies (en procedures daarover) zullen onder het wetsvoorstel tot het verleden gaan behoren.

37 R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, Amsterdam: COREL 2020, p. 292-296.

38 L.G. Verburg, 'Smallsteps: over de vraag of de gewone doorstart uit faillissement nog toekomst heeft', *FIP* 2017/334; J. van der Pijl, 'Doorstart van de doorstart?', *TAP* 2018/267.

39 HvJ EU 23 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, «JAR» 2017/189 (*Smallsteps*).

aangetoond dat de onderneming niet kan worden voortgezet met overneming van alle werknemers, zal naar ons oordeel met succes een beroep kunnen worden gedaan op eto-redenen, zodat minder werknemers hoeven te worden overgenomen. De doorstartpraktijk zal met de inwerking-treding van de Woof dus in die zin wijzigen dat werknemersbescherming bij een doorstart een evenwichtigere rol zal gaan krijgen; een gulden middenweg dus.

Over de auteurs



**Mr. S.C. (Sebastiaan) Verlinden**  
Arbeidsrecht-advocaat bij Liber Dock.



**Mr. C.L. (Charlotte) Waterman**  
Arbeidsrecht-advocaat bij Liber Dock.