

Inhoud

Arbeidsrecht, een kameleon	VII
1. Artikel 4.3.4. voorontwerp insolventiewet revisited Mr. W.J.P. Jongepier	1
2. It takes Smallsteps to pre-pack: een analyse Mr. M.R. van Zanten	15
3. Wet melding collectief ontslag en curator Mr. L.C.J. Sprengers	81
4. De Curator en de Ondernemingsraad – een onderzoek naar werkbare medezeggenschap in faillissement Mr. Ph.W. Schreurs	99
5. <i>Smallsteps</i> : en hoe nu verder? Prof. mr. L.G. Verburg	119
6. Werknemers: internationale verwickelingen en ontwikkelingen Mr. M.A. Broeders	143
7. De gevolgen van de Wwz voor het insolventierecht Mr. drs. H.H. Kreikamp	161
8. De curator als werkgever Mr. P.R.W. Schaink	209
9. Concurrentie en aanverwante bedingen na faillietverklaring van de werkgever Mr. E. Loesberg	225

Inhoud

10.	Het karakter van de loongarantieregeling Mr. H. van Steenbergen	235
11.	Over bezoldigde personen, in dienst van den gefailleerde: verleden, heden en toekomst van art. 40 Fw Mr. dr. T.T. van Zanten en mr. I.M.A. Lintel	257

Artikel 4.3.4. voorontwerp insolventiewet revisited

*MR. W.J.P. JONGEPIER*¹

Het arrest van het EU Gerechtshof in Luxemburg in de Smallstepszaak is een wake-up call geweest.

Heeft het arrest nu een algemene duiding of is het alleen relevant voor een specifieke casus? Heeft de verwijzende rechter wel de juiste vragen gesteld? Het zijn op zich zeer relevante en interessante vragen. De mogelijke antwoorden op die vragen zijn voor dit artikel minder relevant.

Waar het mij hier om gaat is dat het arrest ons heeft laten zien dat het fundament voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst bij en rond insolventies verouderd is. Ik bepleit dat de fundering moet worden vernieuwd.

Ik doel natuurlijk met name op de ‘doorstart’ vanuit faillissement die is bedoeld om waarde van de activa te behouden. Waarde die toekomt aan de crediteuren, maar bijgevolg leidt tot behoud van werkgelegenheid. Een van de factoren die de doorstart tot zo’n succes hebben gemaakt is artikel 40 Faillissementswet. De curator ontslaat de werknemers met inachtneming van een opzegtermijn van zes weken. Dat is alles. Geen transitievergoedingen, geen lange opzegtermijnen. De doorstarter is vrij in zijn keuze aan welke werknemers van de failliete onderneming een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangeboden. Geen geschiedenis, geen lastige afspiegelingsprincipes of wat dies meer zij. Het succes van de doorstart wordt in belangrijke mate veroorzaakt door het rigide arbeidsrechtelijke regiem dat van toepassing is bij opzegging van arbeidsovereenkomsten bij werkgevers in financiële nood buiten faillissement

De doorstart heeft een vlucht genomen in de tweede helft van de vorige eeuw. Financiers kregen meer en meer grip op de waarde van de activa van een onderneming. Bijna alles wat los en vast zat is thans verpand of verhypothecerd. De goodwill is daarvan uitgezonderd. In de behoefte van de curator om de boedel snel van liquiditeiten te kunnen voorzien biedt de doorstart uitkomst. Daardoor kan de goodwill ten behoeve van de boedel nog worden verzilverd. Dat een doorstart ook gunstig is voor het behoud van werkgelegenheid betreft een belang dat de curator mede tot zijn taak heeft te rekenen.

1. Mr. W.J.P. Jongepier is advocaat bij Dentons Boekel te Amsterdam.

Vanaf -grofweg- de negentiger jaren van de vorige eeuw is er sprake van een toenemende mondialisering. Buitenlandse partijen – met name uit de Angelsaksische wereld – investeren in Nederlandse ondernemingen en oefenen invloed uit op de structuren van die ondernemingen en hebben een natuurlijke neiging om hen vertrouwde instrumenten te gebruiken bij investeringen in Nederlandse structuren. Hoewel ons vennootschapsrecht natuurlijk een heel eigen karakter blijft houden zijn de invloeden van buiten op de ontwikkelingen in het Nederlandse vennootschapsrecht onmiskenbaar.

In het insolventierecht zijn buitenlandse invloeden (EU-aspecten buiten beschouwing latend) wellicht minder duidelijk zichtbaar dan in het vennootschapsrecht. Echter, als gevolg van de financiële crisis die in 2008 begon, is er de laatste jaren een enorme toename van het aantal herstructureringen. En ook daar heeft zich buitenlandse invloed doen gelden. Vergeleken bijvoorbeeld met het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten was het met het reorganiserend vermogen van Nederlandse ondernemingen droevig gesteld. Dat ook de regering dat inzag moge blijken uit de initiatieven die hebben geresulteerd in het Wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen I en II (inmiddels vervangen door het voorstel Wet Homologatie Onderhands Akkoord).

Het op zich gerechtvaardigde verlangen van buitenlandse financiers en aandeelhouders om investeringen in Nederland te herstructureren en dusdoende aan te passen aan een nieuwe economische werkelijkheid heeft druk gezet op het systeem dat in Nederland voorhanden is. Dat systeem is niet toegerust om de voldoen aan de eisen van vandaag, noch in economische, noch in sociale zin.

Het systeem moet dus worden geherstructureerd. Er moet een nieuw fundament worden gelegd.

In herstructureringen in arbeidsintensieve ondernemingen speelt artikel 40 faillissementswet een cruciale rol. De curator kan de arbeidsovereenkomst opzeggen met inachtneming van een termijn van zes weken. De curator heeft weliswaar toestemming nodig van de rechter-commissaris, maar de curator heeft een grote mate van beleidsvrijheid bij het maken van keuzes ten aanzien van het beheer van de boedel. Bij zijn beslissing zal de curator het beperken van kosten die ten laste van de boedel komen zo snel mogelijk willen beperken. Ook komt het vaak voor dat er sprake is van achterstallig salaris. Het is dan in het belang van de werknemers dat zij zo spoedig mogelijk een beroep kunnen doen op de loongarantieregeling van artikelen 61 jo.64 van de Werkloosheidwet. Hoe het ook zij: bij de toetsing die de rechter-commissaris toepast, staan

niet de belangen van de werknemers voorop en is van een geheel andere orde dan de toestemmingsvereisten die gelden bij een voorgenomen opzegging buiten faillissement.

Doordat artikel 40 Faillissementswet een vaak cruciale rol speelt bij herstructureringen verdient die bepaling een nadere beschouwing.

Artikel 40 F. heeft (evenals artikel 39F.) een status aparte in de wet doordat de opzeggingsmogelijkheid die de wet biedt afwijkt van het systeem dat voor de wederkerige overeenkomst in het algemeen wordt gehanteerd. *‘De faillietverklaring oefent uit haar aard niet de minste invloed uit op bestaande wederkerige overeenkomsten’* zo lezen we in de Memorie van Toelichting. De curator is niet bevoegd om overeenkomsten op te zeggen, tenzij de wet of de overeenkomst hem daartoe de bevoegd maakt.

De afwijking voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst van het systeem dat voor de wederkerige overeenkomst geldt, wordt in de Memorie van Toelichting gerechtvaardigd enerzijds doordat de opzegging de boedel ontlast van doorlopende salariskosten die – ten gunste van de werknemer- vanaf de opzegging de status van boedelkosten krijgen. Anderzijds wordt de bepaling gezien als ter bescherming van de belangen van de werknemer, die niet onmiddellijk is verstoken van loon.

De oorspronkelijke tekst van artikel 40 Faillissementswet in 1893 luidde:

Alle bezoldigde personen, in dienst van de gefailleerde, kunnen hunne betrekking opzeggen en hun kan wederkerig door de curator hunne betrekking opgezegd worden, met inachtneming van de gebruikelijke of overeengekomen termijnen, met dien verstande echter dat een termijn van zes weken in elk geval voldoende zal zijn. (...)

En het volgende citaat uit Memorie van Toelichting wil ik u ook niet onthouden:

Voor een regeling van de huur van diensten pleiten dezelfde redenen, die voor artikel 39 zijn aan te voeren. Door de bestaande rechtsonzekerheid worden de belangen van hen, die meestal van hunne dienstbetrekkingen moeten leven, ten zeerste geschaad. Artikel 40 waarborgt hun, dat zij althans gedurende zes weken hunne betrekkingen behouden, en verzekert den curator gedurende denzelfden tijd eene hulp, die hij misschien moeilijk zal kunnen missen. De termijn mocht niet ruimer genomen worden, om den

boedel niet met een te hoog bedrag aan salarissen te belasten voor het geval dat de curator de diensten der bedoelde personen kan ontberen.

In oorsprong had artikel derhalve een tweeledig doel: bescherming van de werknemer en het vermijden van vorderingen op de boedel.

Artikel 40 Faillissementswet is veelvuldig gewijzigd. In wezen is de regeling echter steeds dezelfde gebleven. De aanpassingen waren hoofdzakelijk terminologisch van aard. Er was kennelijk geen behoefte om het systeem van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst waarvoor in 1893 is gekozen anders te benaderen. Mij is ook geen discussie bekend waarin is gepleit om deze “*hard and fast rule*” aan te passen.

Dat is des te opmerkelijker omdat onze maatschappij sinds 1893 toch is geëvolueerd van een systeem waar de factor kapitaal leidend was en met een marginale bescherming van de werknemer tot een sociaalliberaal systeem waarbij een zeker evenwicht wordt nagestreefd tussen de factor arbeid en de factor kapitaal. In oorsprong werd de opzeggingstermijn van zes weken gezien als een bepaling die in belangrijke mate diende ter bescherming van de belangen van de werknemer. Naar huidige maatstaven is de bescherming van positie van de ontslagen werknemer in een faillissement bepaald ongunstig ten opzichte van zijn positie daarbuiten.

Buiten faillissement geldt – bij ontslag wegens reorganisatie- een enigszins tijdrovende in digitale vorm gegoten verzoekprocedure bij het UWV (of ontslagcommissie indien de cao daarin voorziet). Wordt de vergunning verleend dan is de werkgever de standaard transitievergoeding verschuldigd van artikel 7:673 lid 1 BW en eventueel een billijke vergoeding uit hoofde van artikel 7:673 lid 9 BW. Indien in de arbeidsovereenkomst niet een langere termijn is overeengekomen geldt de wettelijke opzegtermijn van artikel 7:672 BW.

Wordt de werknemer door de curator op grond van artikel 40 Faillissementswet geldt een opzegtermijn van maximaal zes weken. Dat is alles.

De ontslagbescherming van werknemers van ondernemingen in financiële problemen is onevenwichtig thans geregeld. De verschillen tussen de bescherming die het Burgerlijk Wetboek enerzijds en de Faillissementswet anderzijds, bieden zijn veel te groot.

Bij ontslag door de curator zijn de werknemers feitelijk onbeschermd, zonder dat daar heden ten dage nog een goede reden voor bestaat. De keerzijde is dat

Artikel 4.3.4. voorontwerp insolventiewet revisited

werknemers bij ondernemingen die in ernstige financiële moeilijkheden verkeren wellicht te veel bescherming hebben, waardoor reorganisaties worden bemoeilijkt, hetgeen weer kan leiden tot een vlucht in het faillissement.

In 1893 had de wetgever nog een reden om zich in de Faillissementswet om de belangen van de werknemer te bekommeren. Inmiddels zijn de bepalingen die de werknemer beschermen opgenomen in boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. De faillissementswet zou daarin geen functie meer hoeven te hebben.

Het is op grond van het vorenstaande dan ook goed te verdedigen dat de bepaling die de opzegtermijn van een arbeidsovereenkomst regelt in boek 7 een plaats gaat vinden. Daar hoort hij thuis en kan in het systeem worden ingebed. Dat de curator de bevoegdheid heeft om op te zeggen blijft geregeld in de faillissementswet.

Ik meen dat er goede redenen zijn om de bepaling van de opzegtermijn bij ontslag door de curator niet langer in artikel 40 Faillissementswet wordt geregeld en wordt overgeheveld naar boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Het kan daar een plaats vinden naast de regeling die de opzegtermijn bepaalt in geval van opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens surseance van betaling en door een werkgever die in ernstige financiële moeilijkheden is komen te verkeren. Voor genoemde categorieën zullen van het reguliere systeem afwijkende (verkorte)termijnen gelden.

De opzegtermijn uit Artikel 40 exit dus, maar wat dan?

Bij Koninklijk Besluit van 3 april 2003, Stcrt.76, is Commissie insolventierecht ingesteld, om de regering en de beide kamers der Staten-Generaal te adviseren over wetgeving op het terrein van het insolventierecht. Naar haar voorzitter wordt deze commissie ook wel aangeduid als de commissie Kortmann.

De commissie heeft voorgesteld de huidige Faillissementswet te vervangen door een geheel nieuwe wet, de Insolventiewet, een unitaire procedure waarin zowel het faillissement, de surseance van betaling en schuldsanering natuurlijke personen een plek zouden krijgen.

Het voorontwerp heeft over het algemeen veel lof gekregen uit wetenschap en praktijk. Over cruciale onderwerpen bevat het ontwerp een beschrijving van de stand van zaken op dat moment. Ten aanzien van sommige onderwerpen stelt het ontwerp een codificatie voor van de jurisprudentie. Op andere onderdelen worden onverwachte en meer revolutionaire voorstellen gedaan. Een voorbeeld van de laatstbedoelde categorie is het voorstel van de commissie ten aanzien

van de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator zoals geregeld in artikel 40 Faillissementswet.

Het voorstel bevat twee belangrijke elementen: (i) de arbeidsovereenkomst verliest zijn status aparte en wordt min of meer gelijkgesteld aan de wederkerige overeenkomst, en (ii) loon en premieschulden krijgen – anders dan thans het geval is in artikel 40 lid 2 Faillissementswet – niet de status van boedelvordering.

De voorgestelde tekst luidt:

Artikel 3.4.3- Arbeidsovereenkomst

1. *Tijdens de insolventie van de werkgever kan de arbeidsovereenkomst worden beëindigd op dezelfde wijze als voor de insolventieverklaring, (...).*
2. *De werknemer heeft geen aanspraak op schadevergoeding als bedoeld in artikel 681 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek op de enkele grond dat de opzegging verband houdt met de insolventieverklaring*
3. *Artikel 3.4.1. is niet van toepassing.*

In de Toelichting op het voorgestelde artikel 3.4.3 van het voorontwerp lezen we dat de ontslagregels in insolventie zoveel mogelijk gelijk dienen te zijn aan de ontslagregels buiten insolventie.

Misbruik van het faillissement door op grond van artikel 40 Faillissementswet op oneigenlijke wijze van overtollig personeel af te komen wordt tegengegaan doordat de curator niet langer beschikt over de opzegtermijn van zes weken. De opzegtermijn wordt volgens het voorstel bepaald volgens bijzondere regels in het Burgerlijk Wetboek. De Commissie zal vermoedelijk een kwaadwillige werkgever/ondernemer voor ogen hebben gehad die op eigen aangifte een faillissement uitlokt, de curator het personeel op grond van artikel 40 laat ontslaan en dan vervolgens de onderneming in afgeslankte vorm via een doorstart weer in handen krijgt.

“Voor zover de starre ontslagregeling in Nederland belemmerend werkt voor de economie, moet dat worden opgelost in het arbeidsrecht en niet in het insolventierecht,” aldus de toelichting.

Het voorstel in het voorontwerp Insolventierecht ten aanzien van de opzegging van de arbeidsovereenkomst was revolutionair. Sinds 1893 hadden in de

faillissementswet immers de huurovereenkomst en de arbeidsovereenkomst een status aparte.

De commissie Insolventierecht had zich mede ten doel gesteld het aantal boedelvorderingen terug te dringen. Dat verklaart denk ik mede de keuze van de Commissie voor het opmerkelijke voorstel de opzegging van de arbeidsovereenkomst in faillissement zo fundamenteel anders te regelen. De belangrijkste reden is het feit dat er geen rechtvaardiging meer was om de opzegtermijn in de Faillissementswet te regelen. Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek is de meest voor de hand liggende plaats om dat te regelen.

Ik heb niet kunnen vaststellen dat sociale overwegingen een rol hebben gespeeld bij de keuze van Commissie voor de gelijke behandeling van de arbeidsovereenkomst en de wederkerige overeenkomst in het faillissement.

Het voorstel van de Commissie ten aanzien van het nieuwe systeem voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens faillissement is over het algemeen positief ontvangen. Wel zagen critici grote praktische bezwaren in de uitvoering. Immers op het ontslag door de bewindvoerder waren de normale regels uit het Burgerlijk Wetboek en het toen geldende artikel 6 BBA van toepassing. De Commissie zag dat zelf ook wel in zo lezen we in de toelichting op artikel 3.4.4.

Voor zover de starre ontslagregeling in Nederland belemmerend werkt voor de economie, moet dat worden opgelost in het arbeidsrecht en niet in het insolventierecht.

Biedt het systeem dat in het voorontwerp Insolventierecht voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst is ontwikkeld wellicht nog aanknopingspunten voor de dilemma's die heden ten dage spelen bij het reorganiseren van bedrijven in financiële moeilijkheden?

Ik noemde eerder de onevenwichtigheid bij de ontslagbescherming. De verschillen tussen de bescherming van de werknemer bij ontslag door de curator aan de ene kant van de streep en de bescherming van de werknemer bij een onderneming in financiële problemen (buiten faillissement) aan de andere kant van de streep zijn ongerechtvaardigd groot.

Het voorstel uit het voorontwerp lost die ongerechtvaardigde ongelijkheid op, maar wel met de uitdrukkelijke kanttekening dat er alleen een voor de praktijk werkbare situatie zou ontstaan als in het arbeidsrecht opzegebepalingen gaan

gelden die rechtdoen aan de economische realiteit van de in het geding zijnde gevallen.

Volgens het voorontwerp Insolventiewet dient de bewindvoerder bij een voorgenomen ontslag in beginsel de regels van het normale arbeidsrecht in acht te nemen. In plaats van toestemming UWV op grond van het toentertijd toepasselijke artikel 6 BBA behoefde de bewindvoerder op grond van artikel 4.2.3 lid 1 toestemming van de rechter-commissaris. Naar de huidige tijd vertaald: De curator heeft in plaats van toestemming van het UWV-toestemming van de rechter-commissaris nodig.

Gedacht zou dus kunnen worden om artikel 40 Faillissementswet te vervangen door de bepaling die was voorzien in het voorontwerp Insolventiewet. Dat zou betekenen dat de curator alleen die werknemers opzegt die overtollig zijn en wel met inachtneming van een in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek te bepalen – verkorte opzegtermijn. Dat kunnen uiteraard ook alle werknemers betreffen. De niet overtollige werknemers, dus diegenen die in een beoogde doorstart zullen zijn betrokken, blijven in dienst bij de boedel en gaan met wederzijds goedvinden over naar de doorstarter. De verkrijger is niet aansprakelijk voor oude schulden. De arbeidsvoorwaarden kunnen worden aangepast. Richtlijn 2001/23 EU (de Richtlijn) biedt die mogelijkheid.

Voor het ontslag van de werknemers die niet mee overgaan is rechterlijke toestemming vereist. Volgens het voorontwerp was het de rechter-commissaris die toestemming moest verlenen.

In de toelichting op het voorgestelde artikel 3.4.3 gaat de Commissie er zonder voorbehoud vanuit dat de artikelen 7:662 e.v. Burgerlijk Wetboek niet van toepassing zijn als de doorstart wordt gemaakt via een activa-transactie. *“In dat geval wordt het vermogen van de schuldenaar geliquideerd, evenals onder het huidige recht in geval van faillissement.”* Aldus de toelichting.

In dit verband doet de Commissie nog de aanbeveling om artikel 7:666 BW te wijzigen.

“De artikelen 662 tot en met 665 en artikel 670 lid 8 BW zijn niet van toepassing op de overdracht van de onderneming door de bewindvoerder in het kader van de liquidatie van het vermogen van de insolvent verklaarde werkgever.”

Deze gedachten hebben vanzelfsprekend met de onzekerheid rond de regels van overgang van onderneming in het kader van de pre-pack op het eerst gezicht weinig van doen. Immers de hiervoor beschreven situatie ziet op een faillissementssituatie en daarvoor geldt de toepasselijkheid van artikel 7:666 BW. Indien aan de beschreven situatie een pre-pack ten grondslag ligt speelt de sinds het Smallsteps-arrest het probleem van artikel 7:662 e.v. Burgerlijk Wetboek vermoedelijk onverminderd.

Maar desalniettemin verdient het systeem dat de Commissie Insolventierecht in 2007 heeft voorgesteld in het kader van de opzegging van de arbeidsovereenkomst in insolventie toch nadere beschouwing in het kader van de door het Smallsteps-arrest blootgelegde probleem en de wens van de praktijk om tot een oplossing te komen. Maar dan vanuit een veel breder perspectief.

Ik zou de lezer het volgende in overweging willen geven:

- (i) De curator kan de arbeidsovereenkomst opzeggen met in achtneming van een in Boek 7 Burgerlijk Wetboek te bepalen termijn;
- (ii) In Boek 7 Burgerlijk Wetboek wordt een speciale regeling opgenomen voor opzegging van arbeidsovereenkomsten bij werkgevers die in ernstige financiële moeilijkheden verkeren. De rechter in een spoedprocedure bepaalt de opzegtermijn. De opzegtermijn bedraagt ten minste zes weken vanaf de datum van opzegging; deze regeling is van toepassing bij ontslag door de curator in faillissement, door de bewindvoerder in surseance van betaling en door de werkgever buiten faillissement of surseance van betaling, maar alleen dan wanneer zonder reorganisatie een formele insolventieprocedure aannemelijk wordt; in het laatste geval kan de werkgever pas opzeggen na verkregen machtiging van de rechter.
- (iii) Artikel 7:666 Burgerlijk Wetboek komt te vervallen;
- (iv) Artikel 7:670 lid 8 Burgerlijk Wetboek wordt aangepast in die zin dat beëindiging mogelijk is met toestemming van de rechter in gevallen waarin de werkgever in staat van faillissement is verklaard, aan hem surseance van betaling is verleend of in ernstige financiële moeilijkheden verkeert.
- (v) Artikel 5 lid 2 sub a van Richtlijn 2001/23/EU wordt in boek 7 geïmplementeerd.
- (vi) Bij overgang van onderneming kunnen de arbeidsvoorwaarden worden aangepast. In voorkomende gevallen is een rol voor de vakbeweging weggelegd. De rechter dient de aanpassingen te valideren.

Indien vorenstaande suggesties werkelijkheid zouden worden is een eenheid gecreëerd met betrekking tot de bescherming van werknemers bij ondernemingen in financiële nood. Enerzijds wordt het eenvoudiger om ook buiten faillissement te reorganiseren, anderzijds wordt de positie van werknemers

die door de curator worden ontslagen aanzienlijk verbeterd. Maatwerk wordt de norm.

DUITSLAND

De hierboven opgesomde aanbevelingen zijn- min of meer – in Duitsland in de wet geïmplementeerd. In zijn algemeenheid geldt dat de regels van toepassing op ontslag van werknemers bij ondernemingen in financiële nood soepeler zijn dan in Nederland. Buiten noodsituaties geldt een opzegtermijn van maximaal zeven maanden. Bij ontslag wegens economische redenen wordt die termijn verkort tot maximaal drie maanden. De transitievergoeding is daar onbekend. Wel kunnen bij individuele of collectieve onderhandelingen vergoedingen worden bedongen. Bij beëindiging van arbeidsovereenkomsten wegens economische redenen zijn die vergoedingen minimaal of zelfs nihil. Er bestaat in Duitsland geen principieel verschil tussen de opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens faillissement of daarbuiten in gevallen van financiële nood van de werkgever. Dat is in Nederland wezenlijk anders.

In Duitsland is de uitzonderingsmogelijkheid van artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EU niet overgenomen. De regels van overgang onderneming zijn derhalve ook van toepassing bij doorstarts vanuit faillissement

Bij een doorstart vanuit faillissement wordt in de regel een “*Erwerberkonzept*” opgesteld. Dat is een soort businessplan van de beoogde verkrijger van de onderneming waarin wordt beschreven hoeveel arbeidsplaatsen bij de door te starten activiteiten redelijkerwijs betrokken zijn. Bij de opstelling van het plan zijn in de regel de vakorganisaties en de ondernemingsraad betrokken. Het “*Erwerberkonzept*” wordt door de rechter getoetst en resulteert in de regel in ontslag door de curator van die werknemers die niet in de doorstart betrokken zijn, met inachtneming van de door de rechter bepaalde opzegtermijnen. Maar ook bestaat de mogelijkheid dat de verkrijger op basis van het “*Erwerberkonzept*” arbeidsovereenkomsten beëindigd, uiteraard eveneens met inachtneming van de door de rechter bepaalde opzegtermijnen.

Ter verzachting van de gevolgen van de toepasselijkheid van de regels ter zake van overgang van onderneming is er in de Duitse praktijk, naast het “*Erwerberkonzept*” een figuur ontwikkeld met de naam ‘*Beschäftigungs- und Qulifizierungsgesellschaften*’ (BQG’s).