

Arbeidsrecht

Ondernemingsrecht 2025/19

Hoge Raad 12 juli 2024, 23/00763
m.nt. Joost Boer¹

TRA 2024/81
Prg. 2024/234
NJB 2024/1643
RvdW 2024/742
RAR 2024/133
ECLI:NL:PHR:2024:41
ECLI:NL:HR:2024:1068

Incorporatiebeding. Overgang van onderneming. Cao-recht. Wijzigen van arbeidsvoorwaarden.

FNV/IDL

1. Feiten

Als gevolg van een overgang van onderneming is een groep werknemers op 1 april 2015 in dienst gekomen van verkrijger ID Logistics Tilburg B.V. (hierna: IDL). In de arbeidsovereenkomsten van de betreffende werknemers staat een dynamisch incorporatiebeding, inhoudende een bepaling die luidt dat op de arbeidsovereenkomst van toepassing zijn de bepalingen zoals vastgelegd in de van tijd tot tijd van kracht zijnde cao (in dit geval de Collectieve Arbeidsovereenkomst voor het Beroepsgoederenvervoer over de Weg). Door een dergelijk dynamisch incorporatiebeding is verzekerd dat toekomstige versies van de cao automatisch doorwerken in de arbeidsovereenkomsten van individuele werknemers. IDL was niet gehouden om deze cao ook op een andere grondslag toe te passen, bijvoorbeeld op grond van vaneen algemeenverbindendverklaring. In het kader van de overgang komt IDL met de werknemers nieuwe arbeidsovereenkomsten overeen, waarin geen cao is geïncorporeerd. Vervolgens ontstaat tussen IDL enerzijds en FNV en de betreffende werknemers anderzijds discussie over de vraag of na de overgang van onderneming de opvolgende versies van de cao die voor de overgang van toepassing was nog hebben te gelden voor de werknemers. Uiteindelijk start FNV een procedure, waarbij wordt gevorderd dat de salarisverhogingen in de opvolgende cao worden toegepast.

De Kantonrechter 's-Hertogenbosch en het Gerechtshof 's-Hertogenbosch wijzen de vorderingen af. Het hof leidt uit het Asklepios-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) af dat een dynamisch incorporatiebeding overgaat op de verkrijger, mits de verkrijger naar nationaal recht de mogelijkheid heeft om een

aanpassing van arbeidsvoorwaarden te bewerkstelligen.² Dit is naar Nederlands recht het geval. De verkrijger heeft naar Nederlands recht immers de mogelijkheid om met de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst te sluiten, of met een beroep op een in de arbeidsovereenkomst opgenomen wijzigingsbeding met een beroep op art. 7:613 BW een wijziging tot stand te brengen. Indien zo'n wijzigingsbeding ontbreekt, kan de verkrijger met een beroep op art. 7:611 of art. 6:248 lid 2 BW een aanpassing bewerkstelligen.³ Dat betekent dat naar Nederlands recht een dynamisch incorporatiebeding mee overgaat op de verkrijger. In dit geval zou het dynamisch incorporatiebeding mee zijn overgegaan, maar IDL heeft gebruikgemaakt van de mogelijkheid om een aanpassing van de arbeidsvoorwaarden te bewerkstelligen. Zij heeft dat gedaan door de werknemers een nieuwe arbeidsovereenkomst voor te leggen. De werknemers hebben daarmee (welbewust) ingestemd. In de nieuwe met IDL gesloten arbeidsovereenkomst is geen verwijzing meer opgenomen naar de cao, zodat de nieuwe cao geen onderdeel meer uitmaakt van de arbeidsovereenkomst. De werknemers hebben dus geen recht meer op de loonsverhogingen uit de cao 2017-2019, aldus het hof.

2. Beslissing

In cassatie klaagt IDL (voorwaardelijk incidenteel) dat een dynamisch incorporatiebeding naar de maatstaven van het Asklepios-arrest niet overgaat op de verkrijger, althans dat het bij overgang zijn dynamische karakter verliest, omdat de verkrijger naar Nederlands recht onvoldoende mogelijkheden heeft de op het ogenblik van de overgang geldende arbeidsvoorwaarden eenzijdig aan te passen. Volgens de Hoge Raad is in het Asklepios-arrest door het HvJ EU overwogen dat Richtlijn 2001/23/EG (hierna: de Richtlijn) niet louter tot doel heeft om de belangen van de werknemers te beschermen, maar beoogt een billijk evenwicht tussen de belangen van laatstgenoemden en die van de verkrijger te verzekeren. Daaruit volgt met name dat de verkrijger na de overgang de aanpassingen en veranderingen moet kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt. Het HvJ EU heeft in het Asklepios-arrest dan ook voor recht verklaard dat bij de overgang het behoud van de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder uit een arbeidsovereenkomst voortvloeien, zich uitstrekt tot een door de vervreemder en de werknemer op basis van de contractsvrijheid overeengekomen dynamisch incorporatiebeding, wanneer het nationale recht zowel in consensuele als in eenzijdige aanpassingsmogelijkheden voor de verkrijger voorziet. Het is vervolgens aan de nationale rechter om te beoordelen of naar nationaal recht dergelijke aanpassingsmogelijkheden bestaan en of deze doeltreffend zijn.

¹ Mr. J. (Joost) Boer is advocaat te Amsterdam.

² HvJ EU 27 april 2017, ECLI:EU:C:2017:317 (*Asklepios*).

³ HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD1847 (*Stoof/Mammoet*).

De Hoge Raad wijst vervolgens op de mogelijkheden onder Nederlands recht. Zo kan de arbeidsovereenkomst een schriftelijk beding bevatten dat de werkgever de bevoegdheid geeft een arbeidsvoorwaarde te wijzigen (art. 7:613 BW). Het slagen van een beroep op zo'n beding door de werkgever hangt er kort gezegd van af of het belang van de werkgever, ten opzichte van het belang van de werknemer, zodanig zwaarwichtig is, dat het belang van de werknemer op gronden van redelijkheid en billijkheid moet wijken voor het belang van de werkgever. Als in de arbeidsovereenkomst geen wijzigingsbeding is opgenomen, is de werknemer in beginsel niet gehouden voorstellen van de werkgever tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden te aanvaarden. Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad kan de werknemer onder omstandigheden op grond van de norm van goed werknemerschap van art. 7:611 BW echter gehouden zijn een voorstel van de werkgever tot een verandering in de arbeidsovereenkomst te aanvaarden. Ook hier komt het aan op een afweging van de betrokken belangen. Als de verkrijgende werkgever en de werknemers geen overeenstemming kunnen bereiken over een door die werkgever voorgestelde aanpassing in de arbeidsovereenkomst, bieden deze mogelijkheden de werkgever voldoende doeltreffende mogelijkheden om een dergelijke aanpassing te bewerkstelligen. Er is volgens de Hoge Raad daarmee voldaan aan de voorwaarde voor de overgang van een dynamisch beding die het HvJ EU in het Asklepios-arrest heeft geformuleerd. Daarmee faalt het incidentele middel.

Het principale middel van FNV klaagt kort gezegd dat het hof heeft miskend dat het dynamisch incorporatiebeding als zodanig een recht is dat ingevolge art. 7:663 BW bij overgang van een onderneming mee overgaat op de verkrijger. Het oordeel van het hof dat IDL niet van de werknemers heeft verlangd dat zij afstand deden van bestaande rechten en dat het IDL vrijstond niet gebonden te willen zijn aan voorwaarden die in een nieuwe cao zouden worden vastgelegd, is dan ook onbegrijpelijk. Verder klaagt FNV dat het hof eraan heeft voorbijgezien dat niet toelaatbaar is dat werknemers wegens of in verband met de overgang van de onderneming afstand doen van rechten uit de arbeidsovereenkomst. Bovendien is wijziging pas mogelijk nadat de overgang heeft plaatsgevonden. Deze klachten slagen. Volgens de Hoge Raad miskent het oordeel van het hof dat de werknemers aan het dynamisch incorporatiebeding in hun arbeidsovereenkomst een door art. 7:663 BW beschermd recht op toepassing van de bedoelde toekomstige voorwaarden konden ontleunen, en dat zij van dit recht jegens de verkrijger uitsluitend na en niet wegens de overgang afstand konden doen. Het oordeel van het hof kan dan ook niet in stand blijven.

3. Commentaar

3.1 *Dynamische incorporatiebedingen*

Een al decennia oplopend probleem in de collectieve arbeidsvoorwaardenvorming in Nederland is de terugloop in ledenaantallen van de vakbonden. Volgens cijfers van het CBS zakte het percentage afgelopen jaar naar rond de 15% van de werknemers.⁴ Toch valt nog ruim 70% van de werknemers onder een cao.⁵ Naast algemeenverbindendverklaring van cao's heeft dit er vooral mee te maken dat werkgevers veelal een beding in de arbeidsovereenkomst opnemen waarin wordt bepaald dat een bepaalde cao van toepassing is op betreffende arbeidsovereenkomst. Om vervolgens te bewerkstelligen dat ook toekomstige versies van een cao van toepassing worden, wordt dit beding veelal zo geformuleerd dat iedere volgende versie van de cao van toepassing is op de arbeidsovereenkomst. Door deze werkwijze hoeft een werkgever niet telkens met zijn werknemers de toepassing van volgende cao's overeen te komen.

3.2 *Het dynamisch cao-incorporatiebeding bij overgang van onderneming*

Wanneer een (deel van) een onderneming wordt overgedragen van de ene partij aan een andere kwalificeert dit geregeld als een overgang van onderneming ex art. 7:662 BW. Dit betreft de overgang van een economische eenheid die na de overgang haar identiteit behoudt. Bij een overgang van onderneming gaan volgens art. 7:663 BW alle rechten en verplichtingen van de werkgever die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen werkgever en werknemer van rechtswege over op de verkrijger. Dit geldt dus ook voor een incorporatiebeding.

Het HvJ EU heeft zich meermaals moeten uitlaten over de gevolgen van een overgang van onderneming op zo'n incorporatiebeding in de arbeidsovereenkomst. Het is immers zeer relevant voor de verkrijger of hij ook gehouden is om toekomstige versies van een cao toe te passen op het overgekomen personeel. Uit het Werhof-arrest leek voort te vloeien dat een dynamisch incorporatiebeding na een overgang van onderneming 'statisch' wordt, inhoudende dat opvolgende cao's niet langer van toepassing worden als gevolg van het beding.⁶ In het latere Parkwood-arrest overwoog het HvJ EU dat de Richtlijn zich verzet tegen doorwerking van dynamische cao-bepalingen wanneer de verkrijger niet de mogelijkheid heeft om deel te nemen aan de onderhandelingen hierover.⁷ Dit omdat de contractsvrijheid en vrijheid van ondernemerschap te veel beperkt zouden worden indien een verkrijger gebonden wordt aan volgende cao's waar hij geen invloed op heeft

4 <https://www.cbs.nl/nl-nl/nieuws/2024/37/percentage-vakbondsleden-onder-werknemers-verder-gedaald>.

5 <https://nos.nl/artikel/2524046-minder-werknemers-met-cao-gevolgen-voor-loon-en-gelijkheid>.

6 HvJ EG 9 maart 2006, ECLI:EU:C:2006:168 (Werhof).

7 HvJ EU 18 juli 2013, ECLI:EU:C:2013:521 (Parkwood).

kunnen uitoefenen. Het (voorlopige) slotstuk kwam in het Asklepios-arrest.⁸ Het HvJ EU overwoog in dit arrest, kort gezegd, dat dynamische incorporatiebedingen dynamisch blijven na een overgang van onderneming, indien het nationale recht voldoende doeltreffende aanpassingsmogelijkheden biedt.

De Hoge Raad beantwoordt in dit arrest de sinds het Asklepios-arrest openstaande vraag of onder het Nederlandse recht voldoende aanpassingsmogelijkheden bestaan voor de verkrijger, om het dynamisch blijven van een incorporatiebeding na de overgang te kunnen aanvaarden. Een vraag die in de literatuur nog niet eenduidig was beantwoord.⁹ De Hoge Raad concludeert dat art. 7:613 BW en het goed werknemerschap die voldoende aanpassingsmogelijkheden bieden. Daarnaast bestaat natuurlijk nog de mogelijkheid van 'consensuele wijziging', inhoudende instemming met de wijziging door de werknemer.

3.3 Wijzigingen 'wegens' overgang van onderneming

De conclusie van de Hoge Raad is dat het hof ten onrechte had geoordeeld dat IDL de opvolgende cao's niet op de overgekomen werknemers had moeten toepassen. Daarbij wijst de Hoge Raad erop dat het dynamisch incorporatiebeding in hun arbeidsovereenkomst een door art. 7:663 BW beschermd recht op toepassing van de toekomstige arbeidsvoorwaarden betreft. Van dit recht jegens de verkrijger kunnen werknemers uitsluitend na en niet wegens de overgang afstand doen. IDL had de werknemers bij de overgang echter verzocht een nieuwe arbeidsovereenkomst te sluiten zonder dat daarin een continuering van het incorporatiebeding was opgenomen. Daarmee had IDL van de werknemers verlangd dat zij afstand deden van bestaande rechten en dus inbreuk maakte op dit bestaande recht. Gelet hierop vernietigt de Hoge Raad het arrest van het hof.

Dit oordeel van de Hoge Raad roept de vraag op wanneer nu precies sprake is van een wijziging van arbeidsvoorwaarden *uitsluitend na en niet wegens* de overgang. Dit maakt de Hoge Raad niet duidelijk. Het was al bekend dat een wijziging van arbeidsvoorwaarden wegens de overgang, zelfs als werknemers daarmee instemmen, niet is toegestaan.¹⁰ Niet bekend is wanneer dan geen sprake meer is van een wijziging wegens de overgang. In ieder geval houdt een wijziging die slechts is bedoeld om de arbeidsvoorwaarden van de overgenomen werknemers onmiddellijk na de overgang te harmoniseren met die van de werknemers die reeds bij de verkrijger in dienst zijn ver-

band met de overgang en is dus verboden.¹¹ Het gaat er dus niet zozeer om op welk moment de overgang plaatsvindt, maar of deze verband houdt met de overgang, waarbij de Hoge Raad nu wel heeft verduidelijkt dat een wijziging pas kan plaatsvinden nadat de werknemers zijn overgegaan (en dus niet op het moment van de overgang). Indien een wijziging wordt ingegeven door een wens van de verkrijger om arbeidsvoorwaarden van zijn personeel te harmoniseren, zal ogenschijnlijk echter altijd sprake zijn van enig verband met de overgang. Betekent dit dan dat een wijziging daarmee zelden tot nooit mogelijk zal zijn? De A-G merkte in dit verband op dat de Richtlijn na de overgang niet aan wijzigingen in de weg staat die geen verband houden met de overgang. Zo'n reden zou gelegen kunnen zijn in de omstandigheid dat de verkrijger niet gebonden wil zijn aan een nieuwe cao op de totstandkoming waarvan hij geen invloed kan uitoefenen. Dat komt als gezegd echter pas aan de orde nadat de werknemers eerst met behoud van rechten en verplichtingen, waaronder ook valt een dynamisch incorporatiebeding, zijn overgegaan naar de verkrijger, aldus de A-G. Dit sluit aan op de overwegingen van het HvJ EU in het voornoemde Parkwood-arrest, waarin het overgaan van dynamische incorporatiebedingen werd beperkt voor situaties waarin de verkrijger niet de mogelijkheid heeft om deel te nemen aan de onderhandelingen over de geïncorporeerde cao. Dit zou immers de contractsvrijheid van die verkrijger zodanig beperken dat zijn vrijheid van ondernemerschap in de kern dreigt te worden aangetast.¹² In het Asklepios-arrest is in dat verband overwogen dat de verkrijger na de overgang de aanpassingen en veranderingen moet kunnen doorvoeren waartoe de voortzetting van zijn activiteiten noopt. Daarnaast moet de verkrijger zijn belangen doeltreffend kunnen doen gelden en met het oog op zijn toekomstige economische activiteit kunnen onderhandelen over de factoren die bepalend zijn voor de evolutie van de arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers.¹³

Er is dus een strijd tussen de door de regels van overgang van onderneming voorgeschreven bescherming van arbeidsvoorwaarden van werknemers enerzijds en de vrijheid van ondernemerschap en vrijheid van vereniging van de verkrijger anderzijds. Ik acht het redelijk dat de hiervoor weergegeven en door het HvJ EU onderkende ondernemersbelangen sterk tot uiting behoren te komen in een wijzigingstoets van art. 7:613 dan wel 7:611 BW. Dit kan worden versterkt door de omstandigheden, bijvoorbeeld als de verkrijger zelf niet onder de werkingssfeer van de betreffende cao valt. Ook ligt in de rede dat als een wijziging van arbeidsvoorwaarden door de verkrijger in zijn totaliteit tot een verbeterde arbeidsvoorwaardelijke positie voor werknemers leidt, dit gewicht in de schaal behoort te

⁸ HvJ EU 27 april 2017, ECLI:EU:C:2017:317 (*Asklepios*).

⁹ Zie hierover uitgebreid concl. A-G Hartlief 12 januari 2024, ECLI:NL:PHR:2024:41, punt 3.6-3.10.

¹⁰ HvJ EU 10 februari 1988, C-324/86, ECLI:EU:C:1988:72 (*Daddy's Dance Hall*), r.o. 14-17 en HvJ EU 6 november 2003, C-4/01, ECLI:EU:C:2003:594 (*Martin/SBU*), r.o. 39-44.

¹¹ HvJ EU 6 november 2003, C-4/01, ECLI:EU:C:2003:594 (*Martin/SBU*), r.o. 44.

¹² HvJ EU 18 juli 2013, ECLI:EU:C:2013:521 (*Parkwood*), r.o. 33-35.

¹³ HvJ EU 27 april 2017, ECLI:EU:C:2017:317 (*Asklepios*), r.o. 22 en 23.

leggen.¹⁴ Dit sluit aan bij de overwegingen van het HvJ EU in het Scattolon-arrest (waarin incorporatie overigens geen rol speelde) 'dat de gekozen modaliteiten in overeenstemming moeten zijn met de doelstelling van deze richtlijn, welke in wezen erin bestaat te verhinderen dat de bij de overgang van de onderneming betrokken werknemers uitsluitend ten gevolge van deze overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren'.

De Rechtbank Amsterdam leek dit recent anders te zien.¹⁵ Een beroep van de verkrijger op eenzijdige wijziging vanwege de wens van harmonisatie na een overgang van onderneming werd door de rechtbank afgewezen. De rechtbank meende dat hoewel zij de wens van de verkrijger tot harmonisatie van arbeidsvoorwaarden begreep, dit niet veel gewicht in de schaal legde. Er zijn tal van bedrijven en arbeidsorganisaties, zeker ingeval men actief is op het gebied van overnames, waar sprake is van meerdere regimes van arbeidsvoorwaarden. Dat sprake was van een dynamisch incorporatiebeding was bij de overname bekend, waardoor de verkrijger daar rekening mee had kunnen houden. Ook hechtte de rechtbank waarde aan het door werknemer aangekaarte belang dat hij voorkeur heeft voor behartiging van zijn arbeidsvoorwaardelijke belangen door een vakbond, omdat dat hem zekerheid en vertrouwen geeft. De werkgever was in de plaats van de cao namelijk een arbeidsvoorwaardenreglement overeengekomen met de ondernemingsraad.

Van belang is dat het niet mogen wijzigen van arbeidsvoorwaarden ten tijde van de overgang net zo goed geldt wanneer de werknemers zelf hebben ingestemd met de wijziging: ook dan zal de wijziging dus pas na de overgang kunnen plaatsvinden en daar niet direct verband mee mogen houden. Bij dergelijke afspraken over wijziging is welbewuste instemming van de werknemer nodig. De werkgever mag er slechts op vertrouwen dat een individuele werknemer heeft ingestemd met een wijziging van zijn arbeidsvoorwaarden die voor hem een verslechtering daarvan inhoudt, indien aan de werknemer duidelijkheid over de inhoud van die wijziging is verschaft en op grond van verklaringen of gedragingen van de werknemer mag worden aangenomen dat deze welbewust met die wijziging heeft ingestemd.¹⁶ Dit brengt met zich dat de verkrijger de werknemers goed zal moeten voorlichten over hun rechtspositie en dus de wettelijke bescherming die zij genieten om tot een rechtsgeldige wijziging te komen.

3.4 Formulering incorporatiebeding

Een manier om deze problematiek te vergemakkelijken is gelegen in de formulering van het incorporatiebeding, zo-

als ook door Jansen wordt geopperd.¹⁷ In de praktijk verklaart het incorporatiebeding geregeld de 'voor de werkgever geldende cao' van toepassing. Na de overgang van onderneming zal de werkgever de verkrijger zijn. Kan een dergelijk beding mogelijk dus zo worden uitgelegd dat als de verkrijger dan gebonden raakt aan een andere cao, het incorporatiebeding zo moet worden gelezen dat deze naar die cao van de verkrijger verwijst? Aangezien incorporatiebedingen dienen te worden uitgelegd aan de hand van de Haviltex-norm zal dit afhangen van welke zin de partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepaling mogen toekennen en van hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mogen verwachten.¹⁸ In een dergelijke zaak oordeelde het Hof 's-Gravenhage dat het incorporatiebeding niet zo kon worden begrepen dat dit ook op de verkrijger zou zien.¹⁹ Wij kunnen ons echter goed voorstellen dat dit niet in ieder geval zo behoort uit te pakken. Indien het incorporatiebeding de volledige vrijheid laat aan de vervreemder om andere cao's toepasselijk te laten worden op zijn personeel (bijvoorbeeld door een formulering dat van toepassing is 'de van tijd tot tijd door de werkgever gesloten cao'), waarom zou dit dan niet voor de verkrijger kunnen gelden? Op grond van de overgang van onderneming behoudt het beding voor werknemers en de verkrijger immers geheel zijn waarde, in lijn met de strekking van art. 7:663 BW (alle 'rechten en plichten' gaan over). Dit sluit ook aan op de bedoeling van art. 3 lid 3 Richtlijn 2001/23/EG, waaruit volgt dat de verkrijger na de overgang de in een cao vastgelegde arbeidsvoorwaarden handhaaft in dezelfde mate als in deze overeenkomst vastgesteld voor de vervreemder, tot op het tijdstip waarop de collectieve overeenkomst wordt beëindigd of afloopt, *of waarop een andere collectieve overeenkomst in werking treedt of wordt toegepast*.

3.5 Overgangs-cao

Een laatste mogelijkheid is het sluiten van een zogenoemde overgangs-cao. Dit komt erop neer dat de vervreemder, verkrijger en vakbonden afspraken maken over de arbeidsvoorwaarden die zullen gelden na de overgang van onderneming. Deze cao kan worden afgesloten onder de voorwaarde dat de transactie eerst wordt volbracht.²⁰ Op deze manier kan worden bewerkstelligd, naast het wijzigen van bepaalde arbeidsvoorwaarden, dat de verkrijger de regie verkrijgt over de toekomstige ontwikkeling van deze arbeidsvoorwaarden. De verkrijger treedt middels de overgangs-cao immers ook toe tot de cao. Toekomstige versies kunnen dan ook door de verkrijger worden gesloten. Deze aanpak zal geen uitkomst kunnen bieden indien een bedrijfstak-cao van toepassing is op het overgenomen

¹⁴ Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 10 januari 2018, ECLI:NL:GHSHE:2017:30.

¹⁵ Rb. Amsterdam 31 december 2024, ECLI:NL:RBAMS:2024:7926.

¹⁶ HR 12 februari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK3570, r.o. 3.6.

¹⁷ N. Jansen, 'Het incorporatiebeding en wijziging bij overgang: een catch-22 in optima forma', TAC 2024, afl. 3.

¹⁸ HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158 (Haviltex).

¹⁹ Hof 's-Gravenhage 20 januari 2009, JAR 2009/72.

²⁰ Zie voor een voorbeeld de Overgangs-cao DSM Protective Materials 2022, https://www.synergo-vhp.nl/images/Transfer_CLA_DPM_Services_7_juni_Vakbonden.pdf.

personeel. Verder lijkt ook hier sprake te zijn van een wijziging 'wegens' de overgang, nu deze op het moment van de overgang van kracht wordt. Een oplossing hiervoor is wellicht dat al voor de overgang de cao wordt gesloten en van kracht wordt, zodat de arbeidsvoorwaarden al voor de overgang van toepassing zijn geworden.

Joost Boer

Insolventierecht

Ondernemingsrecht 2025/20

Hoge Raad 25 oktober 2024, 24/00300
m.nt. Michele Reumers¹

RvdW 2024/1010
NJ 2024/322
NJB 2024/2250
RCR 2025/5
ECLI:NL:PHR:2024:346
ECLI:NL:HR:2024:1533

Cassatie in het belang der wet, WHOA-akkoord, wijziging van rechten in de zin van art. 370 lid 1 Fw, rangordewijziging.

WHA-akkoord IHC

1. Feiten

Deze zaak betreft het WHA-traject van scheepsbouwer IHC Merwede Holding BV (hierna: IHC). Negen banken (de *Secured Lenders*) hebben gezamenlijk financiering verstrekt aan IHC, waarvan IHC ook gebruik heeft gemaakt. Uit hoofde van een *Senior Facilities Agreement* (hierna: SFA) hebben de *Secured Lenders* een totale *committed facility* van € 950 miljoen ter beschikking gesteld. Onderdeel van deze financiering is de zogenoemde Amazon-lening van € 28 miljoen. De looptijd van de financiering uit hoofde van de SFA is tot 3 juni 2025. De Amazon-lening moest echter uiterlijk 4 januari 2023 zijn terugbetaald; IHC is in de nakoming van die verplichting tekortgeschoten. Daardoor is de hele financiering opeisbaar geworden. IHC heeft op 2 februari 2023 namens zichzelf en de rechtspersonen, die met haar een groep vormen, aan de *Secured Lenders* een (groeps)akkoord aangeboden. Het akkoord houdt in dat een dochtervennootschap van IHC wordt verkocht aan HAL Investments BV. Met een deel van de verkoopopbrengst wordt een gedeelte van de bij de *Secured Lenders* uitstaande bedragen vervroegd afgelost, een ander deel wordt gebruikt als *cash collateral*. Het restant

wordt gebruikt ter versterking van de liquiditeitspositie van IHC. De *committed facility* wordt teruggebracht van € 950 naar € 503 miljoen. De looptijd van de financiering wordt niet aangepast, behalve die van de Amazon-lening, zodat onder de SFA geen sprake meer is van een tekortkoming aan de zijde van IHC. Aan de *Secured Lenders* worden bovendien (aanvullende) zekerheden verschaft, onder meer door de Staat der Nederlanden en HAL. Het akkoord vereist hiertoe een wijziging van de SFA en een wijziging van de daarbij opgenomen *Intercreditor Agreement* (hierna: IA). Een groot deel van de SFA en de IA kan worden gewijzigd met instemming van een tweederdemeerderheid van de *Secured Lenders*. Instemming van alle *Secured Lenders* is evenwel vereist voor (i) de verkoop van de dochtervennootschap; (ii) de verlenging van de looptijd van de Amazon-lening; en (iii) de wijziging van de contractuele rangorde bij gedeeltelijke voldoening en bij uitwinning van zekerheden (de waterval). Het wijzigen van de waterval betreft onder meer het invoegen van HAL als *Top-Up Guarantee Provider*.

Voor de stemming over het akkoord zijn de *Secured Lenders* ingedeeld in zeven klassen (zie art. 374 en 381 lid 5 Fw). Zes *Secured Lenders* hebben voor het akkoord gestemd. Rabobank en Lloyds Bank plc hebben tegen het akkoord gestemd. Eén bank heeft zich onthouden van stemming. Alle klassen hebben vóór het akkoord gestemd (art. 381 lid 6 Fw). IHC heeft de rechtbank daarop verzocht het akkoord te homologeren (art. 383 lid Fw). Rabobank heeft verzocht dat verzoek af te wijzen. Rabobank meent onder meer dat het akkoord in strijd met de wet verplichtingen oplegt aan schuldeisers. Rabobank en de andere *Secured Lenders* zijn onder het akkoord immers gehouden om krediet te blijven verstrekken, terwijl zij dit eerder niet meer hoefden omdat IHC was tekortgeschoten in de terugbetaling van de Amazon-lening, waardoor de financiering opeisbaar was geworden. Voorts keert Rabobank zich tegen wijziging van de waterval.

De rechtbank homologeert het akkoord. Anders dan Rabobank, oordeelt de rechtbank dat de WHA, en meer precies art. 370 lid 1 Fw, toelaat dat kredietverstrekkers via een akkoord worden verplicht om op basis van (voorafgaand aan de herstructurering) bestaande kredietfaciliteiten in de toekomst werkkapitaal te blijven financieren. Daartoe hoeft niet de weg van art. 373 Fw inzake het wijzigen van overeenkomsten te worden gevolgd. Ook acht de rechtbank een contractuele wijziging van de rangorde op grond van art. 370 lid 1 Fw mogelijk.²

De uitspraak van de rechtbank is op kritiek gestuit,³ omdat zij vergaande consequenties heeft voor financiers die hier-

2 Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800, NJ 2023/184, m.nt. F.M.J. Verstijlen, r.o. 4.6-4.9 en 4.35.

3 Zie o.m. F.M.J. Verstijlen, noot onder Rb. Rotterdam 9 maart 2023, ECLI:NL:RBROT:2023:2800, NJ 2023/184; F.A. van de Wakker onder dezelfde uitspraak in JOR 2023/193; Verhoeven, zoals weergegeven door N. Al-Khaleedi & R.M. Rouppe van der Voort in 'Herstructurerings van The Big Ones. Verslag van de Algemene Ledenvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Herstructurering', TvI 2024/11, par. 2.3. In laatstgenoemd stuk worden ook tegengestelde meningen weergegeven.

1 Mr. dr. M.L.H. (Michele) Reumers is universitair hoofddocent Privaatrecht aan de Open Universiteit.