

Ingediend via www.internetconsultatie.nl

Den Haag, 26 augustus 2019
dossiernummer: 107293
uw kenmerk: n.v.t.
telefoonnummer: +31 (0)70 335 35 97
e-mail: r.post@advocatenorde.nl

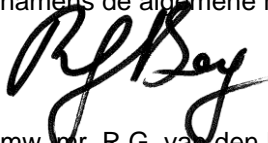
Betreft: wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement

Geachte heer/mevrouw,

Op 29 mei 2019 is de internetconsultatie 'Wet overgang van onderneming in faillissement' gepubliceerd. De NOvA heeft zijn adviescommissies arbeidsrecht en insolventierecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissies. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissies en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mw. mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

bijlage: advies van de adviescommissie arbeidsrecht
advies van de adviescommissie insolventierecht

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

ADVIES

Van: adviescommissie arbeidsrecht
 Datum: 23 augustus 2019
 Betreft: **voorstel voor de wijziging van onder meer de Faillissementswet in verband met de invoering van de Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de introductie van een regeling betreffende de rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement (Wet overgang van onderneming in faillissement)**

Algemene opmerkingen

De adviescommissie arbeidsrecht van de Nederlandse orde van advocaten heeft kennisgenomen van het voorontwerp voor een Voorstel van Wet betreffende wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de introductie van een regeling betreffende de rechten bij overgang van een onderneming in faillissement (Wet overgang van onderneming in faillissement) (het "**Voorontwerp**") en de bijbehorende Memorie van Toelichting (**MvT**).

De adviescommissie arbeidsrecht juicht het in zijn algemeenheid toe dat de wetgever met dit Voorontwerp bijdraagt aan een oplossing voor de onzekerheid die als gevolg van het Smallsteps-arrest van het Europese Hof van Justitie is ontstaan. Dit Voorontwerp wijzigt in belangrijke mate de positie van (en zorgt voor meer rechtszekerheid voor) werknemers in dienst van een failliete werkgever die (geheel of gedeeltelijk) 'doorstart'. "Kort gezegd" zo staat in de MvT (pagina 1, Inleiding) "wordt voorgesteld dat werknemers die ten tijde van de faillietverklaring in dienst zijn bij de gefailleerde werkgever, op het moment van de overgang van de onderneming in principe onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst komen bij degene die de onderneming in het faillissement overneemt en voortzet (hierna: de verkrijger). De overgang zelf kan voor de verkrijger geen reden zijn om van dit uitgangspunt af te wijken. Alleen als er bij de overgang arbeidsplaatsen verdwijnen en dit het gevolg is van bedrijfseconomische omstandigheden, is het de verkrijger toegestaan minder werknemers over te nemen. In dat geval wordt op een objectieve en transparante manier bepaald welke werknemers wel of niet meegaan. Werknemers die na de overgang niet in dienst komen bij de verkrijger, mogen niet door een concurrentiebeding beperkt worden om ergens anders werkzaam te zijn. Ook krijgen de ondernemingsraad (OR) en de personeelsvereniging het recht om een advies uit te brengen over de totstandkoming van de overgang. De rechter-commissaris die toestemming moet geven voor de overgang, zal dit advies bij zijn beslissing betrekken. De wettelijke regeling wordt ondergebracht in Titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW), de Faillissementswet (Fw) en de Wet op de ondernemingsraden (WOR)."

De adviescommissie arbeidsrecht heeft onder meer kennis genomen van de consultatiereactie van Insolad. De adviescommissie deelt in grote lijnen de (wetstechnische) opmerkingen en aanbevelingen van Insolad onder "Artikelsgewijs commentaar bij Art.7:666 en 7:666b" en "Bedrijfseconomische omstandigheden (ETO-redenen)" op pagina 11 t/m 15 van het advies en heeft hierna ook nog enkele wetstechnische aanbevelingen.

In zijn algemeenheid vraagt de adviescommissie zich bij de voorgestelde artikelen 7:666 en 7:666b BW van het Voorontwerp het volgende af:

- 1) In hoeverre verzetten de artikelen 3 tot en met 5 van richtlijn 2001/23/EG (de “**Richtlijn**”) zich tegen de in het Voorontwerp geformuleerde systematiek?
- 2) In hoeverre kunnen achterblijvende werknemers met succes jegens de curator en/of de verkrijger een beroep doen op het opzegverbod van artikel 7:670 lid 8 BW, met name nu de ETO-redenen van het Europees van Justitie in onder andere het Plessers-arrest (ECLI:EU:C:2019:424) geen intrinsiek verband mogen houden met de doorstart?

Voorontwerp in overeenstemming met systematiek Richtlijn?

De systematiek van de voorgestelde artikelen 7:666 en 7:666b, is kort samengevat als volgt:

- vindt de overgang van onderneming plaats vóór de opzegging van de arbeidsovereenkomsten door de curator, dan gaan de arbeidsovereenkomsten van werknemers van de gefailleerde werkgever (in overeenstemming met de Richtlijn) op datum overgang van rechtswege over op de verkrijger;
- zijn de arbeidsovereenkomsten door de curator opgezegd vóór overgang, dan gaat het voorgestelde artikel 7:666b BW gelden. Dat bepaalt dat de verkrijger nieuwe arbeidsovereenkomsten moet aanbieden aan die werknemers, wier arbeidsovereenkomsten (in opgezegde staat) op grond van artikel 663 eerste volzin van rechtswege zijn over gegaan naar de verkrijger. De verkrijger heeft deze verplichting niet *“als niet alle werknemers in dienst kunnen worden genomen, omdat te voorzien is dat er binnen 26 weken na de overgang noodzakelijkerwijs arbeidsplaatsen vervallen, als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering als bedoeld in artikel 7:669 lid 3 onder a BW”*. In dat geval bepaalt de wet dat de verkrijger nieuwe arbeidsovereenkomsten aan werknemers van de gefailleerde ondernemer moet aanbieden volgens (in beginsel) het inspiegelingsbeginsel.

Dit laatste impliceert een keuzemogelijkheid, zij het één volgens objectieve maatstaven namelijk het inspiegelingsbeginsel. De adviescommissie arbeidsrecht vraagt zich – mede gelet op het recente Plessers-arrest – af of de Richtlijn dit wel toelaat (en meent dat dit nog niet met zekerheid kan worden vastgesteld). Dat geldt te meer waar selectie ook kan plaatsvinden op basis van een alternatieve selectieperiode (waarvoor de rechter-commissaris dan wel toestemming dient te geven).

De Richtlijn beoogt onzekerheid voor werknemers omtrent hun rechtspositie bij overgang van onderneming tegen te gaan. De Richtlijn gaat er in principe vanuit dat er geen opzegging plaatsvindt bij overgang van onderneming, maar de arbeidsovereenkomsten van de werknemers van rechtswege met behoud van rechten overgaan naar de verkrijger. In artikel 4 lid 1 van de Richtlijn staat dat het voorgaande geen beletsel vormt voor *ontslagen* wegens ETO-redenen. Maar in het Voorontwerp gaat het niet om *ontslag* wegens ETO-redenen, maar om een *aanbiedingsplicht* op grond van ETO-redenen. Dit impliceert dat de verkrijger in zijn ondernemingsplan - dat door de curator voor advies moet worden voorgelegd aan de OR en voor goedkeuring aan de rechter-commissaris - met voorgenomen organisatorische wijzigingen, door te voeren binnen 26 weken na datum overgang, zijn generieke aanbiedingsplicht kan omzeilen. De verkrijger moet dan wel aanbieden volgens het omgekeerde afspiegelingsbeginsel. Dit geldt niet voor op zichzelf staande functies. (Zie in deze zin Frederik De Leo, reactie consultatie Voorontwerp 3 juni 2019 en noot mr. dr. J. van der Pijl, JAR 2019/170, Plessers).

Als gezegd, is het wenselijk dat een oplossing wordt gevonden voor de onzekerheid die als gevolg van het Smallsteps-arrest is ontstaan. Het zou echter onwenselijk zijn wanneer daar nieuwe

onzekerheid over de houdbaarheid van de voorgestelde wettelijke regeling voor in de plaats komt. In de visie van de commissie zou het dan – mede in verband met het Plessers-arrest – aanbeveling verdienen dat in de Memorie van Toelichting tot uitdrukking komt dat is getoetst dat, en waarom de systematiek van het Voorontwerp in overeenstemming is met Richtlijn 2001/23/ EG.

Risico's verkleinen van een beroep op het opzegverbod van artikel 7:670 lid 8 BW

Het Plessers arrest is ook om een andere reden relevant. In rechtsoverweging 53, 54 en 55 bepaalt het Hof:

"53. Vervolgens vormt overeenkomstig artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/23 de overgang van een onderneming op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag. Deze bepaling vormt evenwel geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen.

54. Uit de bewoordingen van deze bepaling vloeit voort dat ontslagen in een context van de overgang van een onderneming moeten zijn ingegeven door economische, technische of organisatorische redenen op het gebied van de tewerkstelling die geen intrinsiek verband houden met deze overgang.

55. Zo heeft het Hof geoordeeld dat de omstandigheid dat er tussen de verkrijger en de verhuurders geen overeenstemming bestaat over een nieuwe huurovereenkomst, de onmogelijkheid om een andere bedrijfsruimte te vinden of de onmogelijkheid om het personeel naar andere winkels over te brengen economische, technische of organisatorische redenen in de zin van artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/23 kunnen vormen (zie in die zin arrest van 16 oktober 2008, Kirtruna en Vigano, C-313/07, ECLI:EU:C:2008:574, punt 46).

In onze wet is het opzegverbod wegens overgang van onderneming opgenomen in artikel 7:670 lid 8 BW. In de praktijk blijkt het vaak lastig om aan te geven wat nu precies de scheidslijn is tussen ETO-redenen, die wel en geen intrinsiek verband houden met de overgang van onderneming. De adviescommissie begrijpt uit de voorgestelde memorie van toelichting op pagina 11 en 12 dat aannemelijk moet worden gemaakt dat niet de overgang zelf tot verval van arbeidsplaatsen leidt, maar dat er aanvullende omstandigheden zijn, die als ETO-redenen in de zin van artikel 4 lid van de Richtlijn kunnen worden aangemerkt. Uit de jurisprudentie van het Hof zijn kennelijk voornamelijk slechts twee ETO-redenen af te leiden. Om meer duidelijkheid te geven wat als bedrijfseconomische omstandigheid kan worden gekwalificeerd, is om die reden in het Voorontwerp gekozen voor de term bedrijfseconomische omstandigheden van artikel 7:669 lid 3, onderdeel a, BW. ("Omdat de praktijk al bekend is met het begrip 'bedrijfseconomische omstandigheden', is besloten om in de nieuwe regeling daarbij aan te sluiten (artikel 7:666b lid 2 BW)").

Om nieuwe discussies over Richtlijn conforme interpretaties te voorkomen adviseert de commissie om in de memorie van toelichting met zoveel woorden duidelijk te maken dat ETO-redenen en bedrijfseconomische omstandigheden in dit Voorontwerp synoniemen zijn van elkaar. Mocht dat niet zo zijn, dan adviseert de commissie te verduidelijken wat het verschil tussen beide begrippen is.

Voorts zou het een welkome verduidelijking zijn wanneer in de voorgestelde memorie van toelichting helderheid komt over de vraag of de verkrijger – in het licht van de rechtspraak van het

Europese Hof - het feit dat deze niet alle werknemers wil overnemen omdat er dan dubbelingen in bezetting optreden, kan aanvoeren als ETO-redenen om werknemers van de gefailleerde werkgever geen arbeidsovereenkomst aan te bieden.

Onzekerheid

De commissie merkt tot slot op dat over het bestaan van de bedrijfseconomische (ETO-)redenen, het juist uitvoeren van het inspiegelingsbeginsel en de eventuele plaatsingsmogelijkheden daarbij, enz. procedures gevoerd kunnen worden, al dan niet in hoger beroep, waardoor werknemer en (nieuwe) werkgever geruime tijd in onzekerheid kunnen verkeren over de uiteindelijke uitkomst. De commissie vraagt de wetgever - net als bij de invoering van de Wet Werk en zekerheid – in de MvT toe te lichten dat en waarom bewust is gekozen voor de mogelijkheid van beroep in meerdere instanties, ondanks de onzekerheid die daarvan voor betrokken partijen het gevolg is.

Artikelsgewijze opmerkingen

Opmerkingen naar aanleiding van artikel 1, wijziging van de het Burgerlijk wetboek

In het voorgestelde artikel 666b, eerste lid staat dat, indien de arbeidsovereenkomsten tussen de gefailleerde werkgever en de werknemers die op de dag van de faillietverklaring nog in de onderneming werkzaam zijn, inmiddels overeenkomstig artikel 40 van de Faillissementswet door de curator zijn opgezegd, de verkrijger deze werknemers een aanbod doet tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst op basis waarvan zij op het moment van de overgang bij hem in dienst treden.

Het is de adviescommissie niet duidelijk wat precies wordt beoogd met de woorden “die op de dag van de faillietverklaring nog in de onderneming werkzaam zijn” – wordt daarmee bedoeld dat de werknemers op de dag van de faillietverklaring nog “in dienst zijn van” de gefailleerde onderneming? Wordt daarmee slechts gerefereerd aan de terminologie uit de Ontslagregeling? Bedoeld zou ook kunnen zijn dat de werknemers feitelijk nog werkzaam moeten zijn, maar dit lijkt ons (zonder nadere toelichting) niet erg voor de hand te liggen. Ook lijkt de betekenis (of de toegevoegde waarde) van het woord “inmiddels” niet helemaal duidelijk. Wellicht zouden deze onduidelijkheden kunnen worden weggenomen door de tekst als volgt aan te passen: “Zijn de arbeidsovereenkomsten tussen de gefailleerde werkgever en de werknemers na de dag van de faillietverklaring overeenkomstig artikel 40 van de Faillissementswet door de curator zijn opgezegd, (...)”.

In het voorgestelde artikel 666b, tweede lid zou onduidelijkheid kunnen ontstaan doordat daarin staat dat de verkrijger een aanbod doet aan “één van de werknemers”; wanneer die werknemer het aanbod weigert, zou immers nog een aanbod aan een tweede werknemer moeten volgen, zo stellen wij ons voor. Wellicht is dit op te lossen door de volgende tekstuele aanpassing: “(...) In dat geval doet de verkrijger voor iedere arbeidsplaats die behouden blijft een aanbod tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst aan de werknemer die daarvoor volgens een objectieve selectiemethode, zoals bedoeld in lid 8, als eerst in aanmerking komt.” (De laatste zin van het voorgestelde tweede lid komt dan te vervallen.)

De adviescommissie stelt voor het woord “beëindigd” in het derde lid van het voorgestelde artikel 666b te vervangen door “geëindigd” (“beëindigd” lijkt een actieve beëindigingshandeling te impliceren, die wellicht niet bewust is beoogd?).

De adviescommissie stelt verder voor in het voorgestelde vijfde van artikel 666b de woorden "Heeft een werknemer geen aanbod gekregen tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst (...)" te vervangen door: "Heeft de verkrijger een werknemer geen aanbod gedaan tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst (...). Het woord "ontvangen" zou (onbedoeld?) een link kunnen leggen met de ontvangsttheorie. Verder wordt duidelijker tot uitdrukking gebracht dat het indienen van een verzoek bij de kantonrechter het gevolg is van iets wat de verkrijger heeft nagelaten.

De adviescommissie stelt (in navolging van de opmerking van INSOLAD op dit punt) voor aan het slot van het zesde lid van het voorgestelde artikel 666b, na de woorden "voor zover zij niet algemeen verbindend zijn verklaard of voor de bedrijfstak zijn vastgesteld" in te voegen: "en afwijking of dispensatie niet mogelijk is".

Opmerkingen naar aanleiding van artikel II, wijziging van de Faillissementswet

Over de voorgenomen wijzigingen in de Faillissementswet in het Wetsontwerp, zal de adviescommissie arbeidsrecht zich niet uitlaten nu dit niet tot haar expertise behoort. Naar de adviescommissie heeft begrepen, zal de adviescommissie faillissementsrecht separaat adviseren naar aanleiding van het Wetsontwerp.

Opmerkingen naar aanleiding van artikel III, wijziging van de Wet op de ondernemingsraden

Met de aanpassing van de Wet op de ondernemingsraden (WOR) wordt blijkens de voorgestelde MvT beoogd de DA-beschikking van de Hoge Raad te codificeren. Daartoe wordt aan artikel 25 WOR een nieuw lid 7 toegevoegd. Dit lid bepaalt dat de ondernemingsraad door de curator in de gelegenheid wordt gesteld – overeenkomstig het tweede en derde lid, het vierde lid, eerste volzin, en het vijfde lid - een schriftelijk en met reden omkleed advies uit te brengen over elk door de curator voorgenomen besluit als bedoeld in artikel 25 lid 1 WOR dat noodzakelijk is om de onderneming in faillissement te kunnen voortzetten of een door hem voorgenomen besluit tot overgang van een onderneming die tot de boedel behoort te kunnen realiseren. De ondernemingsraad krijgt dan de gelegenheid binnen een door de curator te bepalen termijn te adviseren, welke termijn in ieder geval niet korter is dan drie dagen.¹ Ook is bepaald dat het vierde lid, tweede volzin, en het zesde lid, niet van toepassing zijn. Het betreft hier de verplichte aanwezigheid van de commissarissen van de vennootschap bij de overlegvergadering van artikel 24 WOR en de verplichting de uitvoering van het besluit op te schorten met een maand (tenzij de ondernemingsraad te kennen geeft dat deze verplichting niet geldt). Voor het overige geldt de procedure zoals voorgeschreven door artikel 25 WOR.

In de DA-beschikking heeft de Hoge Raad (rechtsoverweging 3.3.5) opgemerkt dat de voorschriften die zijn gesteld bij of krachtens de WOR, niet in alle gevallen verenigbaar zijn met een faillissementssituatie zodat zij dan niet of niet onverkort kunnen worden toegepast. De Hoge Raad meent dat de curator, als de omstandigheden dat vergen, mag afwijken van de formele vereisten die artikel 25 WOR in de leden 2 tot 6² stelt in verband met de advisering door de ondernemingsraad. Bij de verwezenlijking van de doeleinden van de WOR dienen

¹ De Algemene termijnenwet is blijkens de MvT van toepassing.

² De tekst van de beschikking vermeldt "2-6". In de literatuur wordt betoogd dat daarmee is bedoeld: 2 tot 6, niet 2 tot en met 6.

ondernemingsraad en curator zich als zodanig jegens elkaar te gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd, aldus de Hoge Raad.

Afwijken van de procedure van artikel 25 WOR

Nu in de voorgestelde MvT uitdrukkelijk is opgemerkt dat het wetsvoorstel beoogt de DA-beschikking te codificeren, valt op dat het nieuwe zevende lid voor wat betreft de te volgen procedure van artikel 25 WOR alleen een aanpassing betreft van de termijn waarbinnen het advies van de ondernemingsraad moet worden gegeven. Uit de MvT lijkt te volgen dat hier bewust voor is gekozen³. Als opgemerkt, kan de curator op basis van de DA-beschikking echter van *alle* procedurevoorschriften afwijken. Daaronder valt bijvoorbeeld ook de verplichting om pas advies uit te brengen nadat over de betrokken aangelegenheid ten minste eenmaal overleg is gepleegd in een overlegvergadering. Gelet op de aan de orde zijnde problematiek is denkbaar dat deze overlegverplichting in een specifieke situatie niet of minder goed past. Op basis van de DA-beschikking heeft de curator dan de mogelijkheid ook op dit punt van de adviesprocedure af te wijken. Het wetsvoorstel geeft hem die mogelijkheid niet. Waarom zo is besloten, is niet toegelicht. Het lijkt de adviescommissie wenselijk dat hier in de MvT bij het wetsvoorstel alsnog aandacht aan wordt besteed. Verwezen wordt ook naar het artikel van P.A.M. Witteveen en I. Zaal in Tijdschrift voor Arbeid en Onderneming, *Medezeggenschap bij faillissement en doorstart (ii): toch een adviesrecht voor de OR bij een doorstart*.⁴ Hierin noemen de auteurs een aantal andere (procedurele) verplichtingen waar de curator naar hun mening van zou mogen afwijken indien vereist, waaronder de motiveringsverplichting, de verplichtingen rondom de overlegvergadering, het informatierecht en het inhuren van een deskundige. Deze verdere uitzonderingsmogelijkheden komen de adviescommissie op voorhand niet onlogisch voor.

De WOR noemt geen (concrete) termijn waarbinnen in een 'normaal' geval geadviseerd moet worden. Wel moet de ondernemingsraad een redelijke termijn worden gegeven. Welke termijn redelijk is, hangt volgens vaste jurisprudentie van de Ondernemingskamer af van de omstandigheden van het geval - waaronder de complexiteit van het voorliggende vraagstuk. Het wetsvoorstel stelt voorop dat het de curator is die bepaalt welke termijn redelijk is, waarbij een minimumtermijn geldt. Omdat de aan de orde zijnde problematiek vaak met zich brengt dat door de curator onder grote tijdsdruk moet worden gehandeld en beslist, acht de adviescommissie dit een correcte benadering. De gestelde minimumtermijn geeft voorts duidelijkheid. Wel meent de adviescommissie dat afwijking ervan in bijzondere gevallen mogelijk moet zijn, bijvoorbeeld als in redelijkheid een beroep van de curator op de minimumtermijn niet opgaat of in situaties waarin het besluitvormingsproces het stellen van een kortere termijn noodzakelijk maakt. Dat zal dan echter alleen in zeer uitzonderlijke gevallen zijn.

Geen beroep o.g.v. artikel 26 WOR, wel o.g.v. artikel 67 Fw

Uitdrukkelijk wordt volgens het wetsontwerp in de WOR opgenomen dat artikel 26 WOR, op basis waarvan de ondernemingsraad tegen een besluit van de ondernemer beroep kan instellen bij de Ondernemingskamer, in faillissement niet van toepassing is. Wel kan de ondernemingsraad op grond van artikel 67, vierde lid, Faillissementswet (Fw) tegen beslissingen van de rechter-commissaris hoger beroep instellen bij de rechtbank. De adviescommissie vraagt zich af wat in

³ Zie p. 34 waar een opsomming is gegeven van de geldende procedurele voorschriften en is opgemerkt dat een afwijkende adviestermijn geldt.

⁴ TAO 2017, nr. 3.

deze procedure wordt getoetst, in eerste instantie door de rechter-commissaris en vervolgens door de rechtbank. Vallen daaronder ook de procedurevoorschriften en het al dan niet naleven ervan door de curator? Zo ja, dan rijst de vraag wat de gevolgen van niet naleving zijn. Op grond van artikel 26 lid 5 WOR kan de Ondernemingskamer de ondernemer verplichten het besluit geheel of ten dele in te trekken alsmede om gevolgen van het besluit ongedaan te maken. Ook kan het de ondernemer worden verboden handelingen te verrichten of te doen verrichten ter uitvoering van het besluit of van onderdelen ervan. (Daarbij is opgemerkt dat een voorziening van de Ondernemingskamer door derden verkregen rechten niet kan aantasten.) Bij een besluit van de curator is dit niet mogelijk, nu artikel 26 WOR is uitgesloten. Het verdient volgens de adviescommissie aanbeveling hieraan te zijner tijd aandacht te besteden in de MvT bij het wetsvoorstel.

Geheimhouding

In het Wetsontwerp staat dat de ondernemer de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging ter zake de informatieverstrekking op grond van artikel 31g WOR geheimhouding kan opleggen. De adviescommissie wijst erop dat artikel 20 WOR hoe dan ook van toepassing is indien informatie aan de ondernemingsraad wordt verstrekt. Het is daarmee onduidelijk wat de reikwijdte is van de toevoeging in het voorgestelde artikel 31g lid 3 WOR "overeenkomstig artikel 20 WOR" hoe – in relatie tot de ondernemingsraad – zich beide artikelen tot elkaar verhouden. Is daarmee de gehele regeling van artikel 20 WOR van toepassing, inclusief de in lid 7 genoemde mogelijkheid om bij de kantonrechter een verzoek tot opheffing van de geheimhouding in te dienen?

Kosten gemaakt door de ondernemingsraad

Artikel 22 lid 1 WOR bepaalt dat, kort weergegeven, de kosten die de ondernemingsraad in redelijkheid maakt, voor rekening van de ondernemer komen. Nu het wetsvoorstel hiervan niet afwijkt, wordt ervan uitgegaan dat deze regeling ook geldt in faillissementssituaties. Daarbij kan worden gedacht aan vergoeding van kosten vanwege het inschakelen van een deskundige of het inroepen van rechtskundige bijstand. De vraag is wel of deze kosten boedelschuld zijn. De Hoge Raad heeft in de DA-zaak in ieder geval beslist dat zij voor rekening van de boedel komen. Aanbeveling verdient dat het wetsvoorstel zich hierover uitlaat.

ADVIES

Van: adviescommissie insolventierecht
 Datum: 23 augustus 2019
 Betreft: **voorstel voor de wijziging van onder meer de Faillissementswet in verband met de invoering van de Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de introductie van een regeling betreffende de rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement (Wet overgang van onderneming in faillissement)**

1. Inleiding

De adviescommissie insolventierecht van de Nederlandse Orde van Advocaten (**adviescommissie**) is positief over het thans voorliggende wetsvoorstel, waarin gehoor wordt gegeven aan onder meer haar oproep om gebruik te maken van de lidstaatoptie als bedoeld in artikel 5 leden 1 en 2 van Richtlijn 2001/23/EG betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (**Richtlijn**).⁵

Aanleiding voor deze oproep was het arrest van het Europese Hof van Justitie van 22 juni 2017 (FNV/Smallsteps)⁶ over de reikwijdte van uitzonderingsbepaling van artikel 5 lid 1 van de Richtlijn. Kort gezegd ging het daarbij om de vraag in welke gevallen bij de overgang van een onderneming in het faillissement van de werkgever, door de verkrijger van die onderneming een beroep kon worden gedaan op artikel 7:666 sub a BW. Deze bepaling sluit de bescherming die een werknemer op grond van artikel 7:663 BW geniet bij overgang van de onderneming uit. Die bescherming bestaat er uit dat de arbeidsovereenkomst bij die overgang overgaat naar de verkrijger van de onderneming en de werknemer daarmee van rechtswege in dienst komt van die verkrijger. Bij een geslaagd beroep op genoemde uitzonderingsbepaling zou deze overgang van de arbeidsovereenkomst niet plaatsvinden. De verkrijger van de onderneming zou in dat geval de volle vrijheid hebben om zelf te kiezen wie hij in dienst zou willen nemen en tegen welke voorwaarden. Het genoemde arrest van het Europese Hof van Justitie maakte duidelijk dat, anders dan daarvoor veelal werd aangenomen, bij een overdracht van een onderneming vanuit een faillissement van de werkgever niet altijd en zonder meer een beroep op de uitzonderingsbepaling van artikel 7:666 sub a BW kan worden gedaan. Onzeker bleef echter wanneer deze uitzonderingsbepaling wel en wanneer deze niet van toepassing is. De adviescommissie acht het van belang dat deze onzekerheid wordt opgeheven.

Een andere reden voor de oproep van de adviescommissie om gebruik te maken van de lidstaatoptie als bedoeld in artikel 5 leden 1 en 2 van de Richtlijn was, dat de huidige situatie waarin werknemers in faillissement kunnen komen te verkeren niet aanvaardbaar is, zeker niet indien en voor zover zij geen beroep kunnen doen op de bescherming van artikel 7:663 BW. In het faillissement van een ondernemer wordt door de curator in de regel getracht het bedrijf van die ondernemer (de onderneming) te verkopen door middel van een zogenaamde

⁵ Brief van 19 oktober 2017, Kamerstukken I, 34218, nr. I.

⁶ ECLI:EU:C:2017:489.

activa-transactie. Alle schulden en alle werknemers blijven daarbij in het faillissement achter. Daarbij wordt ervan uitgegaan dat de uitzonderingsbepaling van artikel 7:666 sub a BW van toepassing is. De werknemers worden door de curator ontslagen op een termijn van in de regel niet meer dan zes weken zonder dat zij aanspraak hebben op enige transitievergoeding. De koper van het bedrijf beslist vervolgens zelf aan welke werknemers hij een arbeidsovereenkomst zal aanbieden. In die keuze en ook in het bepalen van de arbeidsvoorwaarden is hij daarbij vrij.

Het resultaat van deze – nog steeds geldende – praktijk is dat met medewerking van de financierende bank, die in de regel een zekerheidsrecht op alle activa heeft gevestigd, het bedrijf van de failliete ondernemer kan worden voortgezet waarbij de overnemer geheel naar eigen goeddunken kan kiezen welke werknemers tegen welke voorwaarden bij de onderneming betrokken zullen blijven. Het komt erop neer dat de werknemers in faillissement vrijwel elke rechtsbescherming verliezen. Het voorliggende wetsvoorstel brengt daarin, naar de mening van de adviescommissie: terecht, verandering in door (onder meer) de uitzonderingsbepaling van artikel 7:666 sub a BW te schrappen.

Tegen het wetsvoorstel zijn van verschillende zijden bezwaren ingebracht. Deze komen er voor een belangrijk deel op neer dat het wetsvoorstel het voor een derde minder aantrekkelijk zou maken om een bedrijf in een faillissement going-concern te kopen (het zogenaamd "doorstarten"). Dit zou een negatief effect kunnen hebben op de werkgelegenheid en op de opbrengst die bij de verkoop van het bedrijf kan worden gerealiseerd. Door dat laatste zouden de schuldeisers in het faillissement (in de praktijk met name de financierende bank) minder uit het faillissement ontvangen.

De adviescommissie onderkent dat het wetsvoorstel de overname van een bedrijf uit een faillissement minder aantrekkelijk maakt. De overnemer heeft – anders dan thans het geval is – volgens het wetsvoorstel immers rekening te houden met verplichtingen jegens de werknemers van het bedrijf. In feite gaat het hier, zoals bij veel kwesties in faillissement, mede om een verdelingskwestie. Bij een faillissement zijn diverse belanghebbenden betrokken met aanspraken die in de regel niet geheel zullen kunnen worden voldaan. Het is dan de taak van de wetgever om de verschillende belangen tegen elkaar af te wegen en te regelen aan welke belangen in welke mate tegemoet zal worden gekomen. Het is duidelijk dat wanneer daarbij aan een belang meer tegemoet wordt gekomen, er voor de andere belangen minder zal resteren. In het onderhavige geval zal de versterking van de rechtspositie van werknemers (inderdaad) vermoedelijk leiden tot een lagere opbrengst bij de verkoop van een bedrijf in faillissement. Dit zal in voorkomende gevallen ofwel leiden tot een lagere opbrengst voor de banken die het bedrijf hebben gefinancierd en daarvoor zekerheidsrechten op de bedrijfsmiddelen hebben gekregen, ofwel tot een lagere goodwillvergoeding voor de boedel, waarin de overige belanghebbenden bij het faillissement verenigd zijn. Naar de mening van de adviescommissie is de opwaardering van de belangen van de werknemers ten opzichte van de overige bij het faillissement betrokken belangen die in het wetsvoorstel besloten ligt goed verdedigbaar. Daarbij neemt de adviescommissie in aanmerking dat bij een overdracht van het bedrijf buiten faillissement, de uitzonderingsbepaling van artikel 7:663 BW niet van toepassing is en de overnemer in dat geval dus sowieso al rekening heeft te houden met verplichtingen jegens de werknemers van het bedrijf. Ook dan zal de opbrengst van het bedrijf door die verplichtingen worden gedrukt. De overige belanghebbenden gaan er dus wat dat betreft niet in positie op achteruit. Toepassing van de uitzonderingsbepaling van artikel 7:663 BW bij de verkoop van een bedrijf in faillissement levert de overige belanghebbenden in feite

een voordeel op dat zij bij verkoop buiten faillissement niet zouden hebben genoten. Het gaat hier om een voordeel dat genoten wordt ten koste van de rechtspositie van de werknemers.

De adviescommissie onderkent verder dat niet is uit te sluiten dat een overname van een bedrijf in faillissement soms niet mogelijk zal blijken te zijn vanwege het feit dat de overnemer rekening heeft te houden met de verplichtingen jegens werknemers van het bedrijf. Dat is een consequentie die ook bij andere regelgeving kan optreden, zoals bij milieuregels, veiligheidsvoorschriften en belastingen en die inderdaad zal moeten worden meegewogen. Naar de mening van de adviescommissie is het belang dat met het onderhavige wetsvoorstel wordt gediend van voldoende gewicht om deze consequentie te aanvaarden. Het gaat hier immers om het belang dat werknemers ook in faillissement een behoorlijke bescherming genieten en over hun positie niet naar willekeur kan worden beslist. Daarbij neemt de adviescommissie in aanmerking dat ook onder het wetsvoorstel een noodzakelijke sanering van het werknemersbestand mogelijk is.

Overigens merkt de adviescommissie nog op dat (ook) ons omringende landen (Duitsland, Engeland en Frankrijk) geen uitzonderingbepaling als artikel 7:666 sub a BW hebben.⁷ Dat leidt voor zover de adviescommissie bekend in die landen niet tot grote problemen. Niet valt in te zien dat schrapping van deze bepaling in ons land wel tot grote problemen zouden leiden.

Leden van de adviescommissie zijn bij het in de Memorie van Toelichting beschreven wetgevingstraject betrokken geweest, zowel in de daarin genoemde schrijfgroep, als in het grotere stakeholdersoverleg.⁸ Dit maakt dat de adviescommissie thans nog slechts een beperkt aantal opmerkingen heeft bij de voorgestelde wijzigingen in de Faillissementswet.

2. Artikel 67 leden 3 en 4 Fw

De adviescommissie is positief over de gecreëerde mogelijkheid om hoger beroep in te stellen tegen een beslissing van de rechter-commissaris in het kader van de voortzetting van de onderneming of een overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:666 lid 2 BW. Gezien de rechtszekerheid die wordt beoogd in combinatie met de snelheid die een proces van een doorstart normaal gesproken kenmerkt, is ook de keuze om behoudens cassatie in het belang der wet geen hogere voorziening toe te staan te rechtvaardigen.

In dat kader kan wel de vraag worden gesteld of centralisatie van procedures als bedoeld in artikel 67 lid 3 Fw niet beter zouden kunnen worden belegd bij het gerechtshof dan bij de rechtbank. De reden hiervoor is dat dan sneller de kennis en ervaring wordt opgebouwd die nodig is om dergelijke beslissingen op korte termijn te kunnen nemen, simpelweg omdat het aantal zaken dat zich door deze centralisatie voortdoet bij een gerechtshof groter is dan bij de rechtbanken. Een bijkomend voordeel is dat het gerechtshof op grotere afstand staat van de rechter-commissaris, die als rechter deel uitmaakt van de rechtbank, die vervolgens over zijn beslissing beslist.

⁷ Zie W.H.A.C.M Bouwens, W.L. Roozendaal, D.M.A. bij de Vaate, *Werknemers en insolventie. Een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever*. Vrije Universiteit Amsterdam 2015.

⁸ MvT wetsvoorstel overgang van onderneming in faillissement, p. 4-5.

3. Artikel 101 lid 2 Fw

Geen opmerkingen.

4. Artikel 101a Fw

Geen opmerkingen.

5. Artikel 176a Fw

De adviescommissie is een voorstander van het verplicht horen, althans oproepen om gehoord te kunnen worden, van de belanghebbenden bij de overgang van de onderneming, met name in het geval niet alle werknemers zullen worden overgenomen door de beoogd koper. Het is belangrijk dat de rechter-commissaris de in artikel 7:666b BW bedoelde door de beoogd koper gestelde bedrijfseconomische redenen toetst om ervoor te zorgen dat de nieuwe regeling bij de overgang van onderneming inderdaad zal leiden tot meer rechtszekerheid bij de werknemers.

De adviescommissie begrijpt dat een algehele mogelijkheid om de arbeidsvoorwaarden aan te passen in geval van overgang van onderneming op dit moment niet haalbaar is, maar geeft in overweging om de mogelijkheid van het aanpassen van de arbeidsvoorwaarden bij de overgang van onderneming, een mogelijkheid die ook wordt geboden in de Richtlijn, ook te bieden wanneer er geen vereniging van werknemers is als bedoeld in artikel 7:666b lid 6 BW. Een dergelijke aanpassing van de arbeidsvoorwaarden zou er in enkele gevallen toe kunnen leiden dat een anders moeilijk te realiseren doorstart alsnog kan plaatsvinden.