

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Turfmarkt 147
2511 DP DEN HAAG

INGEZONDEN VIA WWW.INTERNETCONSULTATIE.NL

Plaats, datum	: Tilburg, 31 augustus 2019	Secretaresse	: L. van Zon
		Doorkiesnummer	: +31 13 466 88 82
		Fax direct	: +31 (0)13 466 88 85
		E-mail	: l.vanzon@devoort.nl
Betreft	: Internetconsultatie Wet overgang van onderneming in faillissement		
Uw kenmerk	:		
Ons kenmerk	: JvM/KM/LvZ	Bijlage(n)	:

Geachte heer, mevrouw,

Inzake de internetconsultatie van het wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement zenden wij u onderstaande reactie. Wij beperken ons daarbij tot het medezeggenschapsrechtelijke deel van het wetsvoorstel. Met betrekking tot enkele andere onderdelen verwijzen wij in algemene zin naar twee artikelen die een van ondergetekenden eerder schreef, en volstaan wij in deze reactie met een enkele korte opmerking.

Het voorgestelde artikel 25 lid 7 WOR

Blijkens de concept Memorie van Toelichting is het de bedoeling om de *DA*-beschikking van de Hoge Raad d.d. 6 juni 2017 te codificeren in het nieuwe artikel 25 lid 7 WOR. Teneinde dienaangaande discussie uit te sluiten, kunnen wij ons vinden in een codificatie. Het is echter geen zuivere codificatie, want er is een aantal verschillen te constateren. Deze zetten wij hieronder uiteen.

De reikwijdte van het adviesrecht van de ondernemingsraad

De Hoge Raad overwoog in de *DA*-beschikking dat de door het adviesrecht van artikel 25 WOR beschermde belangen van de ondernemingsraad bij een *liquidatie* van het (ondernemings)vermogen moeten wijken voor de belangen van de schuldeisers bij een voortvarende en voor de boedel zo voordelig mogelijke afwikkeling. Gegeven het feit dat artikel 25 WOR, behoudens de in lid 1 onder c bedoelde beëindiging van de gehele onderneming, uitgaat van de veronderstelling van continuïteit van (een - substantieel - deel van) de onderneming, valt op dat uitgangspunt niets af te dingen.

Indien een verkoop van activa in faillissement echter plaatsvindt in het kader van een voortzetting of een doorstart van (delen van) de onderneming door dezelfde of een andere entiteit, waarbij het vooruitzicht bestaat van behoud van arbeidsplaatsen, is een daarop gericht besluit adviesplichtig op grond van artikel 25 lid 1 WOR (bijvoorbeeld onderdeel a of c), overwoog de Hoge Raad in de *DA*-beschikking. Wat opvalt is dat de Hoge Raad expliciet ook refereert aan artikel 25 lid 1 onder c WOR, hetgeen ziet op een voornemen tot beëindiging van de werkzaamheden van (een belangrijk onderdeel van) de onderneming. Wij lezen de beschikking van de Hoge Raad op dit punt aldus dat indien een deel van de werkzaamheden wordt beëindigd in relatie tot een doorstart, het adviesrecht zowel op die doorstart betrekking heeft als op de gedeeltelijke beëindiging.

Wat in de voorgestelde regeling opvalt in vergelijking met de bewoordingen in de *DA*-beschikking, is dat daarin tot uitgangspunt wordt genomen dat artikel 25 lid 1 WOR niet van toepassing is bij een doorstart, terwijl de Hoge Raad zo nadrukkelijk overweegt dat het uitgangspunt is dat de regeling wél van toepassing is. Dat uitgangspunt van de Hoge Raad lijkt ons ook in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever. Ook de SER-commissie Bevordering Medezeggenschap deelt dit uitgangspunt, zo blijkt uit een door de commissie opgesteld stroomschema rondom insolventie en medezeggenschap.

Vervolgens wordt in de voorgestelde regeling tekstueel een weg ingeslagen die op zijn minst genomen verwarrend is. Zo zou het zevende lid van artikel 25 WOR een regeling bevatten *'In afwijking van de voorgaande leden'*, terwijl vervolgens wordt gesproken van *'overeenkomstig het tweede lid, het derde lid, het vierde lid eerste volzin en het vijfde lid'*, waarna wordt bepaald dat het adviesrecht betrekking heeft op elk door de curator voorgenen besluit als bedoeld in het eerste lid.

Daarbij valt op dat de voorgestelde regeling bepaalt dat de curator de ondernemingsraad om advies moet vragen indien het voorgenomen besluit *'noodzakelijk'* is om de onderneming voort te kunnen zetten, waar de Hoge Raad spreekt van een verkoop *'in het kader'* van een voortzetting of een doorstart. De voorgestelde regeling beperkt daarmee de reikwijdte van het adviesrecht van ondernemingsraden, althans zou de kwalificatie *'noodzakelijk'* aanleiding kunnen zijn voor discussie.

Zo is denkbaar dat sprake is van beëindiging van een deel van de werkzaamheden van de onderneming (artikel 25 lid 1 en onder c WOR), van een belangrijke inkrimping van de werkzaamheden van de onderneming (artikel 25 lid 1 en onder d) of van een belangrijke wijziging van de organisatie van de onderneming (artikel 25 lid 1 en onder e WOR). Ook tijdens faillissement zijn dergelijke besluiten niet of niet zonder meer noodzakelijk om de onderneming voort te kunnen zetten, maar kan het zijn dat die werkzaamheden door de curator eenvoudigweg niet nodig geacht worden voor een voortzetting van de onderneming. Wij denken hierbij aan het niet continueren van de werkzaamheden van bepaalde afdelingen van de onderneming (HR, finance, inkoop) of aan het geval dat de curator een verlieslatend deel van de onderneming onmiddellijk staakt. Dergelijke besluiten zal de curator des te eerder nemen indien de bepalingen inzake behoud van rechten van werknemers ook in faillissement gaan gelden.

Een tweede voorbeeld betreft de inschakeling van een externe deskundige, zoals een taxateur of fiscalist, die de curator adviseert over een doorstart (artikel 25 lid 1 sub n WOR). Is die inschakeling *'noodzakelijk'* om de onderneming voort te kunnen zetten en te vervreemden, of vindt die inschakeling plaats *'in het kader'* daarvan? Mede in het licht van het feit dat blijkens het concept van de Memorie van Toelichting sprake is van codificatie van de *DA*-beschikking, pleiten wij er voor tekstueel aansluiting te zoeken bij de woordkeuze van de Hoge Raad.

Ook begrenst het voorgestelde artikel 25 lid 7 WOR het adviesrecht op een wijze die wij niet terug zien in de *DA*-beschikking van de Hoge Raad. In de voorgestelde regeling wordt het adviesrecht gekoppeld aan een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:666 lid 2 BW. Voor een overdracht van onderneming in de zin van de bepalingen de betreffende afdeling is onder meer vereist dat een economische eenheid wordt overgedragen met behoud van identiteit. De zogenoemde Spijker-criteria zijn van kracht. Een overdracht overeenkomstig artikel 25 lid 1 en onder a WOR kent een dergelijke

voorwaarde niet. Naar onze mening zou de verwijzing naar artikel 7:666 lid 2 BW dan ook geen deel uit moeten maken van de regeling in artikel 25 WOR.

Voorstel lid 7

Het voorgaande roept de vraag op waarom niet in alle eenvoud is gekozen voor een nieuw lid 7 waarin het volgende is bepaald:

‘Indien een besluit als bedoeld in lid 1 door de curator, bedoeld in artikel 68, eerste lid, Faillissementswet, wordt genomen in het kader van een voorgenomen voortzetting of overdracht van de onderneming of een onderdeel daarvan, zijn de leden 4 tweede volzin en 6 niet van toepassing. De ondernemingsraad wordt door de curator in de gelegenheid gesteld een advies uit te brengen binnen een door de curator te bepalen termijn. De termijn is in ieder geval niet korter dan drie dagen.’

Uit het bepaalde in het voorgestelde artikel 176a lid 2 Fw volgt ons inziens dat het advies aan de ondernemingsraad gevraagd dient te worden voordat de rechter-commissaris om toestemming wordt gevraagd. Wij sluiten geenszins uit dat vanuit de hoek van curatoren onder meer kritiek zal komen, met name als het advies betrekking heeft op een doorstart, op de (minimale) termijn van drie dagen die gepaard gaat met het krijgen van een advies, en al helemaal indien bedacht wordt dat ook de rechter-commissaris op grond van het voorgestelde artikel 176a lid 1 Fw nog eens een maximale termijn heeft om zijn toestemming te verlenen. Die tijd is er in veel faillissementen niet, zal het betoog van curatoren zijn, en dan werkt het adviesrecht dus contraproductief, onder meer vanuit het perspectief van behoud van werkgelegenheid.

Wij zijn niet helemaal doof voor dergelijke kritiek. Wij zouden ons dan ook kunnen voorstellen dat de termijn die de curator de ondernemingsraad moet stellen om een advies uit te brengen een redelijke termijn overeenkomstig het bepaalde in artikel 25 lid 2 is, te weten een termijn die zodanig is dat het advies van wezenlijke invloed op het te nemen besluit kan zijn. Een aanknopingspunt hiervoor zien wij in de volgende overweging van de Ondernemingskamer in de beschikking inzake Brink’s Nederland: ‘3.7 ... Denkbaar was geweest dat de voorzitter van de ondernemingsraad desnoods telefonisch zou zijn benaderd en dat er overleg had plaatsgevonden over de korte termijn waarop advies moest worden uitgebracht.’ Artikel 25 lid 7 WOR zou dan als volgt komen te luiden:

‘Indien een besluit als bedoeld in lid 1 door de curator, bedoeld in artikel 68, eerste lid, Faillissementswet, wordt genomen in het kader van een voorgenomen voortzetting of overdracht van de onderneming of een onderdeel daarvan, zijn de leden 4 tweede volzin en 6 niet van toepassing. De ondernemingsraad wordt door de curator in de gelegenheid gesteld een advies uit te brengen binnen een door de curator te bepalen redelijke termijn, met inachtneming van het bepaalde in lid 2 tweede volzin.’

Het beroepsrecht van de ondernemingsraad

In de voorgestelde regeling wordt de ondernemingsraad in artikel 26 lid 10 WOR het recht ontzegd beroep in te stellen bij de Ondernemingskamer. Gegeven de snelheid die doorgaans in een faillissement geboden is, en met een blik naar de voorzieningen die de Ondernemingskamer kan treffen, is dit niet onlogisch. Probleem is echter dat de ondernemingsraad buiten faillissement ook beroep kan instellen indien hem ten onrechte niet om advies is gevraagd. Die mogelijkheid komt met artikel 26 lid 10 WOR te vervallen, hetgeen de preventieve werking van de WOR niet ten goede komt. De ondernemingsraad kan immers daardoor moeilijker met kracht een adviesrecht afdwingen.

In plaats van het beroepsrecht ex artikel 26 WOR, krijgt de ondernemingsraad de mogelijkheid ex artikel 67 lid 4 Fw het recht beroep in te stellen tegen het besluit van de rechter-commissaris toestemming te verlenen voor de overdracht. Ook deze regeling gaat er van uit dat de curator heeft voldaan aan zijn

verplichtingen uit hoofde van artikel 25 WOR, terwijl dat blijkt de voorgaande alinea niet zonder meer het geval hoeft te zijn. In dat opzicht kan ons inziens niet worden gesproken van een ‘in de plaats stelling’.

Het bijzondere van de positie van de curator nu is dat hij onder toezicht staat van de rechter-commissaris. Denkbaar is derhalve de ondernemingsraad de mogelijkheid toe te kennen om een beroep te doen op de rechter-commissaris als de curator verplichtingen uit hoofde van de WOR niet nakomt of dreigt niet na te komen. Een dergelijke mogelijkheid laat zich vergelijken met de regeling in artikel 36 lid 2 WOR. In dat licht pleiten wij voor een aanvulling van artikel 69 Fw, in de zin dat ook de ondernemingsraad bij de rechter-commissaris een bevel kan uitlokken dat een curator een bepaalde handeling verricht of nalaat. Het specifiek noemen van de ondernemingsraad is ons inziens nodig, omdat de ondernemingsraad nu eenmaal geen schuldeiser is.

De kosten (artikel 22 WOR)

De kosten die redelijkerwijs nodig zijn voor de vervulling van de taak van de ondernemingsraad, de kosten van te raadplegen deskundigen en de kosten van het voeren van rechtsgedingen komen buiten faillissement ten laste van de ondernemer.

De vraag is hoe in faillissement met deze kosten omgegaan moet worden, met name indien een curator niet bereid is die voor zijn rekening te nemen. Het heeft er de schijn van dat geen sprake is van boedelschulden in de zin van HR 19 april 2013, Koot/Tideman q.q. (ECLI:NL:HR:2013:BY6108). Dat noopt er wellicht toe in artikel 22 WOR op te nemen dat de in lid 2 bedoelde redelijke kosten een boedelschuld vormen.

Afschrift verzoek tot faillietverklaring (artikel 31g WOR)

Tenslotte hebben wij een kleine opmerking met betrekking tot de voorgestelde tekst van artikel 31g lid 2 WOR, waarin is bepaald dat de ondernemer een afschrift van het verzoek tot faillietverklaring aan de ondernemingsraad zendt, indien hij ‘voorziet dat het aannemelijk is’ dat de rechtbank hem in staat van faillissement zal verklaren. Naar onze mening is ‘voorzien’ en ‘aannemelijk is’ in zekere zin dubbelop. Belangrijker wellicht nog is dat er sprake zou moeten zijn van een in zekere zin objectiveerbare verplichting. Wij pleiten er dan ook voor om de woorden ‘*en de ondernemer voorziet dat*’ te schrappen.

Overgang van medezeggenschap

Het leerstuk over overgang van medezeggenschap in geval van overgang van onderneming roept nog steeds vragen op daar artikel 6 Richtlijn 2001/23 niet geïmplementeerd is. Er valt nu in de praktijk doorgaans een juridisch gat in de medezeggenschap. Wij zijn van mening dat zich hier een goede gelegenheid voordoet in deze lacune te voorzien.

Enkele overige opmerkingen

Artikel 7:666b lid 3 BW bevat een bepaling inzake de ketenregeling. Die is onduidelijk. Worden alle arbeidsovereenkomsten tussen de gefailleerde werkgever en werknemer én de daarop volgende arbeidsovereenkomst tussen de verkrijger en de werknemer beschouwd als één arbeidsovereenkomst? Zo ja, hoe moet dan worden aangekeken tegen de arbeidsovereenkomst(en) van de werknemer met voorgaande ‘opvolgend’ werkgevers? Of worden uitsluitend de laatste arbeidsovereenkomst tussen de gefailleerde werkgever en de werknemer, zoals die geldt op het moment van overgang, en de daaropvolgende arbeidsovereenkomst tussen de verkrijger en de werknemer beschouwd als één arbeidsovereenkomst?

Er ontbreekt een regeling overeenkomstig artikel 4 lid 2 Richtlijn 2001/23, in Nederland geïmplementeerd in artikel 7:665 BW, voor de overgang vanuit faillissement. Het voorgestelde artikel 7:666 lid 2 BW

bepaalt immers dat artikel 7:665 BW niet van toepassing is. Dit betekent dat er geen regeling is voor het geval dat de arbeidsovereenkomst wordt verbroken omdat de overgang een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer ten gevolge heeft, en dat dan in weerwil van het risico dat gepaard gaat met de regeling in het voorgestelde artikel 7:666b lid 6 BW. Het verdient aanbeveling hiervoor een regeling op te nemen.

Met vriendelijke groet,



dr. mr. J.J.M. van Mierlo

mr K.M.J.R. Maessen