

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)

MEMORIE VAN TOELICHTING

I Algemeen deel

1. Inleiding

Met dit wetsvoorstel wordt de positie van werknemers in faillissement verbeterd, met name in geval van een overgang van een onderneming in faillissement (ook wel: doorstart). Dit wetsvoorstel wordt ingediend mede namens de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Kort gezegd, 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 en niet meegaan. Voor kleinere ondernemingen (minder dan 20 werknemers) gaan de nieuwe regels voorlopig alleen facultatief gelden. Dit wetsvoorstel bevat daarnaast een regeling van het recht van de ondernemingsraad (OR) om advies uit te brengen over een voorgenomen overgang van onderneming in faillissement. Werknemers die niet bij een doorstart in dienst kunnen komen bij de verkrijger, hebben er belang bij om zo snel mogelijk elders aan de slag te kunnen gaan. Met het oog hierop bevat dit wetsvoorstel een regeling rond het concurrentiebeding in faillissement. 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).

2. Achtergrond en aanleiding voor het wetsvoorstel

2.1 Inleiding

Het huidige recht behelst al verschillende regels die specifiek betrekking hebben op de positie van werknemers in faillissement. Zo omvat artikel 40 Fw een bijzondere ontslagregeling en is in de artikelen 61 tot en met 68 van de Werkloosheidswet de loongarantieregeling opgenomen op basis waarvan werknemers bij het UWV onder meer aanspraak kunnen maken op achterstallig loon, het loon waarop zij na hun ontslag nog recht hebben in verband met de geldende opzegtermijn, vakantiebijslag en een vergoeding van niet opgenomen vakantiedagen. Dit wetsvoorstel voorziet in een aanvulling op deze regels. De wettelijke regeling bestaat uit de volgende hoofdelementen:

- een regeling betreffende overgang van onderneming in faillissement (de artikelen 7:662 lid 1, onderdeel c, 666 leden 2-5 en 666b BW, de artikelen 67, derde en vierde lid, 101, tweede lid, 101a, en 176a Fw en de artikelen 25, zevende, en 26, tiende lid, WOR);
- een regeling rond het concurrentiebeding in geval van faillissement (aanpassing van artikel 7:653 BW);
- het adviesrecht van de OR in faillissement (artikel 25, zevende lid, WOR), en
- de verplichting voor de ondernemer om de OR of de personeelsvertegenwoordiging in te lichten over een op handen zijnde surseance- of faillissementsprocedure (artikel 31a, negende lid, en artikel 35c, derde lid, WOR).

In de volgende paragrafen wordt toegelicht wat de specifieke aanleiding en de achtergrond is van de wettelijke regeling betreffende overgang van onderneming in faillissement en de medezeggenschapsregeling in faillissement.

2.2 Achtergrond nieuwe regeling in het BW betreffende overgang van onderneming in faillissement

Buiten faillissement hebben werknemers bij een overgang van een onderneming de rechten neergelegd in de artikelen 7:662 – 666a en 670 lid 8 BW. Deze bepalingen vormen de implementatie van de Europese Richtlijn 2001/23/EG betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (hierna: de richtlijn).¹ Kort gezegd is in de genoemde bepalingen geregeld dat, als er een overgang van onderneming plaatsvindt, werknemers automatisch in dienst komen bij de verkrijger van de onderneming, tegen dezelfde arbeidsvoorwaarden als zij hadden bij hun oude werkgever. Ontslag vanwege de overgang van onderneming is niet toegestaan. De regeling staat niet in de weg aan ontslagen die losstaan van de overgang van de onderneming, zoals een ontslag wegens verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer. In dat geval moet uiteraard wel zijn voldaan aan de gebruikelijke voorwaarden voor ontslag. Bij een reorganisatie om bedrijfseconomische redenen is voor het ontslag bijvoorbeeld toestemming van het UWV nodig.

Op grond van het huidige artikel 7:666, onderdeel a, BW gelden bovengenoemde bepalingen niet als de overgang van onderneming plaatsvindt terwijl “*de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort*”. Dit betekent dat de verkrijger die een onderneming opkoopt uit een failliete boedel, niet verplicht is om de werknemers mee over te nemen. Hij kan zelf kiezen of hij werknemers in dienst neemt en zo ja, welke. Ook is denkbaar dat hij deze werknemers een dienstverband tegen andere arbeidsvoorwaarden aanbiedt – bijvoorbeeld een tijdelijk dienstverband waar deze werknemers bij de gefailleerde werkgever een vast contract hadden. Grondslag voor de uitzondering in geval van een faillissement vormt artikel 5 lid 1 van de richtlijn. Hierin is bepaald dat de beschermingsregels van de richtlijn niet van toepassing zijn als de overgang plaatsvindt in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure die is gericht op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Wel geeft het genoemde artikel 5 lid 1 van de richtlijn aan lidstaten de optie om deze regels ook in geval van faillissement toe te passen. Achtergrond van artikel 5 lid 1 van de richtlijn is het feit dat verschil van inzicht bestaat over de vraag of toepassing van de beschermingsregels in faillissement wel leidt tot een verbetering van de positie van werknemers. Het is denkbaar dat potentiële verkrijgers door toepassing van deze regels worden weerhouden van het overnemen van de onderneming uit een failliete boedel, waardoor het niet lukt om een doorstart tot stand te brengen en alle arbeidsplaatsen in de onderneming verloren gaan. Ook door de Nederlandse regering is dit indertijd naar voren gebracht.² Gelet op het verschil in inzicht over de wenselijkheid van toepassing van de beschermingsregels in geval van faillissement, is het aan de lidstaten gelaten om hierin een eigen afweging te maken.³

In artikel 7:666, onderdeel a, BW is om bovenstaande reden de keuze gemaakt om de beschermingsregels niet toe te passen in geval van een faillissement. Met name in het kader van de behandeling van het wetsvoorstel inzake de Wet Continuïteit Ondernemingen I (hierna: WCO I) is deze keuze ter discussie gesteld. De WCO I is sinds juni 2016 bij de Eerste Kamer ahangig. Dit wetsvoorstel

¹ Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (PbEU 2001, L 82).

² HvJ EG 7 februari 1985, nr. 135/83, ECLI:EU:C:1985:55 (*Abels/Bedrijfsvereniging MEI*), r.o. 21.

³ Zie HvJ EG 7 februari 1985, nr. 135/83, ECLI:EU:C:1985:55 (*Abels/Bedrijfsvereniging MEI*), r.o. 19-24. Artikel 5 lid 1 van de richtlijn vormt de codificatie van deze rechtspraak.

geeft een wettelijke basis voor de in de praktijk ontwikkelde 'pre-pack methode'. Bij die methode wijst de rechtbank kort voor een verwachte faillietverklaring van een onderneming op verzoek van het bestuur in stilte al aan wie in het faillissement tot curator aangesteld wordt.

Doel daarbij is om het faillissement van een onderneming in relatieve rust voor te bereiden, zodat de daaruit voortvloeiende schade voor betrokkenen – waaronder de schuldeisers, werknemers, afnemers en de maatschappij als geheel – kan worden beperkt. Vaak wordt in de stille voorbereidingsfase ook bekeken of een overname van bedrijfsactiviteiten (ook wel aangeduid als 'doorstart') mogelijk is. In de parlementaire behandeling van de WCO I is de positie van de werknemers bij een bedrijfsovername in faillissement verschillende keren aan de orde geweest. Daarbij is de vrees geuit dat de *pre-pack methode* zou kunnen worden gebruikt om met behulp van een faillissement gemakkelijk personeel te ontslaan, zonder dat daarbij de normale ontslagbescherming hoeft te worden toegepast.⁴ Ook in verschillende Kamervragen is aandacht gevraagd voor de positie van werknemers bij een doorstart in faillissement.⁵ Tijdens de behandeling van de WCO I is in de Tweede Kamer de toezegging gedaan dat hieraan in een separaat wetsvoorstel aandacht zou worden besteed.⁶ Toen de WCO I eenmaal in behandeling was bij de Eerste Kamer, is dit thema extra onder de aandacht gekomen door een uitspraak van het Europese Hof van Justitie (EU-Hof) in de zaak *FNV/Smallsteps*, waarin de vraag aan de orde was of een beroep op de uitzondering van de richtlijn wel mogelijk is als een faillissement is voorbereid met gebruikmaking van de 'pre-pack methode'. Naar aanleiding van deze uitspraak hebben de vakbonden FNV en CNV en de Nederlandse orde van advocaten tijdens de parlementaire behandeling van de WCO I in een brief aan de Eerste Kamer opgeroepen gebruik te maken van de lidstaatoptie om de richtlijn ook van toepassing te verklaren in faillissement, maar daarbij wel gebruik te maken van de ruimte die de richtlijn biedt om de gevolgen hiervan op enkele punten te verzachten.⁷ Ook in de vakliteratuur werden in dit verband suggesties gedaan.⁸ Met dit wetsvoorstel wordt aan deze oproep gehoor gegeven.

Doel van dit wetsvoorstel is om te zorgen voor een betere bescherming van werknemers bij een overgang van onderneming in faillissement. Daarmee wordt het huidige verschil aangepakt tussen de bescherming van werknemers binnen en buiten faillissement. Dit verschil leidt ertoe dat bij een doorstart gemakkelijk het beeld kan ontstaan dat het faillissement met name is gebruikt om op een eenvoudige manier te kunnen reorganiseren en van (bepaald) personeel afscheid te nemen. Dit speelt zeker in gevallen waarin al voorafgaand aan het faillissement voorbereidingen voor de overgang van de onderneming zijn getroffen en de doorstart daarom kort na het uitspreken van het faillissement wordt aangekondigd. Hetzelfde geldt in die situaties waarin de verkrijger die de onderneming overneemt al op een bepaalde manier gelieerd is aan de onderneming, bijvoorbeeld doordat hij aandeelhouder en/of bestuurder is van de gefailleerde vennootschap. In het verleden is in dergelijke gevallen meermaals

⁴ Zie o.a. *Kamerstukken II 2014/15*, 34218, nr. 4, p. 2- 3, 5-6; *Kamerstukken II 2014/15*, 34218, nr. 5, p. 11; *Kamerstukken II 2015/16*, 34218, nr. 8, p. 17, 19, 21; *Kamerstukken I 2016/17*, 34218, C, p. 11.

⁵ Zie *Aanhangsel Handelingen II 2013/14*, nrs. 2581 en 2894; *Aanhangsel Handelingen II 2014/15*, nr. 2393; *Aanhangsel Handelingen II 2016/17*, nrs. 16, 17, 32, 545, 815, 1695 en 2476; *Aanhangsel Handelingen II 2018/19*, nr. 2273.

⁶ *Kamerstukken II 2015/16*, 34 218, nr. 6, p. 5-6.

⁷ Brief van FNV en CNV van 17 oktober 2017 en brief van de Nederlandse orde van advocaten van 19 oktober 2017 (bijlagen bij *Kamerstukken I 2017/18*, 34 218, I).

⁸ Zie onder meer: W.H.A.C. M. Bouwens, W.L. Roozendaal, D.M.A. Bij de Vaate, 'De doorstart in rechtsvergelijkend perspectief', *TAP 2016/172*; L.G. Verburg, 'Smallsteps: en hoe nu verder?' in: Verwey, Broeders & Schreurs (red.), *De curator en het Personeel* (Insolad Jaarboek 2018), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 119-142; W.H.A.C.M. Bouwens, 'Het voetspoor van Smallsteps', *TRA 2018/13*; Ph. W. Schreurs, 'Smallsteps en de grote stappen die nu gezet moeten worden', *ArA 2017* (11).

maatschappelijke onrust ontstaan.⁹ Deze onrust heeft ook te maken met het feit dat de verkrijger die een onderneming opkoopt uit een failliete boedel, vrij is om te kiezen welke werknemers hij mee overneemt. Hij is, anders dan het geval is bij een ontslag om bedrijfseconomische redenen buiten faillissement, niet gebonden aan het afspiegelingsbeginsel. Vaak is daarom niet transparant welke criteria de verkrijger hanteert bij de selectie van personeel. Dit geeft onduidelijkheid bij de werknemers, omdat aan hen niet goed uit te leggen valt waarom bepaalde collega's wel mee overgaan en anderen niet. Uit een studie van het CBS naar de baangevolgen voor werknemers die in dienst waren bij een gefailleerde onderneming die een doorstart heeft gemaakt, blijkt dat jongeren (15 tot 25 jaar) en ouderen (55 jaar of ouder) iets minder vaak overgaan naar het doorgestarte bedrijf. Ook zwangere vrouwen en laagopgeleide werknemers worden iets minder vaak in dienst genomen bij het doorgestarte bedrijf. Oproepkrachten gaan juist iets vaker mee dan werknemers met andere contractvormen.¹⁰ Het verschil in bescherming tussen werknemers binnen en buiten faillissement geeft ook een zeker concurrentievoordeel aan de verkrijger bij een doorstart in faillissement. Na een faillissement kan de verkrijger met de onderneming in afgeslankte vorm verder, met werknemers die hij zelf heeft uitgekozen. Zijn concurrenten zijn echter gebonden aan het reguliere arbeidsrecht als zij afscheid willen nemen van personeel en kunnen bij een reorganisatie wegens bedrijfseconomische redenen niet zelf kiezen welke werknemers zij willen behouden, maar zullen het afspiegelingsbeginsel moeten toepassen.

Het huidige verschil in bescherming van werknemers binnen en buiten faillissement is daarom onwenselijk. Om dit verschil aan te pakken, wordt als gezegd gebruik gemaakt van de lidstaatoptie om de richtlijn ook toe te passen in geval van faillissement. Daarbij is rekening gehouden met het feit dat de omstandigheden bij een overgang van onderneming in faillissement anders zijn dan bij een reguliere overgang van onderneming buiten faillissement. Bij een overname vanuit faillissement zal het voor de verkrijger over het algemeen noodzakelijk zijn om te reorganiseren om de onderneming weer financieel gezond te maken; dergelijke noodzakelijke reorganisaties moeten mogelijk blijven. In faillissement is bovendien altijd sprake van een financieel instabiele onderneming. In die situatie is van belang dat de overgang van de onderneming zo spoedig mogelijk kan plaatsvinden. Gebeurt dit niet, dan komt de onderneming doorgaans definitief stil te vallen met als gevolg dat alle werknemers hun baan verliezen en zowel de maatschappelijke schade als de individuele schade voor betrokkenen – waaronder werknemers, crediteuren en afnemers – toeneemt. Het eenvoudigweg schrappen van de uitzonderingsregel in artikel 7:666, onderdeel a, BW is daarom geen geschikte oplossing. In plaats daarvan is voorzien in een specifieke wettelijke regeling voor een overgang van onderneming in faillissement, waarbij met bovenstaande belangen zoveel mogelijk rekening is gehouden. Qua beschermingsniveau voor de werknemer komt de regeling betreffende overgang van onderneming in faillissement die zal worden opgenomen in het BW zoveel mogelijk overeen met de bestaande regeling betreffende overgang van onderneming op basis van de artikelen 7:662 – 666a en 670 lid 8 BW, met dien verstande dat de door de richtlijn geboden keuzes zijn benut om de gevolgen van toepassing van de richtlijn te verzachten door schulden die al verschuldigd waren voor de overgang niet mee over te laten gaan en aanpassing van de arbeidsvoorwaarden onder strikte voorwaarden toe te staan. De regeling maakt het verkrijger mogelijk om noodzakelijke reorganisaties door te voeren, doordat afscheid genomen kan worden van personeel als dit wegens bedrijfseconomische omstandigheden noodzakelijk is. Hiervoor is, anders dan buiten faillissement, geen toestemming nodig van het UWV. In plaats daarvan is voorzien in een snelle procedure waarin de curator toestemming vraagt aan de rechter-commissaris voor het aangaan van de koopovereenkomst waarbij de onderneming overgaat op de verkrijger. Daarbij toetst de rechter-commissaris of – als niet al het personeel mee overgaat – sprake is van

⁹ Zie bijvoorbeeld *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, nrs. 2581, 2894 en 2903 (n.a.v. faillissementen bij Neckerman en Estro); *Aanhangsel Handelingen II* 2014/15, nrs. 38, 625 en 2393 (n.a.v. faillissementen bij Estro, Triodus Kinderopvang en Princen TransMission); *Aanhangsel Handelingen II* 2016/17, nrs. 16, 17, 32 (n.a.v. faillissement bij McGregor).

¹⁰ C. Bloemendal, *Doorstart na faillissement fase II*, CBS, 29 maart 2018, p. 15.

bedrijfseconomische redenen die hiertoe noodzaken en of de voorziene overgang ook overigens voldoet aan de regeling in het BW betreffende overgang van onderneming in faillissement.

Voor de betrokkenen biedt de wettelijke regeling de volgende voordelen.

- Voor de betrokken werknemers is van belang dat de wettelijke regeling ervoor zorgt:
 - a. dat alle werknemers die ten tijde van de faillietverklaring in dienst zijn bij de gefailleerde werkgever, in principe onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst komen bij de verkrijger, of
 - b. dat als dit niet mogelijk is – omdat er bij de overgang arbeidsplaatsen verdwijnen en dit het gevolg is van bedrijfseconomische omstandigheden – op een objectieve en transparante manier wordt bepaald welke werknemers wel en niet in de gelegenheid worden gesteld om bij de verkrijger in dienst te komen. De rechter-commissaris in het faillissement toetst of hieraan wordt voldaan.
- Concurrerende ondernemers hebben er baat bij dat de wettelijke regeling tot gevolg heeft dat de arbeidsrechtelijke positie van werknemers binnen en buiten faillissement meer op elkaar aansluit. Dit leidt tot verkleining van het concurrentievoordeel dat nu bestaat bij een doorstart in faillissement. Bij een doorstart wordt de onderneming als het ware uit het faillissement gelicht en kan deze schuldenvrij en eventueel met minder personeel worden voortgezet. Concurrenten moeten hun schulden zelf blijven dragen. Bij een doorstart vanuit faillissement bestaat er als gezegd voor verkrijgers veel ruimte om zelf te bepalen welke werknemers van de gefailleerde werkgever zij na de overgang wel of niet willen overnemen en tegen welke arbeidsvoorwaarden. Buiten faillissement zijn concurrenten bij een reorganisatie waarbij verlies van arbeidsplaatsen onvermijdelijk is, gebonden aan het reguliere arbeidsrecht.
- Ook werpt de wettelijke regeling een extra drempel op tegen misbruik van het faillissement met als doel om de regels betreffende ontslagbescherming te omzeilen en werknemers op die manier rechten te ontnemen. Dit komt omdat er meer eisen gesteld worden met betrekking tot de overname van personeel bij een bedrijfsovername in faillissement.
- Voor potentiële verkrijgers biedt de nieuwe regeling meer zekerheid omtrent de kosten van de overgang en stelt hen in staat een verantwoord bod te doen. Uit de uitspraken van het EU-Hof in de zaken *FNV/Smallsteps* en *FNV/Heiploeg*, waarin overnames centraal stonden die tijdens een *pre-pack procedure* waren voorbereid, blijkt dat de beschermingsregels van de richtlijn niet zonder meer in ieder faillissement buiten toepassing kunnen blijven, maar dat in elke afzonderlijke situatie dient te worden nagegaan of de faillissementsprocedure gericht is op de liquidatie van het vermogen van de failliete werkgever en niet op een voortzetting van de activiteit van de onderneming.¹¹ Dit kan in een concreet geval onzekerheid meebrengen over de vraag of een beroep op de uitzondering van artikel 7:666, onderdeel a, BW al dan niet mogelijk is. Met de nieuwe regeling is het niet langer afhankelijk van een beoordeling van de specifieke omstandigheden van het individuele geval welke rechten werknemers hebben, maar volgt dit rechtstreeks uit de wettelijke regeling.

Tegelijkertijd wordt onderkend dat de introductie van de wettelijke regeling ook tot gevolg heeft dat in het proces rondom een bedrijfsovername meer onderzoek moet worden verricht en meer verantwoording moet worden afgelegd. Dit leidt tot hogere transactiekosten. Ook vergt dit meer voorbereidingstijd. Zoals eerder opgemerkt, is 'tijd' echter iets waaraan in een faillissementssituatie veelal een gebrek is. Als een bedrijfsovername meer tijd gaat vergen en meer kosten gaat meebrengen, kan dat vooral voor overnamekandidaten die niet al op enigerlei wijze gelieerd zijn aan de onderneming, reden zijn om geen overnamebod te doen. Een belangrijk uitgangspunt bij het ontwerpen van de nieuwe regeling was om dit mogelijke effect zoveel mogelijk tegen te gaan. Daarom is ervoor gezorgd dat de voorziene procedure snel en efficiënt kan worden toegepast en dat binnen afzienbare tijd duidelijk wordt of een overgang van onderneming in faillissement haalbaar is. Verder geldt dat tijd gewonnen kan

¹¹ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV/Smallsteps*), r.o. 47-52 ; HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321 (*FNV/Heiploeg*), r.o. 53.

worden als de voorbereidingen die nodig zijn om de bedrijfsovername tot stand te brengen, al voor de faillietverklaring – al dan niet met gebruikmaking van de *'pre-pack methode'* – in gang worden gezet. Het streven is daarom om de nieuwe regeling tegelijkertijd in werking te laten treden met wetgeving die een basis biedt voor de *'pre-pack methode'*. De WCO I, die op dit moment aanhangig is in de Eerste Kamer, biedt een dergelijke regeling. Er lopen echter ook Europese onderhandelingen over een richtlijnvoorstel, waarin een regeling van de *'pre-pack methode'* is opgenomen. Het is daarom ook mogelijk dat de *'pre-pack methode'* geregeld zal worden in een wet ter implementatie van deze richtlijn.

Hoewel de nieuwe regeling is ontworpen zodat deze snel en efficiënt kan worden toegepast, is niet uit te sluiten dat de nieuwe regeling voor sommige overnamekandidaten reden zal zijn om af te zien van het uitbrengen van een bod en er hierdoor minder doorstarts tot stand zullen komen. In de consultatie is erop gewezen dat dit risico met name groot is bij kleinere ondernemingen. Deze ondernemingen zullen namelijk minder vaak al voorafgaand aan het faillissement voorbereidingen kunnen treffen voor de bedrijfsovername, o.a. omdat de kosten die hieraan verbonden zijn voor hen zwaarder wegen: zij zullen de benodigde kennis minder vaak zelf in huis hebben en ook minder snel de kosten voor extern advies kunnen dragen. Daar komt nog bij dat de precieze samenstelling van het personeel bij kleine ondernemingen nauwer steekt, omdat sprake is van een klein team waarin de verschillende werknemers vaak veel met elkaar te maken zullen hebben. Niet ondenkbaar is dat een potentiële verkrijger afziet van een overname als een belangrijke oorzaak van het faillissement is dat binnen een klein team bepaalde werknemers niet met elkaar overweg kunnen, terwijl de nieuwe regeling ertoe verplicht om juist deze werknemers mee over te nemen. Om deze reden zal de nieuwe regeling voor kleinere ondernemingen voorlopig alleen facultatief gelden. In het wetsvoorstel wordt een grondslag opgenomen om bij algemene maatregel van bestuur nader te bepalen welke ondernemingen kwalificeren als 'kleine onderneming'. Dit biedt de mogelijkheid om de effecten van de nieuwe regeling te monitoren en aan de uitzondering, naar gelang deze effecten, een ruimer dan wel beperkter bereik te geven. In eerste instantie zal de uitzondering komen te gelden voor ondernemingen waar op de dag van de faillietverklaring minder dan 20 personen werkzaam zijn. Dit sluit aan bij de verplichting tot melding van een collectief ontslag¹² en stemt overeen met het advies van de Commissie insolventierecht.¹³ De richtlijn brengt mee dat voorwaarde voor het buiten toepassing laten van de nieuwe regels wel is dat de overgang plaatsvindt in een faillissementsprocedure die gericht is op de liquidatie van het vermogen van de werkgever. Zoals hierboven is besproken, blijkt uit de rechtspraak van het EU-Hof dat in elke afzonderlijke situatie zal moeten worden nagegaan of aan deze voorwaarde is voldaan.¹⁴ Als een verkrijger van een kleine onderneming de onzekerheid die hieruit voortvloeit wil vermijden, kan hij ervoor kiezen toch de nieuwe regels toe te passen. Het wetsvoorstel geeft hem deze mogelijkheid. Kiest de verkrijger er niet voor om de nieuwe regels toe te passen, dan introduceert dit wetsvoorstel nog wel enkele lichtere verplichtingen voor de verkrijger ter verbetering van de positie van werknemers (zie ook hierna, paragraaf 3.7).

Bij de voorbereiding van dit wetsvoorstel zijn verschillende alternatieve mogelijkheden onderzocht. Zo is gekeken naar een regeling die enkel geldt voor doorstarts die voorafgaand aan het faillissement zijn voorbereid. Zoals hierboven is beschreven, ontstaat juist bij voorbereide doorstarts snel het beeld dat het faillissement eigenlijk niet nodig was en vooral is gebruikt om afscheid te kunnen nemen van een deel van het personeel. Nadeel van deze optie is echter dat niet altijd gemakkelijk valt na te gaan of er voorafgaand aan een faillissement al voorbereidingen zijn getroffen voor de overgang van de onderneming. Als sprake is geweest van toepassing van de *'pre-pack methode'* zal dit gemakkelijk vast te stellen zijn, maar ook buiten de gevallen van inzet van de *'pre-pack methode'* kunnen voorafgaand

¹² Zie artikel 3 lid 1 van de Wet melding collectief ontslag.

¹³ Advies Commissie insolventierecht inzake het voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement, nr. 20.

¹⁴ HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321 (*FNV/Heiploeg*), r.o. 53.

aan het faillissement voorbereidingen voor een overgang zijn getroffen. Daarmee rijst de vraag welke mate van voorbereiding vereist zou zijn voor toepassing van het nieuwe regime. Een voor de praktijk hanteerbaar criterium is hier niet gemakkelijk te formuleren. Bovendien heeft deze optie als nadeel dat deze bedrijven mogelijk stimuleert om geheel onvoorbereid een faillissement in te gaan, terwijl het voor alle betrokkenen juist wenselijk is dat de bestuurders met verschillende scenario's rekening houden, waaronder dat van een faillissement. Een andere optie die is onderzocht is het enkel van toepassing verklaren van de nieuwe regeling in gevallen waarin de verkrijger op een bepaalde manier gelieerd is aan de onderneming die hij overneemt, bijvoorbeeld doordat hij een aandeelhouder en/of bestuurder is van de gefailleerde rechtspersoon. Juist in die gevallen bestaat als gezegd de vrees dat het faillissement wordt gebruikt om gemakkelijk personeel te kunnen ontslaan. In deze optie zal in de wet moeten worden neergelegd welke partijen gelden als "gelieerde partijen" voor wie de nieuwe regeling geldt. Om te voorkomen dat de regeling gemakkelijk kan worden ontdoken, is hiervoor een ingewikkelde definitie nodig, die tot veel discussies zal kunnen leiden bij de toepassing ervan. Ontduiking is bovendien zelfs met dergelijke ingewikkelde regelgeving niet geheel uit te sluiten. Om de genoemde redenen is niet gekozen voor bovenstaande alternatieven. In plaats daarvan biedt dit wetsvoorstel een brede regeling die in beginsel van toepassing is op iedere overgang van onderneming in faillissement. Uitzondering geldt alleen voor kleine ondernemingen; voor deze ondernemingen wordt de nieuwe regeling facultatief.

2.3 Medezeggenschapsregeling in faillissement

Op 6 juni 2017 heeft de Hoge Raad zich in de *DA-beschikking*¹⁵ uitgesproken over de vraag of de WOR ook van toepassing is in faillissement. Moet de curator bijvoorbeeld advies vragen aan de OR wanneer hij voornemens is de onderneming van de failliet te verkopen? Het oordeel van de Hoge Raad komt er, kort gezegd, op neer dat artikel 25 van de WOR in principe ook tijdens een faillissement van toepassing is. Het adviesrecht van artikel 25 WOR ziet volgens de Hoge Raad in beginsel echter niet op besluiten die gericht zijn op liquidatie van het (ondernemings)vermogen. De curator moet de OR – kort gezegd – wel advies vragen als hij:

- de onderneming in faillissement tijdelijk voortzet en in dat kader een besluit wil nemen als bedoeld in artikel 25, eerste lid, WOR, of
- de onderneming wil laten doorstarten en daarbij het vooruitzicht bestaat dat arbeidsplaatsen behouden blijven.

Omdat toepassing van de formele eisen die zijn opgenomen in het tweede tot en met het zesde lid van artikel 25 WOR in faillissement niet altijd mogelijk is, mag de curator hiervan volgens de Hoge Raad afwijken.

In dit wetsvoorstel wordt dit arrest van de Hoge Raad gecodificeerd. Daartoe wordt aan artikel 25 WOR een nieuw zevende lid toegevoegd. Hierin wordt geregeld hoe het adviesrecht van de OR in faillissement toegepast moet worden. Als er een mogelijkheid bestaat om de onderneming te laten doorstarten, moet de curator hierover snel een beslissing kunnen nemen. Hetzelfde geldt als de curator de onderneming tijdelijk wil voortzetten. Gelet hierop wordt in de nieuwe bepaling een termijn ingevoerd waarbinnen de OR advies kan uitbrengen en hoeft de curator bij afwijking van het advies van de OR zijn beslissing niet met een maand op te schorten. De curator bepaalt de adviestermijn en deze mag niet korter zijn dan drie dagen. Daarbij is van belang dat uit artikel 2 van de Algemene termijnenwet volgt dat deze driedagentermijn, zo nodig, wordt verlengd zodat daarin ten minste twee dagen voorkomen die niet een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag zijn. Verder is artikel 26 WOR, op basis waarvan de OR bij de Ondernemingskamer beroep kan instellen tegen een besluit, niet van toepassing in faillissement. In plaats daarvan regelt dit wetsvoorstel dat de OR op basis van artikel 69 Fw bij de rechter-commissaris op kan komen tegen het besluit van de curator. Ziet het besluit op een overgang van onderneming onder de nieuwe wettelijke regeling, dan geldt dat de rechter-commissaris de OR dient te horen voordat

¹⁵ HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982.

hij beslist over de toestemming voor de verkoop van de onderneming en in dit verband de bezwaren van de OR mee kan wegen.

2.4 Concurrentiebeding in faillissement

In de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de gefailleerde werkgever kan een concurrentiebeding zijn opgenomen waarbij de werknemer beperkt wordt in zijn vrijheid om na het einde van de arbeidsovereenkomst te werken bij een concurrerende werkgever of als zelfstandige. Het faillissement van de werkgever leidt niet automatisch tot verval van dat beding. Dit is ook niet wenselijk, omdat de curator belang kan hebben bij handhaving van het beding als hij probeert een verkoop *going concern* van de onderneming te bewerkstelligen. Als de werknemer echter niet de mogelijkheid krijgt om in het kader van een overgang van onderneming zijn vroegere werkzaamheden bij de verkrijger te hervatten, heeft hij er belang bij om zo spoedig mogelijk elders aan het werk te gaan. Daarom wordt aan artikel 7:653 BW een nieuw zesde lid toegevoegd waarin is bepaald dat een concurrentiebeding in dat geval automatisch vervalt.

Dit voorstel is gebaseerd op het huidige wettelijke kader rond het concurrentiebeding. Op dit moment loopt er ook een wetstraject dat meer in zijn algemeenheid beoogt het concurrentiebeding te moderniseren.¹⁶ Dit laatste wetstraject zal aanzienlijke gevolgen hebben voor de mogelijkheden om in geval van een faillissement een beroep te doen op een concurrentiebeding.¹⁷ Uiteraard zullen beide trajecten steeds op elkaar afgestemd worden.

3. Beschrijving van de inhoud van de nieuwe regeling in het BW betreffende overgang van onderneming in faillissement

3.1 Inleiding

Kern van het wetsvoorstel betreft de introductie in het BW van een nieuwe regeling betreffende overgang van onderneming in faillissement. De nieuwe regeling sluit zoveel mogelijk aan bij de regeling die nu al van toepassing is op een overgang van onderneming buiten faillissement op basis van de artikelen 7:662 – 666a en 670 lid 8 BW. Dit betekent in ieder geval dat de nieuwe regeling alleen van toepassing is als bij een bedrijfsovername sprake is van een overgang van onderneming in de zin van deze bepalingen. Uit jurisprudentie van het EU-Hof volgt dat voor de vraag of sprake is van een overgang van onderneming beslissend is of de identiteit van de betrokken onderneming of een onderdeel daarvan bewaard blijft.¹⁸ Om vast te stellen of hieraan is voldaan, moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden rondom de bedrijfsovername. Daarbij kan gedacht worden aan: de aard van de betrokken onderneming, het al dan niet overdragen van de materiële activa zoals gebouwen en roerende goederen, de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht, het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer, het al dan niet overdragen van de klantenkring, de mate waarin de bedrijfsactiviteiten voor en na de bedrijfsovername met elkaar overeenkomen en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten.

Ook is zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de huidige wet- en regelgeving over ontslag die van toepassing is wanneer een ondernemer buiten faillissement genoodzaakt is maatregelen te treffen om het voortbestaan van de onderneming zeker te kunnen stellen en waarbij verlies van arbeidsplaatsen onvermijdelijk is. Dit laatste ziet vooral op de regelingen in de artikelen 7:669 lid 1 en lid 3, onderdeel

¹⁶ Zie het voorontwerp voor een Wet modernisering concurrentiebeding, te vinden op www.internetconsultatie.nl.

¹⁷ Zie ook paragraaf 2.9 van de toelichting bij het voorontwerp Wet modernisering concurrentiebeding.

¹⁸ HvJ EG 18 maart 1986, C-24/85, ECLI:EU:C:1986:127 (*Spijkers/Benedik*). Zie ook: HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:830.

a, 671a, 671b en 681 lid 1, onderdeel d, BW – alsmede de daarop gebaseerde bepalingen in de Ontslagregeling en de uitvoeringsregels van het UWV – betreffende respectievelijk de opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst als gevolg van verlies van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden en de wederindienstredingsvoorwaarde na ontslag op bedrijfseconomische gronden.

In de volgende paragrafen wordt toegelicht wat de elementen van dit deel van het wetsvoorstel op hoofdlijn inhouden.

3.2 Alle werknemers mee over, tenzij er bedrijfseconomische omstandigheden zijn die leiden tot verlies van arbeidsplaatsen

Uitgangspunt van de regeling is dat ook bij een overgang van onderneming in faillissement alle arbeidsovereenkomsten met de werknemers die op het moment van de faillietverklaring bij de gefailleerde werkgever in dienst zijn en in de onderneming werken, van rechtswege overgaan op de verkrijger in de stand waarin die overeenkomsten zich op dat moment bevinden (artikelen 7:663, eerste volzin, en 666 lid 5 (nieuw) BW). In faillissement worden de arbeidsovereenkomsten met de werknemers veelal kort na de faillietverklaring op basis van artikel 40 Fw door de curator opgezegd, zodat de loongarantieregeling in werking kan treden en doorbetaling van het loon gedurende de opzegtermijn van maximaal zes weken veilig wordt gesteld. Bij een overgang van onderneming in faillissement zullen de arbeidsovereenkomsten op het moment van de overgang dus doorgaans al rechtsgeldig zijn opgezegd. Dit betekent dan dat de werknemers bij de overgang weliswaar in dienst komen bij de verkrijger, maar uitsluitend voor de resterende duur van de opzegtermijn. Bedoeling van de regeling is echter dat de 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 de verkrijger. Gelet daarop is in het nieuwe artikel 7:666b lid 1 BW bepaald dat de verkrijger alle werknemers ten aanzien van wie de arbeidsovereenkomst is opgezegd, een nieuwe arbeidsovereenkomst moet aanbieden op basis waarvan zij op het moment van de overgang bij hem in dienst treden. Daarbij moet – gelet op artikel 7:666b lid 10, onderdeel a – in beginsel sprake zijn van dezelfde arbeidsvoorwaarden als onder de arbeidsovereenkomst met de gefailleerde werkgever, voordat deze werd opgezegd door de curator. Aanvaardt de werknemer de nieuwe arbeidsovereenkomst, dan vangt deze aan op het tijdstip van de overgang en eindigt – voor zover dit niet al het geval was – op dat moment de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de gefailleerde werkgever.

Op deze regel wordt één belangrijke uitzondering gemaakt. Als er objectieve – dat wil zeggen op feiten berustende – bedrijfseconomische omstandigheden zijn die noodzakelijkerwijs leiden tot verlies van arbeidsplaatsen, hoeft de verkrijger niet alle werknemers een dienstverband aan te bieden. Het gaat hierbij om het vervallen van arbeidsplaatsen ongeacht op welke basis (vast en/of tijdelijk) of met welke urenomvang (voltijd of deeltijd) de werknemers werkzaam zijn. De rechter-commissaris toetst of hieraan is voldaan bij het verlenen van toestemming voor het onderhands verkopen van de goederen in het kader van de overgang van onderneming (zie hierna, paragraaf 3.5). Deze uitzondering heeft de volgende achtergrond. Betrokkenen – waaronder in de eerste plaats de bij het faillissement betrokken schuldeisers en werknemers – hebben er belang bij dat er in faillissement bedrijfsovernames kunnen blijven plaatsvinden, omdat daarmee banen bij de onderneming behouden kunnen blijven en dit over het algemeen ook de hoogste opbrengst voor schuldeisers oplevert. Om dit mogelijk te maken moet er ruimte zijn voor de verkrijger om maatregelen te kunnen nemen als dat nodig is om het voortbestaan van de onderneming ook op langere termijn te kunnen verzekeren.

De richtlijn laat bovendien de ruimte voor deze uitzondering. Hoewel op grond van artikel 4 van de richtlijn de overgang van de onderneming op zichzelf geen reden mag zijn voor ontslag, bepaalt de

richtlijn ook dat deze bepaling geen beletsel vormt voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen (hierna: ETO-redenen). Achtergrond van deze bepaling is dat het voor de verkrijger mogelijk moet zijn wijzigingen door te voeren in de organisatie van de onderneming die hij overneemt, zeker wanneer het doel van de overname is het weer gezond maken van een onderneming die in moeilijkheden verkeert.¹⁹ Ook uit de rechtspraak van het EU-Hof rond de toepasselijkheid van de richtlijn op niet op liquidatie gerichte insolventieprocedures, kan worden afgeleid dat het volgens het EU-Hof mogelijk moet zijn om op grond van ETO-redenen een reorganisatie door te voeren van een onderneming met financiële problemen. In deze zaken verwerpt het EU-Hof het betoog dat toepassing van de richtlijn voor werknemers minder gunstig zou kunnen zijn omdat een potentiële verkrijger er liever van afziet de onderneming te kopen indien hij het overvloedige personeel van de overgedragen onderneming moet aanhouden. Het EU-Hof verwerpt dit betoog, omdat de richtlijn geen beletsel vormt voor ontslagen wegens ETO-redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen.²⁰

Blijkens de jurisprudentie van het EU-Hof mag de overgang niet de enige reden zijn voor het ontslag, maar moet er sprake zijn van aanvullende omstandigheden die geen intrinsiek verband houden met de overgang.²¹ In de *Plessers*-uitspraak benadrukt het EU-Hof dat de *ontslagen* in het kader van de overgang moeten zijn te wijten aan ETO-redenen. Een wettelijke regeling voldoet niet aan de richtlijn als de verkrijger op basis van ETO-redenen de werknemers kiest wier arbeidsovereenkomst overgaan.²² De concrete voorbeelden die tot nu toe in de rechtspraak van het EU-Hof zijn gegeven van ETO-redenen betroffen de volgende situaties. In één situatie werd het een verkrijger niet toegestaan om het huurcontract van de vervreemder over te nemen. Daardoor kon hij de bedrijfsvoering op de desbetreffende locatie niet voortzetten en het was voor hem ook niet mogelijk om een andere bedrijfsruimte te vinden of om het personeel naar andere winkels over te brengen. In een andere situatie viel vrij plotseling een belangrijke opdrachtgever weg.²³

Hoewel de voorbeelden beperkt zijn, kan hieruit worden afgeleid dat ETO-redenen vergelijkbaar zijn met '*bedrijfseconomische omstandigheden*' in de zin van de ontslaggrond die is opgenomen in artikel 7:669 lid 3, onderdeel a, BW. De lidstaten hebben bovendien de ruimte om in hun wetgeving nader invulling te geven aan het begrip ETO-redenen, zolang zij hiermee binnen de door het EU-Hof uitgezette grenzen blijven.²⁴ 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). Dit heeft als voordeel dat de jurisprudentie die op basis van artikel 7:669 lid 3, onderdeel a, BW tot ontwikkeling is gekomen en nog komt, ook illustratief is in het kader van de toepassing van de nieuwe regeling. Ditzelfde geldt ook voor de uitleg die het UWV heeft gegeven over het begrip '*bedrijfseconomische omstandigheden*'.

¹⁹ Zie de toelichting van de Europese Commissie in het kader van de voorbereiding van de voorloper van de richtlijn; COM (1974) 351, p. 7 (toelichting op artikel 4) en COM (1975) 429 def., p. 9 (toelichting op artikel 6).

²⁰ HvJ EG 25 juli 1991, C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326 (*D'Urso*), r.o. 18-19; HvJ EG 7 december 1995, C-472/93, ECLI:EU:C:1995:421 (*Spano*), r.o. 34.

²¹ HvJ EG 15 juni 1988, C-101/87, ECLI:EU:C:1988:308 (*Bork International*), r.o. 18; HvJ EG 16 oktober 2008, C-313/07, ECLI:EU:C:2008:574 (*Kirtruna en Vigano*), r.o. 46; HvJ EU 7 augustus 2018, C-472/16, ECLI:EU:C:2018:646 (*Colino Sigüenza*), r.o. 53; HvJEU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424 (*Plessers*), r.o. 54.

²² HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424 (*Plessers*), r.o. 56-59.

²³ HvJ EU 16 oktober 2008, C-313/07, ECLI:EU:C:2008:574 (*Kirtruna en Vigano*), r.o. 45 en 46; HvJ EU 7 augustus 2018, C-472/16, ECLI:EU:C:2018:646 (*Colino Sigüenza*), r.o. 53-55.

²⁴ Vgl. de toelichting van de Europese Commissie op artikel 4 in het kader van de voorbereiding van de voorloper van de richtlijn; COM (1974) 351, p. 7 (toelichting op artikel 4) en COM (1975) 429 def, p. 9 (toelichting op artikel 6). De Europese Commissie benadrukt dat het primair aan de wetgever en de rechterlijke instanties van de lidstaten is om aan te geven welke dwingende vereisten voldoende reden voor ontslag opleveren.

In de context van de nieuwe regeling kan bij '*bedrijfseconomische omstandigheden*' die leiden tot verlies van arbeidsplaatsen gedacht worden aan de volgende situaties:

- een slechte financiële situatie van de onderneming die ook na de overgang nog steeds een rol speelt;
- een werkvermindering, bijvoorbeeld doordat klanten in de hectiek van het faillissement zijn weggelopen;
- een bedrijfsverhuizing, en
- organisatorische en/of technologische veranderingen, zoals een verdere automatisering van de bedrijfsvoering.

In de praktijk kan zich ook een combinatie van bedrijfseconomische omstandigheden voordoen. De verkrijger moet bij de rechter-commissaris aannemelijk maken dat sprake is van objectieve – dat wil zeggen op feiten berustende – bedrijfseconomische omstandigheden waardoor er – ten behoeve van een doelmatige bedrijfsvoering – maatregelen getroffen moeten worden die leiden tot het structureel vervallen van arbeidsplaatsen. In het voorgestelde artikel 666b lid 2 is bepaald dat dit bezien moet worden over een toekomstige periode van 26 weken vanaf de overgang. Of sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden moet worden getoetst ten aanzien van (het onderdeel van²⁵) de onderneming die overgaat. Bij deze toets spelen niet alleen de omstandigheden voorafgaand aan de overgang een rol, maar moet ook worden gekeken naar de verwachtingen die ten aanzien van de onderneming bestaan gedurende een periode van 26 weken na de overgang. Een relevante omstandigheid kan bijvoorbeeld zijn dat blijkt dat de verkrijger na de overgang de huurovereenkomst van een van de bedrijfsruimten (bijvoorbeeld in geval van overname van een winkelketen een van de winkelpanden) niet zal kunnen overnemen en het ook niet mogelijk is om gebruik te maken van een andere bedrijfsruimte. Ook het voornemen van de verkrijger de onderneming samen te voegen met een al bestaande onderneming kan bij deze beoordeling van belang zijn. Een fusie kan bijvoorbeeld meebrengen dat het om organisatorische redenen noodzakelijk is om arbeidsplaatsen te laten vervallen om te voorkomen dat voor bepaalde taken een dubbele bezetting ontstaat.²⁶ Uiteraard zal de verkrijger – eventueel op langere termijn – winst willen maken met de onderneming die hij overneemt. Van hem wordt dus niet verwacht dat hij deze onderneming met verliezen voortzet en deze verliezen vervolgens compenseert met de winsten van zijn eigen, al bestaande onderneming. De winstgevendheid van een al bestaande onderneming van de verkrijger brengt dus niet automatisch mee dat van bedrijfseconomische omstandigheden geen sprake kan zijn. Het begrip "bedrijfseconomische omstandigheden" dient richtlijnconform te worden uitgelegd, zodat bij de invulling hiervan acht geslagen zal moeten worden op de jurisprudentie van het EU-Hof ten aanzien van "ETO-redenen".

Voor zover de verkrijger er niet in slaagt om aan te tonen dat sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden, dienen de arbeidsovereenkomsten mee over te gaan. In overeenstemming met de *Plessers*-uitspraak van het EU-Hof vereist de voorgestelde wettelijke regeling dus dat *het verval* van arbeidsplaatsen berust op bedrijfseconomische omstandigheden. Werknemers aan wie vanwege bedrijfseconomische omstandigheden geen aanbod wordt gedaan tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst, kunnen in sommige gevallen op grond van artikel 7:663 BW wel tijdelijk in dienst komen bij de verkrijger, namelijk gedurende de opzegtermijn van de arbeidsovereenkomst met de failliete werkgever. De richtlijn vereist dat alle arbeidsovereenkomsten die op het moment van de overgang bestaan, mee overgaan op de verkrijger.²⁷ Dit geldt ook voor arbeidsovereenkomsten die door de curator al zijn opgezegd, maar waarvan de opzegtermijn nog loopt. Enerzijds geeft dit de verkrijger na de overgang mogelijk nog enige tijd om in kaart te brengen aan welke werknemers hij op grond van de selectiemethode een aanbod moet doen, nu alle werknemers tot de afloop van de opzegtermijn bij

²⁵ Zie artikel 7:662 lid 2 BW.

²⁶ Vgl. de toelichting van de Europese Commissie op artikel 4 in het kader van de voorbereiding van de voorloper van de richtlijn; COM (1974) 351, p. 7.

²⁷ Zie o.a. HvJ EU 25 juli 1991, C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326, m.n. r.o. 12.

hem in dienst zijn en daarmee werkzaamheden voor hem kunnen verrichten. Anderzijds is de verkrijger tot de afloop van de opzegtermijn natuurlijk wel verplicht om ook het loon aan de werknemers te betalen aan wie hij (uiteindelijk) geen aanbod doet. Deze werknemers komt daarmee geen beroep meer toe op de loongarantieregeling voor de loonvorderingen die na de overgang ontstaan. Nu sprake is van een opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens faillissement, is de oorspronkelijke werkgever geen transitievergoeding verschuldigd (zie artikel 7:673c lid 1 BW). Hetzelfde geldt op grond van artikel 7:663 BW voor de verkrijger; op hem gaan immers enkel de rechten en verplichtingen over die op het tijdstip van de overgang voor de oorspronkelijke werkgever voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst.

De curator is degene die – vanuit zijn rol als vereffenaar van het vermogen van de failliet – in onderhandeling treedt met potentiële verkrijgers over de overname van de onderneming. Als een bedrijfsovername aangemerkt moet worden als een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW, brengt de nieuwe regeling mee dat de curator een aanbod van een beoogd verkrijger slechts kan aanvaarden als voldaan is aan de regeling betreffende overgang van onderneming in faillissement. Daarmee is de curator dus de eerste die toetst of het overnameplan van de verkrijger voldoet aan die regeling. De curator dient de OR advies te vragen over de bedrijfsovername (artikel 25, zevende lid, WOR). Om daadwerkelijk over te kunnen gaan tot een verkoop, heeft de curator toestemming nodig van de rechter-commissaris (zie paragraaf 3.5). Is bij een onderhandse verkoop sprake van een overgang van onderneming en stelt de verkrijger dat hij niet al het personeel kan overnemen, dan volgt – overeenkomstig artikel 4 lid 1 van de richtlijn – uit de nieuwe wettelijke regeling dat de rechter-commissaris na een kort, maar kritisch inhoudelijk onderzoek moet kunnen vaststellen of voldoende aannemelijk is gemaakt dat er sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden die het noodzakelijk maken om maatregelen te treffen waardoor er arbeidsplaatsen verloren gaan. Alleen dan hoeft de verkrijger niet al het personeel over te nemen. Als dit het geval is, moet de rechter-commissaris vervolgens toetsen of de selectiemethode op basis waarvan bepaald wordt welke werknemers in aanmerking komen voor een dienstverband bij de verkrijger in overeenstemming is met de nieuwe regeling. Het is aan de verkrijger om de rechter-commissaris te voorzien van de informatie die deze nodig heeft om deze toetsen uit te voeren.

3.3 Volgorde waarin werknemers mee overgaan bij verval van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden

Als er arbeidsplaatsen verloren gaan en er na de overgang dus niet voor alle werknemers een arbeidsplaats is, dient bepaald te worden welke werknemers wel in dienst kunnen treden bij de verkrijger en welke werknemers niet. Nu is de selectie van het personeel dat na een bedrijfsovername in faillissement een arbeidsovereenkomst aangeboden krijgt en de vaststelling van de daarbij behorende arbeidsvoorwaarden voornamelijk in handen van de verkrijger. De selectiecriteria die daarbij worden toegepast, liggen niet vast. Zij wisselen van geval tot geval en kunnen betrekkelijk willekeurig zijn. Zoals opgemerkt in paragraaf 2.2 van deze toelichting, heeft onduidelijkheid hierover in het verleden bij een aantal doorstarts in faillissement geleid tot de nodige onrust en kritiek.²⁸ Op basis van de nieuwe regeling wordt het selectieproces transparant gemaakt en worden in een ministeriële regeling regels gesteld over hoe de selectie van de werknemers die voor een dienstverband bij de verkrijger in aanmerking komen, moet plaatsvinden (artikel 7:666b lid 12). Voorgeschreven wordt dat het selectieproces moet plaatsvinden aan de hand van:

- a. een inspiegelingsmethode²⁹, of

²⁸ Zie onder meer: *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, nrs. 2581, 2894; *Aanhangsel Handelingen II* 2016/17, nrs. 14, 16, 17 en 32.

²⁹ Zie in dit kader: W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal, D.M.A. Bij de Vaate, 'De doorstart in rechtsvergelijkend perspectief', *TAP* 2016/172 en W.H.A.C.M. Bouwens, 'Het voetspoor van Smallsteps', *TRA* 2018/13.

- b. een alternatieve objectieve selectiemethode gebaseerd op een door de beoogd verkrijger opgesteld en door de rechter-commissaris goedgekeurd ondernemingsplan³⁰.

Bij de toepassing van de selectiemethode dient de verkrijger alle werknemers te betrekken die op de dag van de faillietverklaring in de onderneming werkzaam zijn. Denkbaar is dat er een deel van de werknemers is waarvan de curator de arbeidsovereenkomst nog niet overeenkomstig artikel 40 Fw heeft opgezegd. Ook deze werknemers moeten wel worden meegenomen in de selectiemethode, omdat zij anders gunstiger worden behandeld dan de overige werknemers. Leidt toepassing van de selectiemethode ertoe dat zij (mogelijk) niet worden geselecteerd voor een functie bij de verkrijger, dan betekent dit dat de curator voorafgaand aan de overgang alsnog zal moeten overgaan tot opzegging van de arbeidsovereenkomsten met deze werknemers, wil de rechter-commissaris toestemming kunnen verlenen aan de overgang. De selectiemethode dient alleen toegepast te worden ten aanzien van werknemers op wie de regeling in het BW van toepassing is. Dit is het geval als hun arbeidsovereenkomst ingevolge artikel 8 Rome I-verordening³¹ wordt beheerst door Nederlands recht, waarbij in principe geldt dat werknemers die gewoonlijk in Nederland hun arbeid verrichten, ook bij een rechtskeuze voor vreemd recht niet de bescherming mogen missen van de dwingendrechtelijke regeling in het BW. Andere werknemers blijven dus buiten de toepassing van de selectiemethode.³² Zoals eerder is opgemerkt, gaat de nieuwe regeling er daarnaast vanuit dat de werknemers die geselecteerd worden onder dezelfde arbeidsvoorwaarden als zij hadden bij de gefailleerde werkgever in dienst komen bij de verkrijger (artikel 7:666b lid 10 BW).

Inspiegelingsmethode

Bij de inspiegelingsmethode wordt zoveel mogelijk aangesloten bij de paragrafen 4 tot en met 7 van de Ontslagregeling (de artikelen 11, 13 – 15 en 17) over het bepalen van de volgorde van ontslag bij het vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden. Daarbij gaat het in het bijzonder om het in deze artikelen geregelde afspiegelingsbeginsel en de wederindienstredingsvoorwaarde na ontslag op bedrijfseconomische gronden. Dit betekent dat de jurisprudentie op basis van deze artikelen over het afspiegelingsbeginsel en de wederindienstredingsvoorwaarde, ook relevant is in het kader van de toepassing van de nieuwe regels met betrekking tot de selectie van werknemers die bij een overgang in faillissement door de verkrijger een baan aangeboden moeten krijgen. Ditzelfde geldt voor de uitleg die het UWV heeft gegeven over de toepassing van deze bepalingen in de Uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische omstandigheden.³³

Kort gezegd, wordt het volgende bepaald. Als er binnen een categorie onderling uitwisselbare functies arbeidsplaatsen behouden blijven, komt per leeftijdsgroep³⁴ binnen die categorie de werknemer die buiten faillissement als laatste in aanmerking zou komen voor ontslag, als eerste in aanmerking voor een baan bij de verkrijger. Daarbij gaat het om uitwisselbare functies als bedoeld in artikel 13 van de Ontslagregeling; dat wil zeggen functies die 1) met elkaar vergelijkbaar zijn voor zover het gaat om de inhoud van de functie en de daarvoor vereiste kennis, vaardigheden en competenties en 2) die

³⁰ Zie in dit kader: L.G. Verburg, 'Smallsteps: en hoe nu verder?' in: Verwey, Broeders & Schreurs (red.), *De curator en het Personeel* (Insolad Jaarboek 2018), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 138 e.v.

³¹ Verordening (EG) Nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I).

³² Vgl. paragraaf 2.7 van de Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen van het UWV ten aanzien van het afspiegelingsbeginsel.

³³ <https://www.uwv.nl/werkgevers/Images/uitvoeringsregels-ontslag-om-bedrijfseconomische-redenen-april-2023.pdf>

³⁴ De werknemers worden ingedeeld in de leeftijdsgroepen van 15 tot 25 jaar; 25 tot 35 jaar; 35 tot 45 jaar; 45 tot 55 jaar en 55 jaar tot de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet (hierna AOW) genoemde leeftijd.

gelijkwaardig zijn wat betreft het niveau van de functie en de daarbij behorende beloning. Als die werknemer de baan niet aanvaardt, moet de verkrijger de werknemer die daarna als laatste voor ontslag in aanmerking zou zijn gekomen als eerste een baan aanbieden en zo verder. De verkrijger kan een termijn van minimaal drie dagen stellen aan de aanvaarding van het aanbod, zodat snel duidelijk wordt of hij de baan aan een volgende werknemer moet aanbieden. In deze drie dagen moeten ten minste twee dagen voorkomen die niet een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag zijn. Dit volgt uit artikel 2 van de Algemene termijnenwet, die op deze termijn van toepassing wordt verklaard. Voorbeeld van toepassing van de inspiegelingsmethode: er zijn binnen een categorie uitwisselbare functies 100 arbeidsplaatsen en daarvan moeten er 20 komen te vervallen. Binnen elke van de vijf leeftijdscategorieën zijn 20 werknemers werkzaam. Dat betekent dat er binnen elke leeftijdscategorie vier werknemers geen arbeidsovereenkomst aangeboden krijgen. Wie dat zijn, wordt in beginsel bepaald door het dienstjarenbeginsel (degene die het eerst is aangenomen door de gefailleerde werkgever, maakt als eerste kans op een dienstverband bij de verkrijger). Daarmee leidt de toepassing van de inspiegelingsmethode er in beginsel toe dat:

- a. de leeftijdsopbouw van de werknemers binnen de categorie uitwisselbare functies voor en na de overgang verhoudingsgewijs zoveel mogelijk gelijk blijft, en
- b. binnen elke leeftijdsgroep de werknemer met het langste dienstverband bij de gefailleerde werkgever als eerste voor een arbeidsovereenkomst bij de verkrijger in aanmerking komt.

Om de inspiegelingsmethode toe te kunnen passen moet de verkrijger weten op welke wijze de arbeidsplekken binnen de onderneming ingevuld zijn geweest tot op het moment van de faillietverklaring. Om dit in kaart te brengen moeten de volgende stappen gezet worden:

1. De arbeidsplaatsen die behouden blijven, moeten – voor zover mogelijk – worden onderverdeeld in categorieën van uitwisselbare functies.
2. Vervolgens moeten de personen die op het moment van de faillietverklaring binnen deze categorieën van uitwisselbare functies werkzaam waren – voor zover mogelijk – worden ingedeeld in:
 - a. de volgende groepen:
 - Groep 1: Externe medewerkers: gedetacheerden, uitzendkrachten, zelfstandigen zonder personeel en ingeleende werknemers van een andere bedrijfsvestiging.
 - Groep 2: Werknemers die de AOW-gerechtigde leeftijd hebben bereikt.
 - Groep 3: Werknemers met een arbeidsovereenkomst waarin de omvang van de arbeid niet is vastgelegd (nulurencontract).
 - Groep 4: Werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van wie het contract binnen ten hoogste 26 weken na de overgang eindigt.
 - Groep 5: Werknemers met:
 - een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, en
 - werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd waarvoor de looptijd van het contract meer dan 26 weken bedraagt, te rekenen vanaf de datum van de overgang, en
 - b. voor zover het de werknemers in de groepen 3, 4 en 5 betreft, in de volgende vijf leeftijdsgroepen;
 - 1) 15 tot 25 jaar;
 - 2) 25 tot 35 jaar;
 - 3) 35 tot 45 jaar;
 - 4) 45 tot 55 jaar, en
 - 5) 55 jaar tot de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet (hierna AOW) genoemde leeftijd.
3. Ten slotte moet voor de werknemers in de groepen 2, 3, 4 en 5 – in verband met het dienstjarenbeginsel – inzichtelijk worden gemaakt wanneer de betrokken werknemers in dienst zijn gekomen bij de gefailleerde werkgever.

Als er bij de overgang arbeidsplaatsen vervallen, blijven de externe medewerkers uit groep 1 die werkzaam zijn in dezelfde categorie uitwisselbare functies als eerste achter. Dit komt omdat deze medewerkers niet vallen onder het bereik van artikel 7:666b lid 1 BW. Op de dag van de faillietverklaring bestond er geen arbeidsovereenkomst tussen hen en de gefailleerde werkgever of zij waren slechts tijdelijk werkzaam in de onderneming en ingeleend van een bedrijfsvestiging die niet wordt overgenomen.

Als met het achterblijven van deze groep medewerkers de noodzakelijke inkrimping voldoende is gerealiseerd, gaan alle werknemers uit de groepen 2, 3, 4 en 5 automatisch mee over en komt de verkrijger niet toe aan de toepassing van de inspiegelingsmethode.

Is er nog steeds sprake van te weinig arbeidsplaatsen voor het aantal werknemers dat na het afvallen van groep 1 overblijft, dan zal de verkrijger de inspiegelingsmethode als volgt moeten toepassen. Binnen elke categorie uitwisselbare functies hebben van de werknemers uit groep 2, 3, 4 en 5 de werknemers die het langst werkzaam zijn in de onderneming als eerste aanspraak op een dienstverband bij de verkrijger. De werknemers uit groep 2, 3 en 4 tellen wel mee bij de berekening van het aantal werknemers dat in de verschillende leeftijdscategorieën in aanmerking komt voor een baan bij de verkrijger, maar zij vallen als eerste af. Als een leeftijdsgroep daardoor al voldoende heeft bijgedragen, komen de andere werknemers uit die leeftijdsgroep automatisch in aanmerking voor een arbeidsovereenkomst bij de verkrijger.³⁵

Verder is van belang dat in de ministeriële regeling zal worden neergelegd dat bij de inspiegelingsmethode een bandbreedte geldt ter grootte van 10% van het aantal werknemers wiens arbeidsplaats vervalt. De verkrijger mag dit aantal werknemers buiten de toepassing van de inspiegelingsmethode houden en dus zelf uitkiezen. Dit kan de verkrijger bewust doen om bepaalde werknemers die bovengemiddeld presteren of die naar verwachting over een meer dan gemiddelde potentie beschikken voor de toekomst, te behouden voor de onderneming. Het is ook mogelijk dat bepaalde werknemers onbewust en per ongeluk buiten de selectie zijn gevallen. Zoals hierna in paragraaf 3.5 wordt toegelicht kan een werknemer na de overgang een beroep doen op de kantonrechter als hij geen arbeidsovereenkomst aangeboden heeft gekregen terwijl hij daarvoor op basis van de inspiegelingsmethode wel in aanmerking kwam. Is de verkrijger echter binnen de 10% bandbreedte gebleven, dan slaagt dit beroep van de werknemer op de kantonrechter niet. Heeft de verkrijger *minder* werknemers in dienst genomen dan hij had toegezegd, dan is een beroep op de 10% bandbreedte niet aan de orde. Onverkort blijft namelijk gelden dat er bedrijfseconomische omstandigheden ten grondslag moeten liggen aan het niet in dienst nemen van werknemers.

Inspiegeling is niet aan de orde als een unieke functie (een functie die slechts door één werknemer wordt bekleed) of een categorie uitwisselbare functies in zijn geheel komt te vervallen.

Is er buiten faillissement sprake van bedrijfseconomische omstandigheden die het noodzakelijk maken om reorganisatiemaatregelen te treffen waarbij verlies van arbeidsplaatsen onvermijdelijk is, dan kan de werkgever de arbeidsovereenkomst met een werknemer die langdurig (maar korter dan twee jaar) ziek is niet opzeggen. Dit stuit af op het ontslagverbod dat is opgenomen in artikel 7:670 BW. Hierbij aansluitend moet een verkrijger een zieke werknemer ook gewoon betrekken bij het selectieproces. Bij de toepassing van de inspiegelingsmethode moet de verkrijger alle werknemers betrekken die op het

³⁵ Voor nadere informatie wordt in het bijzonder verwezen naar paragraaf 2.5 e.v. van de uitvoeringsregels van het UWV en de daarin opgenomen rekenvoorbeelden. Dit betreft het afspiegelingsbeginsel dat moet worden toegepast bij het bepalen van de ontslagvolgorde bij bedrijfseconomisch ontslag. De inspiegelingsmethode betreft in feite een omgekeerde toepassing van het afspiegelingsbeginsel.

moment van de faillietverklaring bij de gefailleerde werkgever in dienst zijn. Dit geldt dus ook voor werknemers die langdurig ziek zijn.

Een alternatieve op een ondernemingsplan gebaseerde objectieve selectiemethode³⁶

De nieuwe wettelijke regeling neemt bij de selectie van de werknemers die in aanmerking komen voor een dienstverband bij de verkrijger de inspiegelingsmethode als uitgangspunt, maar biedt ook ruimte om een alternatieve selectiemethode toe te passen. Voorwaarde is dat de rechter-commissaris toestemming geeft om deze alternatieve methode te hanteren. De rechter-commissaris zal toestemming geven als:

- a. voldoende aannemelijk is gemaakt dat het hanteren van deze alternatieve selectiemethode noodzakelijk is om na de overgang tot een doelmatige bedrijfsvoering te komen, en
- b. de voorgestelde selectiecriteria transparant, proportioneel, objectief en niet-discriminerend zijn.

Om de rechter-commissaris in staat te stellen hierover een beslissing te nemen zal de verkrijger een ondernemingsplan moeten overleggen waarin hij:

- beschrijft welke doelstelling hij heeft met de onderneming en welke ontwikkeling de onderneming naar zijn verwachting gaat doormaken;
- welke werkzaamheden na de overgang in de onderneming zullen worden verricht en in hoeverre deze wel of niet vergelijkbaar zijn met de werkzaamheden van voor het faillissement;
- toelicht hoeveel arbeidsplaatsen er na de overgang – als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden – binnen de onderneming verdwijnen en hoeveel arbeidsplaatsen er overblijven;
- beschrijft wat de alternatieve selectiemethode inhoudt; d.w.z. welke criteria daarbij worden gehanteerd en hoe deze worden gewogen, en
- aannemelijk maakt dat het nodig is om deze alternatieve selectiemethode toe te passen om de bedrijfsvoering na de overgang – zoals beschreven in het ondernemingsplan – doelmatig te laten zijn.

Ook voor de alternatieve selectiemethode geldt dat deze gebaseerd moet zijn op objectieve criteria. Dit betekent in ieder geval dat het moet gaan om selectiecriteria die:

- *transparant* en *proportioneel* zijn: Dit laatste betekent dat de selectiecriteria in verhouding moeten staan tot datgene wat nodig is om de bedrijfsvoering – zoals beschreven in het ondernemingsplan – na de overgang doelmatig te laten zijn.
- *meetbaar* en *controleerbaar* zijn: Dit is bijvoorbeeld het geval bij criteria zoals opleidingsniveau, het hebben van een bepaald aantal jaren werkervaring in een specifieke sector of in een specifieke functie of het al dan niet in bezit zijn van een rijbewijs.
- op alle werknemers die in dienst waren bij de gefailleerde werkgever *op dezelfde manier worden toegepast*, en
- als *doel* hebben *om op objectieve wijze de werknemers te selecteren* die na de inkrimping van het personeelsbestand – die nodig is omdat er als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden arbeidsplaatsen verdwijnen – door de verkrijger een arbeidsovereenkomst aangeboden krijgen.³⁷

³⁶ Zie ook: L.G. Verburg, 'Smallsteps: en hoe nu verder?' in: Verwey, Broeders & Schreurs (red.), *De curator en het Personeel* (Insolad Jaarboek 2018), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 138 - 140.

³⁷ In dit kader is inspiratie opgedaan bij artikelen 2.99 en 2.100 van de Aanbestedingswet. Overheidsinstellingen die bedrijven een opdracht willen laten uitvoeren, moeten zich houden aan wettelijke aanbestedingsprocedures waarbinnen potentiële gegadigden in staat worden gesteld om mee te dingen naar de opdracht. Als gekozen is voor een niet-openbare aanbestedingsprocedure, mag de overheidsinstelling het totaal aantal geschikte gegadigden dat zich heeft gemeld, met behulp van selectiecriteria terugbrengen tot een kleinere groep. Deze groep krijgt vervolgens gelegenheid om een meer gedetailleerde offerte uit te brengen. De Aanbestedingswet stelt hieraan wel als voorwaarde dat de selectie van de gegadigden moet plaatsvinden op een objectieve en non-

Verder mag de alternatieve objectieve selectiemethode uiteraard niet in strijd komen met hogere regelgeving, in het bijzonder de richtlijn en de gelijke-behandelingswetgeving.

3.4 *Indiensttreding bij nieuwe vacature binnen 26 weken na de overgang*

Blijkt binnen 26 weken na de overgang dat er toch werk is voor meer werknemers en ontstaat er binnen de onderneming een vacature voor dezelfde werkzaamheden die voor de overgang werden verricht door werknemers die – door het voorziene verval van arbeidsplaatsen – nog niet bij de verkrijger in dienst zijn getreden, dan moet de verkrijger één van die werknemers een dienstverband aanbieden op basis waarvan hij alsnog zijn vroegere werkzaamheden binnen de onderneming kan hervatten (artikel 7:666b lid 5). Welke werknemer als eerste een aanbod moet krijgen, moet worden bepaald op basis van de selectiemethode die eerder al werd gehanteerd bij de selectie van de werknemers die – op basis van artikel 7:666b lid 2 – op het moment van de overgang bij de verkrijger in dienst zijn getreden. Ook in dit geval kan de verkrijger een termijn van minimaal drie dagen stellen aan de aanvaarding van het aanbod.³⁸

3.5 *Rol van de curator, de OR, de rechter-commissaris en de kantonrechter*

Op basis van de huidige Faillissementswet moet de rechter-commissaris de curator toestemming geven voor een onderhandse verkoop van goederen die tot de boedel behoren. Dit geldt ook als het gaat om een verkoop van het bedrijf van de failliet.³⁹ Toestemming van de rechter-commissaris is niet vereist voor het voeren van de onderhandelingen, maar uitsluitend voor het aangaan van de verkoopovereenkomst. De curator kan dus een overeenkomst tot onderhandse verkoop sluiten met een beoogd verkrijger, onder de voorwaarde van het verkrijgen van de toestemming van de rechter-commissaris. Als een bedrijfsovername aangemerkt moet worden als een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW, brengt de nieuwe regeling mee dat de curator een aanbod van een potentiële verkrijger slechts voorwaardelijk kan aanvaarden als voldaan is aan de regeling betreffende overgang van onderneming in faillissement. Daarmee is de curator dus de eerste die toetst of het overnameplan van de verkrijger voldoet aan die regeling. De curator dient de OR advies te vragen over de overdracht van zeggenschap over de onderneming (artikel 25, zevende lid, WOR).

Zoals eerder is opgemerkt moet er snel een beslissing genomen kunnen worden over de overgang van een onderneming. De rechter-commissaris houdt toezicht op het beheer en de vereffening van de boedel door de curator. In die rol is hij eraan gewend om – zeker in de vaak zeer hectische eerste fase van een faillissement – onder hoge druk machtigingen, goedkeuringen, toestemmingen en desnoods bevelen aan de curator te geven (artikel 64 e.v. Fw). Gelet op deze ervaring en expertise is ervoor gekozen om de huidige regel in artikel 176 Fw dat de rechter-commissaris toestemming moet verlenen voor een onderhandse verkoop ook te laten gelden in de situatie dat deze verkoop leidt tot een bedrijfsovername die aangemerkt moet worden als een overgang van onderneming. De rechter-commissaris beslist op een zo kort mogelijke termijn, die in ieder geval niet langer is dan drie dagen na de indiening van het verzoek om toestemming. Van deze beslissing staat geen hoger beroep open (zie artikel 67, eerste lid, tweede zin, Fw). Hiermee wordt ervoor gezorgd dat er binnen afzienbare tijd duidelijk wordt of een overgang van onderneming in faillissement haalbaar is. Vindt de overgang van onderneming plaats op een andere manier dan via een onderhandse verkoop van goederen – bijvoorbeeld door middel van een openbare veiling, een verkoop van de aandelen van de gefailleerde rechtspersoon en/of een

discriminatoire wijze met behulp van selectiecriteria en een wijze van weging van deze criteria die vooraf kenbaar zijn gemaakt.

³⁸ De Algemene termijnenwet wordt op deze termijn van toepassing verklaard; zie artikel II van dit wetsvoorstel.

³⁹ HR 27 augustus 1937, ECLI:NL:HR:1937:126.

faillissementsakkoord, dan zal met overeenkomstige toepassing van de nieuwe regeling voor deze overgang toestemming moeten worden gevraagd aan de rechter-commissaris.

Nieuw is dat de rechter-commissaris pas over het toestemmingsverzoek kan beslissen nadat hij de direct belanghebbenden – dat wil zeggen de curator, de beoogd verkrijger en de OR of de personeelsvertegenwoordiging – heeft gehoord of daartoe in ieder geval heeft opgeroepen (artikel 176a, eerste en tweede lid, Fw). Hiermee wordt afgeweken van de huidige regeling in artikel 176 Fw op basis waarvan de rechter-commissaris zonder anderen dan de curator te horen toestemming kan verlenen voor een onderhandse verkoop. Reden hiervoor is dat de beslissing die de rechter-commissaris te nemen heeft bij een onderhandse verkoop die leidt tot een overgang van onderneming waarvoor de nieuwe regeling geldt, meer behelst dan de beslissing tot verlening van toestemming voor een reguliere onderhandse verkoop. De rechter-commissaris zal ook moeten toetsen of voldaan wordt aan de nieuwe regeling betreffende overgang van onderneming in faillissement.

Bij de toets die de rechter-commissaris verricht in het kader van het verlenen van toestemming voor een onderhandse verkoop, past een zekere mate van terughoudendheid.⁴⁰ Dit geldt ook waar het een onderhandse verkoop betreft die leidt tot een bedrijfsovername die aangemerkt moet worden als een overgang van onderneming. De rechter-commissaris toetst ten eerste of, en in hoeverre, sprake is van een overgang van onderneming. Bovendien geeft de rechter-commissaris zijn toestemming alleen als de OR overeenkomstig artikel 25, zevende lid, WOR advies heeft kunnen uitbrengen over de overgang van onderneming. Als sprake is van een overgang van onderneming en wordt daarbij niet al het personeel overgenomen, moet de rechter-commissaris na een kort, maar kritisch inhoudelijk onderzoek kunnen vaststellen of:

- voldoende aannemelijk is gemaakt dat er sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden die het noodzakelijk maken om maatregelen te treffen waardoor er arbeidsplaatsen verloren gaan;
- de selectiemethode op basis waarvan bepaald wordt welke werknemers in aanmerking komen voor een dienstverband bij de verkrijger in overeenstemming is met de nieuwe wettelijke regeling, en
- voldoende aannemelijk is dat de beoogd verkrijger ook overigens zal voldoen aan de nieuwe wettelijke regeling, door bijvoorbeeld geen arbeidsovereenkomsten te sluiten tegen voor de werknemers minder gunstige arbeidsvoorwaarden.

Om hierover een beslissing te kunnen nemen, heeft de rechter-commissaris naast informatie van de curator in ieder geval ook informatie nodig van de verkrijger. Het is vooral de verkrijger die zich hierover bij de rechter-commissaris moet verantwoorden. Het is aan hem om de rechter-commissaris te voorzien van de informatie die deze nodig heeft om de genoemde toetsen uit te voeren. Denkbaar is dat het landelijk overlegorgaan van rechters-commissaris in faillissementen en surseances van betaling (de RECOFA) instrumenten ontwikkeld waarin nader is aangegeven welke informatie van een verkrijger wordt verlangd. Zoals eerder is opgemerkt stelt de rechter-commissaris de OR in de gelegenheid om over de overgang te worden gehoord. Dit hoeft echter niet als de OR overeenkomstig artikel 25, zevende lid, WOR advies heeft uitgebracht en de curator dit advies geheel heeft overgenomen. Heeft de curator de OR om advies gevraagd, maar heeft deze geen advies uitgebracht, dan wordt de OR wel door de rechter-commissaris gehoord. In dit verband is nog van belang te wijzen op de SER Fusiegedragsregels.⁴¹ Deze regels zijn er om de belangen van werknemers bij een fusie te beschermen en zij gelden ook in faillissement. De betrokken curator en verkrijger moeten de vakbonden op tijd informeren over de overnameplannen. De vakbonden kunnen dan de OR hun oordeel over de fusie geven. Die informatie kan de OR gebruiken bij het uitbrengen van het advies aan de curator.

⁴⁰ HR 7 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3546 (*Mayr-Melnhof/Spliet q.q.*). Zie ook de noot van B. Wessels bij deze uitspraak, *JOR* 2001/244, nr. 2.

⁴¹ <https://www.ser.nl/nl/Publicaties/fusiegedragsregels-2015>.

Mocht na de overgang blijken dat een werknemer niet bij de verkrijger in dienst is gekomen doordat de verkrijger de inspiegelingsmethode of een alternatieve door de rechter-commissaris goedgekeurde selectiemethode niet juist heeft toegepast, dan kan de werknemer een beroep doen op de kantonrechter (artikel 7:666b lid 6 BW). Hij kan de kantonrechter verzoeken:

- de verkrijger te veroordelen om hem alsnog een dienstverband aan te bieden, of
- hem ten laste van de verkrijger een billijke vergoeding toe te kennen, als het alsnog in dienst komen bij de verkrijger in redelijkheid niet mogelijk is vanwege een omstandigheid waarbij sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de verkrijger.

Hierbij is zoveel mogelijk aangesloten bij artikel 7:682 lid 1 BW waarin is geregeld dat de werknemer een beroep kan doen op de kantonrechter als de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst door de werkgever in strijd was met artikel 7:669 lid 1 of lid 3 BW. De verkrijger dient de werknemers van de failliete werkgever tijdig te informeren over de wijze waarop de selectie plaatsvindt en de voortgang van het selectieproces (zie artikel 7:666b lid 2 BW). Hiermee wordt het voor werknemers mogelijk na te gaan of zij een aanbod van de verkrijger hadden behoren te ontvangen.

Is als selectiemethode de inspiegelingsmethode toegepast, dan geldt op grond van de ministeriële regeling – zoals is toegelicht in paragraaf 3.3 – een bandbreedte ter grootte van 10% van het aantal werknemers wiens arbeidsplaats vervalft. Als de verkrijger binnen de 10% bandbreedte is gebleven, is er geen sprake van een onjuiste toepassing van de selectiemethode en slaagt het beroep van de werknemer op de kantonrechter niet.

Bij de beoordeling van het verzoek dient de kantonrechter er, behoudens hieronder te bespreken uitzonderingen, vanuit te gaan dat er sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden die het noodzakelijk maken om maatregelen te treffen waardoor er arbeidsplaatsen verloren gaan en dat de door de verkrijger gehanteerde selectiemethode in overeenstemming is met de wettelijke regeling. Deze aspecten heeft de rechter-commissaris immers al beoordeeld. Ook ten aanzien van de vraag of, en in hoeverre, sprake is van een overgang van onderneming dient de kantonrechter in beginsel af te gaan op het oordeel van de rechter-commissaris. De toets van de kantonrechter ziet dus met name op de vraag of de door de rechter-commissaris goedgekeurde werkwijze in de praktijk ook correct is uitgevoerd. Dit is bijvoorbeeld niet het geval als de verkrijger aan minder werknemers een aanbod doet dan was aangekondigd in het overnameplan op basis waarvan de rechter-commissaris zijn toestemming heeft verleend.

Er is daarmee sprake van een taakverdeling tussen de rechter-commissaris en de kantonrechter. Waar de rechter-commissaris in zijn algemeenheid toetst of het overnameplan van de verkrijger voldoet aan de wettelijke regeling, is de toets van de kantonrechter in beginsel gericht op de vraag of dit overnameplan in het individuele geval correct is toegepast. Wel is rekening gehouden met het feit dat de rechter-commissaris zijn beslissing onder hoge tijdsdruk moet nemen en daarbij niet alle individuele werknemers kan horen. Het wetsvoorstel geeft de kantonrechter daarom de ruimte om in uitzonderingsgevallen af te wijken van het oordeel van de rechter-commissaris. Dit is bijvoorbeeld aan de orde als er sprake is van een evidente schending van de wettelijke regeling of als de rechter-commissaris bij zijn beslissing niet op de hoogte was van bepaalde essentiële feiten. Met deze regeling is een balans getroffen tussen het belang van rechtsbescherming voor werknemers en het belang van alle betrokkenen om snel duidelijkheid te hebben over de gevolgen van de overgang van de onderneming. Bovendien stimuleert deze regeling de verkrijger om juiste en volledige informatie te verstrekken aan de rechter-commissaris, omdat hij anders het risico loopt dat de kantonrechter alsnog tot een ander oordeel komt over de vraag of de bedrijfsovername in zijn algemeenheid voldoet aan de regeling betreffende overgang van onderneming.

3.6 Oude schulden gaan niet mee over en arbeidsvoorwaarden kunnen in overleg met de vakbond worden aangepast

In de wettelijke regeling is gebruik gemaakt van de in artikel 5 lid 2, onderdelen a en b, van de richtlijn geboden mogelijkheid om de gevolgen van de toepassing van de uit de richtlijn voortvloeiende beschermingsregels op twee punten te verzachten.

Allereerst is ervoor gekozen om de schulden die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten met de gefailleerde werkgever en die voor de overgang verschuldigd zijn geworden, niet mee over te laten gaan op de verkrijger (artikel 7:666b lid 11 BW). Kort gezegd, gaat het om achterstallige betalingen en vorderingen die voor de overgang zijn opgebouwd. In ieder geval betreft het achterstallig loon, opgebouwde maar nog niet genoten vakantiedagen en nog niet uitbetaalde vakantietoeslag. Ook kan het gaan om bonussen die verschuldigd zijn over het voorgaande boekjaar, maar pas in het voorjaar van het volgende jaar na vaststelling van de jaarstukken tot uitbetaling komen.⁴² In de eerdere genoemde ministeriële regeling wordt nader geregeld om welke schulden het kan gaan.

Daarnaast is bepaald dat de arbeidsvoorwaarden die van toepassing zijn op de arbeidsovereenkomsten van de werknemers die bij de overgang mee overgaan, in een overleg tussen de verkrijger en de vakbonden onder bepaalde voorwaarden kunnen worden aangepast (artikel 7:666b lid 10, tweede volzin, BW). Aanpassing is echter niet mogelijk voor zover deze arbeidsvoorwaarden zijn neergelegd in een algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsovereenkomst.

3.7 *Kleine ondernemingen*

Voor kleine ondernemingen (minder dan 20 werknemers) gaan de hierboven beschreven nieuwe regels voorlopig alleen gelden als de verkrijger hiervoor kiest (zie het voorgestelde artikel 7:666 lid 1 onderdeel a en lid 4 BW). Voorwaarde voor het buiten toepassing laten van de nieuwe regels is wel dat de faillissementsprocedure is gericht op de liquidatie van het vermogen van de werkgever. Deze eis vloeit voort uit de richtlijn en de uitleg die het EU-Hof hieraan heeft gegeven. Aan deze voorwaarde is niet voldaan als de procedure de voortzetting van de activiteit van de onderneming beoogt. Uit de rechtspraak van het EU-Hof blijkt dat in elke afzonderlijke situatie zal moeten worden nagegaan of aan deze voorwaarde is voldaan.⁴³ Voor een verkrijger van een kleine onderneming kan daarmee enige onzekerheid bestaan over de vraag of de faillissementsprocedure in het concrete geval is gericht op liquidatie van het vermogen of op de voortzetting van de activiteit van de onderneming, met name in gevallen waarin al voorafgaand aan het faillissement voorbereidingen zijn getroffen voor een overgang van de onderneming. Denkbaar is dat een rechter achteraf oordeelt dat het faillissement niet gericht was op de liquidatie, en dat de verkrijger de regels rond overgang van onderneming had behoren toe te passen. De wens om deze onzekerheid te vermijden, kan dan ook reden zijn voor de verkrijger om al vooraf voor de toepassing van de nieuwe regels te kiezen.

Kiest de verkrijger er niet voor om de nieuwe regels toe te passen, dan bevat dit wetsvoorstel nog wel enkele andere verplichtingen die de verkrijger in acht zal moeten nemen rond de overgang. In de eerste plaats zal hij voorafgaand aan de overgang moeten motiveren hoe hij te werk zal gaan bij de selectie van personeel dat na de overgang een dienstverband aangeboden krijgt, welke arbeidsvoorwaarden hij daarbij wil hanteren en hoe hij het personeel hierover zal informeren. De rechter-commissaris geeft alleen toestemming voor de overgang als hieraan is voldaan. Hiermee wordt de transparantie van het selectieproces vergroot. Zoals in paragraaf 2.2 is opgemerkt, wordt juist dit gebrek aan transparantie als problematisch ervaren. Uiteraard zal de verkrijger, net als iedere

⁴² Zie ook: L.G. Verburg, 'Smallsteps: en hoe nu verder?' in: Verwey, Broeders & Schreurs (red.), *De curator en het Personeel* (Insolad Jaarboek 2018), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 131 - 133.

⁴³ HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321 (*FNV/Heiploeg*), r.o. 53.

andere werkgever, moeten voldoen aan de gelijke-behandelingswetgeving bij de selectie van personeel.

Bovendien krijgt de verkrijger ook in deze gevallen de verplichting om een arbeidsovereenkomst aan te bieden aan een van de oud-werknemers van de gefailleerde, als er binnen 26 weken na de overgang een vacature ontstaat voor werkzaamheden die eerder door deze werknemer werden verricht. Ook bij deze kleine ondernemingen wordt daarmee uitgangspunt dat de bestaande werknemers als eerste in aanmerking dienen te komen voor een functie bij de verkrijger. De verkrijger mag alleen derden aantrekken voor bepaalde werkzaamheden als geen van de oorspronkelijke werknemers die deze of vergelijkbare werkzaamheden eerder verrichtten, interesse heeft in het voortzetten van de werkzaamheden bij de verkrijger.

4. Gegevensverwerking door de curator in het kader van een overgang van de onderneming

Om een bod te kunnen doen op de onderneming zullen potentiële verkrijgers willen weten welke werknemers op het moment van de faillietverklaring bij de gefailleerde werkgever in dienst zijn en in de onderneming werken en onder welke arbeidsvoorwaarden. Als de onderneming daadwerkelijk wordt overgenomen, moet toepassing worden gegeven aan de wettelijke regeling. Dit betekent o.a. dat:

- bij de overgang de arbeidsovereenkomsten met de werknemers die op het moment van de faillietverklaring bij de gefailleerde werkgever in dienst zijn, overgaan en al deze werknemers in principe onder dezelfde arbeidsvoorwaarden als bij de gefailleerde werkgever bij de verkrijger in dienst komen (de verkrijger biedt alle werknemers een arbeidsovereenkomst aan, artikel 7:666b lid 1 BW), of
- als er arbeidsplaatsen verloren gaan wegens bedrijfseconomische omstandigheden, aan de hand van de inspiegelingsmethode of een door de rechter-commissaris goedgekeurde alternatieve selectiemethode moet worden bepaald welke werknemers wel en welke niet in aanmerking komen voor een aanbod voor een dienstverband bij de verkrijger (artikel 7:666b leden 2 en 5 BW).

(Potentiële) verkrijgers moeten hiervoor de beschikking krijgen over bepaalde personeelsgegevens. Deze personeelsgegevens (o.a. leeftijd, werkervaring, datum van indiensttreding) zijn persoonsgegevens – d.w.z. informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon – in de zin van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG). De personeelsgegevens zijn voor de faillietverklaring door de gefailleerde werkgever verzameld door middel van het bijhouden van een personeelsbestand. Tijdens het faillissement krijgt de curator de beschikking over deze gegevens en wordt hij daarmee de verwerkingsverantwoordelijke. Wil er sprake kunnen zijn van rechtmatige verwerking van persoonsgegevens dan dient de verwerkingsverantwoordelijke zich (onder meer) te kunnen beroepen op één van de rechtsgrondslagen zoals limitatief opgesomd in artikel 6, eerste lid, AVG. Voor de curator is hier met name de rechtsgrondslag genoemd in artikel 6, eerste lid, onderdeel e, en derde lid AVG van belang, op grond waarvan hij bevoegd is om persoonsgegevens te verwerken als dit noodzakelijk is voor de vervulling van een taak van algemeen belang zoals vastgelegd in de wet. De curator is door de rechter aangesteld met als taak te zorgen voor het beheer en de vereffening van de faillissementsboedel (zie artikel 68 Fw). In het voorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming dat op dit moment aanhangig is bij de Tweede Kamer, wordt voorgesteld te verduidelijken welke specifieke handelingen en taken van de curator horen bij deze wettelijke taak tot beheer en vereffening, zodat duidelijk is dat hij in deze gevallen in ieder geval bevoegd is om persoonsgegevens te verwerken. Daarbij wordt ook de bevoegdheid geregeld voor de curator om persoonsgegevens te verwerken in het kader van (de voorbereiding voor) een verkoop van een onderneming vanuit faillissement. Zie het

voorgestelde artikel 68a, tweede lid, onderdeel i, en derde lid, onderdelen a t/m c, Fw en de toelichting op dit onderdeel bij de Verzamelwet gegevensbescherming.⁴⁴

5. Verhouding tot hoger recht

Met dit wetsvoorstel wordt gebruik gemaakt van de lidstaatoptie die artikel 5 lid 1 van de richtlijn biedt om de beschermingsregels van de richtlijn bij een overgang van een onderneming ook toe te passen in faillissement. De voorgestelde regeling dient daarom te voldoen aan de vereisten die de richtlijn stelt. Wel is gebruik gemaakt van de mogelijkheden genoemd in artikel 5 lid 2 van de richtlijn om de gevolgen van toepassing van de richtlijn te verzachten, door schulden die al verschuldigd waren voor de overgang niet mee over te laten gaan (zie het voorgestelde artikel 7:666b lid 11 BW) en aanpassing van de arbeidsvoorwaarden onder bepaalde voorwaarden toe te staan (zie het voorgestelde artikel 7:666b lid 10 BW).

6. Gevolgen voor bedrijfsleven en burgers

De te verwachten regeldrukeffecten van de verplichtingen die uit dit wetsvoorstel voortvloeien, worden in deze paragraaf kwantitatief en kwalitatief beschreven. De nalevingskosten voor het bedrijfsleven kunnen worden uitgesplitst in administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten. Administratieve lasten zijn de kosten die het bedrijfsleven moet maken om te voldoen aan informatieverplichtingen jegens de overheid, die voortvloeien uit wet- en regelgeving. Het wetsvoorstel brengt geen administratieve lasten met zich. De inhoudelijke nalevingskosten bestaan uit andere kosten die het bedrijfsleven moet maken om aan de verplichtingen te voldoen die de nieuwe wet- en regelgeving stelt.

Het wetsvoorstel bevat geen inhoudelijke nalevingskosten voor zover het wijzigingen in de Fw omvat omdat deze buiten de definitie van nalevingskosten vallen.⁴⁵ Er worden in het BW en de WOR wel informatieverplichtingen ingevoerd die gelden jegens burgers (werknemers) en bedrijven (curator en verkrijger). Daarom brengen deze onderdelen van het wetsvoorstel wel inhoudelijke nalevingskosten met zich. Het is overigens de verwachting dat de curator en de verkrijger de in dit wetsvoorstel opgenomen maatregelen rond medezeggenschap als lastenverlichting zullen ervaren omdat in de wet wordt verduidelijkt hoe het nu al bestaande adviesrecht van de OR in geval van een faillissement moet worden toegepast.

Uit onderzoek van het CBS blijkt dat er in de periode 2007-2016 in totaal 66.735 faillissementen van bedrijven zijn uitgesproken.⁴⁶ Van deze faillissementen waren er bij 27.930 faillissementen 422.022 werknemers betrokken, waarbij is uitgegaan van tenminste één werknemer in dienst 60 dagen voorafgaand aan het faillissement.⁴⁷ In die 27.930 faillissementen heeft 19.300 keer een doorstart plaatsgevonden waarbij 289.000 werknemers waren betrokken en 119.500 werknemers zijn meegenomen naar het doorstartende bedrijf (ongeveer 40% komt in dienst van het doorgestarte bedrijf). Een deel van die 27.930 faillissementen betreft een onderneming met minder dan 20 werknemers. In die gevallen wordt de nieuwe wettelijke regeling niet van toepassing, maar kan deze wel vrijwillig worden toegepast. In de hierna volgende berekening zijn ook deze faillissementen

⁴⁴ *Kamerstukken II 2022/23*, 36 264, nr. 3, p. 38 e.v.

⁴⁵ Hierbij speelt een rol dat een aanzienlijk aantal wijzigingen zien op de procedure bij de rechter. De verplichtingen in het kader van een gerechtelijke procedure vallen buiten de definitie van nalevingskosten. Zie *Met en is Weten II: Handleiding voor het definiëren en meten van administratieve lasten voor het bedrijfsleven*, p. 33.

⁴⁶ Cijfers ontleend aan: L. Hoekema, A.P. Alberda en A. Boutorat, *Doorstart na Faillissement fase I*, CBS, 31 oktober 2017 en C. Bloemendal, *Doorstart na faillissement fase II*, CBS, 29 maart 2018.

⁴⁷ Bij ongeveer 40.000 faillissementen waren dus geen werknemers betrokken.

meegenomen, al komen de regeldrukeffecten daarmee in feite iets te hoog uit. Er kortom van uit gaande dat in deze gevallen onder het wetsvoorstel sprake is van een overgang van onderneming, kunnen de volgende jaarlijkse gemiddelden worden vastgesteld: 2800 faillissementen per jaar waar 29.000 werknemers bij betrokken zijn en in 1930 van de gevallen een doorstart plaatsvindt. De verwachting is dat er door de nieuwe regelgeving bij een doorstart meer werknemers mee overgaan, laat zeggen 60% komt in dienst van het doorgestarte bedrijf (60% van 29.000 = 17.400).

De nalevingskosten voor bedrijven kunnen dan als volgt worden vastgesteld. Voor de kosten per uur bij de ondernemers is uitgegaan van een gemengd uurtarief (€57 = €0,95 p/min.), gebaseerd op de tarieven voor leidinggevenden en managers, hoogopgeleide medewerkers en administratief personeel, conform het Handboek Meting Regeldrukkosten. Inhoudelijke en informatieverplichtingen voor bedrijven die voortvloeien uit het wetsvoorstel en de handelingen die een ondernemer op grond daarvan moet verrichten zijn de volgende. Allereerst zal de verkrijger met behulp van de curator de personeelsgegevens helder moeten krijgen voor het toepassen van de inspiegelingsmethode of de alternatieve objectieve selectiemethode op basis waarvan wordt bepaald in welke volgorde werknemers mee overgaan bij een overgang van onderneming in faillissement. De tijd die zij daar aan kwijt zijn zal variëren van minimaal 10 minuten tot maximaal 30 minuten per werknemer (gemiddeld 20 minuten). De geschatte kosten hiervoor zijn dan (i) $(20 \times €0,95) \times 29.000 = €551.000$. De curator en verkrijger moeten de werknemers informeren over een overgang van onderneming en het verloop van het selectieproces. De tijd die zij daar aan kwijt zijn zal variëren van minimaal 20 minuten tot maximaal 120 minuten voor alle werknemers (gemiddeld 70 minuten). De geschatte kosten hiervoor zijn dan (ii) $(70 \times €0,95) \times 1930 = €128.345$. Vervolgens is de verkrijger verplicht de werknemers die in dienst waren bij de gefailleerde werkgever een zelfde arbeidsovereenkomst aan te bieden op basis waarvan ze bij hem in dienst treden en in overleg met de vereniging van werknemers kan de verkrijger de arbeidsvoorwaarden eventueel aanpassen. De tijd die hij hier aan kwijt is, zal variëren van minimaal 20 minuten tot maximaal 40 minuten per werknemer (gemiddeld 30 minuten). De geschatte kosten hiervoor zijn dan (iii) $(30 \times €0,95) \times 17.400 = €495.900$. Daarnaast dient de curator bij een overgang van onderneming de OR om advies te vragen en moet de ondernemer, als hij een surseance- of faillissementsprocedure voorziet, de OR hierover informeren. De tijd die zij daar aan kwijt zijn zal variëren van minimaal 40 minuten tot maximaal 80 minuten (gemiddeld 60 minuten). De geschatte kosten hiervoor zijn dan (iv) $(60 \times €0,95) \times 1930 = €110.010$. Ook zal de verkrijger moeten onderzoeken welke schulden die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten niet op hem overgaan. De tijd die hij daar aan kwijt is, zal variëren van minimaal 10 minuten tot maximaal 30 minuten per arbeidsovereenkomst van de werknemer die bij de gefailleerde werkgever in dienst was (gemiddeld 20 minuten). De geschatte kosten hiervoor zijn dan (v) $(20 \times €0,95) \times 29.000 = €551.000$. Inhoudelijke en informatieverplichtingen voor burgers die voortvloeien uit het wetsvoorstel en de handelingen die een burger op grond daarvan moet verrichten zijn het kennisnemen van de nieuwe arbeidsovereenkomst, maar ook dat gebeurt nu al bij een doorstart in faillissement. De nalevingskosten voor burgers worden daarom vastgesteld op nihil.

De structurele regeldrukkosten komen daarmee uit op = € 1.836.255.

7. Financiële gevolgen

Dit wetsvoorstel heeft gevolgen voor de werklast van de rechterlijke macht. In de prijsafspraken met de Rechtspraak voor de periode 2023-2025 is hiervoor vanaf 2024 een compensatie opgenomen van € 0,4 miljoen per jaar.⁴⁸

Deze paragraaf zal naar aanleiding van de uitkomst van de consultatie worden aangevuld.

⁴⁸ Zie bijlage 2 bij de Brief van 22 augustus 2022 van de Minister voor Rechtsbescherming aan de Raad voor de rechtspraak inzake prijsafspraken rechtspraak 2023-2025 (bijlage bij *Kamerstukken II 2022/23*, 36 200 VI, nr. 5).

8. Advies en consultatie

Dit wetsvoorstel is voorbereid in een traject waarin een kleine schrijfgroep – met daarin prof. mr. W.H.A.C.M. Bouwens en prof. mr. L.G. Verburg en vertegenwoordigers van de zijde van werknemers en werkgevers, de advocatuur en de curatoren – onder leiding van het Ministerie van Justitie en Veiligheid de mogelijkheden voor een nieuwe wettelijke regeling heeft verkend.⁴⁹ Deze verkenning heeft geresulteerd in een ontwerp voor een Wet overgang van onderneming in faillissement dat vervolgens uitvoerig is besproken met de groep vertegenwoordigers uit de faillissementspraktijk die fungeert als klankbord in het kader van het wetgevingsprogramma '*herijking faillissementsrecht*' (hierna: de klankbordgroep).⁵⁰ Van 29 mei 2019 tot 31 augustus 2019 is over dit voorstel geconsulteerd. Tijdens deze consultatie zijn – naast de nodige reacties van individuele marktpartijen en wetenschappers – reacties ontvangen van de volgende organisaties: de Koninklijke Metaalunie, de Vereniging voor Insolventierecht Advocaten (Insolad), het Instituut Asbestslachtoffers, de Nederlandse orde van advocaten (NOvA), de vakcentrales FNV, CNV en VCP, de Nederlandse Vereniging van Banken (NVB), de Ondernemersorganisatie Schoonmaak- en Bedrijfsdiensten (OSB), de Vereniging voor Jonge Insolventierecht advocaten (JIRA), en VNO-NCW en MKB-Nederland. Daarnaast is advies uitgebracht door de Commissie insolventierecht, de Autoriteit persoonsgegevens (AP), het Adviescollege toetsing regeldruk (ATR), de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) en de Raad voor de rechtspraak (Rvdr) en heeft het UWV een impactanalyse uitgevoerd. Over de verwerking van de consultatiereacties is wederom gesproken met de klankbordgroep. Wegens gebrek aan aanmeldingen heeft geen MKB-toets plaatsgevonden. Wel is gesproken met een individuele mkb-ondernemer.

De consultatie op het voorontwerp uit 2019 heeft uiteenlopende reacties opgeleverd. De regelingen in het voorontwerp rond de medezeggenschap in faillissement en het concurrentiebeding zijn over het algemeen positief ontvangen, waarbij enkele suggesties tot verbetering zijn gedaan. Met name ten aanzien van de regeling betreffende de overgang van onderneming lopen de reacties sterk uiteen. Terwijl sommige respondenten het toejuichen dat de positie van werknemers door de regeling wordt verduidelijkt en versterkt, hebben anderen vooral zorgen over de gevolgen van de regeling voor de doorstartpraktijk. In de kern komen deze zorgen erop neer dat de regeling te complex en te tijdrovend is om goed te kunnen toepassen onder de hoge tijdsdruk waarin een overgang in faillissement tot stand moet komen en daarom te veel onzekerheid en kosten voor de verkrijger meebrengt. Hierdoor bestaat de vrees dat er minder doorstarts tot stand zullen komen, waardoor er juist banen verloren gaan en er ook meer schuldeisers onbetaald blijven. In verschillende reacties wordt erop gewezen dat deze zorgen in versterkte mate gelden voor kleine ondernemingen, nu kleine ondernemingen minder mogelijkheden hebben om al voorafgaand aan het faillissement voorbereidingen te treffen voor een overname van de onderneming.

De insteek van het voorstel om de positie van de werknemer in faillissement te versterken en meer duidelijkheid te bieden, blijft gehandhaafd. Op verschillende wijzen is in het gewijzigde voorontwerp echter rekening gehouden met bovenstaande zorgen. Ten eerste zijn aanpassingen doorgevoerd in de rechterlijke toetsing van de overgang van onderneming, om de verkrijger zoveel mogelijk in staat te stellen snel duidelijkheid te verkrijgen over de gevolgen die deze overgang zal hebben. Hiertoe is de

⁴⁹ Zie ook *Kamerstukken I 2017/18*, 34 218, J, p. 3-4; *Kamerstukken I 2018/19*, 34 218, K, p. 6.

⁵⁰ De klankbordgroep bestaat uit vertegenwoordigers van onder meer RECOFA, het landelijk overlegorgaan van rechters-commissaris in faillissementen en surseances van betaling; curatorenvereniging INSOLAD; de JIRA, de vereniging voor jonge curatoren; de NEVOA, de beroepsorganisatie voor bedrijfsjuridisch adviseurs; de Nederlandse orde van advocaten, de Nederlandse Vereniging voor Banken; de vakbonden CNV en FNV en werkgeversorganisaties VNO-NCW en MKB-Nederland.

mogelijkheid geschrapt van hoger beroep tegen de beslissing waarbij de rechter-commissaris toestemming verleent voor de overgang. Daarnaast is de verhouding tussen de toetsing door de rechter-commissaris en die door de kantonrechter verduidelijkt, waarbij in de wettekst is vastgelegd dat de kantonrechter in beginsel afgaat op de oordelen die de rechter-commissaris heeft gegeven. Dit leidt ertoe dat een verkrijger in principe voorafgaand aan de overgang duidelijkheid verkrijgt over het aantal werknemers dat hij mee over moet nemen, behoudens bijvoorbeeld in gevallen waarin hij de rechter-commissaris onjuist heeft voorgelicht. Daarmee is een balans getroffen tussen het belang van rechtsbescherming voor werknemers en het belang van alle betrokkenen om snel duidelijkheid te hebben over de gevolgen van de overgang van de onderneming.

Bovendien is opgenomen dat de regeling voor kleine ondernemingen (minder dan 20 werknemers) voorsnog alleen facultatief zal gelden. Voor dergelijke kleine ondernemingen komt wel een lichter regime te gelden. Met deze uitzondering is gehoor gegeven aan suggesties die hiertoe zijn gedaan door de Commissie insolventierecht, de Rvdr en NVB. Doordat een grondslag is opgenomen om bij algemene maatregel van bestuur te bepalen welke ondernemingen kwalificeren als "kleine onderneming", biedt het wetsvoorstel de mogelijkheid om de effecten van de nieuwe regeling te monitoren en aan de uitzondering zo nodig een ruimer dan wel beperkter bereik te geven.

Naast bovengenoemde wijzigingen zijn er naar aanleiding van de consultatie verschillende aanpassingen in de tekst en de toelichting van het voorstel doorgevoerd. Wijzigingen met een meer materieel karakter betroffen de volgende:

- Nader is toegelicht dat de voorgestelde regeling voldoet aan de vereisten die voortvloeien uit de richtlijn en de uitleg die hieraan wordt gegeven aan het EU-Hof. Door sommigen waren twijfels geuit of het gebruik van het begrip "bedrijfseconomische omstandigheden" wel in overeenstemming is met de richtlijn, waarin het begrip "ETO-redenen" wordt gehanteerd (zie de reacties van de Commissie insolventierecht, NOvA, FNV, CNV en VCP, Houthoff, Van Doorne en onderzoekers van de Universiteit van Amsterdam (UvA)). Toegelicht is dat lidstaten de ruimte hebben om het begrip "ETO-redenen" in hun nationale wetgeving nader in te vullen en dat, gelet op de achtergrond van deze uitzondering in de richtlijn, het gebruik van het begrip "bedrijfseconomische omstandigheden" daarbinnen past. Ook is naar aanleiding van de reacties van de Commissie insolventierecht, NVvR, NOvA, FNV, CNV en VCP, VNO-NCW en MKB-Nederland, Van Doorne en de heer F. De Leo toegelicht dat de voorgestelde regeling in overeenstemming is met de *Plessers*-uitspraak van het EU-Hof. De voorgestelde regeling vereist, in overeenstemming met deze uitspraak, dat *het verval* van arbeidsplaatsen berust op bedrijfseconomische omstandigheden (en niet de keuze voor in dienst te nemen werknemers).
- In de toelichting is uitgebreider aandacht besteed aan de werking van de voorgestelde regeling. Zo is naar aanleiding van de reacties van de Commissie insolventierecht, Insolad, Clifford Chance en Total Care B.V. nader ingegaan op de vraag wanneer "bedrijfseconomische omstandigheden" kunnen worden aangenomen. Bovendien is verduidelijkt dat werknemers die geen aanbod krijgen van de verkrijger, wel tijdelijk bij de verkrijger in dienst kunnen komen, namelijk gedurende de opzegtermijn van de door de curator opgezegde arbeidsovereenkomst. De richtlijn vereist namelijk dat alle arbeidsovereenkomsten die op het moment van de overgang bestaan, mee overgaan op de verkrijger, ook als zij reeds zijn opgezegd. Op dit punt bestond onduidelijkheid (zie de reacties van Insolad, NVB, VNO-NCW en MKB-Nederland en Clifford Chance).
- In de wettekst is opgenomen dat de verkrijger een termijn van minimaal drie dagen kan stellen aan de aanvaarding van een aanbod dat hij doet aan een werknemer, zodat snel duidelijk wordt of hij de baan aan een volgende werknemer moet aanbieden. Hier was door Insolad en VNO-NCW en MKB-Nederland om gevraagd. Naar aanleiding van het advies van de Commissie insolventierecht is bovendien een verplichting voor de verkrijger opgenomen om

de werknemers te informeren over de wijze van selectie en de voortgang van het selectieproces, zodat verzekerd is dat ook werknemers die geen aanbod krijgen hiervan op de hoogte worden gesteld.

- Naar aanleiding van de reactie van de Rvdr en de NVvR is geregeld dat voor de overgang van onderneming steeds de toestemming van de rechter-commissaris vereist is, ook als de te verkopen activa een waarde van niet meer dan € 2.000 vertegenwoordigen.
- De procedure bij de kantonrechter is nader geregeld. Zo zijn er termijnen opgenomen waarbinnen de werknemer zijn verzoek moet indienen. Hierom was gevraagd door Insolad, VNO-NCW en MKB-Nederland, JIRA en Houthoff. Daarnaast zijn enkele bepalingen die zien op de procedure na beëindiging van de arbeidsovereenkomst van overeenkomstige toepassing verklaard op deze procedure. Ook is een criterium in de wet opgenomen aan de hand waarvan de kantonrechter een beslissing kan nemen als meerdere werknemers in gelijke mate aanspraak kunnen maken op een dienstverband bij de verkrijger; door Insolad en VNO-NCW en MKB-Nederland is gewezen op de noodzaak hiertoe in verband met de 10% bandbreedte die de regeling de verkrijger laat bij toepassing van de inspiegelingsmethode.
- Zowel in de tekst als in de toelichting zijn aanpassingen doorgevoerd om te verduidelijken welke schulden vallen onder de schulden die niet mee overgaan op de verkrijger. Dit is gebeurd naar aanleiding van opmerkingen van de NVvR, Insolad, VNO-NCW en MKB-Nederland, JIRA, Houthoff, Van Doorne, de heer R.M. Beltzer, onderzoekers van de UvA en het UWV.
- Naar aanleiding van vragen van De Voort Advocaten, UvA, NOvA en SBI Formaat omtrent de beroepsmogelijkheden van de OR indien de curator de voorschriften van artikel 25, zevende lid, WOR niet naleeft, is bepaald dat de OR op grond van artikel 69, tweede lid, Fw de rechter-commissaris kan verzoeken de curator te bevelen deze voorschriften na te leven. Naar aanleiding van de reacties van JIRA en de Rvdr is de inlichtingenplicht van de ondernemer bij een te verwachten surseance of faillissement aangepast. Niet langer dient de ondernemer de OR of personeelsvertegenwoordiging een afschrift te sturen van het verzoekschrift tot het openen van een dergelijke procedure, maar in plaats daarvan dient hij de OR of personeelsvertegenwoordiging te informeren zodra hij de opening van een surseance- of faillissementsprocedure voorziet; dit is mogelijk al op een eerder moment. Door deze wijziging is bovendien duidelijker dat het niet voldoen aan deze verplichting geen reden is om de surseance of het faillissement te weigeren.

Naast bovengenoemde wijzigingen naar aanleiding van de consultatiereacties, zijn het voorontwerp en de toelichting geactualiseerd en zijn enkele verdere aanpassingen doorgevoerd. De belangrijkste wijzigingen betreffen de volgende:

- De randvoorwaarden waaronder het de verkrijger is toegestaan om in plaats van de inspiegelingsmethode een alternatieve selectiemethode toe te passen, zijn opgenomen in de wettekst en niet langer in de ministeriële regeling.
- De grondslag voor de verwerking van persoonsgegevens door de curator is geschrapt. Inmiddels voorziet het voorstel voor een Verzamelwet gegevensbescherming hier namelijk in. Dit voorstel is op dit moment aanhangig bij de Tweede Kamer.⁵¹
- In de regeling rond het concurrentiebeding is verduidelijkt op welk moment een concurrentiebeding komt te vervallen.
- Er is in de toelichting aandacht besteed aan grensoverschrijdende aspecten van de nieuwe regeling. De regeling rond overgang van onderneming is van toepassing als sprake is van werknemers van wie de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 8 Rome I-verordening wordt beheerst door Nederlands recht.

⁵¹ Kamerstukken 36 264.

- Er is voorzien in overgangsrecht. De nieuwe regeling zal alleen gelden voor faillissementen die na de inwerkingtreding van de wet zijn uitgesproken.

Na de consultatie in 2019 heeft dit wetstraject enige tijd stilgelegen. Dit heeft te maken met prejudiciële vragen die de Hoge Raad op 29 mei 2020 heeft gesteld aan het EU-Hof in de eerdergenoemde Heiploeg-zaak.⁵² Nu de uitkomst van deze procedure van belang kon zijn voor de verdere vormgeving van en het draagvlak voor de nieuwe regeling, is de uitkomst hiervan afgewacht.⁵³ Vanwege het tijdsverloop sinds de eerste consultatie en om de praktijk de gelegenheid te geven zich over de hierboven beschreven wijzigingen uit te laten, is besloten nogmaals te consulteren.

ARTIKELSGEWIJS

Artikel I

Onderdeel A

In het huidige artikel 7:653 leden 1 en 2 BW is bepaald dat in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een concurrentiebeding kan worden opgenomen en in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd alleen ingeval sprake is van zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen die de werkgever dan ook zorgvuldig moet motiveren. Het concurrentiebeding beperkt de werknemer in zijn recht om na het einde van de arbeidsovereenkomst werkzaam te zijn op een wijze die hij zelf heeft gekozen. Een concurrentiebeding treft een werknemer dus in een zwaarwegend belang, namelijk in de wijze waarop hij in zijn levensonderhoud voorziet. Gelet hierop is in artikel 7:653 leden 3 en 4 BW bepaald dat de rechter een concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk kan vernietigen en dat een concurrentiebeding geen werking heeft bij ontslag door ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.

Ook in geval van een faillissement kan een werknemer te maken krijgen met een concurrentiebeding, bijvoorbeeld doordat de curator zich hierop beroept. Als gevolg van de nieuwe regeling gaat een concurrentiebeding straks onder omstandigheden bovendien mee over op de verkrijger bij een overgang van onderneming in faillissement, zodat ook de verkrijger in dat geval het concurrentiebeding kan invoeren. Als de overgang plaatsvindt terwijl de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de gefailleerde werkgever nog niet is geëindigd (bijvoorbeeld omdat de curator deze weliswaar heeft opgezegd, maar de opzegtermijn nog loopt), gaat deze overeenkomst met alle daarin opgenomen bedingen, straks van rechtswege over op de verkrijger.

In geval van een faillissement kan er een gerechtvaardigd belang bestaan bij een beroep op een concurrentiebeding, namelijk om de kansen op een succesvolle doorstart zo groot mogelijk te maken. Potentiële verkrijgers zullen immers eerder afzien van het uitbrengen van een overnamebod als zij weten dat bepaalde werknemers – bijvoorbeeld werknemers die beschikken over bedrijfsgevoelige informatie – vrij zijn om bij een concurrent in dienst te treden. Lukt het echter niet om een doorstart tot stand te brengen of is er wel sprake van een doorstart, maar kan de werknemer niet bij de verkrijger in dienst komen, dan is het van belang dat de werknemer vrij is om zo spoedig mogelijk elders aan het werk te gaan.

Daarom wordt aan artikel 7:653 BW een nieuw zesde lid toegevoegd waarin wordt bepaald dat het concurrentiebeding in geval van een faillissement onder omstandigheden komt te vervallen. Het beding

⁵² HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954.

⁵³ Op 28 april 2022 heeft het EU-Hof uitspraak gedaan: HvJEU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321 (*Heiploeg*). Vervolgens heeft de Hoge Raad op 6 oktober 2023 arrest gewezen: HR 6 oktober 2023, ECLI:NL:HR:2023:1372.

vervalt op het moment dat de arbeidsovereenkomst als gevolg van opzegging door de curator op grond van artikel 40, eerste lid, Fw eindigt. Het moment van opzegging is dus niet bepalend, maar het moment dat de arbeidsovereenkomst na afloop van de opzegtermijn ten einde komt. Vaak zal de curator direct bij aanvang van het faillissement overgaan tot opzegging van de lopende arbeidsovereenkomsten. Op dat moment is veelal nog niet duidelijk of een doorstart mogelijk is. Dat zal de curator vervolgens onderzoeken. Het is dus niet wenselijk dat het concurrentiebeding op dat moment al vervalt, omdat er nog een kans bestaat dat de werknemers in dienst kunnen treden bij een eventuele verkrijger. Is echter na afloop van de opzegtermijn nog geen verkoop van de onderneming gerealiseerd en eindigt de arbeidsovereenkomst, dan prevaleert het belang van de werknemer om vrijelijk elders aan de slag te kunnen gaan, zelfs als de mogelijkheid tot een doorstart nog niet geheel verdwenen is. Dat het belang van de werknemer hier prevaleert, is gezien de onzekere positie van de werknemer tijdens faillissement wenselijk. Zo heeft de werknemer door het faillissement geen recht op een transitievergoeding en kan het zijn dat er een kortere opzegtermijn van toepassing is dan buiten faillissement (artikel 40, eerste lid, Fw). Om deze redenen komt het concurrentiebeding na afloop van de opzegtermijn van rechtswege te vervallen. Deze opzegtermijn is op basis van artikel 40, eerste lid, Fw ten hoogste zes weken. Mocht al veel eerder duidelijk worden dat een doorstart niet haalbaar is, dan mag van de curator verwacht worden dat hij op dat moment al aan de werknemers mededeelt dat geen beroep zal worden gedaan op het concurrentiebeding.

Het concurrentiebeding vervalt niet alleen als er geen doorstart tot stand komt, maar ook als er weliswaar sprake is van een overgang van de onderneming, maar de werknemer geen aanbod van de verkrijger ontvangt om bij hem in dienst te komen. Dit geldt ook als de werknemer wel tijdelijk, namelijk tijdens de resterende duur van de opzegtermijn, in dienst treedt bij de verkrijger; ook dan vervalt het concurrentiebeding na de afloop van deze opzegtermijn. Daarmee heeft de verkrijger dus nog gedurende de opzegtermijn de tijd om te bepalen welke werknemers hij op grond van de door hem gehanteerde selectiemethode een aanbod dient te doen, zonder dat het concurrentiebeding vervalt.

Alleen dan vervalt het concurrentiebeding niet, als er voorafgaand aan de afloop van de opzegtermijn toestemming is van de rechter-commissaris voor de verkoop van de onderneming en de verkrijger voorafgaand aan die afloop aan de werknemer een aanbod heeft gedaan om bij hem in dienst te komen. Het is daarbij niet relevant of het aanbod door de werknemer al dan niet is geaccepteerd. De 10 % bandbreedte die binnen de inspiegelingsmethode bestaat, biedt een verkrijger de ruimte om ervoor te kiezen een arbeidsovereenkomst aan te bieden aan het zogenaamde "key personel", dat wil zeggen aan werknemers die over concurrentiegevoelige informatie beschikken waarvan de vertrouwelijkheid nodig is voor het succes van de doorgestarte onderneming. Deze werknemers blijven daarmee gebonden aan het concurrentiebeding, ook als zij ervoor kiezen het aanbod niet te accepteren. Het nieuwe lid 6 van artikel 7:653 BW geldt voor arbeidsovereenkomsten waarop op grond van artikel 8 Rome I-verordening Nederlands recht van toepassing is. Wordt een dergelijke arbeidsovereenkomst opgezegd tijdens een in een andere staat geopende faillissementsprocedure, dan zal dit lid 6 overeenkomstig moeten worden toegepast.

Wordt de werknemer op basis van artikel 7:666b leden 1, 2 en 5 BW door de verkrijger in dienst genomen, maar komt de arbeidsovereenkomst na de overgang anders dan als gevolg van de opzegging door de curator tot een einde – omdat de arbeidsovereenkomst door de verkrijger wordt opgezegd, op verzoek van de verkrijger door de kantonrechter wordt ontbonden of met wederzijds goedvinden wordt beëindigd – dan zijn de huidige leden 1 tot en met 5 van artikel 7:653 BW van toepassing en moet op basis van die bepalingen worden bepaald of de werknemer aan het concurrentiebeding gehouden kan worden.

Dit voorstel is gebaseerd op het huidige wettelijke kader rond het concurrentiebeding. Op dit moment loopt er ook een wetstraject dat meer in zijn algemeenheid beoogt het concurrentiebeding te

moderniseren.⁵⁴ Dit laatste wetstraject zal aanzienlijke gevolgen hebben voor de mogelijkheden om in geval van een faillissement een beroep te doen op een concurrentiebeding.⁵⁵ Uiteraard zullen beide trajecten steeds op elkaar afgestemd worden.

Onderdeel B

Artikel 7:662 BW regelt het toepassingsbereik van afdeling 8 van titel 10 van Boek 7 BW betreffende de rechten van de werknemer bij overgang van onderneming. Met dit wetsvoorstel wordt het toepassingsbereik van de regeling uitgebreid; de afdeling gaat ook gelden in faillissement. Deze aanpassing vergt introductie van een nieuwe begripsomschrijving. Aan lid 1 wordt één nieuw onderdeel toegevoegd waarin wordt bepaald waarop gedoeld wordt als in het nieuwe artikel 7:666b lid 10 BW wordt verwezen naar 'een vereniging van werknemers'. Deze begripsomschrijving stemt overeen met de omschrijving opgenomen in artikel 7:671a lid 3 BW. Vergelijkbare eisen aan werknemersverenigingen komen daarnaast voor in bijvoorbeeld artikel 9 WOR en artikel 3 van de Wet melding collectief ontslag.

Onderdeel C

Nu geldt dat de beschermingsregels uit de richtlijn (artikelen 7:662 – 665 en 670 lid 8 BW) niet van toepassing zijn in geval van een overgang van onderneming tijdens faillissement. Deze regel wordt voor ondernemingen waar 20 personen of meer werkzaam zijn, vervangen door een bepaling op basis waarvan alleen de tweede volzin van artikel 7:663 BW en artikel 7:665 BW buiten toepassing blijven en in plaats daarvan een nieuw artikel 7:666b BW geldt (zie het nieuwe lid 5 van artikel 7:666 BW). De artikelen 7:664 en 665a BW worden in hun toepassing daarop iets aangepast. Artikel 7:665 BW blijft buiten toepassing nu voor een beëindiging of niet-voortzetting van de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever in geval van een faillissement geen transitievergoeding verschuldigd is.

Voor kleine ondernemingen blijft de huidige uitzondering van kracht (zie het gewijzigde lid 1 onderdeel a). Wel krijgt de verkrijger van een kleine onderneming de mogelijkheid te kiezen voor toepassing van het nieuwe regime (zie lid 4). Bij algemene maatregel van bestuur zal worden vastgesteld welke ondernemingen kwalificeren als kleine onderneming in de zin van deze bepaling. Het zal daarbij in eerste instantie gaan om ondernemingen waarbij op de dag van de faillietverklaring minder dan 20 personen werkzaam zijn. Om te bepalen of deze uitzondering van toepassing is, moet worden gekeken naar het aantal personen dat op de dag van de faillietverklaring in dienst is bij de gefailleerde werkgever op basis van een arbeidsovereenkomst en behoort tot de onderneming die overgaat. Ook werknemers die voldoen aan bovengenoemde vereisten, maar vanwege ziekte op de dag van de faillietverklaring niet in staat zijn hun werkzaamheden te verrichten, tellen mee. Uiteraard kan de nieuwe wettelijke regeling niet worden ontdoken door bijvoorbeeld een grotere onderneming in meerdere onderdelen te verkopen aan dezelfde verkrijger of aan verschillende aan elkaar gelieerde verkrijgers. In een dergelijk geval moeten de verschillende transacties gezamenlijk worden gezien als één overgang van onderneming, zodat de uitzondering voor kleine ondernemingen niet van toepassing is. Voorwaarde voor toepassing van de uitzondering is daarnaast dat de faillissementsprocedure het oog heeft op de liquidatie van het vermogen van de werkgever. Dit is niet het geval als de procedure de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt. In elke afzonderlijke situatie zal moeten worden nagegaan of aan deze voorwaarde is voldaan.⁵⁶ In de Heiploeg-zaak stond de vraag centraal of aan deze voorwaarde is voldaan als de overgang van (een deel van) een onderneming in faillissement is voorbereid in het kader van een pre-packprocedure. Het EU-Hof overwoog dat dit het geval is als het primaire doel van de pre-packprocedure, gevolgd door een faillissementsprocedure, erin bestaat om na de vaststelling van de insolventie van de vervreemder en na diens liquidatie de hoogst mogelijke uitbetaling van zijn

⁵⁴ Zie het voorontwerp voor een Wet modernisering concurrentiebeding, te vinden op www.internetconsultatie.nl.

⁵⁵ Zie ook paragraaf 2.9 van de toelichting bij het voorontwerp Wet modernisering concurrentiebeding.

⁵⁶ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV/Smallsteps*), r.o. 47-52 ; HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321 (*FNV/Heiploeg*), r.o. 53.

gezamenlijke schuldeisers te verkrijgen. Hiervoor moet niet alleen worden vastgesteld dat deze procedures als primair doel hebben om een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers te verwezenlijken, maar ook dat de liquidatie door middel van een overgang van (een deel van) de draaiende onderneming het mogelijk maakt dit primaire doel te bereiken. Bovendien is volgens het EU-Hof vereist dat de pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.⁵⁷

Is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van de uitzondering, dan stelt het wetsvoorstel nog wel enkele vereisten aan de overgang van de kleine onderneming. Het gaat ten eerste om een vereiste tot transparantie inzake de wijze van selectie van personeel. Zie hierover nader de toelichting op artikel III, onderdeel E. Daarnaast wordt ook bij een overgang van een kleine onderneming straks uitgangspunt dat de bestaande werknemers als eerste in aanmerking dienen te komen voor een functie bij de verkrijger. Dit is geregeld in een nieuw lid 3. Bepaald is dat de verkrijger aan een van de oud-werknemers een aanbod doet tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst, als binnen 26 weken na de overgang binnen de onderneming een vacature ontstaat voor dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden als die welke werden verricht door deze werknemer. De verkrijger kan een termijn stellen aan de aanvaarding van dit aanbod, die in ieder geval niet korter is dan drie dagen. De Algemene termijnenwet wordt op deze termijn van toepassing verklaard (zie artikel II). Daarmee wordt verzekerd dat de werknemer altijd ten minste twee dagen heeft die niet een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag zijn om op het aanbod te reageren (zie artikel 2 van de Algemene termijnenwet). Wijst de werknemer het aanbod af, dan doet de verkrijger een aanbod aan een volgende werknemer. Anders dan onder het nieuwe regime dat straks gaat gelden voor grotere ondernemingen, is de verkrijger niet verplicht een objectieve selectiemethode te hanteren om te bepalen in welke volgorde de werknemers dit aanbod krijgen. Ook is de verkrijger niet verplicht om de arbeidsovereenkomst tegen dezelfde arbeidsvoorwaarden aan te bieden als die de werknemer had bij de gefailleerde werkgever. De verkrijger zal echter niet aan derden gunstiger arbeidsvoorwaarden mogen aanbieden dan aan de oud-werknemers van de gefailleerde. Ook vereist de wet een arbeidsovereenkomst; de oud-werknemers hoeven dus niet genoeg te nemen met het verrichten van werkzaamheden op opdrachtbasis. Ten slotte zal de verkrijger bij de selectie van personeel en het hanteren van arbeidsvoorwaarden moeten voldoen aan de gelijke-behandelingswetgeving. Trekt de verkrijger, in strijd met dit nieuwe lid 3, een derde aan zonder dat hij eerst een arbeidsovereenkomst heeft aangeboden aan de werknemers die bij de gefailleerde werkgever dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden verrichtten, dan kunnen deze werknemers zich tot de kantonrechter wenden om alsnog een dienstverband af te dwingen. De kantonrechter veroordeelt de verkrijger dan tot het doen van een aanbod tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst tegen dezelfde arbeidsvoorwaarden als die de werknemer had bij de gefailleerde werkgever. Anders dan in het geval de verkrijger zelf uit eigen beweging het aanbod doet, neemt de kantonrechter kortom de oorspronkelijke arbeidsovereenkomst bij de gefailleerde werkgever tot uitgangspunt. Maken meerdere werknemers die bij de gefailleerde werkgever dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden verrichtten, van deze mogelijkheid gebruik, dan bepaalt de kantonrechter aan de hand van de inspiegelingsmethode welk verzoek hij toewijst. Het is aan de verkrijger om in de procedure te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat ook een andere werknemer een procedure is begonnen die op basis van de inspiegelingsmethode eerder aanspraak kan maken op een dienstverband bij de verkrijger. De kantonrechter kan zijn uitspraak aanhouden in afwachting van de uitspraak in een dergelijke andere procedure.

Onderdeel D

Leden 1 – 4 en lid 10

⁵⁷ HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321 (*FNV/Heiploeg*), r.o. 52-55.

Bij een overgang van onderneming in faillissement gaan alle arbeidsovereenkomsten met de werknemers die op het moment van de faillietverklaring bij de gefailleerde werkgever in dienst zijn van rechtswege over op de verkrijger in de stand waarin die overeenkomsten zich op dat moment bevinden (artikelen 7:663, eerste volzin, en 666 lid 5 BW). Dit betekent dat de verkrijger treedt in alle rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de failliete werkgever voortvloeien uit deze arbeidsovereenkomsten. De werknemer kan daarmee onder dezelfde arbeidsvoorwaarden bij de verkrijger aan de slag, bijvoorbeeld waar het betreft de hoogte van het loon, vakantiegeld, een overwerkvergoeding en overeengekomen werktijden. De curator zegt de arbeidsovereenkomsten echter doorgaans kort na de faillietverklaring op basis van artikel 40 Fw op. Voor zover de opzegtermijn op het moment van de overgang van de onderneming nog niet is afgelopen, heeft dat tot gevolg dat deze arbeidsovereenkomsten op dat moment in 'opgezegde status' overgaan op de verkrijger. Deze arbeidsovereenkomsten eindigen vervolgens zodra de opzegtermijn is verstreken. Gelet daarop is in lid 1 bepaald dat de verkrijger alle werknemers ten aanzien van wie de arbeidsovereenkomst is opgezegd, een nieuwe arbeidsovereenkomst moet aanbieden op basis waarvan zij op het moment van de overgang bij hem in dienst treden. Lid 1 spreekt over "een werknemer die op de dag van de faillietverklaring in de onderneming werkzaam is". Daarmee is tot uitdrukking gebracht dat de werknemer moet behoren tot de onderneming die overgaat (en niet bijvoorbeeld tot een andere onderneming van de gefailleerde werkgever) en nog in dienst moet zijn bij de gefailleerde werkgever op de dag van de faillietverklaring. Ook een werknemer die voldoet aan bovengenoemde vereisten, maar vanwege ziekte op de dag van de faillietverklaring niet in staat is zijn werkzaamheden te verrichten, geldt als "een werknemer die op de dag van de faillietverklaring in de onderneming werkzaam is". De verkrijger kan een termijn stellen aan de aanvaarding van het aanbod, die in ieder geval drie dagen dient te zijn. De Algemene termijnenwet wordt op deze termijn van toepassing verklaard (zie artikel II). Op de regel dat de verkrijger een dienstverband moet aanbieden aan alle werknemers die in de onderneming werkzaam zijn, wordt één uitzondering gemaakt. Als er bij de overgang arbeidsplaatsen verdwijnen en dit het gevolg is van bedrijfseconomische omstandigheden als bedoeld in artikel 7:669 lid 3, onderdeel a, BW is het de verkrijger toegestaan minder werknemers een aanbod te doen. Daarbij moet het gaan om een structureel verlies van arbeidsplaatsen. Of hiervan sprake is, moet bezien worden over een toekomstige periode van 26 weken vanaf de overgang. De verkrijger dient in dat geval een objectieve selectiemethode te hanteren om te bepalen in welke volgorde de werknemers een aanbod ontvangen. Bij de toepassing van deze selectiemethode dient de verkrijger alle werknemers te betrekken die op de dag van de faillietverklaring in de onderneming werkzaam zijn. Denkbaar is dat er een deel van de werknemers is waarvan de curator de arbeidsovereenkomst nog niet overeenkomstig artikel 40 Fw heeft opgezegd. Ook deze werknemers moeten wel worden meegenomen in de selectiemethode, omdat zij anders gunstiger worden behandeld dan de overige werknemers. Leidt toepassing van de selectiemethode ertoe dat zij (mogelijk) niet worden geselecteerd voor een functie bij de verkrijger, dan betekent dit dat de curator voorafgaand aan de overgang alsnog zal moeten overgaan tot opzegging van de arbeidsovereenkomsten met deze werknemers, wil de rechter-commissaris toestemming kunnen verlenen aan de overgang. De selectiemethode dient alleen toegepast te worden ten aanzien van werknemers op wie de regeling rond overgang van onderneming in het BW van toepassing is. Dit is het geval als de arbeidsovereenkomst ingevolge artikel 8 Rome I-verordening wordt beheerst door Nederlands recht, waarbij in principe geldt dat werknemers die gewoonlijk in Nederland hun arbeid verrichten, ook bij een rechtskeuze voor vreemd recht niet de bescherming mogen missen van de dwingendrechtelijke regeling in het BW. Andere werknemers blijven dus buiten de toepassing van de selectiemethode.⁵⁸

⁵⁸ Vgl., ten aanzien van het afspiegelingsbeginsel, paragraaf 2.7 van de Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen van het UWV.

In lid 3 is bepaald dat de verkrijger als objectieve selectiemethode de inspiegelingsmethode dient te hanteren. Onder bepaalde voorwaarden kan de rechter-commissaris echter toestemming geven voor toepassing van een alternatieve selectiemethode. Hiervoor is vereist dat aannemelijk is dat:

- a. het hanteren van de alternatieve selectiemethode in plaats van de inspiegelingsmethode noodzakelijk is om tot een doelmatige bedrijfsvoering te komen; en
- b. de alternatieve selectiemethode ertoe leidt dat de volgorde waarin de werknemers een arbeidsovereenkomst aangeboden krijgen, bepaald wordt op een transparante, proportionele, objectieve en niet-discriminerende wijze (zie lid 3).

Werknemers aan wie vanwege bedrijfseconomische omstandigheden geen aanbod wordt gedaan tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst, kunnen in sommige gevallen op grond van artikel 7:663 BW wel tijdelijk in dienst komen van de verkrijger, namelijk gedurende de opzegtermijn van de arbeidsovereenkomst met de gefailleerde werkgever. De richtlijn vereist dat alle arbeidsovereenkomsten die op het moment van de overgang bestaan mee overgaan op de verkrijger.⁵⁹ Dit geldt dus ook als deze arbeidsovereenkomsten al zijn opgezegd, maar de opzegtermijn nog niet is verlopen. Dit is alleen anders als de werknemer duidelijk en ondubbelzinnig verklaart dat hij niet in dienst wil treden bij de verkrijger, ook niet gedurende de periode van de opzegtermijn. In dat geval eindigt de arbeidsovereenkomst per direct op het moment van de overgang.⁶⁰ Vanaf dat moment kan de werknemer dus ook geen beroep meer doen op de loongarantieregeling. Het niet aanvaarden van het aanbod van de verkrijger als bedoeld in het eerste lid is op zich niet voldoende om aan te nemen dat de werknemer in het geheel weigert in dienst te treden bij de verkrijger, dus ook gedurende de opzegtermijn. De werknemer zal dit laatste duidelijk en ondubbelzinnig moeten verklaren.

De verkrijger dient de werknemers van de gefailleerde werkgever tijdig te informeren over de wijze waarop de selectie plaatsvindt en de voortgang van het selectieproces (zie lid 2, laatste zin). De informatie moet zodanig zijn, dat een werknemer in staat is na te gaan of hij een aanbod behoort te ontvangen. In geval van ontslag vanwege bedrijfseconomische omstandigheden is dergelijke informatie opgenomen in de ontslagvergunning van het UWV. Het is aan de verkrijger om te bepalen op welke wijze hij de werknemers informeert. Hij kan werknemers individueel informeren, maar hij zou er ook voor kunnen kiezen de informatie beschikbaar te stellen via een (beschermde) digitale omgeving die toegankelijk is voor de werknemers. De verkrijger dient de werknemers niet alleen vooraf aan het selectieproces te informeren over de te hanteren selectiemethode, maar ook op de hoogte te houden van het verloop van het selectieproces. Hierdoor weten werknemers ook wanneer het selectieproces is afgerond en zij geen aanbod meer zullen ontvangen.

Krijgt een werknemer een aanbod tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst en aanvaardt hij dit, dan vangt de arbeidsovereenkomst aan op het tijdstip van de overgang en eindigt – voor zover dit niet al het geval was – op dat moment de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de gefailleerde werkgever. Dit laatste is geregeld in lid 4. Aanvaardt de werknemer de nieuwe arbeidsovereenkomst niet, dan zal dit over het algemeen betekenen dat hij verwijtbaar werkloos wordt of is in de zin van artikel 24 van de Werkloosheidswet. Hij kan dan geen aanspraak maken op een WW-uitkering.

In lid 10, onderdeel a, is bepaald dat de nieuwe arbeidsovereenkomst die de verkrijger sluit met de werknemer die mee overgaat, dezelfde arbeidsvoorwaarden moet omvatten als de arbeidsovereenkomst die de werknemer had met de gefailleerde werkgever. Deze bepaling is in zoverre van dwingend recht dat afwijking van deze bepaling ten gunste van de werknemer mogelijk is, maar afwijking ten nadele niet. Dit geldt ook als de werknemer ter compensatie van deze nadelen zulke nieuwe voordelen verkrijgt,

⁵⁹ Zie o.a. HvJ EU 25 juli 1991, C-362/89, ECLI:EU:C:1991:326, m.n. r.o. 12.

⁶⁰ HR 7 oktober 1988, ECLI:NL:HR:1988:AB9979, r.o. 3.2; HR 26 mei 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA5958, r.o. 3.5.

dat hij ten opzichte van zijn vroegere situatie er globaal gezien niet op achteruit gaat.⁶¹ Neemt de verkrijger in strijd hiermee toch voorwaarden in de nieuwe arbeidsovereenkomst op die voor de werknemer ongunstiger zijn, dan zijn deze vernietigbaar op grond van artikel 3:40 lid 2 BW. Op het uitgangspunt dat de arbeidsovereenkomst dezelfde arbeidsvoorwaarden moet omvatten, maakt de tweede zin van lid 10 een uitzondering. Daarin is bepaald dat de arbeidsvoorwaarden bij overeenkomst met een vereniging van werknemers kunnen worden aangepast. Hiermee wordt gebruik gemaakt van de in artikel 5 lid 2, onderdeel b, van de richtlijn geboden lidstaatoptie om de gevolgen van de toepassing van de richtlijn te verzachten. In artikel 7:662 lid 1 BW wordt gedefinieerd wat voor de toepassing van deze afdeling wordt verstaan onder een "vereniging van werknemers" (zie artikel I, onderdeel B). Tussen de verkrijger en de vereniging zal overeenstemming moeten zijn bereikt voordat de rechter-commissaris zijn (definitieve) toestemming verleent aan de overgang. De rechter-commissaris kan immers enkel beoordelen in hoeverre het verval van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden noodzakelijk is, als hij weet welke arbeidsvoorwaarden daarbij gelden. Bovendien moeten de werknemers aan wie de verkrijger een aanbod doet tot het sluiten van de arbeidsovereenkomst, weten wat dit aanbod precies inhoudt; tegen welke arbeidsvoorwaarden kunnen zij in dienst komen bij de verkrijger? Lukt het de verkrijger en de vereniging van werknemers niet om tijdig tot overeenstemming te komen, dan is de verkrijger gebonden aan de arbeidsvoorwaarden die golden bij de gefailleerde werkgever.

Van belang is dat deze bepaling toepassing vindt binnen het systeem van ons recht betreffende de collectieve arbeidsovereenkomst (cao) en het algemeen verbindend verklaren van een cao zoals neergelegd in de wetten Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst (Wet cao) en de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet AVV). In dat kader gelden onder andere de volgende twee uitgangspunten. De rechten en verplichtingen die op het tijdstip van de overgang voor de gefailleerde werkgever ten aanzien van zijn werknemers voortvloeien uit bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden van een cao waaraan hij gebonden is, gaan rechtstreeks over op de verkrijger (artikel 14a lid 1 Wet CAO). Daarnaast vloeit uit artikel 2b lid 1 Wet AVV voort dat wanneer sprake is van verbindend verklaarde cao-bepalingen bij de gefailleerde werkgever, de daaruit voortvloeiende rechten en plichten omtrent arbeidsvoorwaarden van rechtswege overgaan op de verkrijger. Aanpassing van arbeidsvoorwaarden die algemeen verbindend zijn verklaard, is op grond van lid 10 niet mogelijk. Is aan de gefailleerde werkgever dispensatie verleend van een algemeen verbindend verklaarde cao waardoor voor de werknemers arbeidsvoorwaarden gelden die niet berusten op deze algemeen verbindend verklaarde cao, dan is aanpassing van deze arbeidsvoorwaarden wel mogelijk.

Had de werknemer bij de gefailleerde werkgever een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, dan moet de verkrijger de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aanbieden waarbij de werknemer voor de resterende duur van die eerdere overeenkomst bij de verkrijger in dienst komt. Dit is geregeld in lid 10, onderdeel b. Het gaat daarbij om de nog resterende duur op het moment dat deze eerdere overeenkomst (vroegtijdig) is geëindigd. Dit zal veelal op het moment van de overgang zijn (zie lid 4). Denkbaar is echter dat deze overeenkomst al eerder was geëindigd door de opzegging van de curator. Dan is dat het meetmoment voor de vaststelling van de resterende duur. In deze situatie wordt op grond van artikel 7:668a leden 1 en 2 BW de keten van arbeidsovereenkomsten voortgezet. In lid 4, tweede zin, is echter bepaald dat in dit geval de oude arbeidsovereenkomst bij de gefailleerde werkgever en de nieuwe arbeidsovereenkomst bij de verkrijger in de keten worden beschouwd als één arbeidsovereenkomst. Dit is van belang omdat in het huidige artikel 7:668a leden 1 en 2 BW – kort gezegd – is bepaald dat er maximaal drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd op rij gesloten mogen worden binnen een periode van drie jaar. Bij de vierde arbeidsovereenkomst ontstaat automatisch een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Alleen als er tussen twee

⁶¹ HvJ EG 10 februari 1988, C-324/86, ECLI:EU:C:1988:72 (*Daddy's Dance Hall*), r.o. 14-15.

arbeidsovereenkomsten een periode zit van meer dan zes maanden, ontstaat er een nieuwe keten (en mogen er opnieuw drie tijdelijke arbeidsovereenkomsten in een periode van twee jaar gesloten worden).⁶² De acceptatie van die overeenkomst door de werknemer leidt er in dit geval niet toe dat er automatisch sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, omdat de laatste arbeidsovereenkomst bij de gefailleerde werkgever en de nieuwe arbeidsovereenkomst bij de verkrijger in het kader van de overgang als één arbeidsovereenkomst worden beschouwd. Biedt de verkrijger de werknemer na afloop van deze tijdelijke overeenkomst, opnieuw een tijdelijke arbeidsovereenkomst aan, dan leidt de ketenregeling van artikel 7:668a BW er wel toe dat met de acceptatie van deze laatste arbeidsovereenkomst automatisch een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat.

Lid 5

Als er bij de overgang arbeidsplaatsen verdwijnen en dit het gevolg is van bedrijfseconomische omstandigheden als bedoeld in artikel 7:669 lid 3, onderdeel a, BW, hoeft de verkrijger niet alle werknemers een dienstverband aan te bieden (lid 2). In die situatie zijn er dus werknemers die niet mee overgaan. Blijkt binnen 26 weken na de overgang dat er toch werk is voor meer werknemers en ontstaat er binnen de onderneming een vacature voor dezelfde werkzaamheden die voor de overgang werden verricht door werknemers die achtergebleven zijn, dan moet de verkrijger één van die werknemers een dienstverband aanbieden op basis waarvan hij alsnog zijn vroegere werkzaamheden binnen de onderneming kan hervatten. De verkrijger kan een termijn stellen aan de aanvaarding van dit aanbod, die in ieder geval drie dagen dient te zijn. Dit is geregeld in lid 5. De Algemene termijnenwet wordt op deze termijn van toepassing verklaard (zie artikel II). Gaat het om een werknemer die een arbeidsovereenkomst bij de gefailleerde werkgever had voor bepaalde tijd, dan geldt ook hier dat de verkrijger een aanbod moet doen waarbij de werknemer voor de resterende duur van die eerdere overeenkomst bij de verkrijger in dienst komt. Voor de vaststelling van deze resterende duur moet worden gekeken naar het moment dat de eerdere overeenkomst eindigde. Welke werknemer als eerste een aanbod moet krijgen, moet worden bepaald op basis van de selectiemethode die eerder al werd gehanteerd bij de selectie van de werknemers die op basis van lid 2 op het moment van de overgang bij de verkrijger in dienst zijn getreden. Is als selectiemethode de inspiegelingsmethode toegepast, dan geldt ook nu dat de verkrijger gebruik kan maken van een 10% bandbreedte, voor zover de verkrijger hiervan eerder nog niet volledig gebruik had gemaakt. Bij de berekening van het aantal werknemers dat op grond van de 10% bandbreedte buiten de toepassing van de inspiegelingsmethode gelaten kan worden, moet in dat geval wel rekening worden gehouden met het feit dat de verkrijger alsnog meer werknemers in dienst neemt.

Leden 6 en 7

Voordat de curator het bedrijf van de failliet onderhands kan verkopen, moet de rechter-commissaris hem daarvoor – op basis van de artikelen 176 en 176a Fw – toestemming geven. Moet de bedrijfsovername aangemerkt worden als een overgang van onderneming in de zin van artikel 7:666 lid 5 BW, dan kan de rechter-commissaris alleen toestemming geven als bij de overgang voldaan wordt aan de regels betreffende overgang van onderneming in faillissement. De rechter-commissaris zal dus eerst moeten beoordelen of, en in hoeverre, sprake is van een overgang van onderneming. Is dit het geval, dan zijn er twee scenario's:

- a. de verkrijger biedt alle werknemers een arbeidsovereenkomst aan (artikel 7:666b lid 1 BW), of
- b. de verkrijger maakt aannemelijk dat sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden die leiden tot verlies van arbeidsplaatsen, en selecteert via de inspiegelingsmethode of een alternatieve objectieve selectiemethode de werknemers die hij een arbeidsovereenkomst aanbiedt (artikel 7:666b lid 2 BW).

⁶² In het voorstel voor een Wet meer zekerheid flexwerkers wordt voorgesteld deze tussenliggende periode van zes maanden te schrappen en in plaats daarvan een administratieve vervaltermijn van zestig maanden in te voeren. Dit wetsvoorstel is ter advisering aangeboden aan de Afdeling advisering van de Raad van State.

Zodra de rechter-commissaris toestemming heeft gegeven voor de onderhandse verkoop, dan heeft hij hiertoe moeten vaststellen dat de voorgelegde bedrijfsovername in overeenstemming is met de regels betreffende overgang van onderneming. Als de rechter-commissaris heeft geoordeeld dat de onderhandse verkoop niet kwalificeert als een overgang van onderneming, staat dit in beginsel vast. In het tweede scenario (onder b) betekent dit dat de rechter-commissaris heeft vastgesteld dat:

- voldoende aannemelijk is gemaakt dat er sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden als bedoeld in artikel 7:669 lid 3, onderdeel a, BW die het noodzakelijk maken om maatregelen te treffen waardoor er arbeidsplaatsen verloren gaan, en
- de selectiemethode op basis waarvan bepaald wordt welke werknemers in aanmerking komen voor een dienstverband bij de verkrijger in overeenstemming is met de nieuwe regeling.

Ook kan de rechter-commissaris bijvoorbeeld hebben vastgesteld dat voldaan is aan de voorwaarden voor aanpassing van de arbeidsvoorwaarden, zoals opgenomen in lid 10, laatste alinea. De kantonrechter is in beginsel gebonden aan deze oordelen van de rechter-commissaris bij zijn beoordeling van een verzoek van een individuele werknemer (zie lid 7). Wel biedt de wet hem de mogelijkheid om in uitzonderingsgevallen toch af te wijken van het oordeel van de rechter-commissaris. Hiertoe heeft hij ten eerste de ruimte als de rechter-commissaris bij zijn beslissing is uitgegaan van onjuiste of onvolledige informatie. Deze informatie moet zodanig essentieel zijn dat de rechter-commissaris, bij de juiste kennis van zaken, zijn toestemming niet zou hebben verleend. Ten tweede is afwijking mogelijk als sprake is van een kennelijk onjuiste toepassing van de wettelijke regeling door de rechter-commissaris. Hiervan moet terughoudend gebruik worden gemaakt; dit is alleen aan de orde als het evident is dat de wettelijke regeling onjuist is toegepast. De toets van de kantonrechter is kortom met name gericht op de vraag of het door de rechter-commissaris goedgekeurde overnameplan in de praktijk ook correct is uitgevoerd. Een individuele werknemer kan bijvoorbeeld een beroep doen op de kantonrechter als na de overgang blijkt dat hij niet bij de verkrijger in dienst is gekomen doordat de verkrijger hem geen arbeidsovereenkomst heeft aangeboden terwijl hij, in scenario b, op basis van de selectiemethode wel een aanbod had moeten ontvangen. Dit is bepaald in lid 6. De werknemer kan de kantonrechter in dat geval verzoeken:

- de verkrijger te veroordelen om hem alsnog een dienstverband aan te bieden, of
- hem ten laste van de verkrijger een billijke vergoeding toe te kennen, als het alsnog in dienst komen bij de verkrijger in redelijkheid niet mogelijk is vanwege een omstandigheid waarbij sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de verkrijger.

Bij deze regeling is zoveel mogelijk aangesloten bij artikel 7:682 lid 1 BW waarin is geregeld dat de werknemer een beroep kan doen op de kantonrechter als de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst door de werkgever in strijd was met artikel 7:669 lid 1 of lid 3 BW.

Is echter als selectiemethode de inspiegelingsmethode toegepast, dan geldt – zoals toegelicht is in paragraaf 3.3 van deze memorie van toelichting – een bandbreedte ter grootte van 10% van het aantal werknemers wiens arbeidsplaats vervalt. Als de verkrijger binnen de 10% bandbreedte is gebleven, slaagt het beroep van de werknemer op de kantonrechter niet. Bij de toets of de inspiegelingsmethode correct is toegepast en of de verkrijger binnen de 10% bandbreedte is gebleven, houdt de kantonrechter mede rekening met feiten en omstandigheden die zich na de overgang hebben voorgedaan. Een verkrijger kan dus een verkeerde toepassing van de inspiegelingsmethode herstellen door alsnog een dienstverband per het moment van de overgang aan te bieden aan de werknemers die hiervoor in aanmerking hadden moeten komen. Als de verkrijger buiten de 10% bandbreedte is getreden, kan het zijn dat meerdere werknemers een gelijke aanspraak op een dienstverband bij de verkrijger kunnen maken. Stel dat de verkrijger op grond van de 10% bandbreedte bevoegd was om twee werknemers buiten toepassing van de inspiegelingsmethode te houden. Hij is echter buiten deze bandbreedte getreden door vier werknemers in dienst te nemen die hiervoor op basis van de inspiegelingsmethode niet in aanmerking kwamen. Dit betekent dat vier andere werknemers geen aanbod hebben ontvangen, terwijl dit op basis van de inspiegelingsmethode wel had moeten. Om alsnog aan de 10% bandbreedte te voldoen, is het voldoende als twee van deze vier werknemers alsnog in dienst van de verkrijger

komen. Vallen deze vier werknemers in verschillende categorieën van uitwisselbare functies, dan biedt de inspiegelingsmethode geen handvatten om te bepalen welke twee werknemers het eerst in aanmerking komen voor een dienstverband. Voor deze situaties regelt lid 6 dat de kantonrechter het eerst het verzoek toewijst van de werknemer met het langste dienstverband bij de gefailleerde werkgever. Het is aan de verkrijger om in de procedure te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat ook een andere werknemer met een langer dienstverband bij de gefailleerde werkgever een procedure is begonnen. De kantonrechter kan zijn uitspraak aanhouden in afwachting van de uitspraak in een dergelijke andere procedure.

Lid 6 is ook van toepassing in gevallen waarin de verkrijger weliswaar een aanbod heeft gedaan aan de werknemer tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst, maar dit aanbod niet aan de wettelijke vereisten voldoet. Aan de werknemer is bijvoorbeeld in strijd met lid 1 of lid 5 een te korte termijn gegund voor de aanvaarding ervan of het aanbod bevat in strijd met lid 10, onderdeel a, voor de werknemer ongunstiger arbeidsvoorwaarden. Ook dan is geen sprake van een "aanbod tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in de leden 1, 2 en 5" en kan de werknemer de kantonrechter verzoeken de verkrijger te veroordelen alsnog een aanbod te doen dat wel aan de wettelijke vereisten voldoet. Als sprake is van een aanbod tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst tegen voor de werknemer ongunstiger voorwaarden, kan de werknemer er ook voor kiezen het aanbod te accepteren. De voor hem ongunstiger arbeidsvoorwaarden zijn in dat geval vernietigbaar op grond van artikel 3:40 lid 2 BW. Zie ook de toelichting op lid 10, onderdeel a.

Lid 8

Het achtste lid bevat termijnen waarna de bevoegdheid vervalt om een verzoek te doen aan de kantonrechter als bedoeld in lid 6. Voor deze bepaling is aangesloten bij de vervaltermijnen die op grond van artikel 7:686a lid 4 BW gelden voor een verzoek van de werknemer op basis van artikel 7:682 BW. Indien de in dit lid opgenomen termijnen verstrijken, zal de rechter de verzoeker niet ontvankelijk verklaren in zijn verzoek. Met deze termijnen wordt de periode van onzekerheid over de gevolgen van de overgang van de onderneming zo kort mogelijk gehouden. Voor zowel de werknemer als de verkrijger is dit wenselijk. Met artikel II wordt de Algemene termijnenwet van toepassing verklaard op de termijnen opgenomen in dit achtste lid, zodat voor deze termijnen hetzelfde geldt als voor de termijnen opgenomen in artikel 7:686a lid 4 BW.

Lid 9

In lid 9 worden enkele bepalingen betreffende de procedure na beëindiging van de arbeidsovereenkomst van overeenkomstige toepassing verklaard op de behandeling van een verzoek als bedoeld in lid 6. In de eerste plaats gaat het om enkele leden van artikel 7:686a BW. Doordat lid 3 van dit artikel van overeenkomstige toepassing is verklaard, wordt geregeld dat vorderingen die verband houden met het verzoek op basis van het nieuwe artikel 7:666b lid 6 BW, met een verzoekschrift kunnen worden ingediend. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een loonvordering, naast het verzoek om de verkrijger te veroordelen alsnog een aanbod tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst te doen. Hiervoor is dus geen aparte dagvaardingsprocedure noodzakelijk, zodat samenhangende geschilpunten in één gerechtelijke procedure kunnen worden beslecht. Doordat ook lid 10 van artikel 7:686a BW van overeenkomstige toepassing is verklaard, kan de rechter de zaak splitsen indien het verzoek en de vordering(en) zich naar zijn oordeel niet lenen voor een gezamenlijke behandeling. Verder is lid 5 van artikel 7:686a BW van overeenkomstige toepassing verklaard. Hieruit volgt dat de behandeling van het verzoek bedoeld in het nieuwe artikel 7:666b lid 6 BW niet later aanvangt dan in de vierde week volgend op die waarin het verzoekschrift is ingediend. Hiermee wordt beoogd de periode van onzekerheid over de gevolgen van de overgang van de onderneming zo kort mogelijk te houden. Ten slotte is lid 9 van artikel 7:686a BW van overeenkomstige toepassing verklaard. Hieruit volgt dat de relatieve bevoegdheid van de kantonrechter in geval van een verzoek als bedoeld in artikel 7:686a BW wordt bepaald aan de hand van de regels die gelden voor dagvaardingszaken. Dit betekent dat naast de rechter van de

woonplaats van de verweerder ook de rechter van de plaats waar de arbeid gewoonlijk wordt of laatstelijk gewoonlijk werd verricht, bevoegd is.

Daarnaast zijn verschillende leden van artikel 7:683 BW van overeenkomstige toepassing verklaard. Hiermee wordt een regeling getroffen voor het geval van een hoger beroep of cassatieberoep van een op basis van lid 6 gewezen beschikking. Artikel 7:683 BW ziet onder meer op een verzoek of een veroordeling tot herstel van de arbeidsovereenkomst. Het te dien aanzien bepaalde is van overeenkomstige toepassing op een verzoek of veroordeling tot het doen van een aanbod op basis van het nieuwe artikel 7:666b lid 6 BW. Lid 1 van artikel 7:683 BW brengt mee dat, als de verkrijger door de kantonrechter is veroordeeld om de werknemer een aanbod te doen tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst, de tenuitvoerlegging van deze beschikking niet wordt geschorst door het instellen van hoger beroep of beroep in cassatie. Door middel van de leden 3, 4 en 6 van artikel 7:683 BW wordt een regeling getroffen voor het geval de rechter in hoger beroep of na verwijzing in cassatie tot een ander oordeel komt dan de kantonrechter ten aanzien van het verzoek. Is het verzoek van de werknemer oorspronkelijk afgewezen en oordeelt de rechter in hoger beroep of na verwijzing in cassatie dat de verkrijger wel een aanbod had moeten doen aan de werknemer, dan heeft de rechter twee mogelijkheden (zie artikel 7:683 lid 3 BW). Ten eerste kan hij de verkrijger alsnog veroordelen een aanbod te doen aan de werknemer, waarbij de werknemer bij de verkrijger in dienst treedt op een door de rechter te bepalen datum. De rechter treft daarbij voorzieningen omtrent de rechtsgevolgen van een eventuele onderbreking van de arbeidsovereenkomst (zie het overeenkomstig van toepassing verklaarde artikel 7:683 lid 4 BW, waarin wordt verwezen naar artikel 7:682 lid 6 BW). Denkbaar is echter dat het alsnog aanbieden van een arbeidsovereenkomst niet in de rede ligt, bijvoorbeeld gelet op het tijdsverloop tussen het einde van de arbeidsovereenkomst en de beslissing van de appel- of cassatierechter. Daarom heeft de rechter ten tweede de mogelijkheid om aan de werknemer een billijke vergoeding toe te kennen. Is het verzoek van de werknemer toegewezen en oordeelt de rechter in hoger beroep of na verwijzing in cassatie dat het had moeten worden afgewezen, dan bepaalt de rechter op welk tijdstip de arbeidsovereenkomst eindigt (zie het overeenkomstig van toepassing verklaarde artikel 7:683 lid 6 BW).

Lid 11

Lid 11 bepaalt dat bepaalde schulden van de gefailleerde werkgever niet overgaan op de verkrijger. Het betreft uit de arbeidsovereenkomsten voortvloeiende schulden die op het moment van de overgang reeds bestaan en betrekking hebben op de periode voorafgaand aan de overgang. Hiermee wordt een uitzondering gemaakt op het in lid 11 en het in artikel 7:663, eerste zin, BW neergelegde uitgangspunt dat de verkrijger treedt in alle rechten en verplichtingen die voor de gefailleerde werkgever voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst. Met deze uitzondering wordt gebruik gemaakt van de in artikel 5 lid 2, onderdeel a, van de richtlijn geboden lidstaatoptie om de gevolgen van de toepassing van de richtlijn te verzachten.

Voor toepasselijkheid van de uitzondering is vereist dat de schulden op het moment van de overgang reeds bestaan. Voorbeelden van schulden die hieronder vallen zijn achterstallige loonbetalingen en achterstallige pensioenpremies die de werkgever ten behoeve van een werknemer verschuldigd is aan een pensioenuitvoerder. Voldoende is dat de vordering op het moment van de overgang reeds bestaat; niet vereist is dat deze op dat moment ook al opeisbaar is. Voor zover het recht op betaling van een dertiende maand reeds is opgebouwd, valt het daarmee onder de uitzondering van dit elfde lid. Deze vordering moet worden onderscheiden van een "recht in wording" op uitkering op ouderdomspensioen, zoals aan de orde in de uitspraak van het EU-Hof inzake TMD Friction.⁶³ Anders dan dit laatste recht, is een recht op een dertiende maand reeds verschuldigd voor zover dit is opgebouwd. Dat dit recht niet pas aan het einde van het jaar ontstaat, blijkt uit het feit dat dat dit recht ook voor die tijd opeisbaar

⁶³ HvJ EU 9 september 2020, C-674/18 en C-675/18, ECLI:EU:C:2020:682 (*TMD Friction*).

kan worden, namelijk bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Van een schuld die “op het moment van de overgang reeds bestaat” is ook sprake als de schuld precies óp het moment van de overgang ontstaat. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen bij de vervangende uitkering vanwege niet genoten vakantiedagen (zie artikel 7:641 BW). Deze vordering ontstaat op het moment van beëindiging van de arbeidsovereenkomst met de gefailleerde werkgever;⁶⁴ dit kan precies op het moment van de overgang zijn. Dat ook in een dergelijk geval de uitkering wegens niet genoten vakantiedagen onder de uitzondering van lid 11 valt, komt niet in strijd met de bepaling van de richtlijn dat het moet gaan om schulden die “verschuldigd zijn vóór de overgang”. Het recht op uitkering in geld komt namelijk in de plaats van de reeds vóór de overgang bestaande aanspraak op vakantiedagen, zodat in feite sprake is van een reeds voor de overgang bestaande schuld. Voor deze interpretatie van de richtlijn pleit bovendien dat de uitkering voor niet genoten vakantiedagen valt onder de loongarantieregeling (zie artikel 64 lid 1, onderdeel c, WW). De belangen van de werknemer zijn dus beschermd, hetgeen blijkens de tekst van artikel 5 lid 2, onderdeel a in het kader van de lidstaatoptie van belang is.

In lid 11 is als aanvullend criterium opgenomen dat de schulden betrekking moeten hebben op de periode voorafgaand aan de overgang. Als de werkgever bijvoorbeeld bij vooruitbetaling een onkostenvergoeding verschuldigd is aan de werknemer, gaat deze schuld mee over op de verkrijger voor zover deze ziet op de periode na de overgang. Met dit extra vereiste wordt gewaarborgd dat voldaan wordt aan de richtlijn en dat schulden die precies óp het moment van de overgang ontstaan, inderdaad steeds kwalificeren als schulden “verschuldigd vóór de overgang” in de zin van de richtlijn. Er is als gezegd sprake van een aanvullend vereiste. Niet *voldoende* is voor een beroep op de uitzondering van lid 11 is dat de schuld betrekking heeft op de periode voorafgaand aan de overgang. Hiervoor laat de richtlijn geen ruimte. Volgens het EU-Hof moet de lidstaatoptie van artikel 5 lid 2, onderdeel a, van de richtlijn strikt worden uitgelegd. Zo is volgens het EU-Hof geen sprake van een schuld in de zin van artikel 5 lid 2, onderdeel a, van de richtlijn bij voorafgaand aan de insolventieprocedure opgebouwde rechten op ouderdomspensioenen, waarbij het recht op uitkering pas ná de opening van de insolventieprocedure ontstaat.⁶⁵ Dat sprake is van een aanvullend vereiste, betekent dat als een werknemer ná de overgang schade lijdt als gevolg van een schending van de zorgplicht door de gefailleerde werkgever die heeft plaatsgevonden voorafgaand aan de overgang, de werknemer met zijn vordering tot schadevergoeding terecht kan bij de verkrijger. Toepasselijkheid van de uitzondering van lid 11 zou betekenen dat de werknemer in veel gevallen iedere mogelijkheid wordt ontzegd om zijn vordering af te dwingen. De werknemer kan deze vordering dan niet instellen jegens de verkrijger, nu deze in dat geval niet op de verkrijger is overgegaan. Doordat de vordering tot schadevergoeding echter tijdens het faillissement nog niet bestaat, heeft de werknemer ook niet de mogelijkheid deze in het faillissement in te dienen.

Verworven anciënniteit (het aantal dienstjaren dat de werknemer bij de vervreemder heeft vervuld) als zodanig is geen recht dat op grond van de richtlijn overgaat op de verkrijger. Hiervoor speelt de uitzondering van lid 11 dus geen rol. Daarentegen geldt voor financiële rechten van werknemers waarvoor anciënniteit mede bepalend is, dat deze door de verkrijger in beginsel op dezelfde voet als bij de vervreemder zullen moeten worden gehandhaafd.⁶⁶ Een beroep op de uitzondering van lid 11 is hierbij aan de orde voor zover deze financiële rechten een schuld opleveren die op het moment van de overgang reeds bestaat en die betrekking heeft op de periode voorafgaand aan de overgang.

Lid 12

⁶⁴ HR 3 december 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA3819 (*LISV/Wilderink q.q.*), r.o. 3.4.

⁶⁵ Zie HvJ EU 9 september 2020, C-674/18 en C-675/18, ECLI:EU:C:2020:682 (*TMD Friction*), r.o. 63-64.

⁶⁶ HvJ EU 14 september 2000, C-343/98, ECLI:EU:C:2000:441 (*Collino en Chiappero*), r.o. 50; HvJ EU 6 september 2011, C-108/10, ECLI:EU:C:2011:542 (*Scattolon*), r.o. 69; HvJ EU 6 april 2017, C-336/15, ECLI:EU:C:2017:276 (*Unionen*), r.o. 21. Zie ook HR 20 januari 2023, ECLI:NL:HR:2023:65, r.o. 3.1.3-3.1.4.

Lid 12 omvat een delegatiebepaling. Hierin is bepaald dat er een ministeriële regeling komt waarin regels worden opgenomen over de inspiegelingsmethode. Ook kunnen hierin regels worden gesteld over alternatieve selectiemethoden. Ten slotte wordt in de ministeriële regeling nader bepaald wat wordt verstaan onder de schulden die ingevolge lid 11 niet mee overgaan op de verkrijger.

Artikel II

In het huidige artikel 7A:2031 lid 1 BW is bepaald dat de Algemene termijnenwet niet van toepassing is op de termijnen gesteld in titel 10 van boek 7 BW inzake de arbeidsovereenkomst, met uitzondering van de termijnen opgenomen in artikel 7:686a lid 4 BW. Artikel II regelt dat de Algemene termijnenwet wel van toepassing wordt op enkele termijnen die zijn opgenomen in de nieuwe wettelijke regeling rond overgang van onderneming. Ten eerste geldt dit voor de termijn opgenomen in artikel 7:666 lid 3, tweede zin, BW en in artikel 7:666b lid 1, tweede zin en lid 5, derde zin, BW. In deze bepalingen is telkens geregeld dat de verkrijger een termijn kan stellen aan de aanvaarding door de werknemer van het aanbod tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst, die in ieder geval niet korter is dan drie dagen. Door de Algemene termijnenwet op deze termijn van drie dagen van toepassing te verklaren, wordt verzekerd dat de werknemer altijd ten minste twee dagen heeft die niet een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag zijn om op het aanbod te reageren (zie artikel 2 van de Algemene termijnenwet). Daarnaast wordt de Algemene termijnenwet van toepassing verklaard op de vervaltermijnen die zijn opgenomen in artikel 7:666b lid 8 BW. Daarmee komt voor deze vervaltermijnen hetzelfde te gelden als voor de vervaltermijnen opgenomen in artikel 7:686a lid 4 BW (zie het huidige artikel 7A:2031 lid 1 BW, dat als gezegd al een uitzondering maakt voor artikel 7:686a lid 4 BW). Ook overigens is in artikel 7:666b lid 8 BW aangesloten bij artikel 7:686a lid 4 BW (zie de toelichting op deze bepaling hierboven).

Artikel III

Onderdeel A

Het huidige artikel 68, vierde lid, Fw, ziet op het geval dat de insolventiefunctionaris in een hoofdinsolventieprocedure in een andere lidstaat, de arbeidsovereenkomsten wil beëindigen van werknemers van een vestiging in Nederland. Als er in Nederland zelf geen insolventieprocedure is geopend, kan er op verzoek van de insolventiefunctionaris dan toch een rechter-commissaris worden benoemd om de machtiging voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst te verlenen. Dit onderdeel breidt het huidige artikel 68, vierde lid, Fw, uit, zodat deze bepaling ook komt te zien op de toestemming van de rechter-commissaris als bedoeld in het nieuwe artikel 176a Fw. Verzekerd wordt hiermee dat een insolventiefunctionaris in een hoofdinsolventieprocedure die over wil gaan tot de verkoop van een vestiging in Nederland, de mogelijkheid heeft om hiervoor op grond van de artikelen 176 en 176a Fw toestemming te vragen aan de rechter-commissaris. Dat de Nederlandse rechter-commissaris in dergelijke gevallen bevoegd is, volgt uit artikel 13, tweede lid, van de Insolventieverordening⁶⁷, dat ziet op de bevoegdheid om de "beëindiging of wijziging van arbeidsovereenkomsten" goed te keuren. De toestemming die op grond van artikel 176 Fw in combinatie met het nieuwe artikel 176a Fw is vereist voor de verkoop van een onderneming valt hieronder, nu deze toestemmingseis ertoe dient te verzekeren dat alleen met goedkeuring van de rechter-commissaris afwijkingen mogelijk zijn van het uitgangspunt dat de werknemers van de gefailleerde werkgever hun arbeidsrelatie onder dezelfde voorwaarden bij de verkrijger kunnen voortzetten.

Ook buiten de situatie die wordt bestreken door artikel 68, vierde lid, Fw, kan de Nederlandse wettelijke regeling rond overgang van onderneming aan de orde komen in een insolventieprocedure die in een andere staat is geopend. De Nederlandse wettelijke regeling rond overgang van onderneming is van toepassing als sprake is van arbeidsovereenkomsten die ingevolge artikel 8 Rome I-verordening worden

⁶⁷ Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (herschikking).

beheerst door Nederlands recht (zie artikel 13 lid 1 van de Insolventieverordening). Ook werknemers die gewoonlijk werkzaam zijn in de staat waar de insolventieprocedure is geopend, kunnen onder omstandigheden een arbeidsovereenkomst hebben waarop Nederlands recht van toepassing is. In dat geval zal de Nederlandse wettelijke regeling rond overgang van onderneming moeten worden toegepast door de insolventiefunctionaris en de rechterlijke instanties van die staat.

Onderdeel B

Op grond van het huidige artikel 69 Fw heeft iedere schuldeiser, de schuldeiserscommissie en de gefailleerde de mogelijkheid zich te wenden tot de rechter-commissaris, om op te komen tegen elke handeling van de curator of om hem te verzoeken de curator te bevelen een bepaalde handeling te verrichten of na te laten. Dit onderdeel breidt deze bevoegdheid nu uit tot de OR, voor zover het gaat om het adviesrecht van de OR ingevolge het nieuwe artikel 25, zevende lid, WOR (zie artikel IV, onderdeel A van dit wetsvoorstel). Hiertoe voegt dit onderdeel in artikel 69 Fw een nieuw tweede lid in. Op grond van dit lid kan de OR in de eerste plaats de rechter-commissaris verzoeken de curator te bevelen artikel 25, zevende lid, WOR na te leven en een adviesplichtig besluit voor te leggen aan de OR. Als de curator na advisering door de OR een besluit neemt dat niet in overeenstemming is met dit advies, kan de OR op basis van dit nieuwe lid bij de rechter-commissaris opkomen tegen dit besluit. Hetzelfde geldt als na het uitbrengen van het advies nieuwe feiten of omstandigheden bekend zijn geworden, waardoor de OR een andere zienswijze ontwikkelt of zou kunnen ontwikkelen ten aanzien van het besluit. De mogelijkheid om zich op de voet van artikel 69 Fw te wenden tot de rechter-commissaris komt in de plaats van de beroepsmogelijkheden die zijn neergelegd in de artikelen 26 en 36 lid 2 WOR. Zie ook de toelichting op artikel IV, onderdeel A. Van deze nieuwe mogelijkheid kan eventueel ook gebruik gemaakt worden door een ondernemingsraad die naar het recht van een andere staat is ingesteld. Dan zal deze bepaling overeenkomstig moeten worden toegepast.

De tweede zin van het nieuwe artikel 69, tweede lid, Fw, bevat een bijzondere regel voor het geval het besluit van de curator betrekking heeft op een overgang van onderneming. In een dergelijk geval geldt dat de rechter-commissaris op grond van artikel 176 Fw toestemming zal moeten geven voor de onderhandse verkoop van de goederen. In het door dit wetsvoorstel ingevoerde nieuwe artikel 176a, eerste lid, Fw wordt geregeld dat de rechter-commissaris de OR daarvoor dient te horen of behoorlijk dient op te roepen, tenzij de OR heeft geadviseerd over de voorgenomen verkoop en het advies in zijn geheel is overgenomen of het de overgang van een kleine onderneming betreft. Daarmee krijgt de OR dus al de mogelijkheid om zijn zienswijze naar voren te brengen ten aanzien van het voorgenomen besluit van de curator en dient de rechter-commissaris dit standpunt mee te wegen bij zijn beslissing. Ook als sprake is van een kleine onderneming, heeft de rechter-commissaris bovendien de mogelijkheid de OR – zo die is ingesteld – te horen alvorens te beslissen over de verkoop van de goederen. Het is daarom dan niet nodig om daarnaast de bevoegdheid van artikel 69 Fw open te stellen. Uit de tweede zin van het nieuw ingevoegde lid volgt om deze reden dat het verzoek niet ontvankelijk wordt verklaard indien de OR voor of na de indiening daarvan reeds de gelegenheid heeft gekregen zijn zienswijze over het besluit op de voet van artikel 176a, eerste lid, Fw bij de rechter-commissaris naar voren te brengen. Is het advies van de OR over de overgang van onderneming geheel gevolgd en heeft de rechter-commissaris daarom de OR niet opgeroepen, dan is denkbaar dat de OR er toch belang bij heeft zich alsnog tot de rechter-commissaris te wenden indien na de advisering nieuwe omstandigheden bekend zijn geworden op grond waarvan de OR zijn standpunt over de voorgenomen overgang heeft herzien. In dat geval is een verzoek op grond van artikel 69 Fw ontvankelijk nu de OR dan nog niet op de voet van artikel 176a, eerste lid, Fw is opgeroepen om te worden gehoord, dit uiteraard tenzij de rechter-commissaris de OR alsnog op de voet van artikel 176a, eerste lid, Fw oproept.

Onderdelen C en E

Na artikel 176 Fw wordt een nieuw artikel 176a Fw ingevoegd. In artikel 176 Fw is bepaald dat de curator de toestemming nodig heeft van de rechter-commissaris voor de onderhandse verkoop van de

goederen van de failliet. Als deze verkoop geschiedt in het kader van een overgang van onderneming, komt daarbij het nieuwe artikel 176a Fw te gelden. Over het algemeen zal een overgang van onderneming in faillissement plaatsvinden door middel van een dergelijke onderhandse verkoop. Mocht in een uitzonderingsgeval de overgang van onderneming op een andere manier vormgegeven worden – bijvoorbeeld door middel van een openbare veiling, een verkoop van de aandelen van de gefailleerde rechtspersoon en/of een faillissementsakkoord – dan zal de rechter-commissaris met overeenkomstige toepassing van de artikelen 176 en 176a Fw om toestemming gevraagd moeten worden voor de overgang.

In het nieuwe artikel 176a Fw is bepaald dat als de rechter-commissaris om toestemming wordt gevraagd in het kader van een overgang van onderneming, hij de betrokkenen kan horen. Is sprake van een overgang van onderneming waarvoor het nieuwe regime geldt – en doet de uitzondering voor kleine ondernemingen zich dus niet voor – dan is de rechter-commissaris zelfs verplicht om in ieder geval de curator, de beoogd verkrijger en de OR of de personeelsvertegenwoordiging te horen dan wel behoorlijk op te roepen. De verplichting geldt zodra er *mogelijk* sprake is van een overgang van onderneming als bedoeld in artikel 7:666 lid 5 BW. De curator, de beoogd verkrijger en de OR hebben er immers belang bij zich uit te kunnen laten over de vraag óf er sprake is van een dergelijke overgang van onderneming. Van een overgang van een onderneming als bedoeld in artikel 7:666 lid 5 BW is alleen sprake als er bij de overgang arbeidsovereenkomsten betrokken zijn waarop ingevolge artikel 8 Rome I-verordening Nederlands recht van toepassing is. Daarbij is van belang dat artikel 8 Rome I-verordening in principe meebrengt dat een rechtskeuze voor een ander recht, er voor werknemers die gewoonlijk in Nederland hun arbeid verrichten niet toe mag leiden dat zij de bescherming missen van de dwingendrechtelijke regeling in het BW. Als duidelijk is dat er bij de overgang geen arbeidsovereenkomsten zijn betrokken die beheerst worden door Nederlands recht, dan is de regeling in het BW rond overgang van onderneming niet van toepassing en geldt de verplichting om de betrokkenen te horen daarom niet. Het is aan de rechter-commissaris om te bepalen op welke wijze hij de betrokkenen hoort. De rechter-commissaris kan ervoor kiezen ook andere dan de genoemde betrokkenen te horen, zoals schuldeisers met een pand- of hypotheekrecht op de te verkopen goederen. Is sprake van een ondernemingsraad die naar het recht van een andere staat is ingesteld, dan zal de rechter-commissaris deze moeten horen met overeenkomstige toepassing van artikel 176a, eerste lid, onderdeel c, Fw. Dit geldt, zoals uit het voorgaande blijkt, alleen als bij de onderneming waarvoor de ondernemingsraad is ingesteld arbeidsovereenkomsten betrokken zijn waarop Nederlands recht van toepassing is. Als de OR een advies heeft uitgebracht en de curator dit advies geheel heeft opgevolgd, is het niet nodig dat de rechter-commissaris de OR nog een keer hoort. Het is aan de curator om de rechter-commissaris hierover te informeren.

De verplichting om de curator, de verkrijger en de OR of de personeelsvertegenwoordiging te horen geldt niet als de toestemming wordt gevraagd in het kader van de overgang van een kleine onderneming waarop de uitzondering van artikel 7:666 lid 1 onderdeel a BW van toepassing is. In een dergelijk geval geldt voor de overgang van de onderneming een lichter regime. Over het algemeen zal de rechter-commissaris ook zonder het horen van genoemde betrokkenen in staat zijn vast te stellen of voldaan is aan dit lichtere regime. Wel heeft de rechter-commissaris de mogelijkheid om (bepaalde) betrokkenen te horen, mocht hij hier behoefte aan hebben.

Het derde en vierde lid van dit nieuwe artikel 176a Fw expliciteren dat de rechter-commissaris de toestemming alleen verleent als aannemelijk is dat voldaan zal worden aan de wettelijke regeling rond overgang van onderneming. De rechter-commissaris zal ten eerste moeten toetsen of en in hoeverre sprake is van een overgang van onderneming waarvoor de nieuwe regeling geldt. Is dat het geval, dan beoordeelt de rechter-commissaris of de OR in overeenstemming met het nieuwe artikel 25, zevende lid, WOR, om advies is gevraagd (zie de toelichting bij artikel IV, onderdeel A). De curator dient hem hiertoe de benodigde informatie te verstrekken. Bovendien hoort de rechter-commissaris als gezegd de

OR, tenzij het advies van de OR geheel is gevolgd. Zolang niet voldaan is aan de vereisten van artikel 25, zevende lid, WOR, weigert de rechter-commissaris zijn toestemming. Niet-naleving van medezeggenschapsrechten die gelden op grond van het recht van een andere staat, is geen reden om toestemming voor de overgang te weigeren. Geeft de beoogd verkrijger aan dat hij van plan is om op grond van het bepaalde in artikel 7:666b lid 2 BW niet alle werknemers die bij de onderneming werkzaam zijn in dienst te nemen, dan dient de rechter-commissaris vast te stellen in hoeverre 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. De beoogd verkrijger zal een beroep moeten doen op artikel 7:666b lid 2 BW; anders kan de rechter-commissaris alleen toestemming geven voor een overgang van een onderneming waarbij alle werknemers mee overgaan. De rechter-commissaris toetst of de uitgangspunten die de beoogd verkrijger van plan is te hanteren bij het aanbieden van een dienstverband aan de werknemers in overeenstemming zijn met de nieuwe regeling; hij toetst of de objectieve selectiemethode die de verkrijger wil toepassen, voldoet aan de vereisten en of de verkrijger zal voldoen aan zijn verplichting om de werknemers voldoende te informeren over het selectieproces. Is de beoogd verkrijger van plan om af te wijken van de arbeidsvoorwaarden die voor de werknemers bij de gefailleerde werkgever golden, dan toetst de rechter-commissaris bovendien of voldaan is aan de voorwaarden die hieraan in artikel 666b lid 10 BW worden gesteld.

De rechter-commissaris toetst bij elk toestemmingsverzoek tot onderhandse verkoop ambtshalve of er sprake is van overgang van onderneming. Wel geldt daarbij dat het in het belang van de beoogd verkrijger is dat de curator bij zijn toestemmingsverzoek actief aangeeft dat mogelijk sprake is van een overgang van onderneming en daarbij alle (voor zover nodig, door de beoogd verkrijger aangeleverde) informatie verstrekt. Geeft de rechter-commissaris immers toestemming zonder dat hij heeft getoetst aan de nieuwe regeling, dan loopt de verkrijger het risico dat de kantonrechter vervolgens in het kader van een verzoek van een werknemer alsnog tot de conclusie komt dat sprake is van een overgang van onderneming. Hoewel in de toestemming van de rechter-commissaris in dat geval het oordeel besloten ligt dat geen sprake is van een overgang van onderneming, hoeft de kantonrechter dit oordeel niet tot uitgangspunt te nemen als de toestemming is verleend op basis van onjuiste of onvolledige informatie of met een kennelijk onjuiste toepassing van de wettelijke regeling (zie artikel 7:666b lid 7 BW). Nu de verkrijger in een dergelijk geval bovendien geen beroep heeft gedaan bij de rechter-commissaris op de mogelijkheid om ingevolge artikel 7:666b lid 2 BW wegens bedrijfseconomische omstandigheden minder werknemers mee over te nemen, zal hij, als de kantonrechter oordeelt dat sprake is van een overgang van onderneming, verplicht zijn om alle werknemers van de gefailleerde werkgever die hierom verzoeken, in dienst te nemen.

Het vierde lid van dit nieuwe artikel 176a Fw ziet op de overgang van een kleine onderneming vanuit een faillissement dat het oog heeft op de liquidatie van het vermogen van de gefailleerde. In dat geval geldt de nieuwe regeling rond overgang van een onderneming in beginsel niet, tenzij de verkrijger voor toepassing van deze regeling kiest (zie artikel 7:666 lid 4 BW). In plaats daarvan geldt een lichter regime. Ook in deze gevallen toetst de rechter-commissaris of voldaan is aan artikel 25, zevende lid, WOR; dit speelt uiteraard alleen als er bij de onderneming een OR is ingesteld. De rechter-commissaris geeft zijn toestemming voorts alleen als de verkrijger een verklaring overlegt waaruit de uitgangspunten blijken die de verkrijger zal hanteren bij het aanbieden van een dienstverband aan de werknemers die op de dag van de faillietverklaring in de onderneming werkzaam zijn. De verklaring bevat in ieder geval informatie over het aantal werknemers aan wie de verkrijger een aanbod zal doen tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst, de arbeidsvoorwaarden die hij daarbij zal hanteren, de wijze waarop hij de werknemers zal selecteren die een aanbod krijgen en de wijze waarop hij de werknemers over het selectieproces zal informeren. De verklaring behoeft niet in alle gevallen het exacte aantal werknemers te bevatten aan wie een aanbod zal worden gedaan. Is het niet mogelijk om het exacte aantal werknemers aan te geven, dan zal de verkrijger wel inzichtelijk moeten maken welke afwegingen ten

grondslag liggen aan de aantallen werknemers die mee overgaan. Hij kan dan in de verklaring bijvoorbeeld verschillende scenario's schetsen (bijvoorbeeld of het al dan niet lukt om de huurovereenkomst voor een winkelpand over te nemen) en aangeven hoeveel werknemers hij in ieder scenario een aanbod zal doen. Met deze verklaring wordt de transparantie rond de selectie van personeel vergroot, hetgeen onder meer van belang is in het kader van de handhaving van de gelijke-behandelingswetgeving. Blijkt aan de rechter-commissaris dat de verkrijger van plan is te handelen in strijd met deze wetgeving, bijvoorbeeld door onderscheid te maken op grond van leeftijd van de in dienst te nemen werknemers, zal dit immers reden voor hem zijn om zijn toestemming te onthouden.

Van de beslissing van de rechter-commissaris staat geen hoger beroep open (zie artikel 67, eerste lid, tweede zin, Fw). Hiermee wordt ervoor gezorgd dat er binnen afzienbare tijd duidelijk wordt of een overgang van onderneming in faillissement haalbaar is (zie ook paragraaf 3.5 van het algemene deel van deze toelichting). De aanpassing van artikel 101, tweede lid, Fw is een logisch gevolg van de introductie van artikel 176a Fw.

Onderdeel D

Uit artikel 176 Fw blijkt dat de toestemming van de rechter-commissaris is vereist voor een onderhandse verkoop van goederen in faillissement. De tweede zin van dit artikel maakt hierop echter een uitzondering voor goederen waarvan de waarde gezamenlijk niet meer dan € 2.000 bedraagt. In gevallen waarin sprake is van een overgang van een kleine onderneming, zou deze uitzondering zich voor kunnen doen. Te denken valt bijvoorbeeld aan een op dienstverlening gerichte onderneming, zoals een callcenter, waarbij voornamelijk een klantenbestand, een huurpand en personeel wordt overgenomen. Ook bij de overgang van een dergelijke kleine onderneming is het wenselijk dat de rechter-commissaris de naleving van de wettelijke regeling rond overgang van onderneming kan toetsen. Om deze reden regelt dit onderdeel dat de toestemming van de rechter-commissaris steeds vereist is als de onderhandse verkoop van goederen plaatsvindt in het kader van een overgang van onderneming. Het is aan de rechter-commissaris om te beoordelen óf er sprake is van een verkoop in het kader van een overgang van onderneming, waarvoor zijn toestemming is vereist. Om de rechter-commissaris in staat te stellen deze beoordeling te maken, zal de curator contact dienen op te nemen met de rechter-commissaris zodra hij constateert dat mogelijk sprake is van een overgang van onderneming. Dat de curator dit doet, is ook in het belang van de verkrijger. Wordt immers ten onrechte geen toestemming gevraagd, dan loopt de verkrijger het risico dat individuele werknemers na de overgang naar de kantonrechter stappen en dat achteraf blijkt dat de handelswijze van de verkrijger in strijd is met het wettelijke kader.

Artikel IV

Onderdeel A

Artikel 25, eerste lid, WOR geeft een uitputtende opsomming van besluiten waarover de ondernemer in de voorbereidende fase van zijn besluitvorming advies aan de OR moet vragen. Zoals is toegelicht in het algemeen deel van deze memorie van toelichting, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat artikel 25 WOR ook van toepassing is in faillissement als hij de onderneming in faillissement tijdelijk voortzet of de onderneming wil laten doorstarten en daarbij het vooruitzicht bestaat dat arbeidsplaatsen behouden blijven. Volgens de Hoge Raad mag daarbij afgeweken worden van de formele vereisten van het adviesrecht ex artikel 25 WOR als de omstandigheden van het geval dit vergen. Aan artikel 25 WOR wordt een nieuw zevende lid toegevoegd. Daarin wordt nader invulling gegeven aan het arrest van de Hoge Raad en wordt verduidelijkt in welke zin van de formele vereisten die zijn opgenomen in de WOR wordt afgeweken. Het gaat hierbij om het volgende:

- Buiten faillissement wordt het advies altijd gevraagd door de bestuurder van de onderneming. Na de faillietverklaring neemt de curator – in zijn rol als beheerder en vereffenaar van de

faillissementsboedel (artikel 68 Fw) – de bedrijfsvoering over van het bestuur. Hij is dan dus ook degene die in faillissement de OR om een advies moet vragen.

- De curator moet de OR advies vragen als sprake is van een van de volgende twee scenario's:
 - de curator zet de onderneming zelf enige tijd voort en in dat kader heeft hij het voornemen om een besluit te nemen dat genoemd is in artikel 25, eerste lid, WOR, of
 - de curator heeft het voornemen om de onderneming aan een derde te verkopen en bij de doorstart die daarmee wordt beoogd blijven arbeidsplaatsen behouden.
- Als de curator de OR om advies vraagt, moet hij zich daarbij nog steeds houden aan artikel 25, tweede en derde lid, vierde lid, eerste volzin, en vijfde lid, WOR, dat wil zeggen dat de curator:
 - het advies moet vragen op een zodanig tijdstip dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het door hem te nemen besluit (tweede lid);
 - een schriftelijke adviesaanvraag moet doen en daarbij een overzicht moet verstrekken van de beweegredenen voor het besluit en de gevolgen die het te nemen besluit naar te verwachten voor de in de onderneming werkzame personen heeft en welke maatregelen de curator in dit verband verder nog wil nemen (derde lid);
 - de OR ook advies moet vragen over de uitvoering van het voorgenomen besluit (vijfde lid);
 - een keer overleg moet hebben gehad met de OR voordat het advies wordt uitgebracht (vierde lid, eerste volzin);
 - nadat hij het advies heeft gekregen, de OR zo spoedig mogelijk schriftelijk moet informeren over het besluit dat hij heeft genomen (vijfde lid), en
 - de OR een toelichting moet geven als hij bij zijn besluit het advies van de OR niet of niet geheel heeft opgevolgd (vijfde lid).

Bij de toepassing van deze bepalingen moet rekening worden gehouden met het feit dat de adviesaanvraag wordt gedaan tijdens een faillissement. De OR en de curator dienen zich bij de verwezenlijking van de doeleinden van de WOR als zodanig jegens elkaar te gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd, zoals ook de Hoge Raad in de DA-beschikking overweegt.⁶⁸ Zo zal de OR moeten accepteren dat het overzicht van de beweegredenen voor en de gevolgen van het besluit, bedoeld in artikel 25, derde lid, WOR, mogelijk wat summierder is dan het geval zou zijn bij een voorgenomen besluit buiten faillissement. Tegelijkertijd zal de curator er alles aan moeten doen dat de OR zo goed mogelijk wordt voorgelicht als in de specifieke situatie van dat faillissement mogelijk is, waarbij hij de OR in geval van een voorgenomen verkoop van de onderneming o.a. zal moeten informeren over de plannen van de beoogd verkrijger rond het overnemen en de selectie van het personeel. De curator kan op grond van artikel 20 WOR aan de OR geheimhouding opleggen.

- In faillissement geldt een aangepaste adviestermijn. De curator bepaalt de adviestermijn en deze mag niet korter zijn dan drie dagen. Het ligt voor de hand dat de curator in overleg met de OR vaststelt wat een passende adviestermijn is in de specifieke situatie. Als de curator kiest voor de minimale adviestermijn van drie dagen, is wel van belang dat daarin ten minste twee dagen voorkomen die niet een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag zijn. Dit laatste volgt uit artikel 2 van de Algemene termijnenwet. De OR hoeft uiteraard niet de gehele adviestermijn te gebruiken en kan ervoor kiezen om sneller te adviseren, bijvoorbeeld als hij dit in het belang van de onderneming acht.
- In afwijking van artikel 25, zesde lid, WOR hoeft de curator bij afwijking van het advies van de OR zijn besluit niet met een maand op te schorten.
- Artikel 26 WOR op basis waarvan de OR tegen een besluit beroep kan instellen bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam, is in faillissement niet van toepassing. In verband hiermee is ook artikel 25, zesde lid, WOR niet van toepassing; de curator hoeft zijn besluit niet met een maand op te schorten als dit afwijkt van het advies van de OR. Ook kan de OR de kantonrechter niet op grond van artikel 36, tweede lid, WOR verzoeken te bepalen dat de curator

⁶⁸ HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982, r.o. 3.3.5.

zich houdt aan het bepaalde in artikel 25, zesde lid, WOR. In plaats hiervan krijgt de OR de mogelijkheid om zich op basis van artikel 69 Fw te wenden tot de rechter-commissaris in het faillissement (zie artikel III, onderdeel B). Ziet het besluit op een overgang van onderneming waarop het nieuwe regime van toepassing is, dan geldt dat de rechter-commissaris de OR dient te horen voordat hij beslist over de toestemming voor de verkoop van de onderneming en in dit verband de bezwaren van de OR mee kan wegen (zie artikel III, onderdeel E). Is de curator voornemens om de onderneming aan een beoogd verkrijger over te dragen, dan kan het advies van de OR er bijvoorbeeld op zien dat de curator wordt opgeroepen om ook nog eens met een andere partij te praten.

Onderdelen B en C

Aan artikel 31a WOR wordt een nieuw negende lid toegevoegd (zie onderdeel B). In deze bepaling wordt de ondernemer de verplichting opgelegd om de OR te informeren zodra hij voorziet dat aan hem surseance van betaling zal worden verleend of dat hij in staat van faillissement zal worden verklaard. Met deze verplichting wordt de algemene verplichting van artikel 31a, eerste lid, om de OR te informeren omtrent de werkzaamheden en de resultaten van de onderneming, nader geconcretiseerd. Via de schakelbepaling van artikel 35c, derde lid, WOR, is deze bepaling van overeenkomstige toepassing op de personeelsvertegenwoordiging (zie onderdeel C). Deze verplichting geldt in alle gevallen waarin een surseance of faillissement voorzienbaar is en dus niet alleen wanneer er mogelijk een overgang van onderneming in het vooruitzicht is. Deze bepaling geldt ook als de ondernemer voorziet dat een met de Nederlandse surseance of het faillissement vergelijkbare procedure in een andere staat wordt geopend ten aanzien van de onderneming. Het kan zijn dat de ondernemer zelf een aanvraag tot surseance of faillietverklaring voorbereidt. Zodra hij start met deze voorbereidingen, is de surseance of het faillissement voor de ondernemer te voorzien en dient hij de OR of de personeelsvertegenwoordiging hierover te informeren. De ondernemer kan ook op verzoek van een of meer schuldeisers failliet worden verklaard. Ook in dat geval dient de ondernemer de OR of personeelsvertegenwoordiging te informeren zodra hij voorziet dat een dergelijk verzoek zal worden ingediend en tot toewijzing zal leiden. De ondernemer kan dus niet altijd wachten met het informeren van de OR of de personeelsvertegenwoordiging tot het verzoek daadwerkelijk is ingediend; ook als hij van een voornemen van een schuldeiser hiertoe eerder op de hoogte is, kan hiertoe een verplichting bestaan. Aan de andere kant hoeft de ondernemer de OR of de personeelsvertegenwoordiging niet te informeren over ieder faillissementsverzoek van een schuldeiser. Deze verplichting bestaat alleen als hij voorziet dat de rechtbank daadwerkelijk tot een faillietverklaring zal overgaan. Deze verplichting bestaat bijvoorbeeld niet in het geval dat de faillissementsaanvraag wordt gebruikt als incassomiddel en de ondernemer goede gronden heeft om aan te nemen dat deze aanvraag zal worden afgewezen. Dit kan het geval zijn wanneer de ondernemer de vordering op goede gronden betwist of omdat de vordering tijdig door de ondernemer wordt voldaan. De ondernemer kan de OR of de personeelsvertegenwoordiging de verplichting opleggen om de aanvraag surseance of de faillissementsaanvraag geheim te houden. Dit is in het negende lid specifiek bepaald, met name met het oog op de personeelsvertegenwoordiging. Voor de OR volgt dit ook al rechtstreeks uit artikel 20 WOR en wordt dit hier nog eens bevestigd. Op de naleving van de bepalingen opgenomen in het nieuwe negende lid is de algemene geschillenregeling, opgenomen in artikel 36 WOR, van toepassing.

Artikelen V en VI

Deze artikelen bevatten het overgangsrecht. De gewijzigde bepalingen, met uitzondering van artikel IV, onderdelen B en C, zijn van toepassing op faillissementen die na het tijdstip van inwerkingtreding zijn uitgesproken. Dit betreffen voor de praktijk nieuwe bepalingen die mogelijk voor onzekerheid kunnen zorgen voor reeds lopende faillissementen. Daarom is voorzien in eerbiedigende werking.

Een uitzondering geldt voor artikel IV, onderdelen B en C (het nieuwe artikel 31a, negende lid, WOR en het gewijzigde artikel 35c, derde lid, WOR). Deze bepalingen zien op een verplichting voor de ondernemer die geldt voorafgaand aan een surseance of faillissement. Deze bepalingen hebben daarmee naar hun aard geen gevolgen voor lopende surseances of faillissementen. Om die reden zien de artikelen V en VI niet op deze bepalingen. Deze bepalingen hebben aldus onmiddellijke werking.

Artikelen VII en VIII

Artikel VII betreft de inwerkingtredingsbepaling. Voorzien is in de mogelijkheid van gefaseerde inwerkingtreding, nu het bijvoorbeeld met het oog op de afstemming met het wetstraject inzake de Wet modernisering concurrentiebeding wenselijk kan zijn om de bepaling rond het concurrentiebeding op een ander moment inwerking te laten treden dan de overige bepalingen van dit wetsvoorstel. Er zal rekening worden gehouden met de vaste verandermomenten. Artikel VIII bevat de citeertitel.

De Minister voor Rechtsbescherming,