

Beleidskompasformulier voor internetconsultatie

Titel:

Wet overgang van onderneming in faillissement

∞ Wie zijn belanghebbenden en waarom?

[Toelichting](#)

Hulpvragen

- Wie zijn direct of indirect belanghebbenden bij het betreffende vraagstuk?

Werknemers, verkrijgers van een onderneming in faillissement (ondernemers), schuldeisers.

- Wie beschikken er over relevante kennis over en ervaring met het vraagstuk?

Curatoren, rechters-commissaris, advocaten.

- Op welke wijze zijn belanghebbenden tot nu toe in de verschillende fasen van het beleidstraject betrokken?

Het voorontwerp 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.¹ Deze verkenning heeft geresulteerd in een ontwerp voor een Wet overgang van onderneming in faillissement die 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). 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 van werkgeversorganisaties VNO-NCW en MKB-Nederland. Vervolgens is van 29 mei 2019 tot 31 augustus 2019 over een eerder voorontwerp geconsulteerd, waarbij reacties zijn ontvangen van verschillende organisaties. Daarnaast is advies uitgebracht over dit eerdere voorontwerp 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.

¹ Zie ook *Kamerstukken I 2017/18, 34 218, J, p. 3-4; Kamerstukken I 2018/19, 34 218, K, p. 6.*

1. Wat is het probleem?

[Toelichting](#)

Hulpvragen

a) Wat is het probleem?

Er bestaat een verschil in bescherming van werknemers binnen en buiten faillissement. Bij een bedrijfsovername buiten faillissement is degene die de onderneming overneemt, verplicht alle werknemers mee over te nemen tegen dezelfde arbeidsvoorwaarden. Bij een bedrijfsovername (ook wel: doorstart) vanuit faillissement, kan diegene die de onderneming uit de failliete boedel opkoopt (de verkrijger), zelf kiezen hoeveel en welke werknemers hij in dienst neemt. Ook hoeft hij niet dezelfde arbeidsvoorwaarden te hanteren.

Dit verschil leidt ertoe dat bij een overname vanuit faillissement gemakkelijk het beeld kan ontstaan dat het faillissement met name is gebruikt om op een eenvoudige manier van (bepaald) personeel afscheid te nemen. In het verleden is daardoor meermaals onrust ontstaan rond doorstarts vanuit faillissement. Doordat de verkrijger vrij is om te kiezen welke werknemers hij mee overneemt, is vaak 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. 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 en zullen bij een reorganisatie wegens bedrijfseconomische redenen het afspiegelingsbeginsel moeten toepassen.

b) Wat zijn de oorzaken van het probleem?

Het Burgerlijk Wetboek (BW) bevat regels ter bescherming van werknemers bij een overgang van een onderneming. Deze regels gelden echter niet in geval van een faillissement; hiervoor bevat het BW een uitzondering. Hierdoor bestaat er een verschil in de bescherming van werknemers binnen en buiten faillissement.

c) Wat is de omvang van het probleem?

Uit onderzoek van het CBS blijkt dat er in de periode 2007-2016 in totaal 66.735 faillissementen van bedrijven zijn uitgesproken.² 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. 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). Op basis hiervan 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. Jongeren (15 tot 25 jaar) en ouderen (55 jaar of ouder) gaan iets minder vaak over 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.³

d) Wat is het huidige beleid en wat heeft de evaluatie opgeleverd?

² 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.

³ C. Bloemendal, Doorstart na faillissement fase II, CBS, 29 maart 2018, p. 15.

In de huidige wet is ervoor gekozen om voor faillissement een uitzondering te maken op de regels die ter bescherming van werknemers gelden bij een overgang van onderneming. De gedachte is daarbij dat toepasselijkheid van deze regels ertoe zou kunnen leiden dat overnamekandidaten minder snel bereid zijn een onderneming uit een failliete boedel over te nemen, waardoor het minder vaak lukt om een doorstart tot stand te brengen en er meer arbeidsplaatsen verloren gaan. Deze keuze heeft echter de onder a) geschetste nadelige gevolgen. De opzet van het voorontwerp is daarom om een goede balans te vinden tussen bescherming voor werknemers en de kosten voor overnemende partijen.

- e) Wat gebeurt er als de overheid niets doet (Nuloptie)? Wat rechtvaardigt overheidsinterventie?

Als de overheid niets doet, blijft het verschil tussen de bescherming van werknemers binnen en buiten faillissement in stand. Omdat dit verschil voortvloeit uit de regels opgenomen in het BW, is wetswijziging nodig om dit verschil aan te pakken.

2. Wat is het beoogde doel?

[Toelichting](#)

Hulpvragen

- a) Wat zijn de beleidsdoelen?

Doel van het voorontwerp is om de positie van werknemers in faillissement te verbeteren, met name bij een overgang van onderneming in faillissement.

- b) Aan welke [duurzame ontwikkelingsdoelen \(sustainable development goals, SDG's\)](#) en [brede welvaartsuitkomsten](#) dragen de doelen bij?

De arbeidsrechten beschermen en veilige en gezonde werkomgevingen bevorderen voor alle werknemers, met inbegrip van migrerende werknemers, in het bijzonder vrouwelijke migranten, en zij die zich in preciaire werkomstandigheden bevinden (SDG 8.8).

Gelijke kansen verzekeren en ongelijkheden wegwerken, ook door het afvoeren van discriminerende wetten, beleidslijnen en praktijken en door het bevorderen van de geschikte wetgeving, beleidslijnen en acties in dit opzicht (SDG 10.3).

3. Wat zijn opties om het doel te realiseren?

[Toelichting](#)

Hulpvragen

- a) Wat zijn kansrijke aangrijpingspunten om het doel te realiseren?

Het BW bevat voor de situatie van een faillissement een uitzondering op de beschermingsregels die normaalgesproken gelden voor werknemers bij een overgang van onderneming. Beter bescherming van werknemers kan worden bereikt door de huidige uitzondering te vervangen door een nieuwe regeling, specifiek toegespitst op de situatie van een faillissement. In deze regeling wordt dan uitgangspunt dat bij een bedrijfsovername vanuit faillissement alle werknemers in principe onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst komen bij de verkrijger. Wanneer bedrijfseconomische omstandigheden het noodzakelijk maken dat er arbeidsplaatsen verdwijnen, 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.

- b) Wat zijn, gegeven de aangrijpingspunten, kansrijke beleidsopties?

1. Het voor alle faillissementen afschaffen van de huidige uitzondering op de beschermingsregels en deze vervangen door een nieuwe regeling.
2. Het voor alle faillissementen afschaffen van de huidige uitzondering op de beschermingsregels en deze vervangen door een nieuwe regeling, met uitzondering van gevallen waarin sprake is van een doorstart van een kleine onderneming (minder dan 20 werknemers).
3. Het afschaffen van de huidige uitzondering op de beschermingsregels en deze vervangen door een nieuwe regeling in gevallen waarin sprake is van een doorstart in faillissement die al voorafgaand aan het faillissement is voorbereid.
4. Het afschaffen van de huidige uitzondering op de beschermingsregels en deze vervangen door een nieuwe regeling in gevallen waarin de verkrijger gelieerd is aan de onderneming die hij overneemt, bijvoorbeeld doordat hij een aandeelhouder en/of bestuurder is van de gefailleerde rechtspersoon.

- c) Wat is de [beleidstheorie \(doelenboom\)](#) per kansrijke beleidsoptie?

In alle onder b) genoemde beleidsopties wordt versterking van de positie van werknemers in faillissement nagestreefd door middel van het aanpakken van het huidige verschil in bescherming dat bestaat binnen en buiten faillissement. Als de arbeidsrechtelijke regels binnen en buiten faillissement meer op elkaar aansluiten, is er geen reden meer om het faillissement in te zetten om op een gemakkelijke manier van personeel af te komen. In geval van een doorstart in faillissement waarbij arbeidsplaatsen moeten verdwijnen, valt voor werknemers bovendien beter te begrijpen waarom sommige werknemers wel mee overgaan en anderen niet, omdat hiervoor objectieve en transparante regels gelden. De onrust rond doorstarts in faillissement zal hierdoor verminderen.

4. Wat zijn de gevolgen van de opties?

[Toelichting](#)

Hulpvragen

- a) Wat zijn de verwachte gevolgen per beleidsoptie?

1. Voor werknemers heeft deze beleids optie tot gevolg dat zij in geval van een doorstart in faillissement in beginsel onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst komen bij de verkrijger. Als het noodzakelijk is dat er arbeidsplaatsen verdwijnen, is voor hen bovendien duidelijker waarom sommige werknemers wel en anderen niet mee overgaan, doordat de selectie op een objectieve en transparante manier moet geschieden. Ook wordt een extra drempel opgeworpen tegen misbruik van faillissement met als doel de regels rond ontslagbescherming te omzeilen. De onrust rond doorstarts in faillissement zal hierdoor verminderen. Voor concurrenten is van belang dat vermindering van het verschil binnen en buiten faillissement zorgt voor een verkleining van het concurrentievoordeel dat de verkrijger nu heeft bij een doorstart in faillissement. Om te voldoen aan de nieuwe wettelijke regeling moet de verkrijger wel meer kosten maken en heeft hij meer tijd nodig om de bedrijfsovername voor te bereiden. Dit kan ertoe leiden dat overnamekandidaten afzien van het doen van een bod, waardoor er minder doorstarts tot stand komen. Dit gevaar is met name groot bij kleine ondernemingen, omdat de extra kosten hier extra zwaar zullen wegen en deze ondernemingen minder goed in staat zullen zijn al voorafgaand aan het faillissement voorbereidingen te treffen voor een eventuele doorstart in faillissement.
2. Deze beleids optie heeft dezelfde gevolgen als beleids optie 1. Doordat er echter een uitzondering wordt gemaakt voor kleine ondernemingen, is het risico hier veel kleiner dat de nieuwe regeling zal leiden tot minder doorstarts.
3. In deze beleids optie doen de bij beleids optie 1 geschetste gevolgen zich alleen voor bij doorstarts die voorafgaand aan het faillissement zijn voorbereid. In een dergelijk geval wordt de doorstart vaak kort na het uitspreken van het faillissement aangekondigd. Juist bij dergelijke doorstarts ontstaat daarom gemakkelijk het beeld dat het faillissement niet nodig was en vooral is gebruikt om afscheid te kunnen nemen van een deel van het personeel. Nadeel van deze optie is dat niet altijd gemakkelijk valt na te gaan of er voorafgaand aan een faillissement al voorbereidingen zijn getroffen voor de overgang van de onderneming. Ook is 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. Deze optie leidt daarmee naar verwachting tot veel onzekerheid voor de betrokkenen. Bovendien stimuleert deze beleids optie bedrijven mogelijk om geheel onvoorbereid een faillissement in te gaan, terwijl het voor alle betrokkenen juist wenselijk is dat de bestuurders zich voorbereiden op verschillende scenario's, waaronder dat van een faillissement.
4. In deze beleids optie doen de bij beleids optie 1 geschetste gevolgen zich alleen voor als de verkrijger gelieerd is aan de onderneming die hij vanuit faillissement overneemt. Met name in die gevallen bestaat 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 en daarmee extra onzekerheden en kosten zal kunnen leiden. Ontduiking is bovendien zelfs met dergelijke ingewikkelde regelgeving niet geheel uit te sluiten.

- b) Welke [verplichte toetsen](#) zijn van toepassing en wat zijn daarvan de uitkomsten (voor zover bekend)?

Het Adviescollege toetsing regeldruk (ATR) heeft geadviseerd over het eerdere voorontwerp uit 2019. Daarbij heeft het ATR vastgesteld dat de regeldrukkosten toereikend zijn beschreven en berekend. Wegens gebrek aan aanmeldingen heeft geen MKB-toets plaatsgevonden. Wel is gesproken met een individuele mkb-ondernemer.

5. Wat is de voorkeursoptie?

[Toelichting](#)

Hulpvragen

a) Wat is het voorstel?

Gekozen is voor beleidsoptie 2. De huidige uitzondering op de beschermingsregels in geval van faillissement wordt afgeschaft en vervangen door een nieuwe regeling. Voor kleine ondernemingen (minder dan 20 werknemers) gaan de nieuwe regels voorlopig alleen facultatief gelden.

b) Hoe houdt het voorstel rekening met:

- [doeltreffendheid](#) en [doelmatigheid](#);
- uitvoerbaarheid voor alle relevante partijen (inclusief [doenvermogen](#), [regeldruk](#) en [handhaving](#));
- brede maatschappelijke impact?

Bij het vormgeven van de regeling is op verschillende manieren rekening gehouden met het feit dat de omstandigheden 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. In faillissement is bovendien van belang dat de overgang zo snel mogelijk kan plaatsvinden, omdat in faillissement altijd sprake van een financieel instabiele onderneming. De regeling maakt het de verkrijger daarom 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 bij de rechter-commissaris in faillissement. Ook op andere punten gelden er versoepelingen ten opzichte van de regels die gelden buiten faillissement. Ten eerste gaan oude schulden van de gefailleerde werkgever (zoals achterstallige loonbetalingen), niet mee over op de verkrijger. Daarnaast is aanpassing van de arbeidsvoorwaarden onder strikte voorwaarden mogelijk. Ten slotte gaan de nieuwe regels voor kleine ondernemingen (minder dan 20 werknemers) voorlopig alleen facultatief gelden.

c) Wat zijn de risico's en onzekerheden van dit voorstel?

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. Naar aanleiding van de consultatie in 2019 is erop gewezen dat dit risico met name groot is bij kleinere ondernemingen. Om deze reden zal de nieuwe regeling voor kleinere ondernemingen (minder dan 20 werknemers) 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.

d) Hoe ziet de voorgenomen [monitoring en evaluatie](#) eruit?

Het wetsvoorstel wordt geëvalueerd door middel van de reguliere instrumenten van de invoeringstoets en de algemene wetsevaluatie vijf jaar na de inwerkingtreding.