

In de Memorie van Toelichting (MvT) op het wetsvoorstel staat:

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). 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).

Hieruit blijkt dat de wetgever ervan uitgaat dat bij een doorstart de volledige onderneming wordt overgenomen en dat daarmee ook al het personeel overgaat. Maar in de praktijk wordt zelden de volledige onderneming overgenomen. De overname betreft vaak alleen enkele winkels of onderdelen van de failliete onderneming. Hoe ga je dan bepalen hoeveel en welk personeel bij dat onderdeel moet worden overgenomen? Veelal is er ook sprake van meerdere overnamekandidaten. Hoe ga je bepalen wie welke personeelsleden gaan overnemen? Hoe zit het met de over te nemen onderneming die een hoofdkantoor, met veelal administratief en verkoop personeel en meerdere locaties (fabrieken/winkels) heeft? De overname kandidaat wil mogelijk alleen een fabriek of winkel locatie overnemen maar heeft geen behoefte aan de overname van het hoofdkantoor met het administratief en/of verkooppersoneel. Vervalt dan de beoogde versterking van de rechtspositie voor de personeelsleden van het hoofdkantoor als zij niet worden overgenomen? En hoe moet een overnamekandidaat omgaan met management en directie personeel die in dienst zijn van de failliete onderneming? Is er een bepaald directie/managementniveau waarbij personeel niet hoeft te worden overgenomen?

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.

Wat zijn in dit geval de bedrijfseconomische omstandigheden die ervoor zorgen dat je minder of geen personeel gaat overnemen? De bedrijfseconomische omstandigheden van de failliete onderneming of de nieuwe onderneming? Bij de oude onderneming zijn de bedrijfseconomische omstandigheden duidelijk, deze zijn slecht, anders dreigt er geen faillissement. Maar hoe bepaal je de bedrijfseconomische omstandigheden op het moment van overname? Zijn de financiële vooruitzichten op termijn bepalend?

Bij het starten van een nieuwe onderneming of reorganisatie ga je eerst de doelstellingen bepalen hoe je het bedrijf wilt vormgeven en inrichten. Daarna bepaal je hoeveel personeel je denkt nodig te hebben om dit te bereiken. Daarbij zijn de financiële mogelijkheden van doorslaggevend belang. Met de voorgestelde wijziging ben je bijna verplicht een bedrijfsmodel te gaan creëren rond een bestaande hoeveelheid personeel. Indien je een onderneming over wil nemen die in het verleden te weinig heeft gedaan aan automatisering en efficiency, wordt je opgezadeld met een erfenis die een noodzakelijke snelle verandering in de weg staat.

Wie heeft het laatste woord?

Stel dat een overname door een mededingingsautoriteit niet wordt goedgekeurd? Bijvoorbeeld door te bepalen dat niet alles mag worden overgenomen? Wie heeft dan het laatste woord over het aantal personeelsleden?

De gedachten achter de voorgestelde wetswijziging zijn prima te verdedigen. Echter met dit voorstel gaat de wetgever te veel op de stoel van de ondernemer zitten die probeert te groeien en, een deel van, een failliete onderneming te behouden.