

Reactie op Wetsvoorstel overgang van onderneming in faillissement

R.M. Beltzer
Weesp, 10 juni 2024

Met interesse nam ik kennis van de bij het Wetsvoorstel overgang van onderneming in faillissement behorende stukken. Aan deze internetconsultatie neem ik, net zoals bij de vorige editie van dit wetsvoorstel, graag deel.

Bij mijn hieronder opgenomen commentaar komt ik direct terzake; ik zie dus af van inleidingen, daar ik ervan uitga dat de lezer goed begrijpt waarover ik spreek. Mocht verduidelijking gewenst zijn, dan ben ik uiteraard steeds bereid een toelichting te verschaffen. U kunt mij daartoe bereiken via beltzer@flottadvocatuur.nl en/of telefoonnummer 06 34056599.

Ondernemingsbegrip

1. Het wetsvoorstel doet geen afbreuk aan de eis dat sprake is van een overgang van onderneming in de zin van Richtlijn 2001/23 c.q. art. 7:662 BW. Dat betekent dat de in de rechtspraak ontwikkelde toets of de identiteit van de onderneming behouden blijft, aan de hand van de zogenoemde *Spijkers*-factoren, ook bij overnames uit faillissement zal moeten worden toegepast. De Europese en nationale rechtspraak heeft vele voorbeelden laten van situaties waarin een geïnteresseerde de overname zo regisseerde, dat geen sprake was van een overgang van onderneming (zie o.a. de zaak *CLECE*: de verkrijger nam geen personeel over, waarmee een overgang van onderneming werd uitgesloten, nu het om zogenoemde arbeidsintensieve werkzaamheden ging). Dat risico is (minstens) zo groot bij een overname uit faillissement. Hoe gaan, bijvoorbeeld, de curator en de rechter-commissaris om met een geplande overname van een arbeidsintensieve onderneming waarvan de overnemer geen personeel overneemt? Het is mij bekend dat curatoren en rechters-commissarissen er oog voor hebben dat zoveel mogelijk werkgelegenheid behouden blijft, en dat dat invloed heeft op de uiteindelijke gunning, maar indien geen koper kan worden gevonden die “een qua aantal en deskundigheid wezenlijk deel” van het

personeel overneemt, zal geen overgang van onderneming plaatsvinden.

2. Dit dient in samenhang te worden gezien met de mogelijkheid wegens eto-redenen personeel te ontslaan. Die redenen kunnen zich zowel voor als na de overgang voordoen. Voorziet de vervreemder/curator dat de onderneming niet goed verkoopbaar is omdat hij, wegens teruglopende orders, te veel personeel heeft, dan kan hij een overschot aan personeel ontslaan. Ook de verkrijger kan dat doen, bijvoorbeeld in het geval van de op p. 11 van de MvT genoemde situaties. Ook dat kan aan een overgang van onderneming in de weg staan, zeker bij een gefailleerde onderneming die als arbeidsintensief is te kenschetsen. Wat is het 'ijkmoment' om te bepalen of een onderneming haar identiteit behoudt? In de rechtspraak kan zulks in het algemene slechts *ex post* worden beoordeeld – dus na de overgang. Een doorstart kan dus zo van kleur verschieten: wat eerst een overgang van onderneming leek, blijkt dat nu niet meer te zijn.
3. Men zou, om het. Hierboven onder 1 en 2 genoemde risico juist bij de doorstart te beperken, kunnen overwegen op te nemen dat voor het antwoord op de vraag of de onderneming haar identiteit heeft behouden, voor de toepassing van artikel 7:666-666b BW ervan wordt uitgegaan dat het gehele personeelsbestand bij de verkrijger op het moment van overgang mee overgaat (met andere woorden: de verkrijger kan de overgang van onderneming – en daarmee de gehele nieuwe regeling – niet simpelweg ontgaan door niemand in dienst te nemen). Uiteraard ontstaat hiermee een verschil met de normaal situatie, en het is de vraag of dat verschil voldoende te rechtvaardigen is.
4. Zeker in de situatie van faillissement zal een verkrijger vaak slechts interesse hebben in onderdelen van de gefailleerde onderneming die, met toepassing van het door het Hof van Justitie bepaalde in de *Amatori*-uitspraak (HvJEU 6 maart 2014, ECLI:EU:C:2014:124), geen autonomie hebben. Dat is op zichzelf niet heel bezwaarlijk, maar het is nuttig zich te realiseren dat hierdoor het feitelijke

toepassingsbereik van de nieuwe wet wordt beperkt. Is dit effect voorzien?

Kleine en grote ondernemingen

5. Het is interessant dat expliciet onderscheid wordt gemaakt tussen grote en kleine ondernemingen, iets waarmee we in het Nederlandse civiele arbeidsrecht niet heel veel ervaring hebben (de regeling van de transitievergoeding is inmiddels vervallen). Let bij de telling van de hoeveelheid werkenden op permanent gedetacheerden in concerns – die gaan ingevolge de *Albron*-uitspraak (HvJEU 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:625) mee over, ook al hebben zij geen arbeidsovereenkomst bij de werkgever wiens onderneming overgaat. Ook tellen zelfstandigen mee bij de definitie van onderneming, al worden zij niet als werknemer beschermd (Rb. Midden-Nederland 27 januari 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1015).
6. Bij kleine ondernemingen kan vóór faillissement een afslanking plaatsvinden – al dan niet wegens eto-redenen – om zo onder de twintig werknemers te komen. Hier kan het leerstuk van misbruik van recht (art. 3:13 BW) een rol spelen. Hier speelt dus een vergelijkbaar probleem van wat het ijkmoment wordt voor de vaststelling of aan de onderneming twintig of meer personen verbonden zijn. Men zou, bijvoorbeeld, een datum kunnen hanteren die drie of zes maanden vóór de datum van faillissement ligt.

Niet meegenomen werknemer

7. Op p. 7 van de MvT wordt uitgelegd hoe een onterecht niet ingespiegelde werknemer kan handelen. Daarbij staat: “Is de verkrijger echter binnen de 10% bandbreedte gebleven, dan slaagt dit beroep van de werknemer op de kantonrechter niet.” Mij is niet duidelijk waarom dat zo is. Is de gedacht dat de verkrijger dan alsnog kan beargumenteren dat de werknemer in kwestie toch geen aanbod krijgt, omdat hij dan – alsnog – van hem geboden 10% bandbreedte gebruik maakt? Dat lijkt echter een onvolledige argumentatie, daar de werknemer in kwestie wellicht een hoge positie bij de inspiegeling had, zodat, als de verkrijger zich al op zijn bandbreedte kan beroepen, een andere werknemer eerder buiten de boot zou vallen.

Wat hier van zij: de passage is mij niet helder, en zij wordt m.i. niet toegelicht (terwijl zij meermalen terugkeert in de stukken).

Ketenregeling

8. In het voorgestelde art. 7:666b lid 4 is bepaald dat een door de verkrijger aangeboden en aanvaarde arbeidsovereenkomst die volgt op een door de curator opgezegde arbeidsovereenkomst voor de toepassing van de ketenregeling van art. 7:668a BW als één arbeidsovereenkomst moet worden beschouwd. Een vergelijkbare bepaling bestaat niet voor de transitievergoeding, die ingevolge art. 7:673c BW niet verschuldigd is bij een opzegging in faillissement. Is het in alle gevallen (denk aan concerns) gewenst dat de anciënniteit van de werknemer in die situatie bij de verkrijger op nul wordt gezet? Met andere woorden: vindt steeds een harde transitievergoeding-knip plaats bij het eindigen van de arbeidsovereenkomst met de vervreemder?
9. In het verlengde hiervan: is het zo dat de *Raetlie*-regel geen invloed ondergaat van deze nieuwe “non-ketenbepaling”? Dat zou betekenen dat een opzegging door de curator, gevolgd door een aanbod van de verkrijger, niet kan worden gezien als één en dezelfde arbeidsovereenkomst, maar als een nieuwe.
10. Het vijfde lid van art. 7:666b behandelt de aanbiedingsplicht binnen 26 weken. Had een werknemer een bepaaldetijdcontract, dan zet de verkrijger dat voort, te rekenen vanaf het einde van dat contract bij/door de vervreemder (c.q. de curator). Wordt de werknemer, bijvoorbeeld, na 20 weken een aanbod gedaan dat hij aanvaardt, en zat hij reeds in zijn derde bepaaldetijdcontract, dan kan het zo zijn dat hij, op enig moment na voortzetting door de verkrijger, de termijn van drie jaar overschrijdt. Deze verhouding met art. 7:668a lid 1 BW dient m.i. te worden geëxpliciteerd.

Permanente detachering

11. P. 14 MvT: let erop dat ingevolge de *Albron*-uitspraak permanent gedetacheerde werknemers ook moeten worden ingespiegeld. Zij zijn tekstueel niet goed in te passen in de op p. 14 genoemde groepen, maar conceptueel komt groep 5 het meest in aanmerking.

Aanpassing arbeidsvoorwaarden – cao's

12. De verkrijger krijgt de mogelijkheid de arbeidsvoorwaarden aan te passen in samenspraak met (niet-gele) vakbonden. Wat als dat overleg faalt en de verkrijger de onderneming slechts wenste over te nemen onder de voorwaarde dat de arbeidsvoorwaarden zouden worden gewijzigd? Kan hij de overgang dan terugdraaien? Kan hij overnemen onder opschortende of ontbindende voorwaarde? De opmerking op p. 33 van de MvT dat de verkrijger gebonden is indien hij er niet tijdig met de bonden uitkomt, zal niet altijd de gewenste geruststelling aan potentiële overnemers bieden. Het ware aan te raden een voorziening op te nemen voor het geval doorstarter en bonden niet uit een nieuw pakket komen. Hier zou de kantonrechter een rol kunnen spelen (vergelijk de toets van artikel 27 lid 4 WOR), die (eventueel in samenspraak met de rechter-commissaris) hierover een oordeel velt.

13. Wat is het doel van de uitzondering voor algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen (art. 7:666b lid 10) indien de verkrijger niet zelf aan die avv gebonden is? De ratio achter de avv is immers vervallen met een overgang naar een werkgever die – om welk reden dan ook – niet onder de avv valt. Valt de verkrijger wel onder een avv, dan is de bepaling overbodig. Zie ook wat hierna onder 14 over art. 3 lid 3 van de richtlijn wordt vermeld.

14. Dienen art. 14a Wet Cao en art 2a Wet Avv niet expliciet benoemd te worden in deze wetgevingsoperatie? Zonder aanpassing ervan is de verhouding tot het voorgestelde art. 7:666b is 10 niet scherp. Het zou overigens meteen een goed moment in de respectieve tweede leden van voornoemde artikelen zijn te bepalen dat de verkrijger, conform de in art. 3 lid 3 van de richtlijn genoemde optie, direct zijn eigen cao mag toepassen, met uitsluiting van die van de vervreemder (zie de zaak *Scattolon* – HvJEU 6 september 2011, ECI:EU:C:2024:542). Daarmee is gelijk de problematiek van samenlopende ('botsende') cao's voor een belangrijk deel opgelost. Voor pensioenen hebben we dit overigens al geregeld in art. 7:664 BW.

Concurrentiebeding

15. Ingevolge het voorgestelde art. 7:653 lid 6 vervalt een concurrentiebeding op het moment van het einde van de arbeidsovereenkomst als gevolg van een opzegging door de curator. Dat moment kan na de overgang liggen. Het beding vervalt ook indien de verkrijger de werknemer vervolgens geen aanbod doet. Doet hij wel een aanbod, maar weigert de werknemer, dan blijft het concurrentiebeding in stand. Let wel: gaat de werknemer gedurende de opzegtermijn over, dan kan alleen de verkrijger een beroep doen op dat beding, niet de vervreemder, nu het beding is overgegaan. Dat kan wringen voor de verkrijger die nog een onderneming in stand houdt die door de ex-werknemer beconcurrereerd kan worden. Hetzelfde geldt dat indien de werknemer het aanbod van de verkrijger aanvaardt en hij snel daarna uit dienst gaat: de vervreemder kan geen rechten aan het beding ontleen. Is dit effect voorzien?

Art. 7:665 BW

16. P. 32 MvT: Het is niet in alle gevallen redelijk dat de werknemer die niet een nieuwe arbeidsovereenkomst bij de verkrijger wenst, verstoken blijft van een WW-uitkering. Hier doet zich het gemis van toepasselijkheid van art. 7:665 BW voelen – dat nu wordt uitgeschakeld met als reden dat de werknemer in faillissement geen recht heeft op een transitievergoeding. De werknemer kan echter goede redenen hebben niet mee te willen overgaan, zoals een gebrek aan promotiekansen, een langere reistijd etc.; precies de redenen die ten grondslag liggen aan het bestaan van art. 7:665 BW. Daarbij heeft art. 7:665 BW, althans: art. 4 lid 2 van de richtlijn, een breder bereik dat het veiligstellen van een transitievergoeding indien de werknemer zelf opzegt. De bepaling luidt immers: “Indien de arbeidsovereenkomst of de arbeidsbetrekking wordt verbroken omdat de overgang een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer ten gevolge heeft, wordt de arbeidsovereenkomst of de arbeidsbetrekking geacht te zijn verbroken door toedoen van de werkgever.” Een dergelijk toedoen zou ook de WW-uitkering veilig moeten (kunnen) stellen.

Kantonrechter en Rechter-commissaris

17. De kantonrechter dient het oordeel van de rechter-commissaris te volgen inzake het wel of niet bestaan van een overgang van onderneming, tenzij sprake is van een kennelijk onjuiste toepassing van de wettelijke regeling (art. 7:666b BW). De vraag is wat onder “kennelijk” dient te worden verstaan. Indien de kantonrechter tot een andere afweging komt van de Spijkersfactoren, heeft de rechter-commissaris het dan kennelijk verkeerd gezien? Of geldt hier dat twee wijzen geheel verschillend kunnen oordelen over dezelfde situatie? Hierbij dient in aanmerking te worden genomen dat de kantonrechter een gespecialiseerde arbeidsrechter is, wat de speelruimte voor deze rechter om iets als “kennelijk onjuist” te beoordelen kan vergroten.

Medezeggenschap

18. Het codificeren van de *DA*-beschikking door aanpassing van de *WOR* is een juiste zet, evenals andere maatregelen waarin het wetsvoorstel voorziet en die tot doel hebben de *OR* meer te betrekken in het proces – ook hier geldt dat medeverantwoordelijkheid procedures voorkomt. Een al jaren gemist thema is de overgang van de *OR* zelf bij het behoud van autonomie van de onderneming (en het behoud van de rechten van *OR*-leden indien hun onderneming overgaat maar niet een autonome eenheid blijft). Deze thematiek is opgenomen in artikel 6 van de richtlijn, maar is – ten onrechte – nimmer geïmplementeerd, waardoor het risico van een infractieprocedure bestaat. In de literatuur is hier veelvuldig op gewezen. De aandacht voor medezeggenschap in dit wetsvoorstel roept de vraag op of niet tegelijkertijd de lacune kan worden geredresseerd dat voor de overgang van de medezeggenschap zelf geen regeling bestaat. Hiertoe zou men inspiratie kunnen opdoen bij onze buurlanden België en Duitsland, waar wel een dergelijke regeling bestaat.
