



FNV
Hertogswetering 159
Postbus 9208
3506 GE Utrecht
T 088-368 03 68



CNV
Tiberdreef 4
Postbus 2475
3500 GL Utrecht
T 030 - 751 11 00



VCP
Bezuidenhoutseweg 60
Postbus 90525
2509 LM 's-Gravenhage
T 070 - 349 97 40

Ministerie van Justitie en Veiligheid, demissionair minister voor
Rechtsbescherming, de heer F.M Weerwind

Per email verzonden

Datum

27 juni 2024

Ons kenmerk

24-075/ZB/RvS/tvm

Betreft / Onderwerp

Reactie op consultatie voorontwerp Wet overgang van onderneming in
faillissement

Doorkiesnummer

06 33 31 30 06 (FNV)

06 39 00 65 71 (CNV)

06 22 92 26 69 (VCP)

Email contactpersoon

rik.vansteenbergen@fnv.nl

d.dewild@cnv.nl

a.klapwijk@vcp.nl

Bijlage(n)

-

Geachte heer Weerwind,

FNV, CNV en VCP (hierna: de vakcentrales) hebben besloten op het voor internetconsultatie gepubliceerde tweede voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement (hierna: het voorontwerp) als gezamenlijke werknemersorganisaties te reageren.

Minder rechtsbescherming voor werknemers dan in het oorspronkelijke voorontwerp

De vakcentrales merken op dat de rechtsbescherming voor werknemers in het voorliggende voorontwerp aanmerkelijk zwakker is dan in het oorspronkelijke voorontwerp (2019):

- de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen tegen de beslissing waarbij de rechter-commissaris toestemming verleent voor de overgang is geschrapt;
- de kantonrechter dient in beginsel af te gaan op de oordelen die de rechter-commissaris heeft gegeven;
- de regeling geldt voor kleine ondernemingen alleen facultatief;
- de termijnen voor de werknemer waarbinnen hij zich op zijn rechten kan beroepen zijn verkort.

In het nieuwe voorontwerp zijn verschillende onderdelen verduidelijkt ten opzichte van het oorspronkelijke. Tegelijkertijd wordt beduidend meer rekening gehouden met de (financiële) belangen van organisaties (van curatoren, banken, investeerders, ondernemingen) die bescherming van werknemers bij een overgang van onderneming vooral als een hinderlijk obstakel beschouwen. Desondanks verwachten de vakcentrales dat bedoelde organisaties zich zelfs tegen de resterende werknemersbescherming zullen blijven verzetten.

Mogelijkheid 10% vrij te stellen van inspiegeling

Richtlijn 2001/23/EG beoogt te verzekeren dat de werknemers bij verandering van ondernemer hun rechten behouden doordat zij onder dezelfde voorwaarden in dienst treden bij de verkrijger. Deze richtlijn beoogt zo veel mogelijk een ongewijzigde voortzetting van de arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking met de verkrijger te verzekeren, teneinde te voorkomen dat de betrokken werknemers uitsluitend ten gevolge van deze overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren. De betreffende bepalingen zijn van openbare orde en dwingend.

Deze doelstelling van de richtlijn brengt met zich mee dat de in faillissement toegestane uitzonderingen op het verbod om werknemers te ontslaan en de arbeidsvoorwaarden aan te passen strikt moeten worden uitgelegd en toegepast.

De richtlijn staat toe dat werknemers in geval van een overgang in faillissement ontslagen worden, niet als gevolg van de overgang, maar om economische, technische of organisatorische redenen (eto-redenen). De richtlijn verzet zich echter tegen een regeling die bepaalt dat de verkrijger het recht heeft om te kiezen welke werknemers hij overneemt. De selectie moet gebaseerd zijn op objectieve criteria en de rechter moet die criteria en de toepassing daarvan kunnen toetsen om te kunnen beoordelen of dat leidt tot ontslagen die noodzakelijk zijn om eto-redenen. Daarop gelet achten de vakcentrales het waarschijnlijk dat de bepaling dat de verkrijger bij het selectieproces ten hoogste 10% van de werknemers, die voor een dienstverband in aanmerking komen, buiten de toepassing van de inspiegelingsmethode mag houden, zich niet verdraagt met de uitleg van de richtlijn, die het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak Plessers/Prefaco (Zaak C-509/17) daaraan gegeven heeft.

Terecht wordt in het voorontwerp opgemerkt dat de maatschappelijke onrust die is ontstaan over de zogenaamde flitsfaillissementen ook te maken heeft 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. Deze onduidelijkheid over de criteria en daarmee de mogelijkheid van willekeur blijft in de voorgestelde regeling behouden doordat de verkrijger bij het selectieproces ten hoogste 10% van de werknemers, die voor een dienstverband in aanmerking komen, buiten de toepassing van de inspiegelingsmethode mag houden. Weliswaar staat in de Memorie van Toelichting (MvT) dat de verkrijger dit 'bewust' kan 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', maar een dergelijke motivering wordt niet voorgeschreven, noch in het voorontwerp noch in de voorgestelde Regeling overgang van onderneming in faillissement. Dat het de verkrijger aldus geheel vrij staat om zonder enige motivering en volstrekt willekeurig 10% buiten de inspiegelingsmethode te houden, brengt ook met zich mee dat een beroep van de werknemer die meent ten onrechte geen aanbod van de verkrijger te hebben ontvangen niet slaagt, zolang als de verkrijger binnen de 10% bandbreedte is gebleven.

De vakcentrales achten deze legitimering van willekeur maatschappelijk en juridisch onaanvaardbaar. Daarom stellen zij, gelet op artikel 16 lid 1 en lid 2 aanhef en sub a van de Ontslagregeling, de volgende redactie voor van artikel 2 lid 2 van de Regeling overgang van onderneming in faillissement:

'Bij de toepassing van het eerste lid kan ten hoogste 10% van het totale aantal werknemers van de gefailleerde werkgever dat niet bij de verkrijger in dienst kan komen, buiten beschouwing worden

gelaten indien aannemelijk is dat de betreffende werknemers bovengemiddeld functioneren dan wel naar verwachting in de toekomst zich bovengemiddeld zullen ontwikkelen.'

Medezeggenschap in faillissement

De vakcentrales waarderen het dat in het voorontwerp ook de DA-beschikking van de Hoge Raad d.d. 2 juni 2017 (ECLI:NL:HR:2017:982) is gecodificeerd.

Zij maken over de regeling van de medezeggenschap in faillissement twee opmerkingen, die ook al door andere organisaties zijn gemaakt naar aanleiding van het oorspronkelijke voorontwerp:

Opmerking 1. Artikel 25 lid 1 aanhef en onder c Wet op de ondernemingsraden (WOR) bepaalt dat de ondernemingsraad (OR) door de ondernemer in de gelegenheid moet worden gesteld advies uit te brengen over elk door hem voorgenomen besluit tot beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of van een belangrijk onderdeel daarvan. Het voorontwerp voorziet in niet in een adviesrecht wanneer de curator de onderneming besluit te liquideren en al het personeel ontslaat. Het voorontwerp volgt hier het onderscheid dat de Hoge Raad heeft gemaakt in de DA-beschikking. Voor dit onderscheid is geen rechtvaardiging te vinden in de WOR. Juist in het geval dat de continuïteit van de onderneming bedreigd wordt, is het belang van medezeggenschap groot. Derhalve ligt het voor de hand om ook het liquideren van de onderneming in faillissement adviesplichtig te maken. Tegen een dergelijke uitbreiding van het adviesrecht in faillissement bestaan weinig bezwaren, nu de termijnen kort zijn en er noch beroep bij de Ondernemingskamer noch hoger beroep tegen de beslissing van de rechter-commissaris openstaat betreffende het adviesrecht van de OR jegens de curator. In de MvT zou voor de duidelijkheid in elk geval moeten worden opgenomen dat de ondernemer, die beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of een belangrijk onderdeel daarvan overweegt, op grond van de WOR verplicht is daarover advies te vragen aan de OR. Daarbij zou verwezen kunnen worden naar het stroomschema van de SER ([Insolventieprocedures en toepasselijke medezeggenschapsrechten \(ser.nl\)](https://www.ser.nl)).

Opmerking 2. Het leerstuk over overgang van medezeggenschap in geval van overgang van onderneming roept nog steeds vragen op daar artikel 6 van Richtlijn 2001/23/EG niet geïmplementeerd is. Er valt nu in de praktijk doorgaans een juridisch gat in de medezeggenschap. Wij zijn van mening dat zich hier een goede gelegenheid voordoet in deze lacune te voorzien.

Zorgvuldigheid van en uniformiteit in beslissingen rechter-commissaris

Nu de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen tegen de beslissing waarbij de rechter-commissaris toestemming verleent voor de overgang van onderneming is geschrapt en de kantonrechter in beginsel dient af te gaan op de oordelen die de rechter-commissaris heeft gegeven, is des te meer van belang dat waarborgen worden gecreëerd voor zowel de – ook arbeidsrechtelijke – deskundigheid en de zorgvuldigheid waarmee de rechter-commissaris beslist als voor de uniformiteit in beslissingen door de verschillende rechters-commissarissen.

De vakcentrales zien als bezwaar tegen het ontbreken van een gespecialiseerde hoogste instantie, zoals de Ondernemingskamer dat wel is, dat er op voorhand geen waarborgen zijn voor het verkrijgen en behouden van de benodigde kennis en uniformiteit in de betreffende zaken, die zowel arbeidsrechtelijke als insolventierechtelijke aspecten kennen. Rechters-commissarissen zijn immers enerzijds niet gewend om arbeidsrechtelijke vraagstukken te behandelen en anderzijds bevoegd om over de voortzetting van de onderneming of de onderhandse verkoop die leidt tot een overgang van de onderneming te oordelen met inbegrip van alle daarbij relevante arbeidsrechtelijke vraagstukken. Vooral wanneer de rechter-commissaris moet oordelen over een overgang van onderneming in

faillissement, hangt daar niet in de laatste plaats voor werknemers veel van af, zeker wanneer daarbij arbeidsplaatsen verloren kunnen gaan. De rechter-commissaris moet dan in elk geval tweërlei kwesties zelfstandig kunnen vaststellen: ten eerste of voldoende aannemelijk is gemaakt dat er sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden in de zin van artikel 7:666b lid 2 BW (en in de strikte zin van artikel 4 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG), die het noodzakelijk maken om arbeidsplaatsen te laten vervallen; ten tweede of de selectiemethode op basis waarvan bepaald wordt welke werknemers in aanmerking komen voor een dienstverband bij de verkrijger in overeenstemming is met de wet en met de richtlijn. Het kan, zoals gezegd, hierbij gaan om ingewikkelde zaken met diverse twistpunten, die zowel zekere arbeidsrechtelijke als insolventierechtelijke kennis vergen en die toch vragen om een voortvarende afhandeling. De vakcentrales vrezen dat de vereiste voortvarendheid met zich mee kan brengen dat de rechter-commissaris al snel geneigd zal zijn mee te gaan met de stellingen van de verkrijger, zonder die op hun houdbaarheid te beoordelen en met onvoldoende oog voor de werknemersbelangen. Dit klemt temeer omdat, zoals gezegd, tegen de beslissing van de rechter-commissaris geen hogere voorziening meer openstaat.

Gelet op het voorgaande zijn de vakcentrales van oordeel dat de procedure met meer waarborgen moet worden omgeven, zowel in het belang van een kwalitatief goede en tegelijkertijd voortvarende behandeling, maar met behoud van de vereiste werknemersbescherming, als in het belang van de rechtseenheid. Het oprichten van een gespecialiseerde kamer met daarin ook arbeidsrechtelijke expertise zou daarbij kunnen helpen. Ook kan gedacht worden aan een mede in het arbeidsrecht gespecialiseerd landelijk team van rechters-commissarissen en juridisch ondersteuners uit alle rechtbanken, zoals bij de Wet homologatie onderhands akkoord. Verder zou een mede door arbeidsrechtdeskundigen opgesteld uniform toetsingskader behulpzaam kunnen zijn voor de beslissingen van de rechter-commissaris.

Alertheid geboden tegen misbruik

Een faillissementsaanvraag is vaak een middel geweest om van personeel af te komen, dat met inachtneming van de regels van het reguliere arbeidsrecht niet kon worden ontslaan. Door middel van een faillissement met doorstart kon bijvoorbeeld een als gevolg van een arbeidsongeval dure, niet meer productieve werknemer worden geloosd. Dit voorontwerp zet een rem op het gebruik van de faillissementsaanvraag om van personeel af te komen of om eenzijdig fors te snoeien in de arbeidsvoorwaarden. De behoefte daaraan blijft echter. Daarom houden de vakcentrales rekening met nieuwe listigheden om de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers te omzeilen. Te verwachten valt bijvoorbeeld dat in een aantal gevallen een doorstart gepresenteerd zal worden als een doorstart waarbij geen sprake is van overgang van onderneming. Advocatenkantoren leggen al op hun website werkgevers uit hoe zij het stempel van overgang van onderneming kunnen ontduiken. Zo wordt er op gewezen dat in sectoren waarin arbeidskrachten de belangrijkste factor zijn (bijvoorbeeld in de schoonmaaksector, de ICT, de zorg of het onderwijs, de arbeidsintensieve sectoren) geldt dat er geen sprake is van een overgang van onderneming als alleen de activiteit wordt overgedragen en het personeel, of een belangrijk deel hiervan, niet. Een onderneming zou dan kunnen proberen, door bij de koop van een failliete onderneming geen personeel over te nemen (geen behoud van identiteit en dus geen overgang van onderneming), de toepasselijkheid van de bepalingen van het nieuwe wetsvoorstel te omzeilen om daarna naar believen personeel van het failliete bedrijf met nieuwe arbeidsvoorwaarden een baan aan te bieden. Ook komt de variant voor dat een onderneming wordt ontbonden of geliquideerd terwijl gelijktijdig of kort daarna een nieuwe vergelijkbare onderneming in het leven wordt geroepen die vacatures plaatst om daadwerkelijk van start te kunnen gaan. In dit soort en vergelijkbare schijnconstructies zouden rechters achteraf de wet alsnog van toepassing moeten kunnen verklaren.

Tot slot

De vakcentrales waarderen – bijna tien jaar na publicatie van het rapport *Werknemers en insolventie. Een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever* – de totstandkoming van dit voorontwerp en – een enkele uitzondering daargelaten – de daarin gemaakte keuzes. Het stelt voor een belangrijk deel paal en perk aan de bestaande willekeur en voorkomt een eindeloze reeks van procedures. Enerzijds maakt het een doorstart minder aantrekkelijk als (onbedoeld) middel om te saneren, anderzijds maakt het die niet onmogelijk. Een faillissement is voor werknemers een persoonlijk drama. Werkbehoud is voor werknemers een zeer kostbaar goed. Er zijn grenzen aan wat een doorstart in sociaal opzicht mag kosten. Gevolg van dit voorontwerp moet niet zijn dat naar nieuwe wegen wordt gezocht om de beschermende werking van het arbeidsrecht te omzeilen, maar dat de aandacht verschuift van faillissement als relatief goedkoop reorganisatiemiddel naar het voorkómen van insolventie door tijdig in te grijpen indien de continuïteit van de onderneming op termijn niet verzekerd is.

Met vriendelijke groet,



Zakaria Boufangacha
Vicevoorzitter FNV



Piet Fortuin
Voorzitter CNV



Nic van Holstein
Voorzitter VCP