

Uitsluitend via digitale indiening

Ministerie van Justitie en Veiligheid

Minister Van Weel

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid

Minister Van Hijum

Plaats/Datum Venlo, 20 augustus 2024

Betreft Reactie op internetconsultatie voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement

Geachte heren Van Weel en Van Hijum,

Naar aanleiding van de internetconsultatie voorontwerp Wet overgang van onderneming treft u onderstaand de reactie aan van Boels Zanders Advocaten.

Een opmerking vooraf is dat wij begrijpen dat onder andere het *Smallsteps* arrest van het Hof van Justitie¹ en het *Heiploeg* arrest van de Hoge Raad² en het Hof van Justitie³ (maatschappelijk en politiek) tot vragen hebben geleid over de gewenste mate van werknemersbescherming in faillissementssituaties en of de huidige 'faillissementsuitzondering' voor overgang van onderneming het uitgangspunt moet blijven. Zoals altijd zijn hiervoor voor- en tegenstanders te vinden. De gewenste balans tussen werknemersbescherming en flexibiliteit voor werkgevers is voor een deel een politiek vraagstuk en wij menen dat onze (individuele) politieke visies in deze reactie geen doorslaggevende rol behoren te spelen. Wel presenteren wij hierna graag vanuit onze juridische expertises en brede praktijkervaringen onze gedachten bij het voorontwerp. Dit doen wij aan de hand van de memorie van toelichting.

Over het 'leerstuk' overgang van onderneming in faillissement

Geschetste voor- en nadelen en noodzaak wijziging systematiek

Op [pagina 3](#) is geschreven:

¹ HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489.

² Hoge Raad 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 en Hoge Raad 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954.

³ HvJ 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321.

"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 maatschappelijke onrust ontstaan."

Deze passage wekt naar onze mening de indruk dat er vrij eenvoudig van wordt uitgegaan dat het niet de uitzondering, maar de regel is dat faillissementen in de praktijk worden aangewend als 'goedkoop' reorganisatiemiddel. Wij onderkennen dat misbruik zich in bepaalde situaties kan (en wellicht ook zal) voordoen. Indien direct na of vrij kort na faillissement de onderneming vrijwel één-op-één wordt voortgezet (in 'reguliere' situaties zou dit dan al snel een overgang van onderneming zijn), maar aan (slechts) een deel van de werknemers een arbeidsovereenkomst wordt aangeboden en misschien ook eens tegen slechtere arbeidsvoorwaarden, kunnen we ons voorstellen dat dit tot vragen leidt over de huidige 'spelregels' voor bescherming van personeel in faillissementssituaties. Het beeld dat het faillissement als goedkoop reorganisatiemiddel wordt gebruikt, is echter niet het beeld dat wij herkennen uit onze dagelijkse praktijk. Wij werken voor klanten uit het klein-, maar voornamelijk midden- en grootbedrijf. De ervaring is dat het aanwenden van een faillissement om een reorganisatie te bewerkstelligen, allesbehalve standaardpraktijk is. Dit zal bij (hoge) uitzondering het geval zijn. Wij zijn dan ook kritisch op de vraag of het voor het ondervangen van een zeer specifieke (uitzonderings)situatie werkelijk noodzakelijk is om het jarenlang gebezigde uitgangspunt (geen overgang van onderneming in faillissement) ingrijpend te wijzigen. Zou misbruik worden beoogd, dan lijkt ons dat hiervoor in de praktijk vaak de *pre-pack* zal worden aangewend of dat dit voorkomt in situaties waarbij ondernemingen toch al aan elkaar gelieerd zijn. Wij zijn daarom kritisch op de vraag of het niet meer voor de hand zou liggen om de overgang van onderneming te regelen in de voorgestelde *pre-pack*-wetgeving, dus niet voor alle faillissementen.

Bovenaan op [pagina 4](#) wordt genoemd dat in het verleden ten aanzien van verschillende faillissementen maatschappelijke onrust is ontstaan. Dit onder meer door *"het feit dat de verkrijger die een onderneming opkoopt uit een failliete boedel, vrij is om te kiezen welke werknemers hij mee overneemt"* en het daarom *"niet transparant [is] welke criteria de verkrijger hanteert bij de selectie van personeel"*. Los van een eventuele theoretische waarheid, vragen wij ons af of dit met de voorgestelde 'inspiegeling' werkelijk wordt ondervangen. Wij gaan op

inspiegeling later nog in, maar belangrijk voor nu is dat de rechter-commissaris de inspiegeling moet toetsen op basis van informatie die de *(beoogd) verkrijger* aanlevert, dit alles in (zeer) kort tijdbestek. De vraag is dan in hoeverre dit een inspiegeling oplevert die kwalitatief van gelijkwaardig niveau is als afspiegelingsberekeningen die bij reorganisaties buiten faillissement plaatsvinden door de ondernemer zelf die alle kennis heeft van de (uitwisselbare) functies in de organisatie.

Verder is op pagina 4 geschreven *"verschil in bescherming tussen werknemers binnen en buiten faillissement geeft ook een zeker concurrentievoordeel aan de verkrijger bij een doorstart in faillissement"*, maar dit kunnen wij in het kader van de onrust niet geheel plaatsen. Voor de doorstart worden natuurlijk overnamekosten (waaronder goodwill) betaald en de doorstarter zal nog steeds werknemers nodig hebben om de doorstart te kunnen realiseren. Zeker in gevallen waarbij de doorstarter een 'derde' is – los van de onderneming van de vervreemder/failliet – is niet goed in te zien waarom deze niet – zoals andere ondernemers – een verse start mag maken.

Pagina 4 vervolgt: *"Het huidige verschil in bescherming van werknemers binnen en buiten faillissement is daarom onwenselijk."* Wij stellen ons de vraag of dit werkelijk onwenselijk is. Een faillissementssituatie waardoor werknemers (mogelijk) werk verliezen is immers een heel andere situatie dan een reguliere reorganisatie, waarbij het bedrijf helemaal niet in financiële problemen hoeft te verkeren. Van gelijke gevallen is geen sprake, zodat wij de conclusie dat gelijke behandeling noodzakelijk is, niet direct zien.

In de memorie wordt op pagina 5 en 6 erkend dat naast de gepresenteerde voordelen van het voorontwerp, ook nadelen bestaan, met name de hogere transactiekosten en langere voorbereidingstijd. Ook wordt aangegeven: *"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."* Dit kan ertoe leiden dat er geen doorstart plaatsvindt. Daarbij gaat *alle* werkgelegenheid verloren. Dit terwijl een derde-kandidaat in de huidige situatie vaak wel bereid is om een deel van het personeel in dienst te nemen. Naar onze mening zou dat duidelijker als nadeel mogen worden benoemd.

Toepassing leerstuk in faillissement

Op pagina 8 staat dat de voorgestelde nieuwe regeling zoveel mogelijk aansluit bij de overgang van onderneming buiten faillissement.

"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. Om vast te stellen of hieraan is voldaan, moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden rondom de bedrijfsovername."

In de arbeidsrechtpraktijk merken wij dat vraagstukken over het leerstuk overgang van onderneming (buiten faillissement) uitvoerig onderzoek kunnen vergen. Buiten faillissement is hier de tijd voor, bijvoorbeeld in het kader van een due diligence waar uitvoerig kan worden gekeken naar hoe de onderneming die wordt overgenomen in elkaar steekt. Jurisprudentie van het Hof van Justitie maar ook Nederlandse rechtspraak, laat ook zien dat het gaat om details en dat de beoordeling erg casuïstisch is. De tijd die nodig is om zorgvuldig vast te stellen of er sprake is van een overgang van onderneming, is er in faillissement niet, met uitzondering van de pre-pack-situaties. Bij doorstartsituaties met een derde-koper zullen er niet veel gevallen zijn waarin het (arbeidsrechtelijk) 'evident' is dat de onderneming na de doorstart 'met behoud van identiteit' wordt voortgezet. De derde-doorstarter zal juist vaak veranderingen willen doorvoeren, waar de curator vooraf nog geen (goed) zicht op heeft. Voor het uitvoerige onderzoek dat de vraag naar overgang van onderneming vergt, zien wij – in het belang van een snelle doorstart – buiten de pre-pack situaties realistisch gezien weinig ruimte.

Wij vervolgen met de op [pagina 9](#) besproken uitzondering objectieve – op feiten berustende – bedrijfseconomische omstandigheden die noodzakelijkerwijs leiden tot verlies van arbeidsplaatsen. Als dat aan de orde is, hoeft de verkrijger niet *alle* werknemers een dienstverband aan te bieden. Op zichzelf denken wij dat deze uitzondering heel belangrijk is om een doorstart mogelijk te maken en ook is goed denkbaar dat in een faillissementssituatie van dergelijke objectieve bedrijfseconomische omstandigheden sprake kan zijn. Op [pagina 9 en 10](#) wordt voor de toelaatbaarheid van deze uitzondering verwezen naar de in de richtlijn genoemde economische, technische of organisatorische redenen (ETO-redenen) en de rechtspraak daaromtrent. Ook dit lijkt ons terecht.

Wel hebben wij moeite met het volgende ([pagina 10](#)). Er wordt eerst aangegeven dat – uit de beperkte voorbeelden - kan *"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"*. Die opmerkingen kunnen wij plaatsen, maar in het woord *vergelijkbaar* ligt wel besloten dat de ETO-redenen niet *gelijk* zijn aan de bedrijfseconomische omstandigheden. Wij denken dat die 'gelijkheid' er ook niet is. De bedrijfseconomische omstandigheden buiten faillissement die onder de a-grond vallen en in de UWV

Uitvoeringsregels zijn geschetst, zijn gestoeld op een bestaande vennootschap die deel uitmaakt van een groep en die blijft voortbestaan, met enkele organisatorische aanpassingen. Het uitgangspunt van de doorstarter, zeker als dit een derde-partij is, is heel anders. Die zal van een faillissementssituatie een goed lopende organisatie willen maken en daarin mogelijk ook andere keuzes voor ogen hebben dan in het geval van een 'gezonde' organisatorische waarin uit oogpunt van efficiëntie bepaalde keuzes worden gemaakt. Die verschillende uitgangspunten brengt mee dat wij vanuit arbeidsrechtelijk oogpunt bezwaar hebben tegen de conclusie:

"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'."

Wij kijken ook kritisch aan tegen het toepassen van de UWV Uitvoeringsregels en Ontslagregeling in faillissement, omdat de UWV Uitvoeringsregels weliswaar uitgaan van een zekere beleidsvrijheid van de ondernemer/werkgever, maar het bestaan van ETO-redenen – op grond van de Europese rechtspraak – nu juist een échte uitzondering op de regel is. Bij dat zeer uitzonderlijke karakter past het toetsingskader van de huidige UWV Uitvoeringsregels niet.

Kortom, wij begrijpen dat een *vergelijking* wordt gemaakt met het bestaande kader bij beoordeling van de a-grond in artikel 7:669 lid 3 BW, maar *gelijk* zijn de situaties niet. Het is goed voorstelbaar dat bij een doorstart die als overgang van onderneming kwalificeert sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden waardoor arbeidsplaatsen (toch) vervallen, maar voor de toetsing daarvan door de rechter-commissaris kunnen – gelet op het voorgaande – niet één op één de huidige UWV Uitvoeringsregels van toepassing worden verklaard. Dit vergt een specifiek toetsingskader.

Verder lezen wij op pagina 12 dat "*de curator dus de eerste [is] die toetst of het overnameplan van de verkrijger voldoet aan die regeling*", zodat dus ook van de curator al wordt verwacht dat hij aan het bestaan van bedrijfseconomische omstandigheden toetst. Theoretisch snappen wij deze keuzes, maar wij zien hiertegen toch wel belangrijke praktische bezwaren. Zo zal de curator niet in detail zicht hebben op alle overnameplannen van de potentieel verkrijger en zal een kwalitatief hoogwaardige toets van de bedrijfseconomische omstandigheden bijzonder lastig zijn. Ook dit brengt voor de curator dus veel extra tijd en kosten voor de boedel mee. Dit vergroot het risico op het mislukken van een doorstart, wat ten koste gaat van de bescherming van de werknemers.. Ook zonder overgang zal de derde-kandidaat immers geneigd zijn een groep werknemers over te nemen om de doorstart zo snel mogelijk te kunnen verwezenlijken.

Inspiegeling

Op pagina 12 is de inspiegelingsmethodiek (althans een andere objectieve selectiemethode) uiteengezet. De inspiegelingsmethode lijkt gelijk aan de 'omgekeerde afspiegeling' die vanuit arbeidsrechtelijk perspectief al bekend is. De methodiek als zodanig behoeft wat ons betreft geen inhoudelijke bespreking. Vanuit arbeidsrechtelijk oogpunt zou het wellicht de voorkeur hebben om de al 'ingeburgerde' term 'omgekeerd afspiegelen' te gebruiken en niet de term 'inspiegelen' te introduceren. Wij zien echter dat de term 'inspiegelen' de afgelopen jaren in (wets)voorstellen ook is gebruikt, zodat deze onder curatoren en (faillissements)advocaten al wel de nodige bekendheid zal hebben gewonnen.

Waar wij wel kritisch over zijn, is het volgende. Voor een goede afspiegeling c.q. inspiegeling is het essentieel dat uitwisselbare functies worden vastgesteld. Over die functies moet immers worden afgespiegeld. Er zijn bedrijven/organisaties waar dit keurig in beeld is en waar functietitels correct op de personeelslijsten, arbeidsovereenkomsten en loonstroken staan vermeld. Zo'n 'utopia' is het zeker niet altijd. Curatoren en derde-partijen zullen informatie over wat werknemers feitelijk doen, moeten verkrijgen van bijvoorbeeld de directeur, manager en/of HR. Dit zijn juist personen waaraan een curator in een faillissement al erg moet 'trekken' voor hulp. Die zijn dus al zwaar belast. Het boven water krijgen van alle detailinformatie die voor een goede afspiegeling nodig is, lijkt dan bijzonder moeilijk. De OR kan soms wel goede input leveren, maar ook daarvan is niet te verwachten dat deze op de hoogte zijn van functies op detailniveau. Bovendien is er in veel gevallen geen OR ingesteld, zelfs als dat wettelijk is voorgeschreven. Voor een eigen ondernemer die doorstart zal de informatie vermoedelijk wel vrij snel boven water zijn te krijgen. Dit kan dan ook worden voorbereid, maar voor een derde-partij doorstarter geldt dat niet.

De ervaring leert in ieder geval dat afspiegelingen – met name als het grotere groepen werknemers betreft met veel verschillende soorten functies – buiten faillissement een tijdrovend en intensief traject is. De theoretische keuze begrijpen we, maar de vraag is of dit wel praktisch haalbaar is in een faillissementssituatie. Ook hier geldt dat dit mogelijk wel haalbaar is voor partijen die zijn voorbereid (pre-pack) en waarbij in een vroeg stadium een overnamekandidaat in beeld is, maar in de praktijk vindt die voorbereiding lang niet altijd plaats. De rechter-commissaris zal de beoordeling bovendien moeten doen op de documenten die hij aangeleverd krijgt en die zijn maakbaar. Er geldt uitdrukkelijk een marginale toets voor de rechter-commissaris. Gaat hiervan dan wel werkelijk de beoogde bescherming van de werknemers uit? Of is het weer een extra te nemen stap die een doorstart mogelijk alleen maar in de weg staat? Wij neigen naar het laatste.

Toets van de rechter-commissaris

Begrijpelijk – en naar onzes inziens ook nodig – wordt herhaaldelijk benadrukt dat een faillissementssituatie noopt tot snel handelen. Op pagina 18 wordt bijvoorbeeld vermeldt dat:

"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. Dit geldt ook waar het een onderhandse verkoop betreft die leidt tot een bedrijfsovername die aangemerkt moet worden als een overgang van onderneming."

Wij hebben hiervoor een aantal elementen aangestipt waarover in de juridische praktijk veel wordt gediscussieerd en die bij uitvoerig en zorgvuldig onderzoek gebaat zijn, zodat wij ons de vraag stellen of een dergelijke marginale toets dan wel werkelijk leidt tot de werknemersbescherming die men met het voorstel wil bereiken. De nadelen – veel tijd, geld en kleinere doorstartkansen – lijken daarentegen wel evident. Verder lezen wij:

"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."

Ook hier begrijpen wij de gedachte, namelijk dat de verkrijger uiteindelijk verantwoordelijkheid draagt voor het op juiste wijze toepassing geven aan de overgang van onderneming en het aanbieden van arbeidsovereenkomsten aan de juiste personen. Hierbij stuiten wij echter ook op een praktisch bezwaar: kan een verkrijger – zeker als het een derde-partij is en geen voorbereiding heeft plaatsgevonden – wel tijdig aan alle informatie komen die nodig is om aan te leveren bij de rechter-commissaris? Wij verwachten dat dit bijzonder lastig is. Nog even daargelaten de obstakels die bijvoorbeeld de privacywetgeving meebrengt als het gaat om het delen van informatie over de werknemers met een beoogd verkrijger, welke informatie bijvoorbeeld voor de inspiegeling c.q. selectiemethode essentieel is.

Er wordt op pagina 19 wel geschreven over een 'bescherming' aan werknemers om een beroep te kunnen doen op de kantonrechter als de werknemer meent dat de inspiegelingsmethode niet goed is toegepast, maar het zal voor een werknemer in een faillissementssituatie bijzonder moeilijk worden om dit na afloop van de doorstart correct na te gaan. Bovendien heeft de werknemer geen wezenlijke controle op de eerste goedkeuring van de rechter-commissaris en volgens pagina 19 is de toets van de kantonrechter *"in beginsel gericht op de vraag of dit overnameplan in het individuele geval correct is toegepast"*.

Verzachting van de gevolgen van de overgang in faillissement

Er wordt voorgesteld om gebruik te maken van de richtlijnoptie om de gevolgen van toepassing van de overgangsregels voor de verkrijger te verzachten. Op pagina 20 staat:

"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."

Wij denken dat het goed is dat voor deze uitzondering wordt gekozen. Zou dat niet gebeuren, dan is een 'verse start' voor de doorstarter niet aan de orde en dan zal dit vermoedelijk een belangrijke reden zijn voor veel kandidaat doorstarters om toch geen overnamebod te doen.

Wij menen dat het in dienst nemen van personeel van de vervreemder, voor de verkrijger nog niet eens altijd een 'onwenselijke' situatie hoeft te zijn. Wat voor de doorstarter – zeker als het een derde-partij is die het personeel helemaal niet kent – vooral als een last zou kunnen worden ervaren, is dat deze óók te maken krijgt met (de gevolgen van) opvolgend werkgeverschap. Op pagina 38 staat: "*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.*", welke opmerking wij gelet op het KLM-arrest begrijpen. De verworven anciënniteit is echter wel een factor waarmee de doorstarter in veel gevallen onder de huidige wetgeving al te maken krijgt via de verschillende regelingen waarin van 'opvolgend werkgeverschap' sprake kan zijn. Denk hierbij aan het doortellen van de ketenregeling waardoor een nieuw bepaalde tijd contract, gelet op het feit dat de verkrijger in veel gevallen (door opzegging van de curator) een *nieuwe arbeidsovereenkomst* moet aanbieden, misschien helemaal niet meer mogelijk is. Denk ook aan de zeer beperkte ruimte voor de verkrijger om nog een proeftijdbeding overeen te komen om te 'proeven' of partijen wel bij elkaar passen. Denk ook aan het recht op transitievergoeding, waarvan nu onduidelijk blijft of de oude dienstjaren bij de vervreemder voor de berekening van de hoogte van de vergoeding moeten worden meegeteld of niet. Bovendien is de verworven anciënniteit relevant voor de (bij een eventueel later ontslag) in acht te nemen opzegtermijn. Het opvolgend werkgeverschap in de verschillende verschijningsvormen kan voor de doorstarter in de huidige situatie dus al beperkend werken. Als de overgang van onderneming het nieuwe uitgangspunt wordt bij een doorstart, dan zal de doorstarter dus enerzijds 'belast' worden met een werknemersbestand dat overkomt waarvan hij de bestaande arbeidsvoorwaarden moet opvolgen, maar aan de andere

kant blijft hij ook de beperkingen en gevolgen van het nu al toepasselijke opvolgend werkgeverschap ervaren. Wij lezen in de memorie niet terug dat die samenloop in de overwegingen is meegenomen. Het zou naar onze visie wenselijk zijn als in de memorie van toelichting hieraan wel aandacht wordt besteed en eventueel kaders worden geschetst over hoe hiermee om te gaan. Denkbaar is dat door de rechtsgeldige opzegging van de curator een 'knip' is ontstaan waarmee de oude periode is 'afgesloten'. Ook is denkbaar dat de 'opbouw van transitievergoeding' op grond van dienstjaren aangemerkt zou kunnen worden als een (voorwaardelijke) vordering, die nog niet opeisbaar is, zodat die op grond van deze verzachtende maatregel niet over gaat naar verkrijger? Of wordt dit voor de verzachtende maatregel beschouwd als een 'recht in wording' en gaat het wel mee over op verkrijger?⁴ Keuzes zijn mede afhankelijk van politieke voorkeuren, dus daarvan onthouden wij ons, maar het lijkt ons wel een gemiste kans (met oog op rechtszekerheid) als deze elementen niet duidelijker worden betrokken.

Een ander punt dat wij graag belichten als het gaat om het niet laten overgaan van schulden op de verkrijger, betreft de situatie waarin de eerste ziektedag voor de WIA bij de vervreemder ligt en er door UWV een loonsanctie is opgelegd. De schuld vloeit dan voort uit de arbeidsovereenkomst met de gefailleerde werkgever, dus betekent dit dat de loonsanctie op de verkrijger niet overgaat? In het geval van een overgang van onderneming, gaat de zieke werknemer in principe wél mee over. Wie draagt dan de lasten? Bij toekenning van de WGA-lasten aan een verkrijger maakt de wet (en UVW in de uitvoering) onderscheid tussen een gehele dan wel gedeeltelijke overgang van onderneming en kan UWV bij het resteren van een deel van onderneming de lasten bij de vervreemder laten. Hoe verhoudt zich dit tot een overname in faillissement? Dit nog even los van de privacy rechtelijke bezwaren die kleven aan het overgaan van een zieke werknemer en het in dat kader overdragen van het arbeidsongeschiktheidsdossier aan de verkrijger (wanneer mag dit, wat als de arbodienst weigert omdat deze niet meer betaald wordt).

Verder staat als tweede 'verzachtende' maatregel nog het volgende op [pagina 20](#):

"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).

Het overleg met vakbonden over een aanpassing van arbeidsvoorwaarden, wordt in de regel toch wel als moeizaam ervaren. Wordt bijvoorbeeld een vergelijking gemaakt van de

⁴ Bijvoorbeeld ook pagina 37 en 38 van de memorie van toelichting.

betrokkenheid van vakbonden bij WMCO-zaken, dan is het niet altijd makkelijk om snel een inhoudelijke reactie van de vakbonden te verkrijgen. In hoeverre dit dus werkelijk een verzachtende oplossing is, is te bezien. In ieder geval vragen wij ons af, of er voor de verkrijger (doorstarter) nog een voorziening is beoogd voor het geval deze er met de vakbonden niet uitkomt of als het overleg te lang duurt? En wat geldt hier als geen sprake is van gebondenheid aan een collectieve arbeidsovereenkomst en werknemers ook niet georganiseerd zijn? Is er dan wel voldoende representativiteit voor de bonden en kunnen zij werknemers dan wel aan een verandering van arbeidsvoorwaarden binden, zeker als arbeidsvoorwaarden ook in de individuele arbeidsovereenkomsten staan? Wij zien hier dus ruimte voor nadere uitwerking.

Medezeggenschap (OR)

Op pagina 7 staat:

"Op 6 juni 2017 heeft de Hoge Raad zich in de DA-beschikking uitgesproken over de vraag of de WOR ook van toepassing is in faillissement. [...] 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."*

Wij begrijpen de gedachte dat door de OR om advies te vragen ook in werknemersbescherming wordt voorzien. Echter, de beschikking van de Hoge Raad is geweest vanuit het uitgangspunt dat overgang van onderneming in faillissement *niet* van toepassing is. In hoeverre zou die beschikking nog steeds luiden zoals deze in 2017 luiden, als het nieuwe wetsvoorstel wordt aangenomen? Is deze adviesaanvraag dan nog steeds even wenselijk en nodig? Wij lezen in de memorie van toelichting niet direct terug dat dit is overwogen. Verder lezen wij wel:

"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."

Wij vragen ons af wat de werkelijke betekenis is van een adviesrecht van de OR in de nieuwe situatie, waarbij overgang van onderneming het uitgangspunt is, als het tot een doorstart komt. De curator hoeft bij negatief advies de beslissingen namelijk niet op te schorten, zodat het adviestraject in de praktijk mogelijk met name een 'papieren tijger' zal zijn, die wel weer extra tijd en kosten meebrengt voor de curator en de boedel. Met name voor bedrijven die een wat minder betrokken of minder deskundige OR hebben, geldt dat de OR mogelijk pas advies durft te geven nadat advies van een deskundige wordt ingewonnen, maar dat kost tijd, alsook geld. Wie betaalt de kosten van zo'n deskundige bij ontoereikende boedel? Hoelang mag het adviestraject maximaal duren? Wij zien het als gemiste kans als dit in het voorstel niet wordt geregeld. Bovendien is het introduceren van een *minimumtermijn* van 3 dagen, wat ons betreft niet in het belang van een snelle doorstart. Als een OR betrokken en deskundig is, wat de WOR in principe wel tot uitgangspunt neemt, dan zou sneller dan in die 3 dagen een reactie gegeven moeten kunnen worden. Wat wij – naast deze kritische kanttekeningen – wel onderkennen, is dat het 'verplicht' betrekken van de OR bij een mogelijke doorstart voor de curator natuurlijk wel een sterke prikkel kan vormen om serieus naar de OR te luisteren. Dit effect zou wellicht ook kunnen worden bereikt door een verplichte overlegvergadering, waarin de OR gelegenheid heeft tot het stellen van vragen en eventueel het recht krijgt om de rechter-commissaris te verzoeken de OR te horen, maar dan zonder dat de curator is gebonden aan een minimumtermijn van 3 dagen en zonder dat de OR formeel advies moet uitbrengen. Bij de opmerking op [pagina 22](#): *"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."*, plaatsen wij gelet op het voorgaande in ieder geval vraagtekens.

Verder is voorgesteld om aan artikel 31a WOR een negende lid toe te voegen, dat aan de OR tijdige informatie over een (voorziene) faillissementsaanvraag wordt verstrekt. Dit is uitgewerkt op [pagina 45](#) en de gedachte hierachter is te begrijpen. Wij vragen ons wel af wat het gevolg is als de ondernemer niet aan de informatieplicht richting de OR voldoet, terwijl hij – zeker in geval een schuldeiser het faillissement aanvraagt – wel voorziet dat faillissement gaat volgen. Op de loer ligt een 'uitsteltactiek', waarbij – als de OR nog niet is gehoord – de rechtbank zou kunnen bepalen dat het uitspreken van faillissement wordt uitgesteld tot nadat de OR is gehoord. Werkt dit niet misbruik ten nadele van crediteuren in de hand? Die vraag zouden wij wel graag beantwoord zien.

Concurrentiebeding

Wij begrijpen het voorstel ten aanzien van het concurrentiebeding, dat er – kort samengevat – op neerkomt dat de curator de werknemer tot het einde van de opzegtermijn aan het

concurrentiebeding kan houden (met oog op belang realiseren doorstart), maar dat het beding vervalt als vervolgens geen doorstart plaatsvindt of als de werknemer het aanbod van de doorstarter niet accepteert. Voor die laatste categorie vragen wij ons wel af hoe dit zich dan verhoudt met de voorgestelde wetgeving ten aanzien van het concurrentiebeding, waarbij er vermoedelijk betaald moet gaan worden als werknemer na einde arbeidsovereenkomst aan het concurrentiebeding wordt gehouden. Ook vragen wij ons af hoe de voorgestelde regeling zich verhoudt met een situatie waarin een persoon niet alleen als werknemer gebonden is aan een concurrentiebeding, maar hij bijvoorbeeld bij de failliete werkgever ook heeft geparticipeerd in certificaten en in die verhouding ook aan een concurrentiebeding is gebonden. Vervalt zo'n concurrentiebeding – uit een andere overeenkomst dan de arbeidsovereenkomst – dan ook? Deze vragen komen in de praktijk naar voren en zouden wij graag beantwoord zien.

Afsluitend

Het commentaar is een kritische noot, maar wij menen dat de situatie 'overgang van onderneming in faillissement' een kritische blik uit de praktijk ook verdient. Zeker nu een omslag wordt voorgesteld van de faillissementsuitsluiting waaraan jarenlang vastberaden door de wetgever is vastgehouden. Mocht verdere verduidelijking gewenst zijn, dan zijn wij uiteraard graag bereid een toelichting te geven.

Met vriendelijke groet,

Jeroen Tulfer, Anouk Cordang, Max van de Wolde, Merel Lentjes en Léanne Moll
Advocaten / Curatoren bij Boels Zanders