

Reactie op het Wetsvoorstel overgang van onderneming in faillissement

Graag maakt AWWN van de mogelijkheid gebruik om te reageren op de internetconsultatie van de Wet overgang van onderneming in faillissement (hierna; wetsvoorstel). Het wetsvoorstel beoogt dat werknemers in dienst van de gefailleerde in beginsel onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst komen bij de verkrijger, behoudens het verdwijnen van arbeidsplaatsen als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden. Daarnaast bevat het wetsvoorstel een regeling waarbij de OR het recht krijgt om advies uit te brengen over een voorgenomen overgang van onderneming in faillissement en een verplichting om de OR of personeelsvertegenwoordiging in te lichten over een op handen zijnde surseance- of faillissementsprocedure. Tot slot bevat het een regeling rondom het verval van het concurrentiebeding in faillissement.

Deze reactie ziet enkel op de voorgestelde regeling rondom het concurrentiebeding. Als werkgeversvereniging met focus op werkgeversbeleid ligt het voor de hand de reactie daartoe te beperken.

Wij menen dat door het vervallen van het concurrentiebeding in faillissement de balans in belangen tussen werkgevers en werknemers onvoldoende wordt geborgd. Een werkgever moet zijn belangen en bedrijfsdebet kunnen (blijven) beschermen, bijvoorbeeld doordat een belangenafweging mogelijk blijft. Wij lichten dat hieronder toe.

Concurrentiebeding in faillissement

Het wetsvoorstel brengt kort gezegd met zich dat een concurrentiebeding in faillissement vervalt, tenzij er sprake is van een overgang van onderneming en de verkrijger de werknemer een arbeidsovereenkomst aanbiedt. Er zijn drie situaties te onderscheiden:

- Het concurrentiebeding vervalt indien sprake is van faillissement zonder overgang van onderneming.
- Het concurrentiebeding vervalt indien sprake is van faillissement en overgang van onderneming, maar de doorstart pas wordt gerealiseerd na afloop van de opzegtermijn van de werknemer.
- Het concurrentiebeding vervalt indien sprake is van faillissement en overgang van onderneming binnen de opzegtermijn, maar de werknemer wordt geen arbeidsovereenkomst bij de verkrijger aangeboden.

Het wetsvoorstel gaat daarmee veel verder dan de situatie van faillissement waarin definitief geen uitzicht op of sprake is van een doorstart.

Werkgever moet belangen kunnen beschermen

Een van de uitgangspunten bij aanpassing van de regeling rondom het concurrentiebeding is dat een werkgever de mogelijkheid moet hebben om zijn bedrijfsdebiet te beschermen. Indien (nog) geen duidelijkheid bestaat over een eventuele overgang van onderneming, kan er belang bij zijn om het concurrentiebeding te behouden om de kansen op een doorstart zo groot mogelijk te maken. Een doorstart kan ook pas na de zes weken opzegtermijn tot stand komen, waardoor het belang bij instandhouding van het concurrentiebeding blijft bestaan. Bovendien is de verkrijger beperkt in de keuze wie hij een arbeidsovereenkomst aanbiedt. De 10% bandbreedte ziet immers slecht op 10% van de werknemers van wie de arbeidsplaats vervalt.

Dit brengt met zich dat in alle drie de situaties sprake kan zijn van zwaarwegende belangen op grond waarvan het concurrentiebeding in stand dient te blijven. Werkgevers moeten in die situaties hun belangen en bedrijfsdebiet kunnen blijven beschermen. Het huidige voorstel biedt die ruimte niet en beperkt daarmee te veel de huidige praktijk.

Zorg voor balans in belangen werkgever en werknemer

Voor een goed functionerende arbeidsmarkt is het belangrijk dat werknemers weer zo snel mogelijk passend werk verrichten en geen sprake is van onnodige concurrentiebedingen. Anderzijds kunnen concurrentiebedingen nodig zijn, bijvoorbeeld om het bedrijfsdebiet te beschermen. Dit vraagt om balans tussen de belangen van werkgevers en werknemers, zoals ook blijkt uit het Wetsvoorstel modernisering concurrentiebeding.¹

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel is opgenomen dat in faillissement het belang van de werknemer gezien de onzekere positie prevaleert. Het is onvoldoende duidelijk waarom. De positie van de werknemer in faillissement wordt door het wetsvoorstel immers voor een aanzienlijk deel gelijk aan de positie van de werknemer buiten faillissement die ontslagen wordt op grond van bedrijfseconomische omstandigheden. In het kader van rechtszekerheid en rechtseenheid is het onwenselijk dat voor werknemers in faillissement een veel gunstigere regeling gaat gelden.

Waar verschil is, zoals in de transitievergoeding en mogelijk de opzegtermijn, brengt dit niet automatisch mee dat het belang van de werknemer moet prevaleren. Het belang van de werknemer kan niet bestaan, zoals bij de opzegtermijn, of heel klein zijn, zoals bij een beperkte hoogte van de transitievergoeding. Gelet op de toe te passen inspiegelingsmethode, waarbij het kortste dienstverband als eerste geen aanbod van

¹ Overheid.nl | Consultatie Wijziging van artikel 653 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek in verband met de modernisering van het concurrentiebeding (internetconsultatie.nl)

de verkrijger ontvangt, is dit niet ondenkbaar. Bovendien hoeft de transitievergoeding niet te worden aangewend voor transitie naar ander werk.²

Anderzijds kan in deze situaties wel sprake zijn van zwaarwegende belangen aan de zijde van werkgever, bijvoorbeeld om een doorstart mogelijk te maken en/of het bedrijfsdebiet te beschermen.

De balans in belangen is in het voorstel onvoldoende geborgd. Voor een betere balans dient geen sprake te zijn van een 'automatisch' verval, maar moet net als nu een belangenafweging mogelijk blijven.

Wetsvoorstel modernisering concurrentiebeding

De voorgestelde regeling rondom verval van het concurrentiebeding in faillissement is gebaseerd op het huidige wettelijke kader. Het kan echter niet los worden gezien van het Wetsvoorstel modernisering concurrentiebeding en dient daarop te worden afgestemd.

Het Wetsvoorstel modernisering concurrentiebeding beperkt het concurrentiebeding in duur, verplicht het opnemen van een geografische reikwijdte, het motiveren van het zwaarwegende bedrijfs- en/of dienstbelang voor alle arbeidsovereenkomsten en een verplichte vergoeding bij beroep op een concurrentiebeding. Dit zal een aanzienlijk effect hebben op concurrentiebedingen in faillissement. Bij aanneming en inwerkingtreding van het Wetsvoorstel modernisering concurrentiebeding, lijkt de noodzaak van een aparte regeling voor concurrentiebedingen in faillissement niet meer aanwezig.

In de afstemming rijzen daarnaast de nodige vragen. Op welke termijn moet er in geval van faillissement een beroep worden gedaan op het concurrentiebeding? Komt er een uitzondering voor het betalen van de verplichte vergoeding in faillissement net als voor de transitievergoeding? En zo niet, wat is dan de rechtvaardiging voor de gedifferentieerde benadering binnen en buiten faillissement, wanneer in beide gevallen een vergoeding voor het in stand houden van het concurrentiebeding moet worden betaald?

Tevens wijzen wij nogmaals op onze opmerkingen op het Wetsvoorstel modernisering concurrentiebeding, in het bijzonder ten aanzien van een uitzondering voor het relatiebeding en anti-ronselbeding, geen verplichte vaste vergoeding, aanpassing van de meldplicht en volledig overgangsrecht.³

² *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 4, p. 11 en 88.

³ Reactie VNO-NCW, MKB-Nederland en AWWN op het wetsvoorstel modernisering concurrentiebeding, te raadplegen via [Internetconsultatie wijziging concurrentiebeding - 10 april 2024.pdf](#)

Conclusie

Er moet een goede balans zijn tussen het belang van werknemers om snel weer aan het werk te gaan en het belang van werkgevers om een doorstart mogelijk te maken en het bedrijfsdebiet te beschermen. Wij menen dan ook dat geen sprake moet zijn van een 'automatisch' verval van het concurrentiebeding, maar dat een belangenafweging mogelijk moet blijven. Dit kan bijvoorbeeld door afstemming met het Wetsvoorstel modernisering concurrentiebeding, met inachtneming van bovenstaande en eerdere opmerkingen.