

Ingediend via e-mail

Staatssecretaris voor rechtsbescherming
Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v. de heer dr. T.H.D. Struycken

Den Haag, 30 augustus 2024

dossiernummer: 205240

uw kenmerk: n.v.t.

telefoonnummer: +31 (0)70 335 35 35

e-mail: secretariaat@advocatenorde.nl

Betreft: Conceptwetsvoorstel betreffende Wet overgang van onderneming in faillissement

Geachte staatssecretaris,

Op 27 mei 2024 heeft de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) de internetconsultatie 'Wet overgang van onderneming in faillissement' ontvangen. De NOvA heeft zijn adviescommissie arbeidsrecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mr. drs. W.M. van Tellingen
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie arbeidsrecht

Bezoekadres
Prinses Beatrixlaan 5
2595 AK Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

ADVIES

Aan:	algemene raad
Van:	wetgevingsadviescommissie arbeidsrecht
Datum:	9 juli 2024
Betreft:	Conceptwetsvoorstel betreffende Wet overgang van onderneming in faillissement

SAMENVATTING

Conclusie

Het wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement komt in de visie van wetgevingsadviescommissie arbeidsrecht (de "commissie") zonder meer tegemoet aan het doel van het wetsvoorstel, namelijk het verbeteren van de positie van werknemers in faillissement met name in geval van een overgang van een onderneming in faillissement (ook wel: doorstart). De commissie adviseert positief. Evenwel plaatst de commissie enkele aandachtspunten bij het wetsvoorstel. De commissie merkt op dat de wettekst, al dan niet in combinatie met de Memorie van Toelichting ("MvT") die bij het wetsvoorstel hoort, op onderdelen vragen oproept.

Aandachtspunten (samengevat)

- I De commissie vraagt meer aandacht voor het personeelsbestand dat bij de inspiegeling betrokken dient te worden.
- II Als uitsluitend de werknemers van wie de arbeidsovereenkomst door de curator is opgezegd bescherming krijgen, wordt een groot deel van de werknemers deze bescherming naar het oordeel van de commissie onthouden.
- III De inhoud van de MvT en de wettekst zouden beter op elkaar moeten worden afgestemd.
- IV De rol van de kantonrechter bij een bezwaar van een werknemer is onvoldoende duidelijk.

CONSULTATIEREACTIE

Inleiding

1. Het voornaamste doel van het wetsvoorstel is – zoals reeds opgemerkt – te zorgen voor betere bescherming van werknemers bij een overgang van onderneming in faillissement. Daarmee wordt het huidige verschil weggenomen tussen de bescherming van werknemers binnen en buiten faillissement. Dit verschil leidt er in de huidige situatie toe dat bij een doorstart gemakkelijk het beeld kan ontstaan dat het faillissement is gebruikt om op een eenvoudige manier te reorganiseren. Met name in faillissementen waarin al voorafgaand aan het faillissement voorbereidingen getroffen zijn en de doorstart kort na het faillissement wordt aangekondigd kunnen dit soort situaties aan de orde zijn. Dit geldt temeer omdat (ingeval het faillissement gericht is op de liquidatie van het vermogen) de verkrijger in beginsel vrij is om te kiezen of en welke werknemers hij een arbeidsovereenkomst tegen welke arbeidsvoorwaarden wil aanbieden.
2. Om het doel van het wetsvoorstel te verwezenlijken is voorgesteld – kort samengevat – 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 te laten komen bij degene die de onderneming in het faillissement overneemt (de verkrijger). In 2019 is er reeds een wetsvoorstel ter consultatie aangeboden dat dit als uitgangspunt hanteerde. De voornaamste kritiek op het toenmalige wetsvoorstel was dat de voorgestelde regeling te complex en te tijdrovend zou zijn om in de praktijk goed te kunnen toepassen. Verder bestond de vrees dat er minder doorstarts tot stand zouden komen, hetgeen in versterkte mate zou gelden voor “kleine ondernemingen”.

3. Er is op verschillende wijzen in het voorliggende wetsvoorstel rekening gehouden met de zorgen die in 2019 geuit zijn bij de toenmalige internetconsultatie. Zo biedt het voorliggende wetsvoorstel nu de mogelijkheid om binnen enkele dagen (3) duidelijkheid te krijgen over de vraag of er sprake is van overgang van onderneming en zo ja welke verplichtingen de verkrijger heeft. Verder zullen voor kleine ondernemingen (minder dan 20 werknemers) de bepalingen van het nieuwe wetsvoorstel uitsluitend facultatief van toepassing zijn. Voor de “kleine ondernemingen” (zie verderop in dit advies) gaat wel een lichter regime gelden indien er in geval van faillissement (gericht op liquidatie van het vermogen) sprake is van overgang van onderneming.
4. De commissie brengt graag de volgende aandachtspunten naar voren.

Aandachtspunten

I ETO-redenen en in- afspiegeling bij ondernemingen

5. Volgens het wetsvoorstel zou de verkrijger alle werknemers bij een overgang van onderneming (niet zijnde een kleine onderneming over welke onderneming hierna een opmerking gemaakt wordt) een aanbod moeten doen om bij de verkrijger in dienst te treden. In de arbeidsvoorwaarden mag geen wijziging worden aangebracht tenzij de vakbonden daarmee akkoord gegaan zijn (666b lid 10). Indien de verkrijger aan de hiervoor genoemde eisen niet kan voldoen, zal de verkrijger bij de rechter-commissaris aannemelijk moeten maken dat sprake is van objectieve bedrijfseconomische omstandigheden waardoor er – ten behoeve van een doelmatige bedrijfsvoering – maatregelen getroffen moeten worden die leiden tot structureel verval van arbeidsplaatsen (ETO-redenen). Van de verkrijger wordt niet verwacht dat hij de onderneming met verliezen voortzet (en die verliezen al dan niet compenseert met zijn eigen winstgevendende onderneming) aldus de MvT.
6. De vraag of er ETO-redenen zijn wordt getoetst bij (het onderdeel van) de onderneming die overgaat (bladzijde 11 MvT). De commissie heeft er begrip voor dat ETO-redenen – net als buiten een faillissement – het verval van arbeidsplaatsen kunnen rechtvaardigen en dat daarmee de verkrijger ontheven kan worden van zijn verplichting alle werknemers van de gefailleerde onderneming een arbeidsovereenkomst aan te bieden.
7. Wel vraagt de commissie zich af of de verplichting voor de verkrijger om – kort samengevat – werknemers van de failliete onderneming een arbeidsovereenkomst aan te bieden niet te veel aan kracht inboet door ETO-redenen op eenzelfde wijze te toetsen als een situatie buiten faillissement. Immers, inherent aan een faillissement is immers dat er – naar alle waarschijnlijkheid – altijd ETO-redenen voorhanden zijn die het verval van arbeidsplaatsen kunnen rechtvaardigen.
8. Daarnaast wordt in de MvT vermeld dat bij de overgang van onderneming de inspiegelingsmethode moet worden toegepast binnen de gefailleerde onderneming

(bladzijde 13 MvT), Voor verdere uitleg over de inspiegeling wordt in de MvT veelal aangesloten bij de Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische redenen van het UWV. Echter, laatstbedoelde regels geven – al diverse achtereenvolgende jaren en in tegenstelling tot de MvT - geen enkele duidelijkheid op de vraag welk personeelsbestand bij de afspiegeling (en in het verlengde daarvan de toekomstige inspiegeling) moet worden betrokken indien er sprake is van overgang van onderneming. Onduidelijk is daardoor in ontslagprocedures bij het UWV waar overgang van onderneming aan de orde is of bij de afspiegeling het personeelsbestand van de vervreemder, de verkrijger of beide ondernemingen gezamenlijk betrokken dient te worden.

9. Tot voor kort werd in voornoemde uitvoeringsregels vermeld dat het daarop betrekking hebbende hoofdstuk in bewerking was. Inmiddels is zelfs die tekst verwijderd en wordt er in die regels met geen woord meer gerept over de wijze waarop de afspiegeling (en dus ook de inspiegeling) moet plaatsvinden.
10. Het lijkt de commissie dan ook raadzaam in de wettekst helderheid te geven op dit onderdeel, zodat – zeker gelet op de korte termijn van 3 dagen waarin volgens het wetsvoorstel beslissingen genomen moeten worden – duidelijk is welk personeelsbestand gehanteerd moet worden. Dit geldt temeer omdat de ontslagregels waar doorlopend naar verwezen wordt op dit vlak geen duidelijkheid geven.

II Aanbod arbeidsovereenkomst door verkrijger.

11. Uitgangspunt volgens het wetsvoorstel is dat bij overgang van onderneming in faillissement alle arbeidsovereenkomsten met werknemers die op het moment van de faillietverklaring bij de gefailleerde werkgever in dienst zijn van rechtswege overgaan op de verkrijger in de stand waarin die arbeidsovereenkomsten zich op dat moment bevinden. In een faillissement worden de arbeidsovereenkomsten met werknemers doorgaans veelal kort na de faillietverklaring conform artikel 40 Fw door de curator opgezegd. Die arbeidsovereenkomsten gaan bij een overgang van onderneming over voor de duur van de resterende opzegtermijn. Daarom bepaalt – volgens de MvT – het wetsvoorstel dat de verkrijger – kort samengevat – alle werknemers ten aanzien van wie de arbeidsovereenkomst door de curator is opgezegd (artikel 666b lid 1) een nieuwe arbeidsovereenkomst moet aanbieden op basis waarvan zij op het moment van de overgang bij hem in dienst kunnen treden.
12. Voor de commissie is echter niet duidelijk welke verplichting heeft te gelden voor de verkrijger ten aanzien van werknemers wiens arbeidsovereenkomst niet door de curator is opgezegd. Die situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen indien de curator de onderneming nog enige tijd wil voortzetten met een groep werknemers. Denkbaar is echter ook dat de curator van mening is dat er tussen een persoon en de gefailleerde onderneming geen arbeidsovereenkomst bestaat welke veronderstelling wellicht na verloop van tijd onjuist blijkt te zijn dan wel dat de curator een werknemer niet heeft getraceerd omdat de administratie van een failliete onderneming ondeugdelijk was.
13. Meer concreet vraagt de commissie zich af of het feit dat de curator al dan niet de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd, bepalend zou moeten zijn voor het ontstaan van een verplichting voor de verkrijger om een arbeidsovereenkomst aan te bieden.

14. Dit onderwerp is zeer belangrijk omdat diverse schakelbepalingen in het wetsvoorstel waarin de rechten van werknemers van de failliete onderneming worden geregeld allemaal verwijzen naar lid 1 van artikel 666b zijnde het artikel dat de verkrijger verplicht arbeidsovereenkomsten aan te bieden indien de curator de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd. Krijgt die betreffende werknemer ten onrechte geen arbeidsovereenkomst aangeboden door de verkrijger, dan heeft de werknemer conform lid 6 een bezwaarmogelijkheid.
15. Maar wat kan de werknemer doen als de curator de arbeidsovereenkomst niet heeft opgezegd?
16. Betoogd zou kunnen worden dat de betreffende werknemer van rechtswege bij de verkrijger in dienst is getreden omdat er niet langer een onderscheid gemaakt moet worden tussen een overgang van onderneming in of buiten faillissement
17. Echter, denkbaar is dat de verkrijger met succes zou kunnen betogen dat de wettekst hem uitsluitend verplicht werknemers een arbeidsovereenkomst aan te bieden indien de curator die arbeidsovereenkomst heeft opgezegd. Is dat niet gebeurd dan geldt er geen verplichting voor de verkrijger op dit onderdeel. De regels rondom de overgang van onderneming zijn immers niet integraal van toepassing verklaard in een faillissementssituatie volgens het huidige wetsvoorstel.
18. In de MvT wordt hier geen aandacht aan besteed terwijl de MvT wel op bladzijde 13 vermeldt dat ook arbeidsovereenkomsten die niet opgezegd zijn door de curator bij de inspiegeling door de verkrijger betrokken moeten worden.
19. Naar het oordeel van de commissie is het niet wenselijk dat op dit onderdeel onduidelijkheid kan bestaan. De commissie stelt daarom voor dat of in de toelichting helder uiteengezet wordt waarom opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator tot uitgangspunt wordt genomen, dan wel dat opnieuw beoordeeld wordt of de wettekst aansluit bij hetgeen de wetgever voor ogen heeft.

Werknemers met arbeidsovereenkomst gefailleerde onderneming

20. Verder vraagt de commissie zich af waarom de verkrijger uitsluitend verplicht is aan (werkzame) werknemers (nadat de curator hun arbeidsovereenkomst heeft opgezegd) met een arbeidsovereenkomst bij de gefailleerde onderneming een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Het wetsvoorstel beoogt immers de regels rondom overgang van onderneming zowel buiten als binnen een faillissement in beginsel op een lijn te stellen. Daaraan wordt niet voldaan indien werknemers die werkzaam zijn bij de gefailleerde onderneming (denk aan het Albron arrest) zonder dat zij een dienstverband hebben bij de gefailleerde onderneming volledig buiten beschouwing worden gelaten. De commissie vraagt zich af of het een bewuste keuze is om aan van deze lijn in de rechtspraak af te wijken. Uit de MvT heeft de commissie dit in ieder geval niet kunnen opmaken.

III Kleine onderneming

21. In lid 2 van artikel 666b wordt voorgesteld om bij Algemene Maatregel van Bestuur nader te bepalen welke ondernemingen kwalificeren als "kleine onderneming". Volgens de MvT wordt

voorgesteld een onderneming als kleine onderneming aan te merken indien er bij de onderneming op de dag van de faillietverklaring minder dan 20 personen werkzaam zijn. Er is daarbij aansluiting gezocht bij de verplichting tot melding van een collectief ontslag en het stemt overeen met het advies van de Commissie Insolventierecht. Hoewel ieder getal arbitrair is vraagt de commissie zich af of – aansluitend bij de Wet Melding Collectief Ontslag – het wellicht raadzaam zou zijn aan te sluiten bij de periode van drie maanden die in (artikel 3 lid 1 van) de Wet Melding Collectief Ontslag wordt gehanteerd. Immers, als uitsluitend de datum waarop een onderneming failliet verklaard wordt als ijkmoment wordt gehanteerd bij het bepalen van het aantal werknemers, kan dit manipulatie relatief eenvoudig in de hand werken. Goed denkbaar is immers dat enkele dagen voor het faillissement een of meer arbeidsovereenkomsten beëindigd worden.

22. Bij kleine ondernemingen geldt dat er uitzonderingen van kracht zijn als het faillissement gericht is op liquidatie van het vermogen. Volgens het wetsvoorstel is een kleine onderneming in die situatie uitsluitend verplicht een werknemer van de gefailleerde onderneming een baan aan te bieden als er bij die kleine onderneming een vacature bestaat. De verkrijger hoeft daarbij niet een objectieve selectiemethode te hanteren noch is de verkrijger verplicht volgens de MvT om de arbeidsovereenkomst tegen dezelfde arbeidsvoorwaarden aan te bieden als de arbeidsvoorwaarden van de werknemer bij de gefailleerde onderneming.
23. Echter, artikel 666b lid 3 bepaalt dat bij een vacature die aangeboden moet worden onder meer 666b lid 10 van toepassing is. In lid 10 staat vermeld dat een arbeidsovereenkomst aangeboden moet worden tegen dezelfde arbeidsvoorwaarden. De commissie gaat ervan uit dat lid 10 (zoals de MvT ook aangeeft) uitsluitend van kracht zal gaan worden als de verkrijger in strijd met 666 lid 3 geen arbeidsovereenkomst heeft aangeboden aan werknemer. Ter voorkoming van misverstanden op dit onderdeel stelt de commissie voor 666 lid 3 uit te breiden door daarin op te nemen dat de daar genoemde wetsartikelen pas van toepassing zijn indien de verkrijger de verplichting tot het doen van een aanbod genegeerd heeft.
24. Daarnaast staat op bladzijde 30 van de MvT vermeld dat – zoals hiervoor opgemerkt – de verkrijger weliswaar niet gehouden is een arbeidsovereenkomst aan te bieden tegen dezelfde arbeidsvoorwaarden als die de werknemer had bij de gefailleerde onderneming. Het is de verkrijger echter niet toegestaan aan derden gunstiger arbeidsvoorwaarden aan te bieden dan aan de oud werknemers van de gefailleerde. Die verplichting is echter niet in de wettekst opgenomen. Evenmin is geregeld wat de gevolgen zouden zijn als de verkrijger laatstbedoelde verplichting niet nakomt. De commissie adviseert dan ook de wettekst op dit onderdeel te verduidelijken.

IV Rol kantonrechter

25. De rol van de kantonrechter is onder de nieuwe wetgeving zeer beperkt. Immers, het is de rechter-commissaris die in zijn algemeenheid toetst of het overnameplan van de verkrijger aan de wettelijke regeling voldoet. Meer concreet; de rechter-commissaris toetst of alle werknemers waarvan het dienstverband door de curator is opgezegd door de verkrijger een arbeidsovereenkomst aangeboden krijgen tegen dezelfde arbeidsvoorwaarden. Als dat niet gebeurt, toetst de rechter-commissaris of er ETO-redenen zijn aangevoerd door de verkrijger

die een afwijking hiervan rechtvaardigen dan wel of vakbonden hebben ingestemd met een aanpassing van de arbeidsvoorwaarden.

26. Volgens de MvT en de wettekst (666b lid 7 BW) behoort de kantonrechter bij een bezwaar van een werknemer uitsluitend te toetsen of de verkrijger overeenkomstig de uitgangspunten op basis waarvan de rechter-commissaris toestemming heeft verleend, heeft gehandeld. Zo moet de kantonrechter er dus vanuit gaan dat er sprake is van overgang van onderneming, bijvoorbeeld ETO-redenen en dat de door de verkrijger gehanteerde selectiemethode in overeenstemming is met de wettelijke regeling. Die aspecten heeft de rechter-commissaris immers al beoordeeld. Ook ten aanzien van de vraag of en in hoeverre sprake is van een overgang van onderneming dient de kantonrechter af te gaan op het oordeel van de rechter-commissaris, aldus de wettekst en de MvT.
27. Uitsluitend bij een evidente schending van de wettelijke regeling of als de rechter-commissaris bij zijn beslissing niet op de hoogte was van bepaalde essentiële feiten (bladzijde 19 MvT) kan de rechter een bezwaar van een werknemer honoreren. Herhaaldelijk wordt vermeld dat die situatie zich slechts in uitzonderingssituaties kan voordoen (opnieuw bladzijde 19 MvT en bladzijde 35 MvT).
28. Deze teksten suggereren dat de kantonrechter uitsluitend marginaal de beslissing van de rechter-commissaris kan toetsen. De commissie heeft er begrip voor dat er snel gehandeld moet worden in een faillissementssituatie. Echter, uitgaande van het feit dat er in beginsel onder hoge druk een beslissing genomen moet worden door de rechter-commissaris vraagt de commissie zich af waarom de kantonrechter achteraf de beslissing van de rechter-commissaris niet volledig zou kunnen toetsen. Woorden als evidente schending van de wettelijke regeling en een kennelijk onjuiste toepassing wekken namelijk de suggestie dat uitsluitend in gevallen waarbij geen enkele twijfel kan bestaan over de onjuistheid de kantonrechter zou kunnen ingrijpen. De commissie vraagt zich af of dit de bedoeling is.