

Reactie van VNO-NCW en MKB-Nederland op de Internetconsultatie op wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement (Wovof)

VNO-NCW en MKB-Nederland maken graag gebruik van de mogelijkheid te reageren op de internetconsultatie van het Wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement (Wovof).

Het wetsvoorstel is een ingrijpende maatregel, die grote nadelige gevolgen heeft voor bedrijven die betrokken zijn bij een faillissement, in het bijzonder schuldeisers en bedrijven die (delen van) het bedrijf zouden kunnen overnemen. Bovendien leidt het voorstel ertoe dat doorstarts sterk begrensd en onaantrekkelijk worden. Dat schaadt ook de positie van betrokken werknemers, omdat een potentiële verkrijger eerder zal afhaken, en deze werknemers dan uiteindelijk met lege handen staan. Ook wij vinden dat misbruik van faillissement - indien en waar dat plaatsvindt - bestreden moet worden, maar deze wet is onnodig en contraproductief. Wij stellen voor dat misbruik veel gericht onderzocht én bestreden wordt.

Doorstarten na faillissement wordt zeer onaantrekkelijk gemaakt

Bij een normale overname van een gezond bedrijf worden, terecht, de rechten van werknemers goed beschermd. Het kan niet zo zijn dat arbeidsvoorwaarden eenzijdig aangepast kunnen worden enkel en alleen door een overname. Dit is al goed geregeld in Europese én Nederlandse regels.

In geval van een faillissement is de situatie volstrekt anders: een bedrijf gaat meestal om bedrijfseconomische redenen failliet. Als er niks gebeurt, verliezen werknemers hun baan en verliezen schuldeisers doorgaans het grootste deel van hun vordering. Er is dan een economisch en ook een maatschappelijk belang, dat het bedrijf of een deel daarvan kan doorstarten. Door de overname door een ander bedrijf (de externe verkrijger) maar ook door de bestaande eigenaren. Daarmee wordt de economische waarde behouden, en komen werknemers en schuldeisers vaak in een betere positie dan in het geval van faillissement zonder doorstart.

Met dit wetsvoorstel wordt geen onderscheid meer gemaakt tussen een normale overgang van onderneming en een doorstart na faillissement. Potentiële verkrijgers die zouden willen investeren in een doorstart worden enorm afgeschrikt:

- Het wetsvoorstel leidt tot fors **hogere kosten en risico's voor potentiële verkrijgers**. De verkrijger krijgt onvoldoende ruimte om niet alleen minder personeel over te nemen, maar ook niet om bijvoorbeeld een aanbod te doen conform de arbeidsvoorwaarden van het bedrijf zelf. De voorgestelde "inspiegelingsmethode" voor overname van het personeel is complex, tijdrovend en verlaagt de flexibiliteit voor een potentiële nieuwe werkgever. Ook het wegvallen van het concurrentiebeding in veel gevallen, is onaantrekkelijk voor de verkrijger. Zeker potentiële externe kopers - die werknemers niet kennen en risico's minder goed kunnen inschatten – zullen door deze verplichtingen en tijdrovende processen afgeschrikt worden, en de overlevingskansen en de waarde van de over te nemen bedrijfsactiviteiten doen afnemen.
- Ook ontstaat er als (ongewenst) effect **ongelijkheid op de werkvloer**, verschillen in arbeidsvoorwaarden, mogelijke discussies over toepassing van diverse cao's met

allerlei extra kosten in het kader van geschillenbeslechting, uitvoering en administratie voor de verkrijger.

- Het wetsvoorstel leidt tot **rechtsonzekerheid en geschillen**; er leven allerlei vragen ten aanzien van zieke werknemers, de ketenbepaling, de transitievergoeding, opzegtermijnen etc. Ook als de verkrijger daar geen schuld aan heeft, kan achteraf een werknemer via de rechter een dienstverband claimen. Duidelijke antwoorden op deze vragen zijn niet gegeven, terwijl er in de praktijk daar wel behoefte aan is ter voorkoming van geschillen en rechtsonzekerheid.
- Het wetsvoorstel is te **complex en in de praktijk onuitvoerbaar voor kleinere werkgevers**. De regels zijn ingewikkeld, duur en leiden tot veel administratieve rompslomp. De voorlopig facultatieve regeling voor bedrijven met minder dan 20 werknemers is onvoldoende. De zogenaamde "lichtere verplichtingen" zijn nog steeds nagenoeg onuitvoerbaar.

Kortom, met de Wovof worden doorstarts te ingewikkeld, duur en risicovol. Terwijl in een periode van faillissement meestal snel gehandeld moet worden, om investeringen in een doorstart na faillissement met behoud van (een deel van de) banen mogelijk te maken.

De consequentie is minder doorstarts, waardoor de met deze wet beoogde bescherming van werknemers misschien op papier wel, maar in de praktijk niet gerealiseerd zal worden. Bovendien zullen (zekerheidsgerechtigde) schuldeisers door een lagere opbrengst negatieve effecten ervaren in hun eigen bedrijfsvoering.

Werknemers worden niet aan hun lot overgelaten, misbruik moet gericht voorkomen worden

Het ministerie meent dat de rechten van de werknemers bij overgang van een onderneming in faillissement beter moeten worden beschermd. Van belang is te constateren dat de rechten van werknemers in faillissement reeds worden beschermd door de bezwaarmogelijkheden tegen de uitspraak van het faillissement en tegen de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst; en daarnaast door de loongarantieregeling die ervoor zorg dat achterstallig loon, loon na ontslag, vakantietoelagen en een vergoeding voor niet opgenomen vakantiedagen worden betaald door het UWV. De curator en de rechter-commissaris zijn bovendien aangewezen om oneigenlijk gebruik van faillissement aan te pakken, en zijn hiertoe ook goed geëquipeerd. Werknemers worden dus niet aan hun lot overgelaten.

Daarnaast onderschrijven wij, dat misbruik of oneigenlijk gebruik van faillissementen, hetgeen tot schade kan leiden voor schuldeisers en werknemers, onwenselijk is. Uitspraken door het Europese Hof van Justitie hebben – mede n.a.v. rechtszaken door FNV – duidelijk gemaakt dat bij reguliere doorstarts, de Europese verplichtingen voor de bescherming van werknemers bij overgang van onderneming niet van toepassing zijn. Het wetsvoorstel is daarmee dan ook een **forse nationale kop** op de bestaande EU-regelgeving. Tegelijk is ook duidelijk geworden uit de uitspraken van EU HvJ dat bij in stilte voorbereide doorstarts (pre pack), onder bepaalde voorwaarden, wel extra verplichtingen gelden om werknemers te beschermen.

Om oneigenlijk gebruik ten nadele van werknemers bij *pre-packs* te voorkomen, zou het daarom goed zijn om nadere regels te stellen, zoals het onder overheidstoezicht brengen van de overgang van onderneming. Wij steunen dan ook de invoering van de Wet continuïteit ondernemingen I, waarmee de Tweede Kamer heeft ingestemd en die nog voorligt in de Eerste Kamer.

Om oneigenlijke doorstarts te voorkomen, zijn in WCO I meerdere bepalingen opgenomen, zoals de plicht dat de voorbereiding van een doorstart een meerwaarde moet hebben voor alle betrokkenen, het moet duidelijk zijn welke effecten het op hen heeft (dus ook op werknemers), het horen van de rechter-commissaris en curator door de rechter en het door de rechter kunnen stellen van extra voorwaarden bij de aanwijzing van de beoogd curator (welke ook de werknemers kunnen betreffen).

Conclusie: wetsvoorstel aanhouden, WCO1 invoeren, nader onderzoek naar misstanden

VNO-NCW en MKB-Nederland raden invoering van de Wovof ten zeerste af en pleiten ervoor dat de Eerste Kamer het wetsvoorstel WCO I opnieuw in behandeling neemt. Vooralsnog is uit onderzoek niet gebleken dat er misbruik wordt gemaakt van faillissement enkel gericht op het ontdoen van personeel. Verder zijn er in onderzoek ook geen misstanden naar voren gekomen. Het zou daarom goed zijn om – voordat deze wet verder wordt gebracht – nader onderzoek gedaan wordt naar knelpunten en mogelijke misstanden, zodat deze ook in de praktijk voorkomen kunnen worden.

In de bijlage treft u een reactie aan op de diverse onderdelen en gevolgen van het wetsvoorstel.

Voor nadere informatie kunt u contact opnemen met Susanne van Dijk (E dijk@vnoncw-mkb.nl; M +31 6 11351738) en Samantha Oey-Mehta (E oey@vnoncw-mkb.nl; M +31 6 57976812).

Met vriendelijke groet,

Irene Linthorst

Directeur Divisie Beleid
VNO-NCW en MKB-Nederland

Referentienummer: 24-122705
Datum: 29 augustus 2024

BIJLAGE bij reactie op wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement (Wovof) van VNO-NCW en MKB-Nederland**Faillissementssituatie en overgang van onderneming en de noodzaak van WCO I**

Het wetsvoorstel blijkt, anders dan het wordt voorgesteld, volledig uit te willen gaan van de situatie van een normale overgang van onderneming. In de memorie van toelichting wordt ook opgemerkt 'dat er zoveel mogelijk wordt aangesloten bij normale overgang van ondernemingen'. En: 'Daarmee wordt het huidige verschil aangepakt tussen de bescherming van werknemers binnen en buiten faillissement'. Maar dat is juist het probleem: er is een enorm verschil in de situatie van overgang van een gezond bedrijf ten opzichte van de situatie waarin een financieel ongezond bedrijf zich bevindt. En daarmee staat het arbeidsrecht ook op een gespannen voet met het faillissementsrecht en vooral herstructureringsmogelijkheden. Dat er rekening zou worden gehouden met een situatie van faillissement, blijkt vervolgens geheel niet uit de voorstellen en niet alle mogelijkheden worden benut dit anders aan te pakken waarbij rekening wordt gehouden met een ongezond bedrijf waarvoor een faillissement dreigt waarbij alle werknemers hun baan verliezen. Een gemiste kans en onwenselijk. Zo wordt er gezegd dat er gebruik kan worden gemaakt van ontslagregels volgens ETO-redenen, maar die zijn ook mogelijk bij een overgang van onderneming in een gezonde situatie.

De rechtspositie van de werknemer bij een overgang van onderneming is geregeld in de Europese Richtlijn 2001/23/EG¹ (voortkomend uit de eerdere versie de Richtlijn 77/187/EEG). In art. 3 is het behoud van de rechten en verplichtingen van de werknemers bij de overgang van een onderneming geregeld. De richtlijn houdt vervolgens rekening met de bijzondere situatie van faillissement in art. 5 lid 1, dat bepaalt dat de regels van overgang van onderneming niet van toepassing zijn in geval van een faillissementsprocedure of soortgelijke procedure die is ingeleid met het oog op liquidatie van het vermogen van de vervreemder en onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie.

De Nederlandse wetgever heeft de richtlijn en de geïmplementeerd in titel 7.10 BW en in art. 7:666 onder a BW opgenomen dat de regeling van overgang van onderneming niet van toepassing is, als de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort.

Daarmee is de rechtspraak van zowel het EU HvJ en de Hoge Raad gecodificeerd.² In de memorie van toelichting³ is hierover opgenomen: 'Het is juist als een en ander in een nieuwe codificatie van het arbeidsrecht uitmondt in een uitdrukkelijke bepaling in de wet zelf. Daarmee wordt dan tevens buiten twijfel gesteld dat geen gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid voor de lidstaten - welke bevoegdheid het Hof in het eerstgenoemde arrest nog eens uitdrukkelijk genoemd heeft - om een richtlijn een ruimer toepassingsgebied te geven dan in de richtlijn voorzien is'.

Twijfel is alsnog ontstaan na de door de FNV aangespannen rechtszaak betreffende middels een pre-pack (dus geen klassieke) doorstart van kinderdagverblijfsorganisatie Estro door Smallsteps.

Bij arrest van 22 juni 2017 oordeelde het EU HvJ (aandachtspunt 44) dat de regels omtrent overgang van onderneming volgens art. 5 lid 1 alleen buiten toepassing kunnen worden gelaten als:

- Sprake is van een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure,
- Die is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, en

- Die onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie.

De pre-pack procedure van Smallsteps voldeed volgens het arrest niet aan deze voorwaarden.

Het arrest veroorzaakte veel onzekerheid rond doorstarts. Wanneer kan er nu wel een beroep worden gedaan op de uitzondering van artikel 5 lid 1 van de richtlijn? De lagere rechtspraak bleek verdeeld.

Het Ministerie van Justitie is gestart met het maken van het wetsvoorstel Wovof, maar door alle tegengestelde belangen en onduidelijkheden is besloten om de uitspraak in de toen gestarte rechtszaken rond het faillissement van Heiploeg.

In de zaak Heiploeg waarin ook een doorstart werd gerealiseerd met een pre-pack (maar met een niet gelieerde verkrijger) heeft de Hoge Raad tenslotte prejudiciële vragen aan het EU HvJ gevraagd over:

- Of een pre-pack in een onvermijdelijk faillissement die als doel heeft om in de daaropvolgende faillissementsprocedure een liquidatie mogelijk te maken, kan vallen onder een faillissementsprocedure of soortgelijk en is ingeleid met het ook op liquidatie van het vermogen van de vervreemder; en
- Of deze pre-pack onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie.

Met het Heiploeg arrest van het EU HvJ op 28 april 2022⁵ heeft het HvJ-EU de rechtsonzekerheid grotendeels geredresseerd.

- Volgens het EU HvJ kan een pre-pack zijn gericht op de liquidatie van het vermogen als de pre-pack ertoe strekt in de faillissementsprocedure een liquidatie van de draaiende onderneming te vergemakkelijken, waarbij een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers wordt bereikt en de werkgelegenheid zo veel mogelijk wordt behouden.
- Een pre-pack kan onder bevoegd overheidstoezicht vallen, als de procedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.
- De uitspraak van Heiploeg maakt bovendien duidelijk, dat zogenoemde klassieke doorstarts, waarbij een doorstart na faillissement wordt gerealiseerd zonder pre-pack, onder de uitzondering van art. 5 lid 1 valt.

Noemenswaardig hierbij is, dat de Europese Commissie in een recent voorgestelde EU-richtlijn betreffende harmonisatie van bepaalde aspecten van het insolventierecht⁶ de standpunten van het EU HvJ in het Heiploeg arrest letterlijk heeft overgenomen.

Wel geven beide uitspraken van het EU HvJ aan dat voor een pre-pack een procedure noodzakelijk is die onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie. Om daarover duidelijkheid te geven en bovendien een regeling te hebben die eventueel oneigenlijk gebruik moet kunnen aanpakken, is het van belang om WCO I in te voeren. De memorie van toelichting bij Wovof meldt dat het wetsvoorstel een wettelijke basis geeft voor de in de praktijk ontwikkelde pre-pack methode. Dat is naar onze mening onjuist. Het wetsvoorstel maakt doorstarts juist onnodig moeilijk door het kiezen voor gehele toepassing van overgang van onderneming in plaats van te kiezen voor maatwerk binnen de regels van de EU-richtlijnen. Meer zekerheid voor om ongewenste praktijken zoals misbruik tegen te gaan wordt juist gegeven middels de invoering van WCO I, die in de Eerste Kamer is aangehouden in afwachting van het Smallstepsarrest en vervolgens in afwachting van het Heiploeg arrest.

Misbruik en concurrentievoordeel

Volgens de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel geeft 'het verschil in bescherming tussen werknemers binnen en buiten faillissement een zeker concurrentievoordeel aan de verkrijger bij een doorstart in faillissement. Na een faillissement kan de verkrijger met de onderneming in afgeslankte vorm verder, met werknemers die hij zelf heeft uitgekozen. Zijn concurrenten zijn echter gebonden aan het reguliere arbeidsrecht als zij afscheid willen nemen van personeel en kunnen bij een reorganisatie wegens bedrijfseconomische redenen niet zelf kiezen welke werknemers zij willen behouden, maar zullen het afspiegelingsbeginsel moeten toepassen.'

Wij begrijpen deze redenering niet. Dit zou van toepassing kunnen zijn op een ondernemer die zelf zijn eigen onderneming doorstart en dit in afgeslankte vorm kan doen. Maar zonder aanpassing in de onderneming zou de onderneming failliet gaan. In afgeslankte vorm is het nog maar de vraag of de onderneming het redt.

Bovendien: als het gaat om een externe verkrijger, welk concurrentievoordeel heeft deze? Net als elke andere ondernemer moet deze verkrijger voor zijn eigen personeel de ontslagregels toepassen. Door het verkrijgen van een andere, failliete, onderneming wijzigt dat niets aan zijn (on)mogelijkheid om zijn eigen werknemers te ontslaan. Daarnaast neemt hij een enorm risico een failliete onderneming over te nemen met personeel dat hij niet kent. Als hij in een normale situatie personeel zou aannemen, gebeurt dat op individuele basis middels een sollicitatieprocedure.

Ook VNO-NCW en MKB-Nederland wensen geen misbruik of oneigenlijk gebruik van de faillissementsprocedure indien die enkel is gericht op het zich kunnen ontdoen van personeel of het zich kunnen ontdoen van schuldeisers.

Met Wovof echter zouden doorstarts erg moeilijk realiseerbaar zijn en als toch, dan met veel minder opbrengst vanwege de onzekerheden voor de verkrijger. Dit raakt alle andere belanghebbenden bij een faillissement. Hun belangen worden ondergeschikt aan de belangen van de werknemers van de failliete onderneming. Met als te verwachten negatieve gevolgen door verlies van kapitaal en werkgelegenheid.

Het wetsvoorstel spreekt herhaaldelijk over 'misbruik' van faillissement bij een doorstart en over onnodige faillissementen. Dit lijkt niet te stroken met de werkelijkheid. Misbruik van onderneming enkel gericht op het zich ontdoen van personeel is in de diverse studies die hiernaar zijn gedaan en die de memorie van toelichting ook noemt, niet geconstateerd. Niet duidelijk is waarop deze aanname is gebaseerd. Het WODC-onderzoek van de Radboud universiteit⁷ (professoren Verburg, Veder e.v.) gaf geen dergelijk misbruik aan en eerder ook het in 2005 gepubliceerde WODC-onderzoek van het Hugo Sinzheimer Instituut en de universiteit van Amsterdam.⁸

De memorie van toelichting geeft aan dat 'het beeld kan ontstaan bij doorstarts dat het faillissement met name is gebruikt om op een eenvoudige manier te kunnen reorganiseren en van (bepaald) personeel afscheid te nemen.' Gemeld wordt voorts dat er uit onderzoek blijkt dat 'iets minder' jongeren, 'iets minder' ouderen, 'iets minder' zwangere vrouwen en 'iets minder' lager opgeleiden worden overgenomen in doorstarts. Dit zijn gemiddelden, want er blijken ook ondernemingen te zijn waarvan juist meer oudere werknemers zijn behouden. De genoemde onderzoeken melden dus geen misstanden die een ingrijpen zoals met Wovof noodzakelijk maken.

Het wetsvoorstel zorgt er eigenlijk voor, dat een doorstart door een gelierde partij, waarbij juist eerder zou kunnen worden gedacht aan eventueel oneigenlijk gebruik dan bij een doorstart door een externe verkrijger, interessanter zal zijn dan voor een externe partij. De gelierde partij, zeker als het dezelfde werkgever betreft, heeft immers kennis van zijn personeel, weet waar hij aan begint en kan een goede inschatting maken van hoeveel personeel nodig is.

De curator en rechter-commissaris zijn aangewezen om eventueel misbruik (oneigenlijk gebruik) van een faillissement te kunnen aanpakken en VNO-NCW en MKB-Nederland zien geen aanleiding om te concluderen dat zij daartoe onvoldoende in staat zijn geweest.

Volgens artikel 68 Faillissementswet (Fw) beziet de curator of er sprake is van onregelmatigheden die het faillissement, althans mede, hebben veroorzaakt.

De curator moet verder op straffe van vernietigbaarheid de werknemer bij de opzegging van de arbeidsovereenkomst op de mogelijkheid van beroep wijzen en op de termijn daarvan tegen de machtiging die de rechter-commissaris aan de curator heeft gegeven voor de opzegging. Als dit beroep slaagt, is de opzegging vernietigbaar en de curator jegens de werknemer aansprakelijk⁹. Ook kan de werknemer in verzet gaan tegen de faillietverklaring wegens misbruik van bevoegdheid¹⁰ of kan hij schadevergoeding vorderen wegens onrechtmatige daad richting de DGA¹¹.

Artikel 13a is in de Faillissementswet opgenomen om ervoor te zorgen dat indien een faillissement wordt vernietigd op de grond dat het faillissement is aangevraagd met het oogmerk afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming, de opzegging door de curator van de arbeidsovereenkomst wordt beheerst door het recht dat van toepassing is buiten faillissement.

De rechten van werknemers worden voorts beschermd door de artikelen 61 tot en met 68 van de Werkloosheidswet waarin de loongarantieregeling is opgenomen op basis waarvan werknemers bij het UWV onder meer aanspraak kunnen maken op achterstallig loon, het loon waarop zij na hun ontslag nog recht hebben in verband met de geldende opzegtermijn, vakantiebijslag en een vergoeding van niet opgenomen vakantiedagen.

Verdere ongewenste gevolgen van het wetsvoorstel

Verwachtingen en effecten betreffende realisatie van doorstarts, het behoud van werkgelegenheid, financiële gevolgen voor crediteuren en inzicht in de kosten van de overgang van onderneming

VNO-NCW en MKB-Nederland merken op dat er nog weinig bekend is over de gevolgen, met name voor andere betrokkenen bij het faillissement, van de voorstellen.

Wij pleiten voor meer onderzoek naar de gevolgen van de voorstellen voor het al dan niet succesvol kunnen realiseren van doorstarts.

De verwachting is uitgesproken in de memorie van toelichting dat meer werknemers zullen overgaan in faillissement. Wij verwachten echter, dat door minder gerealiseerde doorstarts de werkgelegenheid juist zal verminderen.

Ook wordt een bedrijfseffectentoets en onderzoek naar de financiële effecten gemist van de positie van de crediteuren. De positie van met name concurrente schuldeisers in faillissement is al heel slecht¹² en door vermindering van opbrengsten zal deze positie nog slechter worden.

De memorie van toelichting meldt dat voor potentiële verkrijgers de nieuwe regeling meer

zekerheid biedt over de kosten van de overgang en hen in staat stelt een verantwoord bod te doen. Niet duidelijk is waarop deze stelling op gebaseerd. Onze verwachting is dat de kosten bij een (gedeeltelijke) overname hoger zijn dan nu het geval is. Veel kosten moeten worden gemaakt voor onderzoek (personeelsbestand en meer begeleiding, naast het nodige bedrijfseconomische en financiële onderzoek) en ook zal de gehele procedure veel meer tijd gaan kosten. Dit terwijl de waarde van het failliete bedrijf elke dag afneemt. Voor de rest bestaat onzekerheid over de risico's van overname van een financieel ongezonde onderneming. Het wetsvoorstel houdt hier geen rekening mee.

Situatie na 26 weken

Bij de toets om te bepalen hoeveel arbeidsplaatsen mogen vervallen, wordt ook rekening gehouden met de verwachtingen tot 26 weken na de overgang. In het wetsvoorstel is opgenomen, dat als binnen 26 weken alsnog personeel moet worden aangenomen, de werknemers van de failliete onderneming als eerste aan bod moeten komen. Maar andersom geldt dit niet: Als in 26 weken blijkt dat de situatie slechter is dan gedacht en er alsnog meer mensen moeten worden ontslagen (door bijvoorbeeld onvolledige voorlichting aan de verkrijger of omdat een inschatting vaak niet goed te maken is), dan kan de verkrijger niet alsnog zich beroepen op ETO-redenen. Dan gelden de gewone ontslagregels en moet de verkrijger bovendien zijn eigen personeel bij de ontslagvolgorde gaan betrekken. Het volledig toepassen van wetgeving uit het arbeidsrecht op grond van overgang van onderneming staat op gespannen voet met de insolventiewetgeving en het rekening houden in de bedrijfsvoering met bedrijfseconomische effecten op korte termijn.

Gevolgen overgang arbeidsvoorwaarden

Het wetsvoorstel brengt met zich mee dat alle arbeidsvoorwaarden die werknemers van de failliete onderneming hebben, moeten volledig worden behouden. De verkrijger kan deze dus niet aanpassen, ook niet aan die van zijn eigen werknemers. Daarmee kan een situatie ontstaan dat de eigen werknemers van een externe verkrijger andere (slechtere) arbeidsvoorwaarden hebben dan de over te nemen werknemers. Daarnaast wordt hiermee in het geheel geen rekening gehouden met de redenen waarom de onderneming in financiële problemen is geraakt. Dat kunnen juist de hoge arbeidskosten zijn. Ook wordt eraan voorbijgegaan of die arbeidsvoorwaarden wel in verhouding staan tot die welke andere werknemers in eenzelfde positie redelijkerwijs hebben.

Regeling ondernemingen minder dan 20 werknemers

Voor ondernemingen met minder dan 20 werknemers¹³ zou de regelgeving 'voorlopig' en facultatief zijn met 'verlichte' voorwaarden. Echter zijn de voorwaarden dermate dat er geen sprake is van 'lichtere verplichtingen'. De ondernemer moet het niet toepassen van de regels overgang van onderneming uitgebreid onderbouwen en met een dermate ander alternatief komen, dat er voor deze kleine ondernemingen niet kan worden gesproken van een uitzonderingspositie, die bovendien volgens het wetsvoorstel 'voorlopig' zal zijn. De voorgestelde regelgeving maakt het voor kleine ondernemingen nagenoeg onuitvoerbaar om verkrijger te zijn of om overgenomen te worden door:

- veel nieuwe ingewikkelde regels;
- de arbeidsrechtelijke gevolgen zijn niet op voorhand duidelijk;
- de regels brengen meer kosten met zich mee;
- de regels zijn administratief belastend.

Er wordt weliswaar verwezen naar een facultatieve toepassing van de nieuwe regelgeving, maar die is nu slechts voorlopig en geldt alleen voor hele kleine ondernemingen met minder

dan 20 werknemers. Bovendien moeten andere regels en voorwaarden ten aanzien van de overgang wel in acht worden genomen. In dat opzicht is er alleen gekeken naar transparantie en gelijke behandeling, maar niet naar de uitvoering, eenvoud, kosten, succes van een doorstart en andere goede redenen en belangen die een rol kunnen spelen.

Overigens is het merkwaardig dat er met betrekking tot de definitie van kleine werkgevers een relatie wordt gelegd met de Wet Melding Collectief ontslag, terwijl de definitie van kleine ondernemingen doorgaans ziet op bedrijven met minder dan 50 werknemers. Dit is ook logischer in het kader van de medezeggenschap en de verplichting tot het instellen van een ondernemingsraad.

Bandbreedte van 10 %

Bij de inspiegelingsmethode die de verkrijger moet toepassen, mag hij een bandbreedte aanhouden van 10% van het aantal werknemers waarvan de arbeidsplaats vervalt. De verkrijger mag dat aantal werknemers buiten de toepassing van de inspiegelingsmethode houden en dus zelf uitkiezen. De bandbreedte van 10 % is erg klein. Vooral voor het mkb biedt dat te weinig soelaas. In een onderneming met 10 werknemers is het juist van groot belang om na te gaan welke werknemers een bedrijf kunnen redden. Het kan ook zomaar zijn, dat een situatie rond een aantal personeelsleden de oorzaak van een faillissement is.

Inspiegelingsmethode en de alternatieve regeling zijn beperkend

De inspiegelingsmethode is gebaseerd op het afspiegelingsbeginsel conform de UWV Ontslagregeling. Het afspiegelingsbeginsel maakt onderdeel uit van de ontslagvolgorde ingeval van een ontslagprocedure op basis van bedrijfseconomische omstandigheden. De keuze voor een omgekeerde toepassing van het afspiegelingsbeginsel (de inspiegelingsmethode) is onduidelijk, omdat een deugdelijke onderbouwing ontbreekt. Het selectieproces op basis van het afspiegelingsbeginsel heeft betrekking op een ontslagprocedure in de situatie dat het bedrijf genoodzaakt is om in afgeslankte vorm de onderneming voort te zetten. In dit geval is er sprake van een mogelijke doorstart, nadat het faillissement reeds is uitgesproken. Er is onvoldoende rekening gehouden met de belangen van verkrijger en de uitzonderlijke situatie van een doorstart na faillissement.

De wijze waarop er wordt bepaald wie er mee overgaat (met uitzondering van maximaal 10%) en op basis van welke voorwaarden, maakt een potentiële doorstart op voorhand al lastig. Het onderzoek kost ineens nog meer tijd, terwijl een succesvolle doorstart gebaat is bij snelheid. Verder wordt de keuzevrijheid van de verkrijger in grote mate beperkt.

Daarnaast is er nauwelijks ruimte voor – gelet op de voorwaarden – toepassing van een alternatieve regeling. De alternatieve regeling bevat bijkomende regels die niet altijd even duidelijk zijn en waar discussie over kan ontstaan. De rechtszekerheid komt daarmee in het gedrang. Ondernemers worden in de praktijk ontmoedigd om gebruik te maken van de alternatieve regeling. Het kost namelijk veel tijd en geld om een ondernemingsplan te schrijven en goedkeuring te vragen aan de rechter-commissaris, terwijl snelheid vaak een belangrijke rol speelt bij een succesvolle doorstart. Bovendien zijn er geen voorbeelden gegeven van alternatieve regelingen waar de ondernemer gebruik van kan maken. De vrijheid ontbreekt om daadwerkelijk een alternatieve regeling te hanteren die past bij het businessmodel van de verkrijger. Dit geldt te meer, nu ook de wederindiensttredingsvoorwaarde van 26 weken blijft gelden en de verkrijger achteraf geconfronteerd kan worden met allerlei procedures.

Handhaving concurrentiebeding na belangenafweging

De WOVOF brengt kort gezegd met zich dat een concurrentiebeding in faillissement vervalt, tenzij er sprake is van een doorstart en de verkrijger de werknemer een arbeidsovereenkomst aanbiedt. Er zijn echter situaties denkbaar die pleiten voor handhaving van het concurrentiebeding.

- *Bescherming van het bedrijfsdebet noodzakelijk in sommige gevallen*

In het wetsvoorstel modernisering concurrentiebeding is aangegeven dat een werkgever de mogelijkheid moet hebben om zijn bedrijfsdebet te beschermen. Dit is dus ook een belangrijk element om aan te stippen voor de Wovof. Indien er op korte termijn nog geen duidelijkheid is over de mogelijkheid van een eventuele doorstart, kan er nog steeds een belang zijn om het concurrentiebeding te behouden en de kansen op een succesvolle doorstart te vergroten. Ook na de opzegtermijn van zes weken kan er een doorstart tot stand komen en dan heeft de verkrijger ook belang bij de instandhouding van het concurrentiebeding. Het gaat er namelijk om dat werkgevers in bepaalde situaties hun bedrijfsdebet kunnen blijven beschermen. In dit geval houdt de Wovof daar geen rekening mee.

- *Belangenafweging per situatie mogelijk maken*

Er moet goed gekeken worden naar de juiste balans tussen een goed functionerende arbeidsmarkt en de bescherming van het bedrijfsdebet. Het is niet de bedoeling dat er onnodige concurrentiebedingen overeengekomen worden, omdat de werknemer belemmerd wordt in de zoektocht naar ander passend werk. Aan de andere kant kunnen concurrentiebedingen noodzakelijk zijn ter bescherming van het bedrijfsdebet van de werkgever.

Het is onduidelijk waarom het belang van de (ontslagen) werknemer ten alle tijde prevaleert boven het belang van de werkgever in geval van een faillissement. Bovendien is het onwenselijk als er een verschil is tussen een werknemer die als gevolg van een faillissement wordt ontslagen en een werknemer die als gevolg van bedrijfseconomische redenen wordt ontslagen. In het eerste geval zou er sprake zijn van een gunstigere werknemerspositie, omdat de werknemer in het tweede geval wel eventueel gehouden is om het overeengekomen concurrentiebeding te respecteren. Ook in het eerste geval dient de werkgever mogelijkheden te hebben om de werknemer te houden aan het overeengekomen concurrentiebeding vanwege een doorstart, de bescherming van het bedrijfsdebet en andere zwaarwegende belangen. Een belangenafweging moet daarom mogelijk zijn.

Noodzaak ontbreekt voor regeling concurrentiebeding in faillissement

In de memorie van toelichting wordt verwezen naar het wetsvoorstel modernisering concurrentiebeding. Het Wetsvoorstel modernisering concurrentiebeding bevat wijzigingen op het gebied van de duur van het concurrentiebeding, de (geografische) reikwijdte, een motiveringsplicht ten aanzien van het zwaarwegende bedrijfs- en/of dienstbelang en een verplichte vergoeding voor de instandhouding van een overeengekomen concurrentiebeding. Met het oog op voornoemde aanpassingen van het concurrentiebeding bestaat er geen noodzaak meer voor een aparte regeling voor concurrentiebedingen in een faillissementssituatie.

Grote gevolgen van beslissingen gebaseerd op onjuiste informatie

Indien een verkrijger onbewust onvoldoende of onjuiste informatie heeft gekregen van de verkopende partij (dit speelt dus met name voor een derde partij als verkrijgende) en/of van de curator, dan kunnen de gevolgen achteraf voor deze verkrijger erg groot zijn als er bezwaar wordt gemaakt.

Mocht na de overgang blijken dat een werknemer niet bij de verkrijger in dienst is gekomen doordat de verkrijger de inspiegelingsmethode of een alternatieve door de rechter-commissaris goedgekeurde selectiemethode niet juist heeft toegepast, dan kan de werknemer een beroep doen op de kantonrechter (artikel 7:666b lid 6 BW). De verkrijger kan vervolgens worden veroordeeld om hem alsnog een dienstverband aan te bieden, of om hem een billijke vergoeding toe te kennen (bij verwijtbaar handelen of nalaten van de verkrijger). Ook hierbij is aangesloten bij een normale werkgever-werknemer situatie. Hiermee wordt een derde verkrijger gelijkgesteld met een werkgever die zijn werknemers kent. Schuld of dwaling bij de verkrijger is dan niet van belang.

Nog ingrijpender is hetgeen op pagina 42 van de memorie van toelichting is opgenomen over de vraag of de bedrijfsovername in zijn algemeenheid voldoet aan de regeling betreffende overgang van onderneming en wat volgt uit het voorgestelde artikel 7:666b lid 7 BW. De rechter-commissaris toetst bij elk toestemmingsverzoek tot onderhandse verkoop ambtshalve of er sprake is van overgang van onderneming. Wel geldt daarbij dat het in het belang van de beoogd verkrijger is dat de curator bij zijn toestemmingsverzoek actief aangeeft dat mogelijk sprake is van een overgang van onderneming en daarbij alle (voor zover nodig, door de beoogd verkrijger aangeleverde) informatie verstrekt. Geeft de rechter-commissaris toestemming zonder dat hij heeft getoetst aan de nieuwe regeling, dan loopt de verkrijger het risico dat de kantonrechter vervolgens na een verzoek van een werknemer alsnog tot de conclusie komt dat sprake is van een overgang van onderneming. De kantonrechter kan dan menen dat de toestemming is verleend op basis van onjuiste of onvolledige informatie of met een kennelijk onjuiste toepassing van de wettelijke regeling. Dat betekent dat er dan alsnog sprake is van overgang van onderneming.

De verkrijger echter is ervan uitgegaan dat er geen sprake zou zijn van overgang van onderneming, en heeft daarom niet van tevoren beroep gedaan bij de rechter-commissaris op de mogelijkheid om wegens bedrijfseconomische omstandigheden minder werknemers mee over te nemen. Als dan de kantonrechter vervolgens oordeelt dat er wel sprake is van een overgang van onderneming, is de verkrijger verplicht om alle werknemers van de gefailleerde werkgever die hierom verzoeken, in dienst te nemen. De verkrijger, met name de externe verkrijger, die vooral afhankelijk is van informatie en gegevens van anderen, kan hierdoor met een groot risico worden opgezadeld dat ook grote gevolgen kan hebben voor zijn eigen onderneming en zijn werknemers. Dwaling en verwijtbaarheid spelen kennelijk geen rol. Het risico van partijen die alleen maar activa wensen te kopen, is dan erg groot waardoor, alweer, de schuldeisers aan het kortste einde trekken.