

LLU WETSVOORSTEL OVERGANG VAN ONDERNEMING IN FAILLISSEMENT

Commentaar expertgroep LabourLawUnited op de wovof en rovof



VAAN-VvA-VJAA

Inhoudsopgave

1. Inleiding.....	2
2. Achtergrond van en inleiding tot de wovof.....	4
3. Medezeggenschap en non-concurrentiebeding	5
3.1 Inleiding	5
3.2 Medezeggenschap	5
3.3 Non-concurrentiebeding.....	7
4. Procedure van de overgang van de werknemers, met inbegrip van de uitzondering van de kleine onderneming en rechtsbescherming	10
4.1 Procedure overgang werknemers en daarbij gemaakte keuzes nader belicht.....	10
4.2 Uitzondering kleine onderneming	10
4.3 Rechtsbescherming – algemeen	12
4.4 Rechtsbescherming – de processuele positie van de betrokken werknemer	13
5. Overgang werknemers, inspiegeling en selectie	15
5.1 Hoofregel: alle werknemers krijgen een aanbod	15
5.2 De uitzondering: niet alle werknemers krijgen een aanbod, inspiegelen en ETO.....	17
5.3 De 10% bandbreedte bij inspiegeling	18
5.4 Alternatieve selectiemethode	19
5.5 Aanvaarden van het aanbod	20
5.6 Vacature binnen 26 weken na overgang van onderneming.....	21
6. Overgang van arbeidsvoorwaarden	22
6.1 Rol ondernemingsraad, personeelsvertegenwoordiging of personeelsvergadering.....	22
6.2 Afwijkingen van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen	22
6.3 Verhouding met artikel 14a lid 1 Wet CAO en artikel 2b lid 1 Wet AVV.....	23
6.4 Behoud van werkgelegenheid.....	23
6.5 Definiëring van schuld.....	23
6.6 Verwijtbare werkloosheid.....	24
7. Conclusie en aanbevelingen	25

1. Inleiding

LabourLawUnited (hierna: 'LLU')¹ heeft met belangstelling kennisgenomen van het Wetsvoorstel overgang van onderneming in faillissement (hierna: 'wovof'). De nieuwe versie van het voorstel wovof sluit nauw aan op de vorige versie ervan, die was gepubliceerd op 29 mei 2019.² Het doel van de wovof is helder: *'(...) te zorgen voor een betere bescherming van werknemers bij een overgang van onderneming in faillissement.'*³ Daarmee wordt, gezien het vervolg in (het voorstel voor) de memorie van toelichting (hierna: 'MvT' of 'memorie van toelichting'), het huidige verschil aangepakt tussen de bescherming van werknemers binnen en buiten faillissement. Het voorstel introduceert niet alleen de wovof, maar ook de bijbehorende Regeling overgang van onderneming in faillissement (hierna: 'rovof').

De wovof is niet slechts voor de zogenoemde pre-pack bedoeld, maar is van toepassing bij elke overgang van onderneming tijdens faillissement. De wovof geeft invulling aan de keuze uit artikel 5 lid 1 en vult artikel 5 lid 2 Richtlijn 2001/23/EG betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen (hierna: 'de Richtlijn') in.⁴

De wovof biedt naar het lijkt voor elk wat wils: de betrokken werknemers krijgen bescherming bij een overname na faillissement, met de failliet concurrerende ondernemingen krijgen eerlijkere concurrentie na de doorstart uit faillissement, misbruik na faillissement zal minder eenvoudig zijn (hetgeen in het belang van eenieder is) en potentiële verkrijgers genieten meer zekerheid omtrent de kosten van de overgang en kunnen zo een verantwoord bod doen.⁵ Wij voegen toe dat de positie van de ondernemingsraad wordt versterkt (of verduidelijkt), vanwege codificatie van jurisprudentie.⁶ Toch is het niet alles goud wat blinkt. De introductie van de wettelijke regeling zorgt voor een intensiever proces bij de overname en dus meer voorbereidingstijd. Dit terwijl 'tijd' vaak beperkt aanwezig is in een faillissementssituatie.⁷

Het tempo van de wovof zal, naar wij begrijpen, in principe dat van de Wet Continuïteit Ondernemingen I (hierna: 'WCO I') volgen. De WCO I is al sinds juni 2016 bij de Eerste Kamer aanhangig, maar het wetgevingstraject zal naar het lijkt opnieuw moeten worden doorlopen, omdat deze wet zal moeten worden aangepast als de zogenoemde Harmonisatierichtlijn Insolventie van kracht zal worden.⁸ Over de harmonisatierichtlijn wordt nog steeds op EU-niveau onderhandeld. Het tempo van de wovof zal vermoedelijk dus niet al te hoog liggen.

¹ LabourLawUnited (LLU) is het samenwerkingsverband tussen de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN), de Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA) en de Vereniging Jonge Arbeidsrecht Advocaten (VJAA). Met ruim 3500 unieke leden binnen de genoemde verenigingen, vertegenwoordigt LLU een brede groep van advocaten, juristen, wetenschappers, rechters, werkgevers- en werknemersvertegenwoordigers en beleidsmedewerkers die zich met het arbeidsrecht bezighouden.

² https://www.internetconsultatie.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement.

³ Zie p. 3 MvT.

⁴ Richtlijn van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (PbEG 2001, L 82/16).

⁵ Zie p. 5 MvT.

⁶ Zie par. 3.2 van deze notitie.

⁷ Zie p. 5 en 6 MvT.

⁸ Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot harmonisatie van bepaalde aspecten van het insolventierecht van 7 december 2022, COM(2022) 702 final 2022/0408 (COD). Zie ook: TK 2022 – 2023, 22 112, nr. 3598.

De wovof draait de consequenties bij een overgang van onderneming tijdens faillissement vrijwel volledig om: werknemers die thans niet over gaan op de verkrijger, laat staan hun rechten en plichten behouden, zullen bij inwerkingtreding van de wovof in beginsel wel overgaan met aanspraak op hun rechten en plichten. Daarnaast regelt de wovof enkele overige zaken, meer in het bijzonder medezeggenschapskwesties en het non-concurrentiebeding.

Onze beoordeling van de wovof is positief. De wovof houdt naar onze mening rekening met de belangen van de verschillende stakeholders en brengt een balans aan tussen de soms conflicterende grootheden snelheid en zorgvuldigheid. De wovof is goed doordacht. De keuze aan te sluiten bij bestaande arbeidswetgeving is verstandig. Dat neemt niet weg dat de wovof is geschreven over lastige materie. Dat maakt de wovof bijna automatisch een complexe en technische wet. In het samenspel van deze factoren schuilen risico's. Die hebben wij proberen aan te stippen in onze aanbevelingen. De aanbevelingen staan in het laatste hoofdstuk opgesomd. Sommige aanbevelingen zijn inhoudelijk of fundamenteel van aard, zoals de vraag of het wenselijk is en is toegestaan bepaalde fundamentele vragen slechts marginaal te laten toetsen door de kantonrechter na een eerder oordeel van de rechter-commissaris. Andere suggesties zijn meer praktisch van aard, hoe krijgt een en ander in de praktijk *tijdig* zijn beslag, terwijl niet in strijd wordt gehandeld met de Richtlijn. Denk bijvoorbeeld aan de suggestie de verkrijger toe te staan een arbeidsovereenkomst tegelijkertijd aan verschillende kandidaten aan te bieden, ook aan diegenen die op basis van inspiegeling nog niet 'aan de beurt' zijn, via een voorwaardelijk aanbod. Verder denken wij dat een aantal zaken kan worden verduidelijkt, met name rondom de 10% bandbreedte die de verkrijger heeft bij inspiegeling. Tot slot hebben wij nog enkele min of meer losse suggesties. Dat alles neemt niet weg dat wij verwachten dat de wovof, na ongetwijfeld wat opstartperikelen, zal wennen en op enig moment als normaal onderdeel van het doorstartproces deel zal gaan uitmaken.

Mocht het commentaar aanleiding geven tot nadere gedachtewisseling dan zijn wij daartoe van harte bereid. Wij wensen u veel wijsheid toe met de nadere uitwerking van dit voorstel.



Mr. dr. H.J.W. Alt (advocaat Den Haag)| Mr. C.P.R.M. Dekker (advocaat Den Haag)| Mr. dr. S. Palm (advocaat Rotterdam)| Mr. dr. L.C.J. Sprengers (advocaat Utrecht)| Prof. mr. dr. A.R. Houweling (hoogleraar EUR)| Prof. mr. dr. J.H. Even (advocaat Rotterdam)| Mr. S. Schermerhorn (advocaat Amsterdam) | Mr. L. van Asseldonk (advocaat Tilburg)| Mr. dr. J. van der Pijl (advocaat Amsterdam)

2. Achtergrond van en inleiding tot de wovof

Na de laatste beslissing van de Hoge Raad in FNV/Heiploeg,⁹ in oktober 2023 was volgens velen het woord toch echt aan de wetgever.¹⁰ Die handschoen is nu opgepakt. De Hoge Raad knoopte in genoemde uitspraak aan bij hetgeen het Hof van Justitie EU in antwoord op de prejudiciële vragen in 2022 had geoordeeld:¹¹ zo lang er geen wettelijke regeling is, gaan bij een voorbereide doorstart, in ieder geval als deze in de vorm van een pre-pack zijn beslag krijgt, álle werknemers van rechtswege mee over, met behoud van hun arbeidsvoorwaarden, of de verkrijger c.q. doorstarter dat nu wil of niet. Verder maakte het Hof van Justitie EU duidelijk dat het uiteindelijk aan de nationale rechter is om in elke individuele casus te oordelen of de betrokken pre-packprocedure en faillissementsprocedure zijn gericht op liquidatie van de onderneming (lees: van het vermogen van de schuldenaar). Dat werkt veel procedures en discussies in de literatuur in de hand, zo is in het recente verleden gebleken. Deze uitgangspunten hebben – wat ons betreft begrijpelijkerwijze – geleid tot dit wetgevingsinitiatief. Niets doen leidt (a) hoogstwaarschijnlijk tot de doodsteek voor de pre-pack (die ook veel goede kanten heeft) en (b) onzekerheid bij vrijwel iedere faillissementsdoorstart, of dat nu een pre-pack is of niet.

Met de wovof maakt Nederland nu alsnog gebruik van de zogenoemde lidstaatoptie van de Richtlijn.¹² Dat betekent enerzijds dat de beschermingsregels uit de Richtlijn ook zullen worden toegepast in faillissementssituaties, terwijl anderzijds de gevolgen van die toepassing enigszins kunnen worden verzacht, binnen de kaders die de Richtlijn daarvoor biedt.

De eerste versie van dit wetsontwerp van 2019 is naar aanleiding van de reacties in de eerste consultatie in de huidige versie op punten aangepast. Dit is tamelijk gedetailleerd toegelicht in de memorie van toelichting. De grootste verschillen betreffen de uitzonderingspositie van *kleine* ondernemingen die in staat van faillissement komen te verkeren (nu gedefinieerd als ondernemingen met minder dan 20 werknemers) en de gewijzigde rechterlijke toetsing. Om de verkrijger snel(ler) duidelijkheid te verschaffen over de gevolgen van de doorstart, is het hoger beroep tegen de beslissing waarbij de rechter-commissaris toestemming verleent voor de desbetreffende transactie geschrapt. De taakverdeling tussen de rechter-commissaris en de kantonrechter is verduidelijkt. De rechter-commissaris toetst of het overnameplan van de beoogd verkrijger in zijn algemeenheid voldoet aan de wettelijke regeling, terwijl de kantonrechter in beginsel alleen toetst of de door de rechter-commissaris goedgekeurde werkwijze in de praktijk correct is uitgevoerd. Slechts in uitzonderingsgevallen, te weten als de beslissing berust op onjuiste of onvolledige informatie of bij een evidente schending van de wettelijke regeling, kan de kantonrechter afwijken van het oordeel van de rechter-commissaris. Deze aanpassingen krijgen hieronder nadere aandacht, naast de algemene bespreking van het gehele wetsontwerp.

⁹ HR 6 oktober 2023, ECLI:NL:HR:2023:1372

¹⁰ Zie hiervoor allereerst A-G Drijber in zijn conclusie van 31 maart 2023 in deze zaak, ECLI:NL:PHR:2023:368, randnummer 3.4, en voorts diverse auteurs in annotaties onder de in de vorige voetnoot genoemde HR-uitspraak: F.M.J. Verstijnen in NJ 2024/50, J. van der Pijl in JAR 2023/290 en E. Loesberg in JOR 2024/23.

¹¹ HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321.

¹² Deze optie is opgenomen in art. 5 lid 2 van de Richtlijn.

3. Medezeggenschap en non-concurrentiebeding

3.1 Inleiding

Hoewel deze twee onderwerpen niet de kern van de wovof bevatten – de kern is de nieuwe regeling betreffende overgang van onderneming in faillissement¹³ – zijn medezeggenschap en het non-concurrentiebeding in de praktijk van groot belang. Daarover het volgende.

3.2 Medezeggenschap

De wovof kent twee wijzigingen op het gebied van medezeggenschap:

1. aan artikel 25 WOR wordt een zevende lid toegevoegd, op grond waarvan de curator van een failliete onderneming de ondernemingsraad van die failliete onderneming advies moet vragen over de voortzetting van de onderneming in faillissement of de overdracht van (een gedeelte van) de onderneming in faillissement.
2. de ondernemer dient op grond van artikel 31a lid 9 (nieuw) WOR de ondernemingsraad te informeren over een voorzienbaar faillissement of surseance van betaling.

Het eerste voorstel betreft in feite een codificatie van de DA-beschikking van de Hoge Raad.¹⁴ De curator dient bij voortzetting tijdens faillissement van (een deel van) de onderneming de ondernemingsraad tijdig te betrekken. Dat dient te gebeuren op een zodanig moment dat het advies van wezenlijke invloed kan zijn.¹⁵ Het voorstel brengt daar geen verandering in.

De voorgestelde regeling biedt de curator de mogelijkheid relatief snel te beslissen over de doorstart (door overdracht van de onderneming aan een derde) of de voortzetting van de onderneming. De curator mag de ondernemingsraad namelijk korte termijnen opleggen om advies te geven. De curator bepaalt de adviestermijn en deze mag niet korter zijn dan drie dagen. Gezien de snelheid waarmee in een faillissement gehandeld moet worden, is de vraag of de adviestermijn de adviesprocedure niet te zeer onder druk zet. Uitgangspunt blijft dat het advies op een zodanig tijdstip moet worden gevraagd dat het van wezenlijke invloed kan zijn op de besluitvorming door de curator. De curator is in dezen “in charge” en bepaalt de termijn waarop geadviseerd moet worden. Dat is goed en vanuit de systematiek van de Faillissementswet (hierna: ‘Fw’) verklaarbaar. Maar voorkomen moet worden dat de snelheid waarmee in faillissement vaak moet worden gehandeld ertoe leidt dat de ondernemingsraad te maken krijgt met een deal waarbij het advies nagenoeg overbodig is of zal zijn. Snelheid om een doorstart te realiseren is een mooi streven, maar mag niet leiden tot een verslechtering van de rol en de positie van de ondernemingsraad. Dit kan worden voorkomen wanneer in de memorie van toelichting wordt verduidelijkt dat de curator vanaf het eerste moment de ondernemingsraad bij de afwikkeling van het faillissement betreft. Mocht blijken dat een doorstart niet mogelijk is, dan zal de rol van de ondernemingsraad snel uitgespeeld zijn. Is een doorstart mogelijk, dan kan er snel geschakeld worden tussen ondernemingsraad en curator.

Advies: neem in de memorie van toelichting op dat de curator vanaf het eerste moment de ondernemingsraad bij de afwikkeling van het faillissement betreft, zodat zo min mogelijk tijd wordt

¹³ Zie p. 8 MvT

¹⁴ HR 2 juni 2017 ECLI:NL:HR:2017:982.

¹⁵ In dit verband wordt verwezen naar de beschikking van het Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 10 oktober 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4123 (*Uniface*). Hierin oordeelde de Ondernemingskamer dat het advies van de ondernemingsraad niet van wezenlijke invloed kon zijn, mede omdat de ondernemingsraad niet vanaf het allereerste moment erbij betrokken was.

verloren, de ondernemingsraad zo goed mogelijk op de hoogte is en zo veel mogelijk wordt gewaarborgd dat hij nog wezenlijke invloed op het besluit kan uitoefenen.

Wij vermoeden dat het betrekken van de ondernemingsraad bij de voorgenomen overname niet tot veel tijdsverlies zal hoeven te leiden. Doorgaans zal er ook tijd nodig zijn voor een overnemer om, al dan niet via een due diligenceonderzoek, te inventariseren wat hij koopt, of dat in de huidige vorm levensvatbaar is (nadat de schulden achterblijven in de failliete boedel), dan wel of er gronden voor een reorganisatie zijn. In deze fase kan de ondernemingsraad worden betrokken.

Als de curator anders besluit dan de ondernemingsraad adviseert, kan de ondernemingsraad krachtens artikel 25 lid 7 (nieuw) WOR niet naar de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam, nu artikel 26 WOR niet van toepassing is. Ook de gebruikelijke opschortingstermijn van een maand van artikel 25 lid 6 WOR is niet van toepassing. Een curator dient bij iedere (belangrijke) beslissing de rechter-commissaris te informeren en diens toestemming te vragen. De rechter-commissaris beslist binnen de daarvoor in de Fw gestelde termijnen. Wel heeft de ondernemingsraad het recht zijn van de curator afwijkende advies te laten toetsen door de rechter-commissaris op de voet van artikel 69 lid 2 (nieuw) Fw. Artikel 176a lid 1 (nieuw) Fw vereist voorts dat de rechter-commissaris alvorens deze toestemming geeft voor de onderhandse verkoop ex artikel 7:666 lid 5 (nieuw) BW de personeelsvertegenwoordiging of de ondernemingsraad hoort. Dit is alleen anders als een advies is uitgebracht en dit advies geheel wordt gevolgd. Ook als sprake is van een situatie ex artikel 7:666 lid 1 sub a (nieuw) BW en artikel 7:666 lid 4 (nieuw) BW is niet van toepassing, zal de rechter-commissaris moeten toetsen of artikel 25 lid 7 WOR is nageleefd. Het wetsvoorstel zegt niet welk toetsingskader de rechter-commissaris daarbij moet gebruiken. Het lijkt ons logisch dat de toetsing in principe zal plaatsvinden binnen dezelfde kaders als artikel 26 lid 4 WOR geeft, zoals nader uitgewerkt in de jurisprudentie van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam, maar binnen de bijzondere kaders die nu eenmaal gelden in faillissement.

Advies: neem in de memorie van toelichting op dat de rechter-commissaris in gevallen waarin de curator anders besluit dan de ondernemingsraad adviseert, het toetsingskader van artikel 26 lid 4 WOR volgt, zoals nader uitgewerkt in de jurisprudentie van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam, maar binnen de bijzondere kaders die gelden in faillissement.

Het voorstel voorziet enkel in een regeling voor artikel 25 WOR aangelegenheden. Artikel 27 WOR aangelegenheden zijn niet geregeld. Vermoedelijk kan dit worden verklaard door de omstandigheid dat er in principe geen instemmingsplichtige onderwerpen aan de orde zijn bij een overgang van onderneming. Het voorstel voorziet immers in de verplichting tot het aanbieden van een nieuwe arbeidsovereenkomst ingaande per het moment van de overgang die qua rechten en verplichtingen gelijk is aan de arbeidsovereenkomst die de werknemer had met de gefailleerde werkgever. Afwijkingen dienen met de vakbonden te worden overeengekomen, zodat de ondernemingsraad op grond van artikel 27 lid 3 WOR daarin geen formele rol heeft. We merken overigens nu al op dat dit mogelijk anders kan zijn als de vakbonden hier niet bij betrokken kunnen of willen worden. Dan zou de ondernemingsraad mogelijk wel een rol kunnen hebben. Wij komen hier in par. 6.1 van deze notitie op terug.

Verder valt op dat de voorgestelde aanpassingen niets regelen over de rol van de curator in het licht van artikel 35b lid 5 WOR (adviesrecht personeelsvergadering bij besluiten met gevolgen voor meer dan een kwart van het personeel) en artikel 35c lid 3 WOR (adviesrecht

personeelsvertegenwoordiging). Dit adviesrecht is naar onze mening in lijn met DA-leer ook na faillissement van toepassing op besluiten van de curator. Er is geen beroepsgang naar de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam om de redelijkheid van het besluit te laten toetsen, maar het lijkt toch logisch dat bijvoorbeeld ten aanzien van de minimale adviestermijn in de wovof iets wordt opgenomen. Overigens kan de personeelsvergadering of de personeelsvertegenwoordiging een procedure bij de kantonrechter starten als de ondernemer geen advies zou vragen. Dat zal na faillissement in principe ook kunnen ten opzichte van de curator. Moet die rechtsgang open blijven of staat dan de weg open naar de rechter-commissaris?

Advies: neem in overweging in de wovof ook een regeling te treffen voor de positie van de curator ten opzichte van de personeelsvergadering en de personeelsvertegenwoordiging.

Tot slot kunnen wij ons voorstellen dat de wetgever met de wovof nog enkele andere onvolkomenheden op het gebied van medezeggenschap bij een overgang van onderneming herstelt. De wetgever heeft nog niet adequaat geregeld wat de positie is van de ondernemingsraad bij een overgang van onderneming. Anders gezegd, artikel 6 Richtlijn is nog niet goed geïmplementeerd in de Nederlandse wet.¹⁶

Advies: neem in overweging in de wovof een regeling te treffen over de positie van de ondernemingsraad bij een overgang van onderneming.

3.3 Non-concurrentiebeding

Het belang van het non-concurrentiebeding in faillissement wordt door de wovof onderstreept. Er worden in de wovof afwegingen gemaakt tussen de belangen van de werknemer om bij faillissement te worden ontheven van het non-concurrentiebeding en de belangen die spelen om de kans op een succesvolle doorstart van de failliete onderneming mogelijk te maken.¹⁷

Wij merken op dat over het non-concurrentiebeding ook een wetsontwerp modernisering concurrentiebeding ter consultatie is ingediend.¹⁸ Daarmee wordt het volgende beoogd:

- Een afname van het gebruik van het aantal (niet noodzakelijke) non-concurrentiebedingen, waardoor de vrije arbeidskeuze, de arbeidsmobiliteit en een optimale arbeidsallocatie bevorderd worden.
- Het in evenwicht brengen van de balans in belangen tussen werkgevers en werknemers.
- Het bieden van meer rechtszekerheid, zodat op voorhand duidelijk is welke rechten en plichten voor werkgevers en werknemers gelden, waardoor een gang naar de rechter minder vaak nodig is.
- Het in stand houden van de mogelijkheid voor werkgevers tot het beschermen van het bedrijfsdebiët.

Indien we daar de memorie van toelichting van dat wetsvoorstel op naslaan, betekent dit dat een non-concurrentiebeding niet alleen aan zwaardere eisen zal moeten voldoen, maar ook dat, wil een werkgever de werknemer aan een dergelijk beding houden, hij die werknemer daarvoor fors zal

¹⁶ Zie hierover bijvoorbeeld P.H. Burger en L.C.J. Sprengers, 'Behoud van medezeggenschap bij overgang van onderneming', Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk 2009/2.

¹⁷ Zie met name p. 27 MvT.

¹⁸ Zie ook voetnoot 54 MvT.

moeten compenseren. Indien dit voorstel tot wet zal verworden zal dat naar verwachting leiden tot het marginaliseren van het aantal non-concurrentiebedingen. Let op: het voorstel uit de wovof is gebaseerd op de huidige wetgeving en neemt het wetsontwerp modernisering concurrentiebeding nog niet mee. In de memorie van toelichting wordt terecht opgemerkt dat de trajecten op elkaar moeten worden afgestemd.¹⁹ Dergelijke afstemming zal nog het nodige denkwerk vergen, bijvoorbeeld ten aanzien van de verplichting een vergoeding te betalen bij het handhaven van het non-concurrentiebeding.

De wovof regelt met betrekking tot het non-concurrentiebeding het volgende. Indien de arbeidsovereenkomst van de werknemer die in dienst is van de failliet door de curator wordt opgezegd, vervalt *als hoofdregel* het non-concurrentiebeding krachtens artikel 7:653 lid 6 (nieuw) BW. Dat betekent tevens dat het non-concurrentiebeding niet wordt aangetast door het faillissement zelf, maar uitsluitend na de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door opzegging door de curator.²⁰ Tijdens het voortzetten van de gefailleerde onderneming worden dus de belangen van de failliete onderneming (en de daaraan verbonden stakeholders) hoger aangeslagen dan die van de betrokken werknemer. Dat is naar onze mening een redelijke situatie, nu in die periode een eventuele doorstart kan worden onderzocht en de werknemer nog loon krijgt.²¹ Een doorstart zal een kleinere kans van slagen hebben als sleutelpersoneel met een non-concurrentiebeding op eigen initiatief en bevrijd van dat beding meteen zou kunnen vertrekken naar een concurrent.²² Maar vanaf de beëindiging van arbeidsovereenkomst na opzegging door de curator prevaleren in principe de belangen van de werknemer. Ook dat is naar onze mening een faire situatie nu deze werknemer zijn baan en daarmee zijn inkomen heeft verloren, hetgeen de uitkomst van de afweging tussen de belangen van de failliete onderneming en die van de werknemer wijzigt.²³ Kennelijk is deze afweging ook op zijn plaats als de failliete onderneming (al dan niet tijdelijk) in afgeslankte vorm wordt voortgezet.

Bovengenoemde hoofdregel van het verval van het non-concurrentiebeding na beëindiging van de arbeidsovereenkomst door opzegging van de curator geldt krachtens artikel 7:653 lid 6 (nieuw) BW echter *niet* als de failliete onderneming wordt overgedragen, terwijl (i) sprake is van een overgang van onderneming, (ii) de verkrijger de desbetreffende werknemer een aanbod heeft gedaan tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst conform de wovof (iii) voordat de opzegtermijn van de opzegging door de curator is verstreken. In deze omstandigheden worden de belangen die betrokken zijn bij de overgenomen onderneming (dus ook die van de verkrijger) zwaarder aangeslagen dan die van de werknemer die tijdig een aanbod krijgt tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst met de verkrijger. De werknemer van de overgegangene onderneming die géén aanbod van de verkrijger krijgt en van wie de arbeidsovereenkomst eindigt vanwege de opzegging daarvan door de curator, ziet zich bevrijd van het non-concurrentiebeding.²⁴

Dat onderscheid in positie valt wat ons betreft te billijken, nu de werknemer mét aanbod in de positie wordt gebracht zijn werkzaamheden te continueren, in principe op basis van dezelfde arbeidsvoorwaarden. Ook als de werknemer het aanbod van de verkrijger niet aanvaardt, is de werknemer onverkort gebonden aan het non-concurrentiebeding.²⁵ De verkrijger zal in principe

¹⁹ Zie p. 8 en 29 MvT.

²⁰ Zie p. 8 MvT.

²¹ Zie ook p. 28 MvT.

²² Opzegging van de arbeidsovereenkomst *door de werknemer* tijdens faillissement zal niet tot gevolg hebben dat het non-concurrentiebeding vervalt.

²³ Dat dit tot gevolg kan hebben dat de onderneming minder waard is of wordt, moet ons inziens tot het ondernemersrisico worden gerekend. Dit risico kan worden ingeschat bij de onderhandelingen over de koopprijs.

²⁴ Zie p. 28 MvT.

²⁵ Zie p. 28 MvT.

nakoming van dat beding kunnen vragen, ervan uitgaande dat de overgang van onderneming zich heeft voltrokken voorafgaande aan het einde van de opzegtermijn. De verkrijger is dan immers bij wege van de overgang van onderneming in de rechten en de plichten van de betrokken arbeidsovereenkomst getreden.²⁶

Ook deze situatie lijkt ons redelijk. Dat wordt mogelijk *anders* bij 'een aanmerkelijk wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer' in de zin van artikel 7:665 BW. Wij kunnen ons dan voorstellen dat het non-concurrentiebeding van deze werknemer alsnog komt te vervallen. Wij begrijpen dat dit artikel krachtens artikel 7:666 lid 5 (nieuw) BW is uitgesloten voor werknemers die in faillissement overgaan, maar dat neemt niet weg dat die criteria mogelijk relevant kunnen zijn in deze situatie. Vermoedelijk is het de bedoeling van de wetgever dat deze discussie op de voet van artikel 7:653 lid 3 BW wordt gevoerd. Het kan nuttig zijn dat de wetgever hier inzicht in geeft.

Advies: neem in de memorie van toelichting op wat de positie is van een werknemer met een non-concurrentiebeding die het aanbod van de verkrijger verwerpt in verband met 'een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer'.

Wij denken dat de tijdslijn die het nieuwe lid 7 stelt doenlijk moet kunnen zijn. Als de curator eenmaal de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd van de werknemer die een non-concurrentiebeding heeft, begint de teller te lopen. Als de betrokken werknemer niet voor ommekomst van de opzegtermijn een aanbod van de verkrijger heeft gehad, vervalt het non-concurrentiebeding. Dat zet natuurlijk enige druk op de onderhandelingen tussen de verkrijger en de curator. Maar die druk zal er ook om andere redenen wel zijn, terwijl de curator in eigen hand heeft wanneer de arbeidsovereenkomst op te zeggen. De werknemer moet na ommekomst van die opzegtermijn zekerheid hebben omtrent de status van het non-concurrentiebeding. Die zekerheid wordt met het huidige voorstel verschaft.

²⁶ Zie ook p. 27 MvT.

4. Procedure van de overgang van de werknemers, met inbegrip van de uitzondering van de kleine onderneming en rechtsbescherming

4.1 Procedure overgang werknemers en daarbij gemaakte keuzes nader belicht

De in de wovof gekozen techniek is zo dat deze de toets van het Hof van Justitie EU inzake *Plessers* zou moeten doorstaan.²⁷ Elke werknemer gaat in de systematiek van de wovof immers bij een doorstart (die als een overgang van onderneming kwalificeert) over, zodat niet in strijd met *Plessers* wordt geselecteerd wie overgaat en wie achterblijft. Wel zijn voorafgaande aan de doorstart alle arbeidsovereenkomsten opgezegd door de curator. De werknemers gaan dus gedurende de opzegtermijn over. Elk van die werknemers krijgt vervolgens een aanbod van de verkrijger om daar in dienst te treden. Dat is uitsluitend anders als de verkrijger aan de hand van bedrijfseconomische redenen kan onderbouwen dat hij niet elke werknemer nodig heeft, waarbij de krimp in principe op grond van inspiegelen plaatsvindt. Die werknemers krijgen geen aanbod van de verkrijger en hun al opgezegde arbeidsovereenkomst eindigt na ommekomst van de opzegtermijn. Bij de overgang van onderneming behouden de betrokken werknemers (die een aanbod krijgen van de verkrijger) in principe hun rechten en plichten, maar gaan voor de datum van de overgang van onderneming opgebouwde schulden niet mee over. Hierover meer in hoofdstuk 6.

We merken op dat er geen verplichting op de curator rust de arbeidsovereenkomst van de werknemers van de failliete onderneming op te zeggen. Dat blijkt ook uit de memorie van toelichting, waaruit volgt dat de arbeidsovereenkomsten 'veelal' kort na de faillietverklaring worden opgezegd. Hoewel de wovof daarover niet rept, zal bij introductie van de wovof een werknemer van wie de arbeidsovereenkomst niet is opgezegd door de curator 'gewoon' overgaan op de verkrijger. Wel wordt op p. 31 van de memorie van toelichting opgemerkt dat, wanneer de verkrijger de werknemer van wie de arbeidsovereenkomst nog niet is opgezegd door de curator niet wil behouden, de curator voorafgaande aan de overgang van onderneming deze arbeidsovereenkomst alsnog moet opzeggen. Dat is praktisch, maar volgens ons juridisch niet noodzakelijk. Is de arbeidsovereenkomst nog niet opgezegd door de curator voorafgaande aan de overgang van onderneming, terwijl de verkrijger geen plaats heeft voor de desbetreffende werknemer, dan zal de verkrijger een reguliere ontslagprocedure moeten initiëren en daarin aantonen dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst vanwege ETO-redenen noodzakelijk is.

4.2 Uitzondering kleine onderneming

De bovengenoemde procedure geldt in principe niet voor zogeheten 'kleine' ondernemingen. Hierbij gaat het om de omvang van de overgedragen onderneming op het moment van faillissement, niet om de omvang van de gehele gefailleerde werkgever.²⁸ De verkrijger van een dergelijke onderneming krijgt keuzevrijheid: toepassen van de wovof of niet. In het laatste geval zal conform de 'Heiploeg-leer' in elk individueel geval nog beoordeeld dienen te worden of de procedure in kwestie liquidatie dan wel voortzetting van de onderneming beoogde. Bij voortzetting gaan alsnog alle werknemers mee over, waarbij de verkrijger geen beroep meer toekomt op de faciliterende regels van de wovof. Het valt te betwijfelen of verkrijgers dit willen en – naar ons oordeel ook – of zij dat zouden móeten willen. Of de uitzondering voor kleine ondernemingen gewenst is of niet, zien wij als politieke keuze en laten we verder onbesproken. We merken op dat bij de keuze voor het niet toepassen van de wovof, een zekere

²⁷ HvJ EU, 16 mei 2019, nr. C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424 (*Plessers*).

²⁸ Zie p. 29 MvT.

mate van rechtsonzekerheid niet kan worden voorkomen en dat scherp op misbruik zal moeten worden gelet.

Kiest de verkrijger van een kleine onderneming er voor *niet* de regels van de wovof toe te passen, dan geldt niettemin een 'lichter regime'.²⁹ Dat regime blijkt uit de combinatie van artikel 7:666 lid 3 (nieuw) BW en artikel 176a lid 3 (nieuw) Fw (waarbij wij als eerder gememoreerd denken dat de curator ook rekening dient te houden met de eventuele personeelsvergadering en personeelsvertegenwoordiging). De verkrijger moet de rechter-commissaris, die beslist over de overdracht die tot een overgang van de kleine onderneming zal leiden, in elk geval een verklaring verstrekken waaruit blijkt (a) hoeveel werknemers verbonden aan de onderneming hij overneemt, (b) welke arbeidsvoorwaarden hij hierbij zal hanteren,³⁰ (c) de wijze waarop deze werknemers worden geselecteerd en (d) de wijze waarop hij de werknemers zal informeren over het selectieproces. In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat de verklaring niet heel precies hoeft te zijn, maar wel zal moeten bijdragen aan de transparantie van het selectieproces. Dat is onder meer van belang voor toetsing aan gelijke behandelingswetgeving.

Advies: in het kader van de transparantie kan worden overwogen deze verklaring te publiceren in bijvoorbeeld het Centraal Insolventieregister.

Ontstaan binnen 26 weken na de overgang van de kleine onderneming vacatures voor gelijke of gelijkwaardige functies als die welke werden verricht door niet overgenomen werknemers, dan moeten die werknemers eerst een aanbod krijgen, voordat de vacature aan een derde wordt gegund. Hierbij is de verkrijger weer niet verplicht een objectieve selectiemethode te hanteren. Uiteraard geldt wel dat de keuze niet in strijd mag komen met gelijke behandelingswetgeving. In het kader van de voorspelbaarheid zou in artikel 7:666 lid 3 (nieuw) BW kunnen worden opgenomen dat de verkrijger de selectie van een werknemer die een aanbod krijgt moet kunnen motiveren aan de hand van de eerder aan de rechter-commissaris verschaftte verklaring over de wijze waarop de verkrijger personeel selecteert.

Kleine ondernemingen zijn op basis van de wovof/rovof ondernemingen met minder dan 20 werknemers. Bij het vaststellen van dit aantal is aangesloten bij de getalsgrens van de Wet Melding Collectief Ontslag.³¹ Het vaststellen van het aantal werknemers voor het bepalen van de kleine onderneming is tot op zekere hoogte arbitrair, net zo als het zoeken van aansluiting bij de Wet Melding Collectief Ontslag arbitrair oogt. Zo had ook gekozen kunnen worden voor de grens van 50 werknemers, zodat aangesloten wordt bij de regels van de WOR (en artikel 7:665a BW). Wij kunnen niet goed inschatten of het gekozen aantal van 20 werknemers in de praktijk goed zal uitwerken en daarom is de keuze deze grens vast te leggen in een algemene maatregel van bestuur nuttig. Een algemene maatregel van bestuur biedt immers de nodige flexibiliteit. Dan zal wel tijdig moeten worden getoetst of het gekozen getalscriterium in de praktijk goed uitwerkt.

Advies: evalueer het getalscriterium van 20 werknemers tijdig.

²⁹ Zie p. 42 MvT

³⁰ De verkrijger hoeft hierbij uitdrukkelijk niet dezelfde arbeidsvoorwaarden aan te bieden die de werknemers hadden bij de vervreemder. Daar is wel een grens aan verbonden. Volgens p. 30 van de memorie van toelichting mag de verkrijger geen gunstigere arbeidsvoorwaarden aanbieden aan derden dan aan de oud-werknemers van de gefailleerde. Waar dit verbod staat in de wovof is ons niet duidelijk.

³¹ Zie p. 6 MvT.

4.3 Rechtsbescherming – algemeen

De rechterlijke toetsing is in de nieuwe wovof (ten opzichte van de eerste versie) aangepast. Om de verkrijger snel(ler) duidelijkheid te verschaffen over de gevolgen van de doorstart, is het hoger beroep tegen de beslissing waarbij de rechter-commissaris toestemming verleent voor de betreffende transactie die tot een overgang van onderneming leidt, geschrapt. Het stelsel van rechtsbescherming ziet er daarmee als volgt uit:

- De rechter-commissaris geeft enkel toestemming voor de overgang van onderneming als is voldaan aan de regeling zoals neergelegd in de wovof. Tegen deze beslissing staat geen hoger beroep open.
- In dit proces speelt de ondernemingsraad een belangrijke rol. De ondernemingsraad wordt voorafgaande aan de beslissing uitgenodigd door de rechter-commissaris, tenzij de curator handelt conform het in het kader van artikel 25 lid 7 (nieuw) WOR gegeven advies van de ondernemingsraad bij de overgang van onderneming. Dat is ook zo als er onenigheid bestaat over het antwoord op de vraag of sprake zal zijn van een overgang van onderneming. Dit is van belang, omdat de rechter-commissaris toetst of wel of niet sprake is van een overgang van onderneming, welke toets relevant is voor de kantonrechter in een eventueel daarop gestarte procedure door een werknemer die vindt dat hij mee over had moeten gaan (onder behoud van arbeidsvoorwaarden) naar de overnemende partij krachtens overgang van onderneming.
- De individuele werknemer die meent dat hem in strijd met de wovof ten onrechte geen arbeidsovereenkomst is aangeboden, kan zich binnen twee maanden wenden tot de kantonrechter.
- De taakverdeling tussen de rechter-commissaris en de kantonrechter is verduidelijkt. De rechter-commissaris toetst of het overnameplan van de beoogd verkrijger in zijn algemeenheid voldoet aan de wettelijke regeling, terwijl de kantonrechter in beginsel alleen toetst of de door de rechter-commissaris goedgekeurde werkwijze in de praktijk correct is uitgevoerd. Slechts in uitzonderingsgevallen, te weten als de beslissing berust op onjuiste of onvolledige informatie of bij een evidente schending van de wettelijke regeling, kan de kantonrechter afwijken van het oordeel van de rechter-commissaris.

Dat in de afweging tussen de belangen van (individuele) werknemers en van doorstartende ondernemers c.q. werkgevers bepaalde waarborgen sneuvelen, is in zijn algemeenheid te begrijpen. Niettemin hebben we enkele zorgen bij het nu voorliggende stelsel. Wij vragen ons af of de rechter-commissarissen over voldoende tijd en (arbeidsrechtelijke) expertise beschikken om de hen opgelegde uitgebreide taak naar behoren te vervullen. Dat zal vast niet voor iedereen gelden.

Advies: stel een pool à la WHOA in en/of maak gebruik van de kennis en ervaring van UWV.

De gevolgen van een overgang van onderneming zijn van openbare orde.³² Het is daarmee zeer de vraag of in alle gevallen een marginale toets van de kantonrechter kan volstaan als een werknemer meent dat de verkrijger in strijd heeft gehandeld met de regels van overgang van onderneming of bij het antwoord op de vraag of sprake is van een overgang van onderneming. Sommige beslissingen lijken zich wel te lenen voor zo'n marginale toets, te weten beslissingen op onderwerpen die niet dwingend zijn geregeld in de Richtlijn of waarbij de Richtlijn enige ruimte biedt. Zo lijkt het ons mogelijk dat zaken als het selectieplan (wie krijgt een aanbod van de verkrijger?) zoals goedgekeurd door de rechter-commissaris marginaal worden getoetst. Dat geldt naar onze mening ook over het vaststellen van de ETO-redenen, aangezien de lidstaten, zoals terecht opgemerkt in de memorie van toelichting, mogelijkheden hebben de ETO-redenen tot op zekere hoogte zelf in te vullen. Bij andere vragen ligt dat anders. Zo kunnen wij ons niet goed voorstellen dat de beslissing van de rechter-commissaris dat een bepaalde transactie géén overgang van onderneming is, uitsluitend marginaal kan worden getoetst. Dat geldt te meer aangezien op voorhand niet steeds goed valt te bepalen of een overgang van

³² Zie o.a. HvJ EG 10 februari 1988, C-324/86 (*Daddy's Dance Hall*) en HR 26 juni 2009, JAR 2009/183 (*Pax/Bos*).

onderneming zal plaatsvinden. Denk aan de situatie dat een groot aantal werknemers in een arbeidsintensieve onderneming in de praktijk het aanbod tot indiensttreding bij de (vermeende) verkrijger niet aanvaardt. Dan blijkt ineens geen overgang van onderneming aan de orde te zijn. Of denk andersom aan de omstandigheid dat het bij de voorgenomen transactie nog lijkt dat allerlei belangrijke klanten van de failliet niet in zee willen met de koper, terwijl zij dat na de transactie toch doen. Dan kan ineens, anders dan oorspronkelijk gedacht, wél een overgang van onderneming aan de orde zijn. De eerste situatie – ten onrechte was ingeschat dat een overgang van onderneming zou plaatsvinden - zal niet op juridische bezwaren stuiten. De Richtlijn staat immers additionele bescherming van de werknemers toe, waarbij de Richtlijn achteraf bezien bovendien niet eens van toepassing blijkt. De tweede situatie - ten onrechte was ingeschat dat géén overgang van onderneming zal plaatsvinden - stuit naar onze mening wel op bezwaren van openbare orde. Die situatie kan de kantonrechter naar onze mening niet met een marginale toets laten voortbestaan. De koper zal een risico op een procedure ter zake moeten incalculeren. Wij begrijpen zeer wel dat dit niet in het belang is van de gewenste 'deal certainty', maar denken dat de bescherming die de Richtlijn biedt de wetgever en rechter in redelijkheid geen andere mogelijkheid laat. Wél kan het zo zijn dat voor deze specifieke situatie de wetgever weer terugvalt op artikel 5 lid 1 Richtlijn, en het standpunt huldigt dat in die situatie geen enkele bescherming heeft te gelden. Dat is mogelijk, als daadwerkelijk wordt voldaan aan de voorwaarden van artikel 5 lid 1 Richtlijn.

Advies: werk scherper uit welke gedurende de wovof-doorstart gemaakte beslissingen van de rechter-commissaris marginaal en welke vol door de (kanton-)rechter zouden moeten worden getoetst. Houd in elk geval rekening met een volle toetsing door de rechter, als de rechter-commissaris heeft geoordeeld dat geen sprake is van een overgang van onderneming, terwijl dat oordeel achteraf wordt aangevallen. Overweeg om in de omstandigheid dat de rechter-commissaris ten onrechte heeft geoordeeld dat geen sprake is van een overgang van onderneming een beroep op artikel 5 lid 1 Richtlijn toch nog mogelijk te maken.

4.4 Rechtsbescherming – de processuele positie van de betrokken werknemer

Een andere uitdaging aangaande de rechtsbescherming heeft betrekking op de omstandigheid dat de werknemer bijzonder veel en zeer gedetailleerde informatie nodig zal hebben om vast te stellen of aan hem ten onrechte geen aanbod is gedaan. Die informatie gaat verder dan alleen informatie die betrekking heeft op de bedrijfseconomische omstandigheden en zijn categorie uitwisselbare functies. De werknemer moet namelijk ook kunnen vaststellen of (i) aan voldoende werknemers een aanbod is gedaan en (ii) of bij inspiegeling de verkrijger binnen de 10% bandbreedte is gebleven. En zelfs als de werknemer al deze informatie heeft verkregen, is nog steeds onzeker of de procedure van de werknemer kans van slagen heeft. Niet is uitgesloten dat ook andere werknemers gaan procederen die op basis van de inspiegelingsmethode of de 10% bandbreedte voorrang hebben of krijgen. De werknemer draagt aldus een stevig procesrisico.

Het is krachtens artikel 7:666b lid 2 (nieuw) BW aan de verkrijger deze informatie te verstrekken. Gegeven de processuele gevolgen die deze informatieverstrekking heeft, adviseren wij de verkrijger meer inzicht te geven in hetgeen hij moet aanreiken.

Advies: neem al dan niet in lagere regelgeving op welke informatie de verkrijger aan de werknemers moet verstrekken om het voor hen mogelijk te maken om vast te stellen of het proces correct verloopt. Betrek daarbij ook de beperkingen die de AVG oplegt.

Daarnaast kunnen wij ons voorstellen dat een werknemer in bepaalde gevallen niet in de proceskosten kan worden veroordeeld ondanks dat zijn verzoek is afgewezen. Denk bijvoorbeeld aan gevallen dat: (a) onvoldoende informatie was verstrekt, (b) de rechter heeft 'gekozen' uit meerdere verzoeken of (c) de verkrijger van de onderneming alsnog via de bandbreedte van 10% een verplichting tot het doen van aanbod aan de desbetreffende werknemer weet te voorkomen.

Advies: bied de werknemer enige bescherming tegen een proceskostenveroordeling als hij om hem niet verwijtbare redenen procedeert tegen het niet krijgen van een aanbod van de verkrijger. Dit zou wellicht al kunnen door dit in de MvT op te nemen, waarna de rechter dit kan betrekken bij zijn beslissing omtrent de proceskosten.

5. Overgang werknemers, inspiegeling en selectie

5.1 Hoofdregeel: alle werknemers krijgen een aanbod

De wovof kent als hoofdregel (behoudens bij kleine ondernemingen) dat alle betrokken werknemers een aanbod krijgen van de verkrijger. Dat is ook zo als de opzegtermijn van de curator al is verlopen en de betrokken werknemer dus niet van rechtswege in dienst treedt van deze verkrijger. Dat laatste is fair én in overeenstemming met rechtspraak. In EU- en nationale rechtspraak is al uitgemaakt dat de werknemer van wie de arbeidsovereenkomst is opgezegd waarna een ten tijde van die opzegging nog niet voorziene overgang van onderneming plaatsvindt, recht heeft op bescherming van het opzegverbod bij overgang van onderneming.³³ De (toelichting op de) wovof regelt niet wat gebeurt met de loondoorbetalingsverplichting over de periode tussen het einde (voorafgaande aan het moment van de overgang van onderneming) van de arbeidsovereenkomst door opzegging van de curator en de aanvaarding van de werknemer van het aanbod van de verkrijger. Strikt genomen zou de werknemer op grond van artikel 7:670 lid 8 BW de vernietiging van de opzegging van de curator wegens de overgang van onderneming kunnen invoeren, zodat sprake is van een doorlopende arbeidsovereenkomst. Een beroep (door de curator) op een ETO-reden zal niet snel aan de orde kunnen zijn, nu de werknemer een aanbod van de verkrijger heeft gehad. De werknemer zou vervolgens kunnen stellen dat het niet werken in deze periode niet in zijn risicosfeer behoort te komen, zodat hij recht heeft op loondoorbetaling. Of dat ook de bedoeling van de wetgever is, weten wij niet. Wij zouden nadere toelichting op dit punt aanmoedigen.

Advies: werk uit wat heeft te gelden ten aanzien van de loondoorbetalingsverplichting als de opzegtermijn al was beëindigd voordat een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden en dus ook voordat de betrokken werknemer het aanbod van de verkrijger aanvaardt.

Een ander praktisch maar complex punt in dit verband is het vaststellen welke werknemers precies in aanmerking komen voor een aanbod van de verkrijger. De wovof zelf beschrijft dit in artikel 7:666b lid 1 (nieuw) BW eenvoudig: alle werknemers die op de dag van de faillietverklaring in de onderneming werkzaam zijn. Maar wie zijn dat als *onderdelen* van de onderneming overgaan?

Uit het arrest *Botzen* van het Hof van Justitie EG volgt dat de arbeidsverhouding wordt gekenmerkt 'door de band tussen de werknemer en het onderdeel van de onderneming of vestiging, waarbij de werknemer is aangesteld'.³⁴ Het arrest *Botzen* heeft tot gevolg dat als sprake is van een overgang van een onderdeel van de onderneming, de werknemers die zijn aangesteld bij dat onderdeel wel overgaan naar de verkrijger, maar werknemers die werkzaam zijn voor een stafafdeling (niet specifiek behorende bij dat onderdeel) niet overgaan. Daarnaast is er de uitspraak *ISS Facility Services* van het Hof van Justitie EU, waarin de werknemer in kwestie als projectmanager werkzaam was bij ISS Facility Services NV voor drie percelen voor de stad Gent. Na een heraanbesteding worden twee van de drie percelen gegund aan Atalian NV en de derde aan Cleaning Masters NV. Het oordeel van het Hof van Justitie EU in deze zaak brengt – kort gezegd – mee dat deze projectmanager overgaat 'op ieder van de verkrijgers naar verhouding van de door de betrokken werknemer verrichte werkzaamheden', op voorwaarde dat deze splitsing van de arbeidsovereenkomst mogelijk is en geen verslechtering van de

³³ Zie HvJ EG, 15 juni 1988, NJ 1990, 247 (*Bork*) en Hof Den Haag, 12 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:955 (*Nieuwkoop Paprika's*).

³⁴ HvJ EG 7 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:58, C-186/83 (*Botzen*).

arbeidsvoorwaarden meebrengt.³⁵ Deze jurisprudentie kan de verkrijger voor uitdagingen stellen. Twee voorbeelden:

1. Een onderneming heeft drie business units en bij elke business unit zijn vijftig werknemers in dienst. Daarnaast heeft de onderneming een stafafdeling met onder andere drie personeelsadviseurs en elke personeelsadviseur verricht werkzaamheden ten behoeve van alle drie business units. Wat zijn de gevolgen voor deze personeelsadviseurs onder de wvof, indien in faillissement (i) slechts één business unit na de faillietverklaring wordt overgedragen, (ii) die overdracht kan worden aangemerkt als een overgang van onderneming en (iii) de activiteiten van overige business units worden gestaakt? Verdedigbaar is dat de personeelsadviseurs niet kunnen worden toegerekend aan deze overgedragen business units en dat geen van de personeelsadviseurs op grond van de regeling over overgang van onderneming van rechtswege in dienst treedt bij de verkrijger. Maar stel dat de verkrijger van deze business unit wel formatieruimte heeft voor één personeelsadviseur ten behoeve van deze business unit. Mag deze verkrijger vrijelijk beslissen of aan een van de personeelsadviseurs een aanbod tot indiensttreding wordt gedaan alsmede zelf bepalen tegen welke arbeidsvoorwaarden?
2. Dezelfde casus als hierboven geschetst is aan de orde, maar een werknemer werkt gelijkelijk over de drie business units. Moet deze persoon een aanbod van de verkrijger krijgen met een omvang van 1/3 van zijn oorspronkelijke arbeidsovereenkomst?

Ook duurzame arbeidsongeschiktheid van de werknemer betrokken bij de overgedragen onderneming kan op grond van jurisprudentie tot vragen leiden. In dit verband wordt verwezen naar de zaak *Memedovic* van de Hoge Raad. Die zaak ging over de vraag of een geschorste werknemer over zou gaan op de verkrijger.³⁶ Dat bleek vanwege deze schorsing niet het geval. Deze uitspraak is niet onomstreden en de reikwijdte van dit arrest is onduidelijk. Wat zijn bijvoorbeeld de gevolgen voor arbeidsongeschikte werknemers waarbij geen uitzicht is op re-integratie in eigen functie?³⁷ In de memorie van toelichting van de wvof wordt opgemerkt dat een zieke werknemer gewoon moet worden betrokken bij het selectieproces (de inspiegeling).³⁸ Maar het is onduidelijk of dit ook zo is, indien sprake is van een overgang van een *onderdeel* van de onderneming en de zieke werknemer geen zicht heeft op herstel en niet kan terugkeren in de eigen functie.

Advies: In verband met het voorgaande denken wij dat het zinvol is – al dan niet in de memorie van toelichting of mogelijk logischer aan de hand van een expert opinion - nader uit te werken (met voorbeelden) wat de gevolgen zijn van een overgang van een of meer onderdelen van een onderneming tijdens faillissement ten aanzien van werknemers die niet (uitsluitend) aan één onderdeel van de onderneming kunnen worden toegerekend. Daarbij spelen onder meer de volgende vragen:

- a. Moeten de niet specifiek aan de betrokken onderneming toe te rekenen werknemers wel of niet worden meegenomen bij het doen van een aanbod als bedoeld in artikel 7:666b lid 1 en 2 (nieuw) BW?

³⁵ HvJ EU 26 maart 2020, ECLI:EU:C:2020:239, C-336/15 (*ISS Facility Services*).

³⁶ HR 11 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4466 (*Memedovic*).

³⁷ R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming* (tweede druk), Amsterdam: COREL 2023, p. 94 tot en met 96 en de aldaar aangehaalde literatuur en jurisprudentie.

³⁸ MvT, p. 15-16 en 29.

- b. Moeten deze werknemers wel of niet worden meegenomen in de inspiegeling als bedoeld in artikel 7:666b lid 2 (nieuw) BW en hoe werkt de inspiegeling in een dergelijk geval?
- c. Indien voor deze werknemers een verplichting geldt tot het doen van een aanbod: kan of moet dan een aanbod tegen een lagere arbeidsomvang worden gedaan en worden geaccepteerd en kunnen mogelijk ondeelbare arbeidsvoorwaarden (zoals een lease auto) worden omgezet in een financiële compensatie?
- d. Indien ten aanzien van deze werknemers *geen* verplichting geldt tot het doen van een aanbod op grond van 7:666b lid 1 en 2 (nieuw) BW, maar de verkrijger in het overgenomen onderdeel van de onderneming wel binnen 26 weken een vacature heeft voor vergelijkbare werkzaamheden: geldt dan via artikel 7:666b lid 5 (nieuw) BW of – in geval van een zogeheten kleine onderneming – via artikel 7:666b lid 2 (nieuw) BW een verplichting tot het doen van aanbod?

5.2 De uitzondering: niet alle werknemers krijgen een aanbod, inspiegelen en ETO

Dan de situatie dat de verkrijger *niet* alle betrokken werknemers een arbeidsovereenkomst wil aanbieden. In principe moet de werknemer dan inspiegelen (het alternatief hiervan, de zogenoemde alternatieve selectiemethode, wordt hierna in par. 5.4 besproken). Het mechanisme van en de theorie achter het inspiegelen is goed te begrijpen: er is zo veel mogelijk aansluiting gezocht bij de bestaande wetgeving over ontslag.³⁹ De rofov maakt duidelijk welke specifieke artikelen uit de Ontslagregeling hierbij van toepassing zijn. In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat de UWV Uitvoeringsregels ontslag om bedrijfseconomische omstandigheden relevant zijn.⁴⁰ De Hoge Raad heeft geoordeeld dat deze uitvoeringsregels zijn aan te merken als beleidsregels voor het UWV, maar dat die beleidsregels niet bindend zijn voor de rechter.⁴¹

Advies: licht ter verduidelijking in de memorie van toelichting toe of de UWV Uitvoeringsregels wel of niet bindend zijn bij toepassing in de wovof.

Er zijn in de wovof ook duidelijke keuzes gemaakt. De wovof neemt als uitgangspunt dat een ontslag om bedrijfseconomische redenen heeft te gelden als ontslag om een economische, technische of organisatorische reden (een zogenoemde ETO-reden), en daarmee op grond van artikel 4 lid 1 Richtlijn is toegestaan.⁴² De ETO-redenen moeten aanwezig zijn om te voorkomen dat de opzegging door de curator wordt gedwarsboemd door het opzegverbod van artikel 7:670 lid 8 BW, dat gebaseerd is op artikel 4 Richtlijn. Want met het van toepassing verklaren van de Richtlijn in faillissement komt als gememoreerd het opzegverbod wegens de overgang van onderneming om de hoek kijken. Dit is anders als ETO-redenen voor de opzegging kunnen worden ingeroepen. De toets aan de ETO-redenen vindt in de wovof eigenlijk aan het einde plaats. De opzegging van de curator wordt niet zozeer getoetst. Het gaat om de verkrijger. Deze moet ofwel alle betrokken werknemers een aanbod doen, ofwel aan de hand van bedrijfseconomische redenen kunnen onderbouwen dat hij niet iedereen nodig heeft, waardoor krimp noodzakelijk is. De ETO-redenen worden daardoor met name getoetst bij het wel of

³⁹ Zie p. 8 MvT.

⁴⁰ Zie p. 13 MvT.

⁴¹ HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1212 (ANWB). Volgens HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:182 (*Decor Handelsmaatschappij*), mag een rechter overigens op de oude beleidsregels (Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2012) wel acht slaan, want uit 'de totstandkomingsgeschiedenis van de Wwz valt immers af te leiden dat de in art. 7:669 lid 3 BW omschreven ontslaggronden aan deze oude regelgeving zijn ontleend en dat op dat punt geen wijziging is beoogd'.

⁴² Zie p. 10 MvT.

niet aanbieden van een arbeidsovereenkomst door de verkrijger.⁴³ Wij denken met de opstellers van de wovof dat de Richtlijn hiervoor ruimte biedt.

De wovof maakt duidelijk dat de verkrijger eerst de curator moet overtuigen van de aanwezigheid van bedrijfseconomische redenen en daarna ook de rechter-commissaris. Nu de rechter-commissaris in een kort tijdsbestek zal moeten beoordelen of er bedrijfseconomische omstandigheden zijn die het verval van arbeidsplaatsen noodzakelijk maken, zal de toets ten aanzien van de aanwezigheid van deze bedrijfseconomische omstandigheden een *'light'* variant moeten zijn, waarbij de slechte financiële situatie van de gefailleerde onderneming als uitgangspunt dient. Het lijkt in deze situatie niet in alle gevallen mogelijk te voldoen aan de informatievereisten die het UWV buiten faillissement stelt om bijvoorbeeld een slechte of slechter wordende financiële situatie te beoordelen. Wel zal de verkrijger, als niet alle werknemers die op de dag van de faillietverklaring in de onderneming werkzaam zijn bij hem in dienst kunnen komen, moeten kunnen onderbouwen waarop dit is gebaseerd.

Advies: neem in overweging te verduidelijken wat de omvang is van de informatievoorziening inzake de bedrijfseconomische omstandigheden richting de rechter-commissaris, bijvoorbeeld in een nadere regeling.

5.3 De 10% bandbreedte bij inspiegeling

Uit artikel 2 lid 2 rovof volgt dat een verkrijger van de onderneming een bandbreedte heeft van 10% om af te wijken van de inspiegelingsmethode. In de toelichting bij de rovof wordt nu vermeld dat als 'de verkrijger *minder* werknemers in dienst [heeft] genomen dan hij had toegezegd, (...) een beroep op 10% bandbreedte niet aan de orde [is].' Het verval van deze bandbreedte van 10% volgt niet uit de tekst van de rovof, maar alleen uit de toelichting. Aangezien deze consequentie zeer vergaand is, verdient het aanbeveling om een dergelijk consequentie ook in de tekst van de rovof zelf op te nemen en niet alleen in de toelichting.

Advies: benoem in de rovof de consequentie van het minder dan toegezegd in dienst nemen van overgekomen werknemers voor het beroep op de 10% bandbreedte.

Meer principieel is het de vraag of het correct is dat het in alle gevallen moet gaan om een *indiensttreding* van minder werknemers dan de verkrijger had toegezegd. Indien de verkrijger van de onderneming bijvoorbeeld een aanbod doet aan een werknemer die een unieke functie bekleedt, maar deze werknemer weigert, dan is er (mogelijk) geen andere potentiële kandidaat van de vervreemder aan wie de arbeidsovereenkomst kan worden aangeboden. De verkrijger van de onderneming heeft dan wel in redelijkheid aan de verplichting tot het doen van het aanbod voldaan en in dergelijk geval zal de bandbreedte van 10% naar onze mening niet moeten komen te vervallen.

Advies: verbind het kunnen doen van een beroep op de bandbreedte van 10% aan het (tijdig) voldoen aan de verplichting tot het doen van een *aanbod* aan voldoende werknemers (en niet aan de daadwerkelijke indiensttreding).

Verder wordt bij de toepassing van de 10% bandbreedte in de memorie van toelichting een grote focus gelegd op de vrijheid die de verkrijger heeft te kiezen welke werknemers hij wil aannemen, die op grond van inspiegeling niet zouden worden aangenomen. Maar wij begrijpen de regeling zo dat

⁴³ Zie in dat kader ook HvJ EG, 15 juni 1988, NJ 1990, 247 (*Bork*).

daartegenover staat of in elk geval mag staan dat andere werknemers die normaal gesproken via inspiegeling een aanbod zouden hebben moeten krijgen, dat aanbod niet hoeven te krijgen. Staat het de werkgever (binnen de grenzen van dwingende wetgeving, zoals gelijke behandelingswetgeving) ook volledig vrij te kiezen wie dat aanbod *niet* krijgt? Dat lijkt wel te volgen uit de toelichting op de 'vergeten' werknemer die in een procedure bij de kantonrechter om dat aan te kaarten bot kan vangen omdat deze in de 10% bandbreedte valt.

Advies: verduidelijk in de wovof/rovo of en/of de memorie van toelichting of de verkrijger bij toepassing van de 10% bandbreedte (binnen de grenzen van dwingende wetgeving, zoals gelijke behandelingswetgeving) vrij mag kiezen welke werknemer die op basis van inspiegeling een aanbod had moeten krijgen, toch geen aanbod krijgt in verband met het aannemen van een andere werknemer die daarvoor op basis van inspiegeling geen aanspraak had kunnen maken.

Tot slot merken wij op dat in art. 2 lid 2 rovo staat dat de bandbreedte ten hoogste 10% 'van het totale aantal werknemers van de gefailleerde werkgever' is. In de bijbehorende toelichting wordt gerefereerd aan '10% van het aantal werknemers wiens arbeidsplaats vervalft'. Op pagina 15 memorie van toelichting staat datzelfde. Dat wekt verwarring. Gaat het nu om (1) 10% van het totale aantal werknemers van de gefailleerde werkgever (op het moment van faillissement)? Let op: als dat zo is, en de verkrijger neemt slechts een kleine onderneming (onderdeel van een onderneming) van een grotere failliete werkgever over, dan is deze bandbreedte mogelijk erg groot. Of gaat het om (2) 10% van het totale aantal werknemers *verbonden aan de overgenomen onderneming of ondernemingen* van de gefailleerde werkgever (op het moment van faillissement)? In dat geval zal de groep kleiner kunnen zijn. Voordeel van het kiezen voor (1) of (2) is dat het relatief eenvoudig is het aantal werknemers ten behoeve van de bandbreedte te bepalen. Maar daarbij past niet de opmerking in de toelichting dat het gaat om 10% van de werknemers wiens arbeidsplaats vervalft. Of gaat het hier (3) om '10% van het aantal werknemers wiens arbeidsplaats vervalft' gemeten over het totale aantal werknemers van de gefailleerde werkgever? En hoe bepaal je het verval van de arbeidsplaats dan: is dat vastgesteld aan de hand van de plannen van de verkrijger zoals gepresenteerd aan de curator en de rechter-commissaris, of moet ook rekening worden gehouden met de omstandigheid dat werknemers mogelijk een aanbod van de verkrijger niet aanvaardden? Dat lijkt ons niet zo logisch, omdat dit pas achteraf is vast te stellen en de arbeidsplaats dan eigenlijk niet is komen te vervallen (maar eenvoudigweg niet wordt ingevuld door afwijzing van de arbeidsovereenkomst door de werknemer). En het wordt al helemaal lastig als werknemers in dienst van de gefailleerde werkgever niet worden overgenomen door de verkrijger, terwijl hun arbeidsplaats niet (meteen) komt te vervallen omdat de onderneming van de failliete werkgever die niet is overgenomen nog voor zekere periode wordt gecontinueerd. Of gaat het (4) om '10% van het aantal werknemers wiens arbeidsplaats vervalft' gemeten over het totale aantal werknemers van de overgenomen onderneming of ondernemingen? Daarvoor gelden vervolgens ten dele dezelfde vragen als hiervoor onder (3) gesteld.

Advies: verduidelijk in de rovo (en de toelichting daar op) over welke groep werknemers de 10% bandbreedte wordt berekend.

5.4 Alternatieve selectiemethode

Artikel 7:666b lid 3 (nieuw) BW vereist dat voor een geldige afwijking van de inspiegelingsmethode het hanteren van een alternatieve selectiemethode noodzakelijk is om tot een doelmatige bedrijfsvoering te komen. Vooropgesteld: juist vanwege de moeilijkheden om op een zeer korte

termijn in alle gevallen een correcte inspiegeling toe te passen (bijvoorbeeld omdat het niet haalbaar lijkt om tijdig de categorieën uitwisselbare functies of het aantal bedrijfsvestigingen correct vast te stellen), is het zeer gewenst om in voorkomende gevallen (deels) af te kunnen wijken van het inspiegelingsbeginsel. Qua waarborgen volstaat naar onze mening dat deze selectiemethode op een transparante, proportionele, objectieve en niet-discriminerende moet werken.

Het is onlogisch te vereisen dat die alternatieve selectiemethode noodzakelijk is om tot een doelmatige bedrijfsvoering te komen. Ten eerste: ook van de inspiegelingsmethode kan op geen enkele wijze worden gesteld (laat staan worden vastgesteld) dat deze noodzakelijk is om tot een doelmatige bedrijfsvoering te komen. Integendeel: veel gevallen zijn denkbaar waarin het rigide karakter van de inspiegelingsmethode juist niet bijdraagt aan een doelmatige bedrijfsvoering. Ten tweede: de toets omtrent de doelmatige bedrijfsvoering houdt veeleer verband met de vraag of het geboden is dat de onderneming qua personele omvang wijzigt (veelal inkrimpt) en welke arbeidsplaatsen komen te vervallen, en niet met de selectiemethode van het personeel ten aanzien van die arbeidsplaatsen.

Advies: wij geven in overweging het criterium, inhoudende dat het hanteren van de alternatieve selectiemethode noodzakelijk is om tot een doelmatige bedrijfsvoering te komen, te laten vervallen. Volstaan kan worden met de overige in de wovof genoemde criteria.

5.5 Aanvaarden van het aanbod

Op grond van artikel 7:666b lid 1 (nieuw) BW moet de verkrijger van de onderneming bij een aanbod een termijn stellen voor aanvaarding van niet korter dan drie dagen, waarbij rekening moet worden gehouden met de Algemene termijnenwet. Indien de inspiegelingsmethode of een andere objectieve selectiemethode moet worden toegepast, volgt dus dat deze functie pas na een afwijzing of niet tijdige aanvaarding kan worden aangeboden aan de volgende kandidaat. Deze termijnen gelden ook bij een eventuele vacature binnen 26 weken. Op grond van artikel 7:666 lid 3 (nieuw) BW en artikel 7:666b lid 5 (nieuw) BW kan een verkrijger van de onderneming gehouden zijn om een vacature achtereenvolgend aan verschillende werknemers aan te bieden met een termijn voor aanvaarding van minimaal drie dagen, waarbij ook weer rekening moet worden gehouden met de Algemene termijnenwet. Indien er slechts een beperkt aantal arbeidsplaatsen (of vacatures) zijn te vergeven, maar er wel veel kandidaten zijn, kan deze procedure veel tijd in beslag nemen terwijl de verkrijger van de onderneming mogelijk spoedig de functie wenst te vervullen.

Advies: wij geven in overweging te onderzoeken of in de wettekst of de memorie van toelichting (a) kan worden verwerkt dat de verkrijger het aanbod tegelijkertijd aan verschillende kandidaten kan aanbieden, via een voorwaardelijk aanbod, of (b) in elk geval gelijktijdig met het eerste aanbod een interesselijst onder de potentiële kandidaten kan uitzetten, waarbij de verplichting tot het doen van een aanbod vervalt indien een potentiële kandidaat niet tijdig (bijvoorbeeld binnen drie dagen) en schriftelijk zijn interesse voor het mogelijke aanbod kenbaar maakt.

5.6 Vacature binnen 26 weken na overgang van onderneming

Op grond van artikel 7:666 lid 3 (nieuw) BW en artikel 7:666b lid 5 (nieuw) BW geldt een verplichting tot doen van een aanbod aan één van de werknemers aan wie de verkrijger nog geen aanbod heeft gedaan, indien binnen 26 weken na de overgang van (het onderdeel) van de onderneming binnen die onderneming een vacature ontstaat voor dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden.

Het vereiste 'binnen de onderneming' kan onduidelijk zijn. Er moet namelijk rekening worden gehouden met de omstandigheid dat voor de toepasselijkheid van de regeling over overgang van onderneming vereist is dat de zogeheten functionele band na de overgang van de onderneming behouden moet blijven, maar niet de autonome organisatorische structuur.⁴⁴ (Het onderdeel van) de onderneming moet na overgang weliswaar de identiteit behouden, maar dat is iets wezenlijk anders dan het behouden van de eenheid. De verkrijger kan een overgenomen (onderdeel van een) onderneming integreren in een andere onderneming, waardoor de autonome organisatorische structuur verloren gaat, maar de identiteit behouden blijft.

In situaties waarin (een onderdeel van) een onderneming na overgang geïntegreerd wordt in de bestaande onderneming van de verkrijger, zouden de verplichtingen uit artikel 7:666 lid 3 (nieuw) BW en artikel 7:666b lid 5 (nieuw) BW verder strekken dan de doelstelling van de Richtlijn, indien deze verplichtingen in een dergelijke situatie zouden meebrengen dat *alle* vacatures voor dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden binnen de (via de overgang van onderneming) uitgebreide onderneming van de verkrijger moeten worden voorgelegd aan de werknemers van de gefailleerde werkgever aan wie nog geen aanbod was gedaan.

Advies: wij geven in overweging – al dan niet in de memorie van toelichting – nader uit te werken wanneer de vacature precies 'binnen de onderneming' ontstaat, zeker in een geval waarin de overgenomen onderneming is geïntegreerd in de structuur van de verkrijger, bijvoorbeeld door op te nemen dat het moet gaan om een vacature die was ingevuld door een werknemer die afkomstig was uit de failliete onderneming.

⁴⁴ HvJ EG 12 februari 2009, ECLI:EU:C:2009:85, C-466/07 (*Klarenberg*); HvJ EU 9 september 2015, ECLI:EU:C:2015:565, C-160/14, (*Da Silva e Brito*).

6. Overgang van arbeidsvoorwaarden

6.1 Rol ondernemingsraad, personeelsvertegenwoordiging of personeelsvergadering

Het aanbod van de verkrijger aan de overgekomen werknemers moet wat arbeidsvoorwaarden (rechten en plichten) betreft gelijk zijn aan de arbeidsvoorwaarden als die golden bij de vervreemder. Op grond van artikel 7:666b lid 10 (nieuw) BW kunnen afwijkende arbeidsvoorwaarden alleen worden afgesproken met een vereniging van werknemers die voldoet aan de criteria van artikel 7:662 onderdeel c (nieuw) BW. Dit lijkt te betekenen dat arbeidsvoorwaarden anders nimmer kunnen worden aangepast. Dat zal niet letterlijk hebben te gelden. Zo kan de verkrijger bijvoorbeeld krachtens artikel 7:664 BW in samenhang met artikel 7:666 lid 5 (nieuw) BW zijn eigen pensioenregeling aanbieden en toepassen (ook als dat resulteert in een verslechtering van arbeidsvoorwaarden). Ook kan de verkrijger soms bepaalde bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden niet aanbieden.⁴⁵ Het niet aanbieden daarvan kan dan niet wegens de overgang van onderneming worden geacht. En heeft de afgesproken werklocatie van de werknemer te gelden als een recht waarvan niet kan worden afgeweken? Als dat zo is, en deze voorwaarde niet mag worden aangepast bij de overgang van onderneming, levert dat grote inflexibiliteit op en is dit soms zelfs onmogelijk uit te voeren (als de oorspronkelijke werkplaats niet door de verkrijger kan worden gebruikt).

Advies: wij geven in overweging iets meer flexibiliteit toe te laten in artikel 7:666b lid 10 (nieuw) BW, door te bepalen dat de verkrijger een wat betreft de rechten en verplichtingen gelijk aanbod moet doen, tenzij afwijking hiervan noodzakelijk is en niet is ingegeven wegens de overgang van onderneming.

Voorts merken wij op dat niet valt uit te sluiten dat geen (representatieve) vereniging van werknemers (tijdig) beschikbaar zal zijn om bepaalde andere wijzigingen in arbeidsvoorwaarden overeen te komen, zodat deze mogelijkheid tot wijziging slechts in beperkte mate kan worden benut. Artikel 5 lid 2 onderdeel b Richtlijn biedt uitdrukkelijk de mogelijkheid om de afwijkende arbeidsvoorwaarden af te spreken met andere vertegenwoordigers van werknemers dan een vereniging van werknemers. Mogelijk komen dus ook de ondernemingsraad of de personeelsvertegenwoordiging (als bedoeld in respectievelijk artikel 2 en artikel 35b-c WOR) op grond van de Richtlijn in aanmerking voor het maken van dergelijke afspraken. Hierbij moet wel rekening worden gehouden met het primaat van de vakbonden.

Advies: wij geven in overweging te onderzoeken of in de wovof ook de mogelijkheid kan worden gecreëerd om ondernemingsraden (en in voorkomende gevallen wellicht ook een personeelsvertegenwoordiging) de ruimte te geven om afwijkende arbeidsvoorwaarden af te spreken. Om het primaat van de vakbond te waarborgen kan als eis worden gesteld dat, mogelijk in lijn met artikel 7a Wet melding Collectief Ontslag, de verkrijger eerst alle in de bedrijfstak actieve verenigingen van werknemers de mogelijkheid heeft geboden om een dergelijke regeling te treffen, alvorens geldige afspraken met ondernemingsraden (en in voorkomende gevallen wellicht een personeelsvertegenwoordiging) kunnen worden gemaakt.

6.2 Afwijkingen van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen

Uit artikel 7:666b lid 10 (nieuw) BW en de memorie van toelichting volgt dat aanpassing van arbeidsvoorwaarden met een vereniging van werknemers niet mogelijk is, als sprake is van algemeen

⁴⁵ Zie bijvoorbeeld Kantonrechter Amsterdam 10 november 2008, JAR 2008/302 (*Astron*).

verbindend verklaarde cao-bepalingen niet mogelijk is.⁴⁶ Dit roept vragen op. Algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen zijn namelijk in beginsel alleen van toepassing gedurende de periode van algemeenverbindendverklaring.⁴⁷ Dat sluit dus niet uit dat afspraken worden gemaakt voor de periode dat deze bepalingen niet (meer) algemeen verbindend zijn verklaard. Bovendien kan het zijn dat de verkrijger niet is gebonden aan de algemeen verbindend verklaarde cao (zie par. 6.3 hierna).

Advies: wij geven in overweging in de memorie van toelichting nader te onderbouwen of wel of niet kan worden afgeweken van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen, indien en voor zover het gaat om de periodes dat dergelijke cao-bepalingen niet algemeen verbindend zijn verklaard.

6.3 Verhouding met artikel 14a lid 1 Wet CAO en artikel 2b lid 1 Wet AVV

Uit de memorie van toelichting volgt dat een eventuele wijziging in arbeidsvoorwaarden moet passen binnen het bestaande systeem van de Wet cao en de Wet AVV. Op grond van artikel 14a lid 1 Wet CAO gaan 'de rechten en verplichtingen welke op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming ten aanzien van daar werkzame werknemers voortvloeien uit bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden van een collectieve arbeidsovereenkomst waaraan hij gebonden is, van rechtswege over op de verkrijger van de onderneming'. Deze verplichting wordt ook aangehaald in de memorie van toelichting van de wovof.⁴⁸ Dit roept de vraag op of afwijkende arbeidsvoorwaarden die worden afgesproken op grond van artikel 7:666b lid 10 (nieuw) BW tot gevolg hebben dat artikel 14a lid 1 Wet CAO niet langer van toepassing is. Een vergelijkbare vraag kan worden gesteld ten aanzien van artikel 2b lid 1 Wet AVV.

Advies: wij geven in overweging om in de wettekst van de wovof of de memorie van toelichting meer duidelijkheid te verschaffen over de verhouding tussen artikel 14a Wet CAO en artikel 2b Wet AVV enerzijds en artikel 7:666b lid 10 (nieuw) BW anderzijds.

6.4 Behoud van werkgelegenheid

In artikel 7:666b lid 10 (nieuw) BW is vermeld dat afwijkende arbeidsvoorwaarden kunnen worden afgesproken, indien die afwijkingen *nodig* zijn voor het behoud van de werkgelegenheid. In artikel 5 lid 2 onderdeel b Richtlijn is bepaald dat wijzigingen in de arbeidsvoorwaarden kunnen worden aangebracht die *bedoeld* zijn om de werkgelegenheid veilig te stellen door het voortbestaan van de onderneming te verzekeren. Het is ons niet duidelijk of de wetgever met deze andere woorden beoogd een verschil aan te brengen. Zo niet, dan is het ons inziens nuttig de bewoordingen van de Richtlijn te volgen. Als er wel een verschil is beoogd, dan zou dit nader moeten worden uitgelegd.

Advies: wij geven in overweging om bij het opstellen van artikel 7:666b lid 10 (nieuw) BW zo veel mogelijk de bewoordingen uit de Richtlijn te volgen, tenzij met een reden van die bewoordingen wordt afgeweken. Als dat zo is, suggereren wij die reden mee te delen in de memorie van toelichting.

6.5 Definiëring van schuld

Op grond van artikel 7:666b lid 11 (nieuw) BW gaan schulden niet over, indien de schulden (a) op het moment van overgang reeds bestaan en (b) betrekking hebben op de periode voorafgaand aan de

⁴⁶ Zie p. 33 MvT.

⁴⁷ A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke thema's II*, Den Haag: Boom juridisch 2023, p. 638-642 en aldaar aangehaalde rechtspraak van de Hoge Raad.

⁴⁸ Zie p. 33 MvT.

overgang. Uit de memorie van toelichting blijkt dat niet vereist is dat schulden reeds opeisbaar zijn.⁴⁹ Artikel 3 rofov bevat een nadere uitleg en een niet-limitatieve opsomming van voorbeelden.

Een voorbeeld dat in de memorie van toelichting nader wordt uitgewerkt, is de bonus die verschuldigd is over het voorgaande boekjaar, maar pas in het voorjaar van het volgende jaar na vaststelling van de jaarstukken tot uitbetaling komt. Die bonus is niet verschuldigd, indien dat voorgaande boekjaar vóór de datum van de overgang van de onderneming ligt.⁵⁰ De vraag is hoe moet worden omgegaan met schulden die deels betrekking hebben op de periode vóór de overgang van onderneming en deels op de periode na de overgang van onderneming. Leidt dat tot *pro rata* overgang van een dergelijke schuld? In de memorie van toelichting is daarnaast opgemerkt dat als een werknemer pas *na* de overgang van onderneming schade lijdt als gevolg van een schending van de zorgplicht door de gefailleerde werkgever die heeft plaatsgevonden voorafgaand aan de overgang, de werknemer met zijn vordering tot schadevergoeding terecht kan bij de verkrijger. De vraag is hoe dit moet worden uitgelegd, indien de schade deels wel voor de overgang is ontstaan en deels na de overgang.⁵¹

Tot slot, het lijkt erop dat de opbouw van de transitievergoeding (een mogelijk toekomstig recht) wel doorloopt (en de anciënniteit van de vervreemder van de onderneming meetelt voor het vaststellen van de hoogte van de transitievergoeding).⁵² Het is wel wenselijk dat uitdrukkelijk te bevestigen.

Advies: wij geven in overweging te verduidelijken: (a) hoe om te gaan met een schuld die deels wordt opgebouwd bij de vervreemder en deels bij de verkrijger (zoals een bonus over een kalenderjaar of schade die zich op ten tijde van de overgang slechts deels heeft verwezenlijkt) en (b) of voor de opbouw van de transitievergoeding de anciënniteit bij de vervreemder meetelt.

6.6 Verwijtbare werkloosheid

In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat het niet aanvaarden van een aanbod tot een nieuwe arbeidsovereenkomst in het algemeen zal betekenen dat de werknemer verwijtbaar werkloos wordt. In het geval van een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer zou het niet aanvaarden van een aanbod op grond van artikel 4 lid 2 Richtlijn niet moeten leiden tot verwijtbare werkloosheid. Op grond van artikel 7:666 lid 5 (nieuw) BW is artikel 7:665 BW (inzake de bescherming tegen een verslechtering van de arbeidsvoorwaarden) weliswaar niet van toepassing bij een overgang van onderneming tijdens faillissement, maar artikel 4 lid 2 Richtlijn zal wel gerespecteerd moeten worden.

Advies: wij geven in overweging in de wettekst en/of memorie van toelichting te verduidelijken dat het afwijzen van een aanbod niet leidt tot verwijtbare werkloosheid, indien er sprake is van een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer.

⁴⁹ Zie p. 37-38 MvT.

⁵⁰ Zie p. 20 MvT.

⁵¹ Zie p. 38 MvT.

⁵² Zie p. 38 MvT.

7. Conclusie en aanbevelingen

De systematiek in het voorontwerp maakt een doordachte indruk, waarbij helpt dat zo veel mogelijk wordt aangesloten bij al bestaande arbeidsrechtwetgeving. Alhoewel bij de introductie van de wovof ongetwijfeld een gewenningsperiode nodig zijn, verwachten we dat de wovof betrekkelijk snel zal wennen en op enig moment als normaal onderdeel van het doorstartproces deel zal gaan uitmaken.

Niettemin hebben wij in dit LLU commentaar aan aantal inhoudelijke opmerkingen gemaakt en aanbevelingen c.q. suggesties gedaan die wij hieronder bij wijze van conclusie samenvatten.

Opmerkingen en suggesties die *inhoudelijk of fundamenteel* zijn, betreffen het volgende:

1. Wij vragen ons af of het juridisch is toegestaan en wenselijk is bepaalde fundamentele vragen slechts marginaal te laten toetsen door de kantonrechter na een eerder oordeel van de rechter-commissaris. Houd rekening met een volle toetsing door de rechter, als de rechter-commissaris heeft geoordeeld dat geen sprake is van een overgang van onderneming, terwijl dat oordeel achteraf wordt aangevallen. Overweeg om in de omstandigheid dat de rechter-commissaris ten onrechte heeft geoordeeld dat geen sprake is van een overgang van onderneming een beroep op artikel 5 lid 1 Richtlijn toch nog mogelijk te maken.
2. Verbind het kunnen doen van een beroep op de bandbreedte van 10% aan het (tijdig) voldoen aan de verplichting tot het doen van een *aanbod* aan voldoende werknemers (en niet aan de daadwerkelijke indiensttreding).
3. Verduidelijk in de wovof (en de toelichting daar op) over welke groep werknemers de 10% bandbreedte wordt berekend.
4. Laat het criterium, inhoudende dat het hanteren van de alternatieve selectiemethode noodzakelijk is om tot een doelmatige bedrijfsvoering te komen, vervallen. Volstaan kan worden met de overige in de wovof genoemde criteria.
5. Laat iets meer flexibiliteit toe in artikel 7:666b lid 10 (nieuw) BW, door te bepalen dat de verkrijger een wat betreft de rechten en verplichtingen gelijk aanbod moet doen, tenzij afwijking hiervan noodzakelijk is en niet is ingegeven wegens de overgang van onderneming.
6. Onderzoek of in de wovof de mogelijkheid kan worden gecreëerd om ondernemingsraden (en in voorkomende gevallen wellicht ook personeelsvertegenwoordigingen) de ruimte te geven om afwijkende arbeidsvoorwaarden af te spreken. Om het primaat van de vakbond te waarborgen kan als eis worden gesteld dat, mogelijk in lijn met artikel 7a Wet melding Collectief Ontslag, de verkrijger eerst alle in de bedrijfstak actieve verenigingen van werknemers de mogelijkheid heeft geboden om een dergelijke regeling te treffen, alvorens geldige afspraken met ondernemingsraden (en in voorkomende gevallen wellicht personeelsvertegenwoordigingen) kunnen worden gemaakt.

Verder stuiten wij hier en daar op de *uitvoeringsvraag*: hoe krijgt een en ander in de praktijk *tijdig* zijn beslag, terwijl niet in strijd wordt gehandeld met de Richtlijn? Hier kan een en ander soms mogelijk slimmer worden geregeld c.q. verwoord, of kunnen opties om tijd te besparen en zorgvuldig te handelen worden gegeven of verduidelijkt:

7. Neem in de memorie van toelichting op dat de curator vanaf het eerste moment de ondernemingsraad bij de afwikkeling van het faillissement betreft, zodat zo min mogelijk tijd wordt verloren, de ondernemingsraad zo goed mogelijk op de hoogte is en zo veel mogelijk wordt gewaarborgd dat hij nog wezenlijke invloed op het besluit kan uitoefenen.
8. Stel ten behoeve van de benodigde expertise van de rechter-commissarissen een pool à la WHOA samen en/of maak gebruik van de kennis en ervaring van UWV bij het toetsen van de bedrijfseconomische redenen en het inspiegelen.
9. Neem al dan niet in lagere regelgeving op welke informatie de verkrijger aan de werknemers moet verstrekken om het voor hen mogelijk te maken om vast te stellen of het proces correct verloopt. Betrek daarbij de beperkingen die de AVG de verkrijger oplegt.
10. Neem al dan niet in lagere regelgeving op wat de omvang is van de informatievoorziening van de mogelijke verkrijger inzake de bedrijfseconomische omstandigheden richting de rechter-commissaris.
11. Publiceer in het kader van de transparantie de verklaring van de verkrijger van de kleine onderneming aan de rechter-commissaris in bijvoorbeeld het Centraal Insolventieregister.
12. Onderzoek of in de wettekst of de memorie van toelichting (a) kan worden verwerkt dat de verkrijger het aanbod van een arbeidsovereenkomst tegelijkertijd aan verschillende kandidaten kan aanbieden, via een voorwaardelijk aanbod, of (b) in elk geval gelijktijdig met het eerste aanbod een interesselijst onder de potentiële kandidaten kan uitzetten, waarbij de verplichting tot het doen van een aanbod vervalt indien een potentiële kandidaat niet tijdig (bijvoorbeeld binnen drie dagen) en schriftelijk zijn interesse voor het mogelijke aanbod kenbaar maakt.

In sommige gevallen *kan de wetgever verduidelijken* welk kader heeft te gelden bij specifieke 'wovof-beslissingen'. Suggesties in dat verband zijn:

13. Neem in de memorie van toelichting op dat de rechter-commissaris in gevallen waarin de curator anders besluit dan de ondernemingsraad adviseert, het toetsingskader van artikel 26 lid 4 WOR volgt, zoals nader uitgewerkt in de jurisprudentie van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof Amsterdam, maar binnen de bijzondere kaders die gelden in faillissement.
14. Neem in overweging in de wovof een regeling te treffen voor de positie van de curator ten opzichte van de personeelsvergadering en de personeelsvertegenwoordiging.
15. Neem in de memorie van toelichting op wat de positie is van een werknemer met een non-concurrentiebeding die het aanbod van de verkrijger verwerpt in verband met 'een aanmerkelijk wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer'.
16. Licht ter verduidelijking in de memorie van toelichting toe of de UWV Uitvoeringsregels wel of niet bindend zijn bij toepassing in de wovof.

Hier en daar kan (de toelichting op) de regelgeving naar onze mening *duidelijker* of is het raadzaam helder in de regelgeving zelf vast te leggen wat de gevolgen zijn als een bepaalde verplichting niet correct wordt nageleefd:

17. Verduidelijk in de wovof/rovof en/of de memorie van toelichting of de verkrijger bij toepassing van de 10% bandbreedte (binnen de grenzen van dwingende wetgeving, zoals gelijke behandelingswetgeving) vrij mag kiezen welke werknemer die op basis van inspiegeling een aanbod had moeten krijgen, toch geen aanbod krijgt in verband met het aannemen van een andere werknemer die daarvoor op basis van inspiegeling geen aanspraak had kunnen maken.
18. Benoem in de rovof de consequentie van het minder dan toegezegd in dienst nemen van overgekomen werknemers voor het beroep op de 10% bandbreedte.
19. Overweeg om bij het opstellen van artikel 7:666b lid 10 (nieuw) BW zo veel mogelijk de bewoordingen uit de Richtlijn te volgen, tenzij met een reden van die bewoordingen wordt afgeweken. Als dat zo is, suggereren wij die reden mee te delen in de memorie van toelichting.
20. Overweeg te verduidelijken (a) hoe om te gaan met een schuld die deels wordt opgebouwd bij de vervreemder en deels bij de verkrijger (zoals een bonus over een kalenderjaar of schade die zich op ten tijde van de overgang slechts deels heeft verwezenlijkt) en (b) of voor de opbouw van de transitievergoeding de anciënniteit bij de vervreemder meetelt.
21. Overweeg in de wettekst en/of memorie van toelichting te verduidelijken dat het afwijzen van een aanbod tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst met de verkrijger niet leidt tot verwijtbare werkloosheid, indien er sprake is van een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer.
22. Overweeg in de memorie van toelichting te verduidelijken wat de positie is van een werknemer met een non-concurrentiebeding die het aanbod van de verkrijger verwerpt in verband met 'een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer'.

En in sommige gevallen brengt de voorgestelde wovof-procedure *vragen* met zich, die de wetgever mogelijk op voorhand al kan helpen te beantwoorden:

23. Werk al dan niet in de memorie van toelichting ten aanzien van de wederindiensttredingsvoorwaarde nader uit wanneer een vacature precies 'binnen de onderneming' ontstaat, zeker in een geval waarin de overgenomen onderneming is geïntegreerd in de structuur van de verkrijger, bijvoorbeeld door op te nemen dat het moet gaan om een vacature die was ingevuld door een werknemer die afkomstig was uit de failliete onderneming.
24. Onderbouw in de memorie van toelichting of in het licht van artikel 7:666b lid 10 (nieuw) BW wel of niet kan worden afgeweken van algemeen verbindend verklaarde cao-bepalingen, indien en voor zover het gaat om de periodes dat dergelijke cao-bepalingen niet algemeen verbindend zijn verklaard.
25. Verschaf in de wettekst van de wovof of de memorie van toelichting meer duidelijkheid over de verhouding tussen artikel 14a Wet CAO en artikel 2b Wet AVV enerzijds en artikel 7:666b lid 10 (nieuw) BW anderzijds.
26. Werk in de memorie van toelichting uit wat heeft te gelden ten aanzien van de loondoorbetalingsverplichting als de opzegtermijn al was beëindigd voordat een overgang van

onderneming heeft plaatsgevonden en dus ook voordat de betrokken werknemer het aanbod van de verkrijger aanvaardt.

De wovof zal al bestaande vraagstukken mogelijk kunnen vergroten. Het is immers waarschijnlijk dat het aantal transacties dat resulteert in een overgang van onderneming zal toenemen. Die transacties moeten bovendien door de curator en de rechter-commissaris worden getoetst. Onduidelijkheden die nu al bestaan kunnen daardoor worden uitvergroot en pregnanter worden. Dat staat 'deal-certainty' en daarmee het potentiële succes van de wovof mogelijk in de weg. Wij denken hierbij met name aan de bestaande onduidelijkheid over het antwoord op de vraag welke werknemers overgaan als slechts een deel van de onderneming wordt vervreemd.

27. Wij suggereren de praktijk hierbij begeleiding te bieden door middel van nadere toelichting in de memorie van toelichting, of wellicht logischer aan de hand van een expert opinion.

Hier en daar *verdient de werknemer* onder het nieuwe regime wat *bescherming* waar hij mogelijk buiten zijn schuld om in de verdrukking kan komen.

28. Wij stellen in dat verband voor om de werknemer enige bescherming te bieden tegen een proceskostenveroordeling als hij om hem niet verwijtbare redenen procedeert tegen het niet krijgen van een aanbod van de verkrijger. Dit zou wellicht al kunnen door dit in de MvT op te nemen, waarna de rechter dit kan betrekken bij zijn beslissing omtrent de proceskosten.

Bij beslissingen die enigszins arbitrair zijn en later nog kunnen worden aangepast, is het vermoedelijk raadzaam nu al *een plan* te hebben.

29. Vandaar dat wij suggereren nu al te bepalen het getalscriterium van 20 werknemers voor kleine onderneming tijdig te evalueren.

Tot slot suggereren wij de wovof aan te grijpen om *nog een enkele onvolkomenheid* in de implementatie van de Richtlijn *te repareren*.

30. Wij geven om die reden in overweging in de wovof een regeling te treffen over de positie van de ondernemingsraad bij een overgang van onderneming.
