

De minister voor Rechtsbescherming,
De heer Sander Dekker
Postbus 20301
2500 EH Den Haag



FNV
Hertogswetering 159
3543 AS Utrecht
T 088 368 0 368



CNV
Tiberdreef 4
Postbus 2475
3500 GL Utrecht

T 030 751 11 00
F 030 751 11 09



VCP
Bezuidenhoutseweg 60
Postbus 90525
2509 LM 's-Gravenhage

T 070 349 97 40

Datum
26 augustus 2019

Uw kenmerk

Ons kenmerk
19-120/ZB/RS/lvdJ

Telefoonnr.
0633313006 (FNV)
0639006571 (CNV)
0621144931 (VCP)

Onderwerp
Reactie op consultatie voorontwerp Wet
overgang van onderneming in faillissement

E-mail
rik.vansteenbergen@fnv.nl
d.dewild@cnv.nl
a.klapwijk@vcp.nl

Geachte heer Dekker,

FNV, CNV en VCP (hierna: de vakcentrales) hebben besloten op het voor internetconsultatie gepubliceerde voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement (hierna: het wetsvoorstel) gezamenlijk te reageren. Het commentaar van de vakcentrales gaat hierbij.

Rechtszekerheid

De vakcentrales merken op dat de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak FNV/Smallsteps (Zaak C 126/16 d.d. 22 juni 2017) tot rechtsonzekerheid heeft geleid, die zo spoedig mogelijk dient te worden weggenomen. Rechtszekerheid is naar het oordeel van de vakcentrales alleen te bereiken wanneer Nederland alsnog gebruik maakt van de optie van artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG (betreffende overgang van ondernemingen) om de bepalingen van deze richtlijn ook in faillissementsprocedures van toepassing te laten zijn. Daarbij zou dan gebruik moeten worden gemaakt van de ruimte die artikel 5 lid 2 (a) en (b) biedt en bepaald moeten worden dat de verkrijger niet aansprakelijk is voor openstaande verplichtingen van vóór de overdracht c.q. vóór het faillissement, dat werknemers niet vanwege de overgang maar wel om bedrijfseconomische redenen ontslagen kunnen worden en dat met de vakbonden kan worden overeengekomen dat de arbeidsvoorwaarden zullen worden aangepast.¹

Gelet op de beoogde rechtszekerheid achten de vakcentrales de keuze om het wetsvoorstel van toepassing te doen zijn op elke overgang van onderneming in faillissement, ongeacht of

¹ FNV en CNV hebben de Eerste Kamer hier ook al op gewezen bij schrijven van 17 oktober 2017 (kenmerk 113/ZB/RS/pw) in reactie op de brief van de minister van Veiligheid en Justitie d.d. 28 september 2017.

die is voorbereid en op welk moment die plaatsvindt, de enige juiste. Een andere keuze leidt tot talloze rechtszaken, waarin vermoedens vaak moeilijk te bewijzen zijn.

Strikte uitleg en toepassing van Richtlijn 2001/23/EG

Richtlijn 2001/23/EG beoogt te verzekeren dat de werknemers bij verandering van ondernemer hun rechten behouden doordat zij onder dezelfde voorwaarden in dienst treden bij de verkrijger. Deze richtlijn beoogt zo veel mogelijk een ongewijzigde voortzetting van de arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking met de verkrijger te verzekeren, teneinde te voorkomen dat de betrokken werknemers uitsluitend ten gevolge van deze overgang in een minder gunstige positie komen te verkeren. De betreffende bepalingen zijn van openbare orde en dwingend.

Deze doelstelling van de richtlijn brengt met zich mee dat de in faillissement toegestane uitzonderingen op het verbod om werknemers te ontslaan en de arbeidsvoorwaarden aan te passen strikt moeten worden uitgelegd en toegepast.

Mogelijkheid 10% vrij te stellen van inspiegeling

De richtlijn staat toe dat werknemers in geval van een overgang in faillissement ontslagen worden, niet als gevolg van de overgang, maar om economische, technische of organisatorische redenen (eto-redenen). De richtlijn verzet zich echter tegen een regeling die bepaalt dat de verkrijger het recht heeft om te kiezen welke werknemers hij overneemt, ook indien die keuze gebaseerd is op eto-redenen. De selectie moet gebaseerd zijn op objectieve criteria en de rechter moet die criteria en de toepassing daarvan kunnen toetsen om te kunnen beoordelen of dat leidt tot ontslagen die noodzakelijk zijn om eto-redenen. Daarop gelet achten de vakcentrales het waarschijnlijk dat de bepaling dat de verkrijger bij het selectieproces ten hoogste 10% van de werknemers, die voor een dienstverband in aanmerking komen, buiten de toepassing van de inspiegelingsmethode mag houden, zich niet verdraagt met de uitleg van de richtlijn, die het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak Plessers/Prefaco (Zaak C-509/17) daaraan gegeven heeft. Graag zouden zij de opvatting van de minister hierover vernemen.

Eto-redenen versus bedrijfseconomische redenen

Uit de strikte uitleg van de richtlijn volgt dat in het geval van een faillissement van de vervreemder niet automatisch eto-redenen aanwezig zijn, die ontslag van werknemers rechtvaardigen. Deze eto-redenen mogen niet rechtstreeks voortvloeien uit de overgang van onderneming en moeten kunnen worden aanvaard als een objectieve rechtvaardigingsgrond voor het niet kunnen tewerkstellen van een bepaalde werknemer bij de verkrijger. In dit verband is ook relevant dat in het wetsvoorstel ervoor gekozen is om het begrip eto-redenen van artikel 4 lid 1 van de richtlijn te vervangen door het begrip bedrijfseconomische omstandigheden. Deze keuze is ingegeven door het feit dat de praktijk al bekend is met laatstgenoemd begrip en door het oordeel dat beide begrippen vergelijkbaar zijn. De vakcentrales merken op dat er wel degelijk verschil is tussen beide

begrippen. Of sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden wordt marginaal getoetst. De toetsing van eto-redenen is een volle toetsing. Getoetst wordt niet of er financiële redenen zijn om werknemers te ontslaan, maar of er per werknemer een rechtvaardigingsgrond is om een uitzondering toe te staan op het strikte uitgangspunt van de richtlijn dat bij een overgang van onderneming iedere werknemer zijn dienstverband voortzet bij de verkrijger. Duidelijk is dat de richtlijn niet toestaat dat een onderneming die failliet dreigt te gaan, werknemers ontslaat om de onderneming beter verkoopbaar te maken. Dat zou immers ontslag vanwege de (beoogde) overgang zijn. Een slechte financiële situatie, die ook na de overgang een rol speelt, kan evenmin tot ontslag leiden van een tot op zekere hoogte willekeurig aantal werknemers. Het vervallen van bepaalde arbeidsplaatsen, om redenen van economische, technologische of organisatorische aard kan in een dergelijke situatie wel noodzakelijk zijn. De uitleg in de memorie van toelichting moet daarom waarborgen dat materieel getoetst wordt aan het striktere begrip van artikel 4 lid 1 van de richtlijn. Duidelijk moet zijn wat onder het begrip bedrijfseconomische omstandigheden in de context van de nieuwe regeling moet worden verstaan.

Aanpassen arbeidsvoorwaarden

De vakcentrales kunnen zich – mits de redactie iets wordt aangepast, zie hierna – vinden in de bepaling dat de verkrijger en een vereniging van werknemers in overleg de arbeidsvoorwaarden, die van toepassing waren op de arbeidsovereenkomsten tussen de werknemers en de gefailleerde werkgever, kunnen aanpassen als dit nodig is voor het behoud van de werkgelegenheid binnen de onderneming. Uiteraard geldt dit niet voor arbeidsvoorwaarden die algemeen verbindend zijn verklaard of voor de bedrijfstak zijn vastgesteld. Met de definitie van vereniging van werknemers in artikel 7:662 lid 2 wordt voorkomen dat ondernemingen in allerijl zelf een vakbond oprichten om de arbeidsvoorwaarden te verslechteren. Ook wordt hiermee voorkomen dat ondernemingen kiezen voor de variant op een cao met een gele bond, die ze nog meer mogelijkheden geeft om de arbeidsvoorwaarden (eenzijdig) te bepalen: een arbeidsvoorwaardenregeling met de ondernemingsraad. Naar het oordeel van de vakcentrales zijn deze restricties in het kunnen aanpassen van de arbeidsvoorwaarden volkomen in lijn met het uitgangspunt van de richtlijn, namelijk dat arbeidsvoorwaarden bij een overgang van onderneming niet kunnen worden aangetast.

De vakbonden hebben de kennis in huis om te beoordelen of door de verkrijger gestelde noodzakelijke verslechteringen in het arbeidsvoorwaardenpakket reëel zijn, dat wil zeggen noodzakelijk om de overgang tot een duurzaam succes te maken. Voor de werknemers zit er veel aan vast: het gaat om de vraag of zij aan het werk kunnen blijven, voor hoe lang en tegen welke prijs. Worden de vakbonden en de potentiële verkrijger(s) het niet eens over een aanpassing van de arbeidsvoorwaarden, dan blijven die ongewijzigd en verliest een potentiële verkrijger mogelijk interesse in een overname.

In artikel 5 lid 2 aanhef en onder b) van de richtlijn staat dat overeengekomen kan worden om in de arbeidsvoorwaarden wijzigingen aan te brengen. In het voorgestelde artikel 7:666b BW wordt gesproken van het aanpassen van de arbeidsvoorwaarden 'in overleg'. De vakcentrales achten de betekenis van deze term niet duidelijk genoeg en stellen een

redactionele wijziging voor, die aansluit bij de terminologie van de richtlijn: 'De verkrijger en een vereniging van werknemers kunnen *overeenkomen om* de arbeidsvoorwaarden die van toepassing waren op de arbeidsovereenkomsten tussen de werknemers en de gefailleerde werkgever, voor zover zij niet algemeen verbindend zijn verklaard of voor de bedrijfstak zijn vastgesteld, *aan te passen* als dit nodig is voor het behoud van de werkgelegenheid binnen de onderneming.'

Bescherming persoonsgegevens over ziekte en vakbondslidmaatschap

In het wetsvoorstel is een bepaling opgenomen (101a Fw) over de verstrekking van persoonsgegevens door de curator. Dat is een op zich terechte toevoeging aan het wetsvoorstel. De vakcentrales verzetten zich echter tegen het bepaalde in het vierde lid. Dat maakt het mogelijk om af te wijken van het in de Algemene Verordening Gegevensbescherming (het wetsvoorstel spreekt abusievelijk van Gegevensverwerking) vastgelegde verbod om bijzondere (gevoelige) persoonsgegevens te verstrekken over de gezondheid en het lidmaatschap van een vakbond. De vakbonden willen deze bepaling geschrapt zien omdat enerzijds de noodzaak ontbreekt om deze gegevens te verstrekken en anderzijds het risico van benadeling van zieke werknemers en vakbondsleden groot is. De praktijk wijst uit dat ziekte of vakbondslidmaatschap een belangrijke reden voor ontslag is. Niet voor niets bepaalt artikel 7:670 BW dat het de werkgever verboden is om een werknemer wegens ziekte of vakbondslidmaatschap te ontslaan. De memorie van toelichting maakt volstrekt niet duidelijk waarom het voor het aanbieden van een arbeidsovereenkomst noodzakelijk is dat de betrokken verkrijger over de medische gegevens van de betreffende werknemer beschikt of over diens vakbondslidmaatschap. Daar komt bij dat de curator, die in het wetsvoorstel geacht wordt de gegevens te verstrekken, zelf evenmin over deze gegevens mag beschikken, zoals de failliete werkgever die ook al niet mocht hebben.

Naar de reden van het opnemen van deze bepaling kan dus slechts gegist worden. Werkgevers mogen niet beschikken over persoonsgegevens van werknemers, die betrekking hebben op aard en oorzaak van hun ziekte en – meer in het algemeen – niet over hun medisch dossier. Dat geldt voor de vervreemder, de curator en de verkrijger. In de memorie van toelichting staat dat de verkrijger vanaf het moment van de overgang uitvoering moet geven aan de nieuwe arbeidsovereenkomst en ook gegevens over de gezondheid van werknemers zal willen verwerken. Dat mag hij dus niet. De vakcentrales kunnen zich voorstellen dat potentiële verkrijgers informatie over hoeveel mensen langdurig arbeidsongeschikt zijn willen hebben. Daarin zien zij geen bezwaar. Welke werknemers dat betreft doet daarbij niet ter zake. De verkrijger mag, zoals iedere werkgever, informatie hebben over welke werknemers ziek zijn en wanneer ze naar verwachting hun werk weer kunnen hervatten.

Werkgevers mogen niet beschikken over persoonsgegevens betreffende het vakbondslidmaatschap van hun werknemers. Dat geldt dus ook voor de curator en de verkrijger. Potentiële verkrijgers mogen evenmin weten hoeveel werknemers lid zijn van een vakbond. De memorie van toelichting maakt overigens volstrekt niet duidelijk waarom het voor het aanbieden van een nieuwe arbeidsovereenkomst van belang is of een werknemer lid is van een vakbond. De vakcentrales gaan er tot slot van uit dat de Autoriteit

Persoonsgegevens, wanneer deze om advies gevraagd wordt over dit (onderdeel van het) wetsvoorstel, zal adviseren om het voorgestelde artikel 101a lid 4 te schrappen.

Medezeggenschap in faillissement

De vakcentrales waarderen het dat in het wetsvoorstel ook de DA-beschikking van de Hoge Raad d.d. 2 juni 2017 (ECLI:NL:HR:2017:982) is gecodificeerd. De toevoegingen aan de Wet op de ondernemingsraden bieden een goede basis voor nadere afspraken. Daartoe zou wellicht in overleg tussen de vakbonden en de curatoren een protocol opgesteld kunnen worden, zo mogelijk op te nemen als praktijkregels. In het Insolad Jaarboek 2018 (vindplaats: <https://www.insolad.nl/publicaties>) heeft Schreurs daar een aanzet toe gegeven in zijn bijdrage De Curator en de Ondernemingsraad – een onderzoek naar werkbare medezeggenschap in faillissement. Onderwerpen die zich lenen voor (nadere) afspraken zijn onder meer:

- op welke momenten de curator het personeel informeert en overleg heeft met de OR;
- een vroegtijdige eerste informatievoorziening;
- de wijze waarop de curator invulling geeft aan het adviesrecht van de OR (over het al dan niet voortzetten en/of vervreemden van de onderneming in faillissement);
- de redelijke termijn die gegeven wordt voor advisering en de noodzakelijke facilitering van de OR om binnen die termijn tot een advies te kunnen komen;
- de wijze waarop de betrokken vakbonden door de OR kunnen worden geraadpleegd;
- de mogelijkheid om het inschakelen van een externe deskundige uit de boedel te financieren;
- de selectiemethode, indien zich pas een mogelijkheid tot verkoop voordoet nadat alle medewerkers al zijn ontslagen;
- de continuïteit van de medezeggenschap;
- de wijze waarop het personeel bij een latere overgang wordt geïnformeerd.

Uniformiteit in rechtspraak

De OR kan geen beroep instellen bij de Ondernemingskamer. In plaats daarvan kan de OR op basis van artikel 67 lid 4 Fw bij de rechtbank in beroep gaan tegen de beslissing van de rechter-commissaris waarbij deze toestemming heeft verleend voor de voortzetting van de onderneming of de onderhandse verkoop die leidt tot een overgang van de onderneming. De vakcentrales zien als bezwaar tegen het ontbreken van een gespecialiseerde hoogste instantie, zoals de Ondernemingskamer dat wel is, dat er op voorhand geen waarborgen zijn voor het verkrijgen en behouden van de benodigde kennis en uniformiteit in de betreffende zaken, die zowel arbeidsrechtelijke als insolventierechtelijke aspecten kennen. Alle rechtbanken zijn immers bevoegd om over de voortzetting van de onderneming of de onderhandse verkoop die leidt tot een overgang van de onderneming te oordelen. Vooral wanneer de rechtbank in hoger beroep moet oordelen over een overgang van onderneming in faillissement, hangt daar veel van af, zeker wanneer daarbij arbeidsplaatsen verloren kunnen gaan. De rechtbank moet dan in elk geval vaststellen of voldoende aannemelijk is gemaakt dat er sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden in de zin van artikel 7:666b lid 2 BW, die het noodzakelijk maken om arbeidsplaatsen te laten vervallen en of de selectiemethode op basis waarvan bepaald wordt welke werknemers in aanmerking komen

voor een dienstverband bij de verkrijger in overeenstemming is met de wet en met de richtlijn. Het kan hierbij gaan om ingewikkelde zaken met diverse twistpunten, die zowel zekere arbeidsrechtelijke als insolventierechtelijke kennis vergen en die toch vragen om een voortvarende afhandeling. Tegen de beslissing van de rechtbank staat geen hogere voorziening meer open.

Gelet op het voorgaande zijn de vakcentrales van oordeel dat de procedure in het belang van een kwalitatief goede en tegelijkertijd voortvarende behandeling alsmede in het belang van de rechtseenheid met meer waarborgen moet worden omgeven. Het oprichten van een gespecialiseerde rechtbank of kamer zou daarbij kunnen helpen. Ook kan gedacht worden aan een gespecialiseerd landelijk team van rechters en juridisch ondersteuners uit alle rechtbanken, zoals de Raad voor de rechtspraak heeft meegegeven in het kader van het voorstel voor een Wet homologatie onderhands akkoord (*Kamerstukken II*, 35 249, 4).

Alertheid geboden tegen misbruik

Een faillissementsaanvraag is vaak een middel geweest om van personeel af te komen, dat met inachtneming van de regels van het reguliere arbeidsrecht niet kon worden ontslaan. Door middel van een faillissement met doorstart kon bijvoorbeeld een als gevolg van een arbeidsongeval dure, niet meer productieve werknemer worden geloosd. Dit wetsvoorstel zet een rem op het gebruik van de faillissementsaanvraag om van personeel af te komen of om eenzijdig fors te snoeien in de arbeidsvoorwaarden. De behoefte daaraan blijft echter. Daarom houden de vakcentrales rekening met nieuwe listigheden om de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers te omzeilen. Te verwachten valt bijvoorbeeld dat in een aantal gevallen een doorstart gepresenteerd zal worden als een doorstart waarbij geen sprake is van overgang van onderneming. Advocatenkantoren leggen al op hun website werkgevers uit hoe zij het stempel van overgang van onderneming kunnen ontduiken. Zo wordt er op gewezen dat in sectoren waarin arbeidskrachten de belangrijkste factor zijn (bijvoorbeeld in de schoonmaaksector, de ICT, de zorg of het onderwijs, de arbeidsintensieve sectoren) geldt dat er geen sprake is van een overgang van onderneming als alleen de activiteit wordt overgedragen en het personeel, of een belangrijk deel hiervan, niet. Een onderneming zou dan kunnen proberen, door bij de koop van een failliete onderneming geen personeel over te nemen (geen behoud van identiteit en dus geen overgang van onderneming), de toepasselijkheid van de bepalingen van het nieuwe wetsvoorstel te omzeilen om daarna naar believen personeel van het failliete bedrijf met nieuwe arbeidsvoorwaarden een baan aan te bieden. In dit soort en vergelijkbare schijnconstructies zouden rechters achteraf de wet alsnog van toepassing moeten kunnen verklaren.

Tot slot

De vakcentrales waarderen de totstandkoming van dit wetsvoorstel en – een enkele uitzondering daargelaten – de daarin gemaakte keuzes. Het stelt paal en perk aan de bestaande willekeur en voorkomt een eindeloze reeks van procedures. Enerzijds maakt het een doorstart minder aantrekkelijk als (onbedoeld) middel om te saneren, anderzijds maakt het die niet onmogelijk. Een faillissement is voor werknemers een persoonlijk drama. Werkbehoud is voor werknemers en de vakbond een zeer kostbaar goed. Maar er zijn

Datum
26 augustus 2019
Ons kenmerk
19-120/ZB/RS/lvdJ
Pagina('s)
7 van 7

grenzen aan wat een doorstart in sociaal opzicht mag kosten. Gevolg van dit wetsvoorstel moet niet zijn dat naar nieuwe wegen wordt gezocht om de beschermende werking van het arbeidsrecht te omzeilen, maar dat de aandacht verschuift van faillissement als reorganisatiemiddel naar het voorkómen van insolventie door tijdig in te grijpen indien de continuïteit van de onderneming op termijn niet verzekerd is.

Met vriendelijke groet,



Zakaria Boufangacha
Lid Dagelijks Bestuur FNV



Arend van Wijngaarden
Voorzitter CNV



Ruud Stegers
Secretaris VCP