

Wetsvoorstel rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement: over het dichten van de kloof van de arbeidsrechtelijke bescherming in en buiten faillissement

TvI 2020/6

De auteur bespreekt het op 29 mei 2019 in consultatie gegeven Wetsvoorstel rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement. Hiermee wordt de huidige regeling grondig herzien. De auteur plaatst kritische opmerkingen bij het wetsvoorstel dat zorgt voor veel onzekerheid bij mogelijke doorstarters. Daarnaast wijst hij erop dat het wetsvoorstel mogelijk nadelige gevolgen heeft voor de crediteuren en de werkgelegenheid. De auteur concludeert dat het wetsvoorstel moet worden heroverwogen.

1. Inleiding

Op 29 mei 2019 hebben de Minister voor Rechtsbescherming en de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid het voorontwerp Wetsvoorstel rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement ("wetsvoorstel") in consultatie gegeven.² Met dit wetsvoorstel wordt de huidige regeling met betrekking tot de positie van werknemers in faillissement herzien. De regeling bestaat uit de navolgende vier onderdelen:

- 1) een nieuwe regeling voor overgang van onderneming in faillissement: iedereen gaat mee over, tenzij sprake is van verval van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische redenen;
- 2) werknemers die om die reden niet mee overgaan, worden niet beperkt door een concurrentiebeding;
- 3) de ondernemingsraad ("OR"), c.q. de personeelsvereniging krijgen het recht advies uit te brengen over de totstandkoming van de overgang. De rechter-commissaris die toestemming moet geven voor de overgang moet dit advies bij zijn beslissing betrekken;
- 4) de ondernemer is verplicht de OR, c.q. de personeelsvereniging te informeren over een aanvraag surseance, eigen aangifte faillissement of een verzoek tot faillietverklaring.

Met dit voorstel wordt, onder verwijzing naar de ontwikkeling van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de

EU³ ("EU-hof"), afstand genomen van de huidige wettelijke regeling. Art. 7:666 onderdeel a BW bepaalt dat de werknemersbescherming bij overgang van onderneming nu juist niet van toepassing is indien de werkgever failliet is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. In deze bijdrage worden de vier onderdelen van de voorgestelde regeling beschreven (hoofdstuk 2) en van enkele opmerkingen voorzien (hoofdstuk 3), waarna wordt afgesloten met een conclusie (hoofdstuk 4).

2. Wetsvoorstel

2.1 Aanleiding wetsvoorstel

De rechten van werknemers bij overgang van onderneming worden krachtens een Europese richtlijn beschermd.⁴ In art. 3 lid 1 van de Richtlijn is bepaald dat de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit ten tijde van de overgang bestaande arbeidsovereenkomsten door de overgang overgaan op de verkrijger. In art. 4 lid 1 van de Richtlijn is bepaald dat de overgang van de onderneming op zichzelf voor de vervreemder of verkrijger geen reden voor ontslag vormt. In art. 5 lid 1 van de Richtlijn is bepaald dat, tenzij de lidstaten anders bepalen, de artikelen 3 en 4 van de Richtlijn niet van toepassing zijn wanneer a) de vervreemder is verwikkeld in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure, b) met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, c) onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn). Art. 5 van de Richtlijn is bedoeld om het voortbestaan van insolvente ondernemingen te verzekeren.⁵ Over de uitleg van de

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: M.R. van Zanten, 'Wetsvoorstel rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement: een gewenste transitie van het insolventierecht naar het arbeidsrecht?', TvI 2020/6. Mr. M.R. van Zanten is advocaat en curator bij CMS. Hij verricht als buitenpromovendus aan de Rijksuniversiteit Groningen onderzoek naar de pre-pack.

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

3 In het vervolg zal worden gesproken van EU-hof, ook waar het het Hof van Justitie van de EG betreft.

4 Richtlijn 2001/23/EG 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 (PbEU 2001, L 82), hierna: "de Richtlijn".

5 Verslag d.d. 18 juni 2007 van de Commissie over Richtlijn 2001/35/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen onderdelen van ondernemingen of vestigingen, [SEC (2007)812] onder 16.

uitzondering van art. 5 lid 1 van de Richtlijn heeft het EU-hof zich een aantal malen uitgelaten.⁶

Het onderwerp overgang van onderneming in faillissement en de uitleg van art. 5 lid 1 van de Richtlijn is aan de orde gesteld tijdens de parlementaire behandeling van het voorstel van de Wet Continuïteit Ondernemingen I ("WCO I"). Met de WCO I, die op 21 juni 2016 met algemene stemmen is aangenomen door de Tweede Kamer, wordt een wettelijke basis gegeven aan de pre-pack methode.⁷ Tijdens de behandeling van de WCO I in de Eerste Kamer heeft het EU-hof op 22 juni 2017 prejudiciële vragen van de Rechtbank Midden-Nederland beantwoord in de zaak *FNV/Smallsteps*.⁸ In deze zaak heeft het EU-hof de vraag beantwoord of de Richtlijn geldt:

"in een situatie zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin de overgang van onderneming plaatsvindt na een faillietverklaring in de context van een daarvoor voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde pre-pack, in het kader waarvan een door de rechtbank aangestelde "beoogd curator" met name de mogelijkheden onderzoekt van een eventuele voortzetting van de activiteiten van die onderneming door een derde en zich voorbereidt op handelingen die onmiddellijk na de faillietverklaring moeten worden verricht teneinde die voortzetting te verwezenlijken."⁹

Het EU-hof heeft overwogen dat de bescherming van de Richtlijn behouden blijft in een dergelijke situatie. Een analyse van dit arrest, en de daaraan voorafgaande relevante uitspraken van het EU-hof, wordt in deze bijdrage, onder verwijzing naar een eerdere uitvoerige publicatie over dit onderwerp,¹⁰ achterwege gelaten.

Het arrest *FNV/Smallsteps* heeft geleid tot diverse publicaties.¹¹ Sommige auteurs menen dat de invloed van het arrest beperkt is, het arrest niet het einde hoeft te betekenen van de pre-packpraktijk en het arrest niet geldt voor de gewone

doorstartpraktijk.¹² Andere auteurs menen dat dit arrest niet alleen het einde van de pre-packpraktijk zal betekenen, maar ook van de voor het faillissement voorbereide doorstart na faillissement.¹³ In zo'n geval is het faillissement niet ingeleid met de intentie om het vermogen van de vervreemder te liquideren, maar met de intentie de onderneming te continueren. In dat geval zou niet worden voldaan aan een van de drie, cumulatieve, voorwaarden van art. 5 lid 1 van de Richtlijn. Deze voorwaarden zijn: 1) de vervreemder is verwickeld in een faillissementsprocedure of een soortgelijke insolventieprocedure; 2) deze procedure is ingeleid met de intentie om het vermogen van de vervreemder te liquideren en 3) deze procedure onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staat, die ook een door de overheidsinstantie gemachtigde curator kan zijn.

Nederlandse rechters hebben zich na het arrest van het EU-hof inzake *FNV/Smallsteps* inmiddels, zowel in eerste aanleg,¹⁴ als in hoger beroep,¹⁵ uitgesproken over de vraag of de beschermende regels van overgang van onderneming gelden bij een doorstart, al dan niet voorafgegaan door een voorbereiding via de pre-pack methode.

Als gevolg van het arrest hebben enkele stakeholders aan de Eerste Kamer verzocht om eerst tot aanpassing van art. 7:666 BW te komen voordat de behandeling van WCO I wordt voortgezet.¹⁶ De Minister voor Rechtsbescherming heeft de Eerste Kamer geïnformeerd dat hij overleg zal voeren met een groep van stakeholders. Dit overleg heeft ertoe geleid dat in het voorjaar 2018 een kleine schrijfgroep is ingesteld door de Minister voor Rechtsbescherming die de mogelijkheden voor een nieuwe wettelijke regeling heeft

6 Zie tot 2017 over de – gelijkkluidende – bepaling in een voorloper van de Richtlijn: HvJ EG 25 juli 1991, ECLI:EU:C:1991:326 (G. d'Urso, A. Ventadori e.a./Ercolone Marelli Elettromeccanica Generale SpA (onder bijzonder bewind), Ercolone Marelli Nuova Elettromeccanica Generale SpA (thans ABB Tecnomasio SpA en ABB Industria Srl) e.a.); HvJ EG 7 december 1995, ECLI:EU:C:1995:421 (L. Spano e.a./Fiat Geotech SpA en Fiat Hitachi Excavators SpA (voorheen Fiat Hitachi Construction Equipment SpA)); HvJ EG 12 maart 1998, ECLI:EU:C:1998:99 (Jules Dethier Équipement SA/Jules Dassy, Sovam SPRL, in vereffening); HvJ EG 12 november 1998, ECLI:EU:C:1998:532 (Europièces SA, in vereffening/W. Sanders en Automotive Industries Holding Company SA, in faillissement).

7 Kamerstukken II 2015/2016, 34 218, nr. 6, p. 5-6.

8 HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV/Smallsteps*).

9 R.o. 3.7.

10 M.R. van Zanten, 'It takes SmallSteps to pre-pack, een analyse', in: E.J.R. Verwey, Ph.W. Schreurs & M.A. Broeders (red.), *De Curator en het Personeel (INSOLAD Jaarboek 2018)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, zie p. 18-47.

11 Verwezen wordt naar het overzicht van publicaties opgenomen in: M.R. van Zanten, 'It takes SmallSteps to pre-pack, een analyse', in: E.J.R. Verwey, Ph.W. Schreurs & M.A. Broeders (red.), *De Curator en het Personeel (INSOLAD Jaarboek 2018)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 46-47, noot 119.

12 Zie onder andere: N.W.A. Tollenaar, 'De implicaties van Estro voor de pre-pack en WCO I', *Tvl* 2018/6 en *TRA* 2018/15; I. Spinath, 'De beperkte reikwijdte van het SmallSteps-arrest', *MvO* 2017, nr. 10 & 11, p. 253-256; S.C.J.J. Kortmann & L.P. Kortmann, 'Doorstarten post-Estro; smallSteps vooruit of een giant leap achteruit?', in: C.J.H. Jansen, M.M.C. van Moosdijk & R.W.E. van Leuken (red.), *Nijmeegs Europees Privaatrecht (Liber amicorum prof Sieburgh)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 31-46; L.G. Verburg, 'SmallSteps: over de vraag of de gewone doorstart uit faillissement nog toekomst heeft', *FIP* 2017/334; M.R. van Zanten, 'It takes SmallSteps to pre-pack, een analyse', in: E.J.R. Verwey, Ph.W. Schreurs & M.A. Broeders (red.), *De Curator en het Personeel (INSOLAD Jaarboek 2018)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 54-60.

13 Zie onder andere: J. van der Pijl, 'Het SmallSteps-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie ECLI:EU:C:2017:489', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2017, nr. 3, p. 125; J.R. Hurenkamp, 'Ondergang van onderneming door de pre-pack?', *Tvl* 2017/21; F.M.J. Verstijlen, 'De dubbele natuur van de doorstart', *Tvl* 2017/20; J.F. Fliek & F.M.J. Verstijlen, 'De eerste stapen voorbij Estro', *Tvl* 2018/7; P.R.W. Schaïnk, 'Het arrest van het Hof van Justitie inzake *FNV c.s./SmallSteps*', *Tvl* 2017/22.

14 Rb. Gelderland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447 (*Tuunte*); Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (*Bogra*); Rb. Limburg 26 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9137 (*FNV/Princen*).

15 Hof Amsterdam 17 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2339 (*Bogra*) en Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6539 (*Heiploeg*). In laatstgenoemde zaak is een cassatieprocedure aanhangig bij de Hoge Raad waarin op het moment van afsluiting van deze bijdrage nog geen uitspraak is gedaan.

16 Kamerstukken I 2017/18, 34218, H.

verkend.¹⁷ Deze verkenning vormde de basis voor een ontwerp wetsvoorstel dat is besproken in de klankbordgroep.¹⁸

In de hiernavolgende paragrafen zullen de vier onderdelen van het wetsvoorstel worden beschreven.

2.2 Nieuwe regeling voor overgang van onderneming in faillissement

Het eerste onderdeel van de voorgestelde regeling dat hierna wordt besproken betreft de nieuwe regeling voor de overgang van onderneming. De andere onderdelen van de voorgestelde regeling (concurrentiebeding vervalt; OR adviseert over overgang; OR adviseert over aanvraag insolventieprocedure) zullen hierna onder 2.3-2.5 worden besproken.

De voorgestelde regeling voor overgang van onderneming in faillissement bestaat uit de navolgende vier onderdelen, die hierna worden besproken:

- alle werknemers gaan mee over, tenzij sprake is verval van arbeidsplaatsen als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden;
- arbeidsvoorwaarden kunnen worden aangepast en oude schulden gaan niet mee over;
- er komen regels voor het selectieproces wanneer arbeidsplaatsen als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden verloren gaan;
- bij nieuwe vacatures binnen 26 weken na overgang krijgen eerder niet overgenomen werknemers alsnog een aanbod.

2.2.1 Alle werknemers gaan over, tenzij sprake is van verval van arbeidsplaatsen als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden

Het huidige art. 7:666 onderdeel a BW bepaalt dat de art. 662 tot en met 665 en 670 lid 8 van Boek 7 BW niet van toepassing zijn op een overgang van een onderneming, indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Dit is de Nederlandse implementatie van art. 4 bis Richtlijn 98/50EG,¹⁹ de voorganger van de huidige Richtlijn. Uit overweging 7 van de preambule van Richtlijn 98/50/EG blijkt duidelijk wat de achtergrond van de uitzondering op de beschermende bepaling is:

“dat het de lidstaten, teneinde het voortbestaan van insolvente ondernemingen te verzekeren, uitdrukkelijk moet worden toegestaan de artikelen 3 en 4 van Richtlijn 77/187/EEG niet toe te passen op een overgang in het kader van een liquidatieprocedure en dat op de algemene bepalingen van de richtlijn sommige uitzonderingen moeten worden toegestaan in het kader van insolventieprocedures.”

Bij de aanpassing van de oude art. 1639aa-1939dd BW per 1 januari 1997 is in het nieuwe art. 7:666 lid 1 BW tot uitdrukking gebracht dat, aansluitend op de uitspraken van het EU-hof, de afdeling geen toepassing vindt indien de vervreemdende werkgever in staat van faillissement is verklaard en de overgaande onderneming tot de boedel behoort. In de MvT behorende bij het wetsvoorstel waarbij de bepaling is aangepast wordt verwezen naar het *Abels* arrest²⁰ waarin het EU-hof zich heeft uitgesproken over de werkingssfeer van de Richtlijn in geval van faillissement en surseance van betaling van de vervreemder. In deze uitspraak heeft het EU-hof bepaald dat de Richtlijn niet van toepassing is in geval van faillissement, als althans de betrokken onderneming in de faillissementsboedel valt, en dat de Richtlijn wel van toepassing is in geval van surseance van betaling. Verder wordt in de MvT verwezen naar een arrest van de Hoge Raad dat na het *Abels* arrest is gewezen. De Hoge Raad heeft in dat arrest overwogen dat de art. 1639aa BW e.v. niet van toepassing zijn in geval van faillissement.²¹ De minister vond het juist als dit in een nieuwe codificatie van het arbeidsrecht zou uitmonden in een uitdrukkelijke bepaling in de wet zelf. Hiermee is duidelijk dat Nederland geen gebruik heeft gemaakt van de bevoegdheid voor de lidstaten om de regeling ‘vrijwillig’ ook in geval van faillissement van toepassing te verklaren.²²

De advocaat-generaal wees in zijn conclusie voorafgaande aan het *Abels*-arrest al op de verschillende standpunten in diverse lidstaten met betrekking tot het antwoord op de vraag of faillissement en surseance van betaling onder de Richtlijn 77/187 (de voorganger van Richtlijn 98/50) vallen. Voorts stelde hij:

“Ook al zal de regel dat failliete bedrijven al hun werknemers mee moeten nemen bij overgang, niet onvermijdelijk aan een verkoop in de weg staan, toch zal dit in een belangrijk aantal gevallen een reëel, of in ieder geval een mogelijk risico zijn. De toepassing van de richtlijn op ‘going concerns’ kan op zichzelf al moeilijkheden veroorzaken, maar het is niet waarschijnlijk dat die zo groot zullen zijn als bij insolvente ondernemingen die failliet zijn verklaard. De averechtse werking van de toepassing van de richtlijn lijkt een reëel gevaar en is zozeer in strijd met de doelstellingen daarvan, dat men bij gebreke van andere duidelijke aanwijzingen, mag concluderen dat het de bedoeling was om de bepalingen niet op failliete ondernemingen toe te passen. Dat de overgang van het bedrijf van dergelijke ondernemingen niet onder de regeling valt, lijkt ook in overeenstemming met de omstandigheid dat voor faillissement normaliter bijzondere wettelijke regelingen gelden.”

17 De schrijfgroep bestaat onder meer uit prof. mr. W.H.A.C.M. Bouwens en prof. mr. L.G. Verburg.

18 Ontwerp Memorie van Toelichting bij Wetsvoorstel (“MvT”), p. 4-5.

19 Richtlijn 98/50EG, PbEG 201/88-92.

20 HvJ EG 7 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:55 (*H.B.M. Abels/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie*).

21 HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0033 (*L.M. Happé/Ulke Scheepstra, h.o.d.n. Scheepstra's handelsonderneming*).

22 Kamerstukken II 1993-1994, 23 438, nr. 3 (*Memorie van Toelichting*), p. 42.

Ten aanzien van de Nederlandse surseance procedure heeft het EU-hof het volgende overwogen:

“Een procedure van het type ‘surseance van betaling’ heeft enkele kenmerken gemeen met de faillissementsprocedure; zo is zij evenals deze laatste gerechtelijk van aard. Anderzijds onderscheidt zij zich ervan, doordat het toezicht van de rechter op de aanvang en het verloop van de procedure primair gericht is op het behoud van de boedel en, zo mogelijk, de voortzetting van de onderneming; door middel van een collectieve opschorting van de betalingsverplichtingen wordt beoogd een regeling te vinden die deze voortzetting voor de toekomst verzekert. Komt een dergelijke regeling niet tot stand dan kan de procedure uitlopen op faillietverklaring van de debiteur, zoals i.c. is gebeurd.

(...) De argumenten die zich verzetten tegen de toepassing van de richtlijn op de overgang van ondernemingen in geval van faillissement, gaan bijgevolg niet op bij een procedure van dit type, die in een eerdere fase plaatsvindt.”²³

Zoals hiervoor aangegeven is art. 5 van de Richtlijn bedoeld om het voortbestaan van insolvente ondernemingen te verzekeren. Daarom kent dat artikel de lidstaten een zekere beleidsmarge toe. Lidstaten kunnen op grond van art. 5 lid 2 van de Richtlijn gebruikmaken van de mogelijkheid de gevolgen van onverkorte toepassing van de beschermende regels van overgang van onderneming te verzachten indien tegen de werkgever een insolventieprocedure is ingeleid. Op basis van dit artikellid kunnen lidstaten bepalen dat de schulden van de vervreemder die al voor de overgang bestonden niet overgaan op de verkrijger en dat de arbeidsvoorwaarden in overleg met de vakbonden kunnen worden aangepast.²⁴

Met het huidige wetsvoorstel maakt het kabinet gebruik van deze uitzonderingsmogelijkheden en wordt de regeling van art. 7:666 onderdeel a BW aangepast. Er is niet gekozen voor het simpelweg schrappen van de uitzonderingsregel in art. 7:666 onderdeel a BW, maar voor een specifieke regeling voor een overgang van onderneming in faillissement.

Aangezien de curator in vrijwel alle gevallen op of snel na de dag van de faillietverklaring overgaat tot ontslagaanzegging ex art. 40 Fw ontstaat de situatie dat bij een overgang na faillissement de overnemende partij de werknemers overneemt met een reeds (rechtsgeldig) opgezegde arbeidsovereenkomst. In dat geval zou de door het kabinet gewenste bescherming van de werknemers slechts bestaan gedu-

rende de periode van de opzegtermijn van vier tot maximaal zes weken. De bedoeling van de voorgestelde regeling is dat alle werknemers, onder in beginsel dezelfde arbeidsvoorwaarden, overgaan op de overnemende partij. Om dit mogelijk te maken wordt in art. 7:666b lid 1 BW bepaald dat de verkrijger alle reeds ontslagen werknemers een nieuwe arbeidsovereenkomst moet aanbieden op basis waarvan zij met ingang van het moment van de overgang bij hem in dienst treden.²⁵ Zodra de werknemer het aanbod van de verkrijger aanvaardt, eindigt op het moment van de overgang de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de gefailleerde werkgever, voor zover deze niet al was beëindigd. De arbeidsovereenkomsten bij de gefailleerde werkgever en die met de verkrijger worden in het kader van de toepassing van art. 7:668a lid 2 BW beschouwd als één arbeidsovereenkomst.²⁶

Aanvaardt de werknemer de door de verkrijger aangeboden arbeidsovereenkomst niet, dan betekent dit dat er sprake is van verwijtbare werkloosheid in de zin van art. 24 WW. In dat geval kan een sanctie worden opgelegd op grond van art. 27 WW.²⁷

De verkrijger moet, om in staat te zijn een bod uit te brengen op de onderneming, kennis kunnen nemen van het personeelsbestand. In een nieuw art. 101a Fw wordt een wettelijke basis in de zin van de Algemene verordening gegevensbescherming gegeven voor de verstrekking door de curator van noodzakelijke gegevens aan potentiële bidders en het gehele bestand aan de verkrijger.²⁸

In het wetsvoorstel wordt een uitzondering op de overgang gemaakt onder gebruikmaking van de mogelijkheid die de Richtlijn daartoe biedt. Art. 4 lid 1 van de Richtlijn bepaalt dat wanneer sprake is van economische, technische of organisatorische redenen (de zogenaamde ETO-redenen), die leiden tot verlies van arbeidsplaatsen, de verkrijger niet verplicht is alle werknemers een dienstverband aan te bieden. Het kabinet benadrukt dat schuldeisers en werknemers er belang bij hebben dat na faillissement bedrijfsovernames kunnen blijven plaatsvinden.²⁹ Om die reden wordt voorgesteld dat het bepaalde in art. 7:666b lid 1 BW niet van toepassing is wanneer niet alle werknemers in dienst kunnen worden genomen, omdat te voorzien is dat er binnen 26 weken na de overgang noodzakelijkerwijs arbeidsplaatsen vervallen als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen. Het kabinet hanteert voor deze ETO-redenen het in het Nederlandse arbeidsrecht al gebruikte begrip “bedrijfseconomische omstandigheden”.³⁰ Dit heeft als voordeel dat de regeling kan aansluiten bij de bestaande jurisprudentie op dit punt en de uitleg die het UWV heeft gegeven over het begrip “bedrijfs-

23 HvJ EG 7 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:55 (*H.B.M. Abels/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie*), r.o. 28-29.

24 Zie voor een overzicht van de 17 EU-landen waarin de beschermende regels niet van toepassing zijn en de vier EU-landen waarin de Richtlijn onverkort van toepassing is: M.R. van Zanten, ‘It takes Smallsteps to pre-pack, een analyse’, in: E.J.R. Verwey, Ph.W. Schreurs & M.A. Broeders (red.), *De Curator en het Personeel (INSOLAD Jaarboek 2018)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, zie: p. 27, noten 53 en 54.

25 MvT, p. 10.

26 Art. 7:666b lid 3 BW.

27 MvT, p. 29.

28 MvT, p. 23-25.

29 MvT, p. 10-11.

30 In art. 7:669 lid 3, onderdeel a, BW.

economische omstandigheden".³¹ Hierbij kan gedacht worden aan de navolgende omstandigheden:

- een slechte financiële situatie van de onderneming die ook na de overgang nog steeds een rol speelt;
- een gedeeltelijke bedrijfsbeëindiging die noodgedwongen wordt doorgevoerd om de bedrijfsvoering na de overgang van de onderneming weer doelmatig te kunnen laten zijn;
- een werkvermindering, bijvoorbeeld doordat klanten in de hectiek van het faillissement zijn weggelopen;
- een bedrijfsverhuizing; en
- organisatorische en/of technologische veranderingen, zoals een verdere automatisering van de bedrijfsvoering.³²

Hierna zal onder 2.2.3 verder worden ingegaan op het selectieproces en de rechtsmiddelen die werknemers op dit punt hebben.

2.2.2 Arbeidsvoorwaarden kunnen worden aangepast en oude schulden gaan niet mee over

In art. 7:666b lid 6 BW is bepaald dat de verkrijger en een vereniging van werknemers in overleg kunnen treden om de arbeidsvoorwaarden, die van toepassing waren op de arbeidsovereenkomsten, aan te passen als dit nodig is voor het behoud van de werkgelegenheid binnen de onderneming.³³ Daarnaast regelt art. 7:666b lid 7 BW dat bepaalde schulden van de gefailleerde werkgever niet zijn overgegaan op de verkrijger. Al hetgeen op basis van de arbeidsovereenkomsten verschuldigd is geworden in de periode voor de overgang en daarop ook betrekking heeft komt niet voor rekening van de verkrijger. Hier gaat het niet alleen om achterstallig loon. Het gaat hier ook om opgebouwde, maar nog niet genoten, vakantiedagen en nog niet uitbetaalde vakantietoelage. Ook vallen hieronder bonussen die verschuldigd zijn over het voorgaande boekjaar, maar pas in het volgende boekjaar, na vaststelling van de jaarstukken tot uitbetaling komen.³⁴

Met deze bepalingen wordt gebruikgemaakt van de lidstaattoptie in art. 5 lid 2, onderdeel a en b van de Richtlijn om de gevolgen van de toepassing van de Richtlijn te verzachten.³⁵ Bij regeling van de Minister voor Rechtsbescherming wordt op grond van art. 7:666b lid 8 BW nader bepaald wat wordt verstaan onder schulden als bedoeld in lid 7.³⁶

2.2.3 Er komen regels voor het selectieproces wanneer arbeidsplaatsen als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden verloren gaan

Naar huidig recht is de volgorde waarin de verkrijger de werknemers van de gefailleerde werkgever bij een doorstart een arbeidsovereenkomst aanbiedt niet geregeld. Het wetsvoorstel geeft een regeling voor de selectie van de werknemers die overgaan, indien er sprake is van verval van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische redenen. Op grond van art. 7:666b lid 2 BW dient de verkrijger een objectieve selectiemethode te hanteren op basis waarvan bepaald wordt in welke volgorde de werknemers een aanbod krijgen. Art. 7:666b lid 8 BW bepaalt dat bij regeling van de Minister voor Rechtsbescherming regels worden gesteld over de objectieve selectiemethode als bedoeld in de leden 2 en 4. Volgens art. 2 van de Regeling overgang van onderneming in faillissement zijn er twee objectieve selectiemethoden die kunnen worden gehanteerd door de verkrijger: de inspiegelingsmethode of een alternatieve selectiemethode, mits de rechter-commissaris daar toestemming voor geeft bij zijn toestemming voor de overdracht.

Inspiegelingsmethode

Bij de inspiegelingsmethode is zoveel mogelijk aangesloten bij het Ontslagbesluit. Hierin zijn regels opgenomen voor de bepaling van de volgorde van ontslag wanneer arbeidsplaatsen vervallen in verband met bedrijfseconomische omstandigheden.³⁷ De voorgestelde regeling komt erop neer dat wanneer binnen een categorie onderling uitwisselbare functies arbeidsplaatsen bij de verkrijger behouden blijven, per leeftijdsgroep binnen die categorie de werknemer die buiten faillissement als laatste zou worden ontslagen, als eerste in aanmerking komt voor een dienstverband bij de verkrijger. Door de toepassing van de inspiegelingsmethode blijft de leeftijdsopbouw van de werknemers binnen de categorie uitwisselbare functies voor en na de overgang verhoudingsgewijs zoveel mogelijk gelijk. Binnen elke leeftijdsgroep komt de werknemer met het langste dienstverband bij de gefailleerde werkgever als eerste in aanmerking voor een arbeidsovereenkomst bij de verkrijger.³⁸ In de MvT wordt beschreven welke stappen door de verkrijger moeten worden gezet en in welke (leeftijds)groepen de werknemers moeten worden verdeeld.³⁹

In art. 3 lid 2 van de Regeling overgang van onderneming in faillissement is bepaald dat bij de inspiegelingsmethode ten hoogste 10% van de werknemers die voor een dienstverband in aanmerking komen buiten beschouwing mogen blijven. Dit aantal wordt naar boven afgerond. Op deze wijze heeft de verkrijger enige ruimte om bepaalde extra belangrijke werknemers toch te behouden en blijft een abusievelijk niet meegenomen werknemer verder zonder consequenties voor de verkrijger. Overigens moeten alle werknemers die op de datum van de faillietverklaring in dienst zijn bij de ge-

31 MvT, p. 11.

32 MvT, p. 12.

33 MvT, p. 21-22.

34 MvT, p. 21.

35 MvT, p. 32.

36 Zie art. 5 (voorontwerp) Regeling van de Minister voor Rechtsbescherming van [datum] tot vaststelling van regels voor het bepalen van de volgorde waarin werknemers bij een overgang van onderneming in faillissement door de verkrijger een arbeidsovereenkomst aangeboden krijgen en andere bepalingen van de schulden die bij de overgang niet mee overgaan op de verkrijger (hierna: Regeling overgang van onderneming in faillissement).

37 MvT, p. 13. Het gaat dan om de art. 11, 13-15 en 17 van het Ontslagbesluit waarin het afspiegelingsbeginsel en de wederindiensttrekingsvoorwaarde is opgenomen na ontslag op bedrijfseconomische gronden.

38 MvT, p. 14.

39 MvT, p. 15.

faillieerde werkgever betrokken worden in de inspiegelingsmethode, dus ook de werknemers die langdurig ziek zijn.⁴⁰

Alternatieve selectiemethode

Hoewel de inspiegelingsmethode het uitgangspunt is, biedt het wetsvoorstel de verkrijger ook de mogelijkheid een alternatieve selectiemethode toe te passen onder de voorwaarde dat de rechter-commissaris toestemming geeft voor het hanteren van deze alternatieve selectiemethode. Wanneer voldoende aannemelijk is gemaakt dat het hanteren van deze alternatieve selectiemethode noodzakelijk is om na de overgang tot een doelmatige bedrijfsvoering te komen en de voorgestelde selectiecriteria objectief zijn, zal de rechter-commissaris toestemming geven voor het hanteren van de alternatieve selectiemethode.⁴¹ De verkrijger moet bij het verzoek om toestemming een ondernemingsplan overleggen waarin hij:

- de doelstelling vermeldt die hij met de onderneming heeft en de verwachte ontwikkeling;
 - aangeeft welke werkzaamheden zullen worden verricht en of deze te vergelijken zijn met de werkzaamheden voor faillietverklaring;
 - toelicht hoeveel arbeidsplaatsen zullen vervallen als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden en hoeveel zullen worden behouden;
 - beschrijft wat de alternatieve selectiemethode inhoudt;
 - aannemelijk maakt dat er een noodzaak bestaat deze alternatieve selectiemethode te hanteren om de bedrijfsvoering na de overgang doelmatig te laten zijn.⁴²
- Ook de alternatieve selectiemethode moet gebaseerd zijn op objectieve selectiecriteria die eenduidig, transparant en proportioneel zijn; meetbaar en controlebaar zijn; op alle werknemers op dezelfde manier worden toegepast en als doel hebben om op objectieve wijze de werknemers te selecteren die een arbeidsovereenkomst aangeboden krijgen. Het kabinet heeft bij deze criteria inspiratie opgedaan bij de artikelen 2.99 en 2.100 van de Aanbestedingswet.⁴³

Gevolgen van niet juiste toepassing selectiemethode

Een werknemer die van mening is dat hij, als gevolg van een onjuiste toepassing van de inspiegelingsmethode of de alternatieve selectiemethode, ten onrechte niet in dienst is gekomen van de verkrijger, kan op grond van art. 7:666b lid 5 BW de kantonrechter verzoeken de verkrijger te veroordelen om: a) de werknemer (alsnog) een aanbod te doen tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst met ingang van de datum van de overgang; b) de werknemer een aanbod te doen een arbeidsovereenkomst te sluiten waarbij de werknemer op een door de kantonrechter te bepalen datum bij de verkrijger in dienst treedt, of c) aan de werknemer ten laste van

de verkrijger een billijke vergoeding toe te kennen. Dit laatste zal het geval zijn als indiensttreding van de werknemer bij de verkrijger in redelijkheid niet mogelijk is vanwege ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de verkrijger.⁴⁴ Voor deze bepaling is aansluiting gezocht bij het bepaalde in art. 7:682 lid 1 BW dat de werknemer de mogelijkheid geeft herstel van de dienstbetrekking of betaling van een billijke vergoeding te verzoeken.

Bij de beoordeling van het verzoek dient de kantonrechter rekening te houden met de hiervoor genoemde bandbreedte van 10%. Wanneer de verkrijger binnen deze bandbreedte is gebleven is er geen sprake van een onjuiste toepassing van de selectiemethode. Het verzoek van de werknemer zal dan worden afgewezen.

2.2.4 Gevolgen van nieuwe vacatures binnen 26 weken na overgang

De verkrijger moet aan een van de werknemers die hij eerder geen arbeidsovereenkomst heeft aangeboden alsnog een arbeidsovereenkomst aanbieden, wanneer binnen 26 weken na de overgang blijkt dat er toch werk is voor meer werknemers en er binnen de onderneming een vacature ontstaat voor dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden als die welke werden verricht door een werknemer van de gefailleerde werkgever. De eerder gehanteerde selectiemethode moet daarbij worden toegepast.⁴⁵

2.3 Concurrentiebeding vervalt

Wanneer een werknemer, die met de gefailleerde werkgever een concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst is overeengekomen, niet geselecteerd wordt in dienst te treden van de verkrijger, vervalt het concurrentiebeding zodat deze werknemer vrij is zo spoedig mogelijk elders aan het werk te gaan.⁴⁶

2.4 OR adviseert over overgang

Voor de onderhandse verkoop van goederen moet de curator toestemming vragen aan de rechter-commissaris. Wanneer een bedrijfsovername moet worden aangemerkt als een overgang van onderneming in de zin van de Richtlijn moet de curator toetsen of de bedrijfsovername voldoet aan de voorwaarden die het wetsvoorstel stelt. De curator moet op grond van art. 25 lid 7 Wet op de Ondernemingsraden ("WOR") de OR advies vragen over de bedrijfsovername.⁴⁷ Met het wetsvoorstel wordt de beschikking van de Hoge Raad in het DA-faillissement gecodificeerd.⁴⁸

Vanwege de bijzondere omstandigheden van het faillissement kiest het kabinet voor een afwijkende adviestermijn die door de curator wordt bepaald. Deze mag niet korter zijn dan drie dagen.⁴⁹ Daarnaast wordt bepaald (anders dan in

40 MvT, p. 15.

41 Art. 4 van de Regeling overgang van onderneming in faillissement en MvT, p. 16-18.

42 MvT, p. 17.

43 MvT, p. 17.

44 MvT, p. 20 en 31.

45 Art. 7:666b lid 4 BW en MvT, p. 18.

46 Art. 7:653 lid 6 BW en MvT, p. 22.

47 MvT, p. 7-9, 12 en 18.

48 HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982 (DA).

49 Wanneer de curator kiest voor minimale adviestermijn moeten daarin ten minste twee dagen voorkomen die niet een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag zijn op grond van art. 2 van de Algemene Termijnenwet. Zie MvT, p. 34.

art. 25 lid 6 WOR) dat de curator bij afwijking van het advies van de OR zijn beslissing niet hoeft op te schorten met een maand.⁵⁰

Ten slotte wordt bepaald dat art. 26 WOR niet van toepassing is in faillissement. De OR kan op grond van deze bepaling tegen een besluit beroep instellen bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam. De OR heeft in de plaats daarvan de mogelijkheid om gedurende vijf dagen hoger beroep in te stellen bij de rechtbank tegen de beslissingen van de rechter-commissaris in het kader van de voortzetting of de overgang van een onderneming waarbij arbeidsplaatsen behouden blijven.⁵¹

De huidige regeling van art. 176 Fw, waarin is bepaald dat de rechter-commissaris toestemming moet verlenen voor een onderhandse verkoop, geldt ook in het geval van een bedrijfsovername die moet worden aangemerkt als een overgang van onderneming. De rechter-commissaris beslist snel, maar in ieder geval binnen drie dagen na indiening van het verzoek om toestemming.

De huidige regeling wordt aangevuld met het nieuwe art. 176a FW. Hierin wordt bepaald dat de rechter-commissaris pas over het toestemmingsverzoek van de curator kan beslissen nadat hij de direct betrokkenen (curator, beoogd verkrijger en de OR/personeelsvertegenwoordiging) heeft gehoord of daartoe in ieder geval heeft opgeroepen.⁵² Wanneer de OR advies heeft uitgebracht aan de curator en de curator dit advies volledig heeft overgenomen hoeft de OR niet te worden gehoord.⁵³

De rechter-commissaris past een zekere mate van terughoudendheid bij de toets die hij verricht in het kader van de toestemming voor een onderhandse verkoop toe. Het kabinet vindt dat dit ook geldt waar het een onderhandse verkoop betreft die leidt tot een bedrijfsovername die aangemerkt moet worden als een overgang van onderneming. Wanneer daarbij niet al het personeel wordt overgenomen moet de rechter-commissaris na een kritisch inhoudelijk onderzoek kunnen vaststellen of voldoende aannemelijk is gemaakt dat sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden die het noodzakelijk maken maatregelen te treffen waardoor arbeidsplaatsen verloren gaan en de selectiemethode in overeenstemming is met het wetsvoorstel. RECOFA zal praktijkregels moeten opstellen waardoor inzichtelijk wordt welke informatie door de verkrijger moet worden overhandigd zodat de rechter-commissaris het verzoek kan toetsen.⁵⁴

Op grond van een nieuw voorgesteld art. 67 lid 3 Fw staat tegen de beslissingen die de rechter-commissaris neemt in het kader van een overgang van onderneming gedurende vijf dagen hoger beroep open bij de rechtbank. Ook de OR kan op grond van een nieuw voorgesteld art. 67 lid 4 Fw hoger beroep instellen. De rechtbank beslist na verhoor of behoorlijke oproeping van belanghebbenden. Er staat geen

hogere voorziening open tegen de beslissing van de rechtbank, behoudens cassatie in het belang der wet.⁵⁵

2.5 OR adviseert over aanvraag insolventieprocedure

In de literatuur is door meerdere auteurs de vraag aan de orde gesteld of het besluit tot aanvragen van surseance of eigen aangifte faillissement adviesplichtig is in de zin van de WOR.⁵⁶ Met het wetsvoorstel wordt duidelijkheid geschapen. Op basis van het nieuwe art. 31g WOR wordt de ondernemer verplicht de OR, de personeelsvertegenwoordiging of de personeelsvergadering in te lichten over een aanvraag surseance, een eigen aangifte faillissement of een verzoek tot faillietverklaring wanneer hij verwacht dat de rechtbank tot een faillietverklaring zal overgaan.⁵⁷ Ongefundeerde faillissementsverzoeken die als incassomiddel worden ingezet vallen dus buiten het toepassingsgebied van deze bepaling.

3. Commentaar

3.1 Algemeen

Het kabinet is, naar aanleiding van de vragen van de Eerste Kamer commissie voor J&V tijdens de behandeling van WCO I en brieven van FNV/CNV en de NOvA aan de commissie, tot de conclusie gekomen dat een voorstel voor aanpassing van de regeling van overgang van onderneming in faillissement noodzakelijk, dan wel wenselijk is. De Minister voor Rechtsbescherming heeft bij brief van 29 mei 2019 het wetsvoorstel aan de Voorzitter van de Eerste Kamer gezonden. Hierbij heeft hij zijn verzoek herhaald de behandeling van WCO I zo spoedig mogelijk voort te zetten.⁵⁸ De commissie heeft op 18 juni 2019 laten weten het besluit van de voorgaande commissie van 29 januari 2019 te handhaven en de behandeling van WCO I aan te houden en te zijner tijd te behandelen in samenhang met het wetsvoorstel.⁵⁹

Het kabinet beoogt met het wetsvoorstel een einde te maken aan in de praktijk ontstane onduidelijkheid over uitzondering op de beschermende regels voor werknemers bij een doorstart na faillissement.⁶⁰ Op basis van het wetsvoorstel is duidelijk dat geen sprake (meer) is van een uitzondering op deze beschermende regels.

Als het kabinet wilde zorgen voor regelgeving die meer behoud van werkgelegenheid bij een doorstart bevordert, dan is ook die missie geslaagd althans – in de visie van de auteur – als je dit per gerealiseerde doorstart bekijkt. Per saldo zal er – volgens de auteur – minder behoud van werkgelegenheid zijn omdat er minder doorstarts zullen plaatsvinden. Het valt te verwachten dat er als gevolg van het wetsvoorstel meer banen blijven behouden, *indien* er een

50 MvT, p. 34.

51 Art. 67 lid 4 Fw; MvT, p. 35.

52 Art. 176a, eerste en tweede lid, Fw en MvT, p. 19.

53 MvT, p. 20.

54 MvT, p. 19.

55 MvT, p. 20.

56 Zie voor deze discussie onder meer: M.R. van Zanten, 'Aan het werk met de pre-pack!', *ArbeidsRecht* 2013/47.

57 MvT, p. 35.

58 Brief d.d. 29 mei 2019 van de minister voor Rechtsbescherming over een voorontwerp voor een nieuwe regeling over de overgang van een onderneming in faillissement, EK, L.

59 Korte aantekening commissie Justitie en Veiligheid d.d. 18 juni 2019, 34218, L.

60 MvT, p. 3.

doorstart plaatsvindt. Tegelijkertijd kan verwacht worden dat als gevolg van het wetsvoorstel minder doorstarts plaats zullen vinden vanwege de te verwachten kosten aan de zijde van de verkrijger en de onzekerheid over mogelijke procedures ex art. 7:666b lid 5 BW, en de beroepsprocedures ex art. 67 lid 3 en lid 4 Fw. De vraag kan worden gesteld of de werkgelegenheid, zeker nu de economische vooruitzichten minder gunstig worden, de werkgelegenheidsgroei zakt, op lange termijn wel gebaat zal zijn bij het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel geeft aanleiding tot een aantal opmerkingen.

3.2 Wat is het probleem?

In de eerste plaats moet worden onderzocht welk probleem deze nieuwe wetgeving moet oplossen. Uit de MvT blijkt het volgende:

“De uitspraak van het EU-hof heeft geleid tot rechtsonzekerheid. Dit houdt vooral verband met de tweede voorwaarde. Uit deze voorwaarde volgt dat de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer bij een overname van een onderneming in faillissement die aangemerkt moet worden als een overgang in de zin van de richtlijn, afhangt van het doel waarmee de faillissementsprocedure is ingeleid. Zoals blijkt uit de uitspraak van het EU-hof, gaat het daarbij niet om welk doel de faillissementsprocedure op zichzelf beschouwd heeft, maar om de intentie waarmee die procedure in een concrete situatie is toegepast. Dit moet steeds beoordeeld worden aan de hand van de specifieke omstandigheden van het individuele geval. Daardoor is de positie van werknemers bij een overgang in faillissement op dit moment niet op voorhand voorspelbaar en dit leidt tot rechtsonzekerheid.”⁶¹

Na het arrest *FNV/Smallsteps* is de vraag gesteld of dit arrest ook ziet op de onvoorbereide doorstart na faillissement. Kortom, is ook in geval van een geheel onvoorbereide doorstart sprake van toepasselijkheid van de beschermende regels van de Richtlijn voor werknemers of is hiervan uitsluitend sprake bij een (al dan niet met de pre-pack methode) voorbereide doorstart na faillissement zoals bij *FNV/Smallsteps*.

De Nederlandse rechter heeft zich, nadat het EU-hof uitspraak had gedaan in de zaak *FNV/Smallsteps*, in de zaak *Tuunte* uitgesproken over de uitzondering op de beschermende bepalingen uit de Richtlijn bij een doorstart na faillissement, zonder dat gebruik is gemaakt van de pre-pack methode.⁶² De rechtbank oordeelde dat er geen sprake was van een pre-pack. De rechtbank oordeelde dat het evident is dat de bestuurders voor het uitspreken van het faillissement zijn nagegaan of het interessant was delen van de onderneming over te dragen aan een derde of zelf te verkrijgen. Uit niets blijkt dat het door de werknemers gestelde “vooropgezette plan” meer behelsde dan het bezien welke delen van de onderneming uit de boedel zouden kunnen worden

overgenomen en mogelijk welke prijs hiervoor zou worden geboden. Dit dwingt nog niet tot de conclusie dat niet is voldaan aan de vereisten van art. 7:666 BW.

Aangezien sprake is van Europees recht en de uitleg van de Richtlijn blijft een uiteindelijk oordeel over de vraag of de onvoorbereide doorstart valt onder de uitzonderingsbepaling van art. 5 lid 1 van de Richtlijn voorbehouden aan het EU-hof. Het EU-hof heeft zich na *FNV/Smallsteps* nog niet uitgelaten over deze vraag.

Verder blijkt dat er ook na het arrest inzake *FNV/Smallsteps* tal van doorstarts in Nederland hebben plaatsgevonden en nog dagelijks plaatsvinden.⁶³ Uit een door mr. R. Dufour van failimprove.nl in augustus 2019⁶⁴ gemaakte inventarisatie uit alle gepubliceerde faillissementsverslagen blijkt dat geen sprake is van enige, laat staan een significante, afname van het aantal en de omvang van de doorstarts. De door het kabinet in de MvT aangegeven onzekerheid, zo deze al breed gedragen wordt, lijkt dan ook in de praktijk niet belemmerend te werken voor de totstandkoming van doorstarts in Nederland. Als gevolg van de vermoede gevolgen van een vooronderstelde onzekerheid wordt nu wetgeving voorgesteld die niet ondersteunend lijkt te zijn aan de snelle en eenvoudige totstandkoming van een doorstart, maar eerder belemmerend.

3.3 Faillissementsprocedure wordt (altijd) geopend met het oog op liquidatie van het vermogen

In de tweede plaats kan worden opgemerkt dat de conclusie van het kabinet, dat bij doorstart na faillissement de richtlijnbescherming van toepassing zou kunnen zijn, indien de betreffende faillissementsprocedure is geopend “met een ander oogmerk dan liquidatie van het vermogen van de vreemder”, onjuist is. Deze conclusie kan niet worden getrokken uit de jurisprudentie van het EU-hof.⁶⁵ Het EU-hof heeft in het arrest namelijk het vereiste van “liquidatie van vermogen” (zoals vermeld in art. 5 lid 1 van de Richtlijn als voorwaarde voor buiten toepassing stelling van de richtlijnbescherming)⁶⁶ in het arrest zonder enige toelichting ver-

63 Ik noem hier enkele bekende bekende bedrijven: Pabo (juli 2019, 60 werknemers in dienst op datum faillissement); Keymusic (juni 2019); Sissy-Boy (april 2019; 600 werknemers); Intertoys (februari 2019, 3.200 werknemers); The Phone House (februari 2019, 800 werknemers); Jobbird (november 2018); Men at Work (juni 2018, 425 werknemers); SuperTrash (februari 2018, 60 werknemers); Tuunte (augustus 2017, 260 werknemers) en Witteveen (juli 2017, 400 werknemers). Voor het overige blijkt uit een korte zoektocht op internet dat zeer veel andere bedrijven de afgelopen maanden zijn doorgestart. Zo blijkt uit een Nieuwsflits van Faillissementsdossier (www.faillissementsdossier.nl) van 31 juli 2019 bijvoorbeeld dat er die week vijf doorstarts hebben plaatsgevonden in diverse faillissementen. Doorstarts vinden op dit moment dus letterlijk nog dagelijks plaats.

64 Dit onderzoek is door mr. Dufour verricht op verzoek van mr. Ph.W. Schreurs. De resultaten hiervan zijn bij de auteur bekend. Aangezien de resultaten nog niet door mr. Schreurs of mr. Dufour zijn gepubliceerd blijft weergave van deze resultaten in deze publicatie achterwege.

65 Zie eerder: M.R. van Zanten, ‘It takes Smallsteps to pre-pack, een analyse’, in: E.J.R. Verwey, Ph.W. Schreurs & M.A. Broeders (red.), *De Curator en het Personeel (INSOLAD Jaarboek 2018)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 18-29; p. 34-47 en (met name) p. 57-60.

66 Zie: M.R. van Zanten, ‘It takes Smallsteps to pre-pack, een analyse’, in: E.J.R. Verwey, Ph.W. Schreurs & M.A. Broeders (red.), *De Curator en het Personeel (INSOLAD Jaarboek 2018)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 18-29; p. 42-44. Zie r.o. 47 van het arrest. Hier blijft het EU-hof nog trouw aan de tekst van art. 5 lid 1 van de Richtlijn.

61 MvT, p. 3.

62 Rb. Gelderland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447 (*Tuunte*).

ruimt tot het vereiste van “*liquidatie van de onderneming*”.⁶⁷ Van liquidatie van een onderneming is per definitie bij een overgang van onderneming na faillissement geen sprake. Als dit een relevant onderdeel zou zijn bij de beantwoording van de vraag of sprake is van de uitzondering op de bescherming zou geen enkele overgang van onderneming na faillissement vallen onder de hiervoor opgestelde bepaling van art. 5 lid 1 van de Richtlijn en zou dit artikel elk belang missen. Immers, uit de aard der zaak zal de onderneming na de overgang niet worden geliquideerd. Het vermogen van de vervreemder wordt met de verkoop van de activa in het kader van de overgang daarentegen wel geliquideerd. Mijns inziens heeft het EU-hof dit niet onderkend en daarmee een arrest gewezen dat in strijd is met art. 5 lid 1 van de Richtlijn.

Gelet op het vorenstaande blijft naar mijn mening van belang de tekst van art. 5 lid 1 van de Richtlijn, te weten dat sprake moet zijn van een procedure gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Art. 20 Fw bepaalt dat het Nederlandse faillissement het gehele vermogen van de schuldenaar omvat ten tijde van de faillietverklaring alsmede hetgeen hij gedurende faillissement verwerft. Vanaf de dag der faillietverklaring verliest de schuldenaar van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn vermogen.⁶⁸ De curator is vanaf dat moment belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel.⁶⁹ De curator is bevoegd om goederen van de failliet te vervreemden.⁷⁰ Wanneer geen (tijdig) voorstel tot voortzetting van het bedrijf wordt gedaan gaat de curator onmiddellijk over tot vereffening en tegeldemaking van alle baten, zonder dat daartoe de toestemming of medewerking van de gefailleerde nodig is.⁷¹ De Nederlandse faillissementsprocedure is dus een liquidatieprocedure. Het is zoals het is. Daar kan geen partijwil iets aan veranderen. Een uitgesproken faillissement heeft per definitie de in de Faillissementswet daaraan gegeven gevolgen. Als sprake is van misbruik van faillissementsrecht, en feitelijk geen faillissementstoestand aanwezig was in een bepaalde faillissementsprocedure, dan wel sprake is van het openen van deze procedure met een ander doel dan het wettelijk vastgelegde doel, dan staan voor partijen rechtsmiddelen open die kunnen leiden tot vernietiging van het faillissement. Ook kunnen gedupeerden, waaronder werknemers, acties tegen bestuurders instellen.⁷² Die gevallen blijven buiten bespreking in deze bijdrage, dat zijn misbruiksituaties. Die gevallen moeten met anti-misbruikmaatregelen worden bestreden en voorkomen, niet met het leerstuk van overgang van onderneming. Hier wordt slechts

gedoeld op doorstarts die tot stand komen nadat de rechtbank (terecht) heeft geconstateerd dat sprake is van een toestand van te hebben opgehouden te betalen en voldaan wordt aan het bepaalde in art. 1 lid 1 Fw.

Mijns inziens is de stelling dan ook goed verdedigbaar dat nog gewoon kan worden doorgestart na faillissement, in ieder geval als er geen sprake is van een voorbereiding. Het Europese recht houdt nadrukkelijk rekening met een overgang van de onderneming na faillissement, want daarvoor is nu juist in art. 5 lid 1 van de Richtlijn de uitzondering opgenomen op de bescherming voor de werknemers. De Nederlandse doorstart vindt plaats in de Nederlandse faillissementsprocedure die ook volgens de Europese wetgeving en jurisprudentie valt onder de procedures waarvoor art. 5 lid 1 van de Richtlijn is bedoeld. Zou een doorstart niet vallen onder de uitzondering van art. 5 lid 1 van de Richtlijn dan zou deze bepaling een dode letter zijn geworden. Dat blijkt niet uit de ontwikkeling in de rechtspraak van het EU-hof.⁷³ Aan het wetsvoorstel is dan ook geen behoefte in geval van een onvoorbereide doorstart na faillissement. De enige onzekerheid die door *FNV/Smallsteps* is ontstaan betreft het daar berechte geval van een faillissement dat is voorafgegaan door een procedure die met name gericht was op de voortzetting van de activiteiten gelijk na faillissement. Voor het voorkomen van onzekerheid voor die gevallen zijn andere, minder vergaande oplossingen mogelijk, die hierna zullen worden besproken in paragraaf 3.6.

3.4 WCO I

Wellicht biedt dit wetsvoorstel de oplossing voor het probleem dat is ontstaan tijdens de behandeling van de WCO I in de Eerste Kamer. In dat geval dient het wetsvoorstel er toe dat de WCO I kan worden aangenomen. Maar ook daarvoor is het wetsvoorstel niet nodig. De Eerste Kamer heeft kennis kunnen nemen van de wijze waarop de Nederlandse rechter in staat is gebleken het arrest *FNV/Smallsteps* toe te passen in de Nederlandse praktijk. Daarbij komt dat de verwijzende rechter het EU-hof een niet juist geformuleerde vraag ter beantwoording heeft voorgelegd. Hierdoor is ook het antwoord onjuist en wordt geen oordeel gegeven over de Nederlandse pre-packmethode en al zeker niet de in de WCO I vastgelegde pre-pack methode.⁷⁴ Doel van de pre-pack methode is volgens de WCO I de voorbereiding van een faillissement en vermindering van de schade van alle betrokkenen, en dus niet *met name* de voorbereiding van een voortzetting van de onderneming direct na faillissement. Het door het EU-hof gegeven antwoord raakt derhalve niet de pre-pack methode zoals vastgelegd in de WCO I. In het nieuwe art. 363 lid 1 Fw wordt bepaald dat de schuldenaar een verzoek kan doen om de aanstelling van een beoogd curator “*ter voorbereiding van een dreigend faillissement*”. Het

67 Zie r.o. 50 van het arrest waarin het EU-hof opeens constateert dat de transactie niet de liquidatie van de **onderneming** beoogt zodat dit geen uitzondering rechtvaardigt op de bescherming die de richtlijn werknemers bij een overgang van onderneming biedt.

68 Art. 23 Fw.

69 Art. 68 lid 1 Fw.

70 Art. 101 Fw.

71 Art. 175 lid 1 Fw.

72 Rb. Den Haag 15 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:14948 (A c.s./VLG); HR 29 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2388 (*Multi Terminals Waalhaven/FNV*).

73 L.G. Verburg, ‘Smallsteps: over de vraag of de gewone doorstart uit faillissement nog toekomst heeft’, *FIP* 2017/334.

74 Zie ook: S.C.J.J. Kortmann & L.P. Kortmann, ‘Doorstarten post-Estro: smallsteps vooruit of een giant leap achteruit?’, in: C.J.H. Jansen, M.M.C. van de Moosdijk & R.W.E. van Leuken (red.), *Nijmeegs Europees Privaatrecht (Liber amicorum prof Sieburgh)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 42.

doel van deze voorbereiding is “de uit het faillissement voortvloeiende schade bij de schuldeisers (waaronder ook de werknemers) en andere betrokkenen zoveel mogelijk te beperken onder meer (onderstr. MvZ) door de kansen op een verkoop en daarop volgende doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen tegen een maximale opbrengst en met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid te vergroten”.⁷⁵ In de meeste gevallen verdient de voorbereiding van een going concern verkoop als wijze van liquidatie van vermogen vanuit het oogpunt van opbrengstmaximalisatie de voorkeur boven een verkoop van losse activa. Het EU-hof heeft dit miskend in het arrest *FNV/Smallsteps*.

3.5 Verwachte gevolgen van het wetsvoorstel voor de praktijk

3.5.1 Algemeen

Met het wetsvoorstel wijzigt de positie van de werknemer in faillissement drastisch. In een faillissement wordt de werknemer beroofd van veel van zijn buiten faillissement bestaande rechten. De angst bestaat dat het gebrek aan ontslagbescherming van de werknemer binnen faillissement leidt tot misbruik van de faillissementsprocedure. Uit onderzoek van het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit is echter gebleken dat in geen van de onderzochte gevallen sprake is van aanvraag van het faillissement met het oog op enkel een sanering van het personeelsbestand. Van misbruik is de onderzoekers niet gebleken. In de dertien onderzochte gevallen waarin een doorstart uit faillissement werd gemaakt bleef een aanzienlijk deel van de werkgelegenheid behouden, zowel in de gevallen waarin sprake was van een stille voorbereidingsfase als in de overige gevallen. Er had volgens de onderzoekers juist meer werkgelegenheid kunnen worden behouden bij die gevallen waarin slechts een gering percentage van de werknemers is overgenomen als de doorstart goed en tijdig was voorbereid.⁷⁶ De conclusies uit dit recente onderzoek met betrekking tot misbruik zijn in lijn met het eerdere onderzoek dat in 2005 in opdracht van het WODC is verricht door het Hugo Sinzheimer Instituut van de Universiteit van Amsterdam. De onderzoekers hebben onder meer onderzocht, aan de hand van onder andere analyse van faillissementsdossiers en interviews met deskundigen en partijen in het veld, wat de aard en de omvang is van fraude en misbruik in door de Nederlandse rechter uitgesproken faillissementen. Ook op basis van dat onderzoek is geconcludeerd dat van misbruik van faillissement nauwelijks melding valt te maken.⁷⁷ En zou er al sprake zijn van misbruik dan kan de

werknemer diverse acties instellen tegen het faillissement of de bestuurders van de gefailleerde werkgever.⁷⁸

Een doorstart na faillissement moet worden beschouwd als een kans voor de betrokken werknemers toch nog aan de slag te blijven na de insolventie van hun werkgever. Desondanks wordt de doorstart door sommigen vaak gelijkgesteld met misbruik. Maar dat misbruik blijkt niet uit de tot nu toe verrichte onderzoeken. Ook INSOLAD wijst er in haar consultatiebijdrage op dat het beeld van misbruik niet als een breed in de praktijk levend probleem wordt gezien.⁷⁹ Toch is er een sterke roep van onder meer de vakbonden te komen tot meer arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers tegen misbruik bij een doorstart. Het dichten van de kloof tussen arbeidsrechtelijke bescherming in en buiten faillissement,⁸⁰ met als doel misbruik van faillissementsrecht te voorkomen is echter niet zonder risico voor het behoud van werkgelegenheid na faillissement. Naast het gevaar van misbruik als gevolg van de verschillende regimes voor de bescherming van werknemers binnen en buiten faillissement roept dit verschil ook de vraag op of naar de huidige maatschappelijke ontwikkelingen nog wel een rechtvaardiging is te vinden voor de huidige praktijk. Deze praktijk leidt tot willekeur jegens werknemers die in dienst zijn van een insolvente onderneming. Het kabinet spreekt van “het maatschappelijk onbehagen dat steeds vaker geuit wordt over de positie van werknemers bij een overname van een onderneming in faillissement”.⁸¹ Er bestaat behoefte aan een betere bescherming van werknemers tegen die willekeur in geval van faillissement. Het wetsvoorstel pakt deze willekeur aan door gelijkschakeling van de rechten van werknemers bij overgang van onderneming binnen of buiten faillissement. Bij de keuze van het kabinet voor de gelijkschakeling wegen de belangen van de werknemers zwaarder dan de belangen van de gezamenlijke crediteuren, ervan uitgaande dat een doorstart lastiger wordt als gevolg van de voorgestelde regeling en daarmee een lagere uitkering aan de crediteuren kan worden gedaan. Dat is een (politieke) keuze.

In deze paragraaf zal een aantal verwachte gevolgen worden besproken, mede aan de hand van consultatiebijdragen.

3.5.2 Lagere opbrengst voor crediteuren, met name voor zekerheidsgerechtigden

De versterking van de positie van de werknemer in faillissement samen met de versterking van zijn positie bij ontslag om bedrijfseconomische omstandigheden buiten faillissement, en daar tegenover een niet werkende surseance-regeling omdat het gewone ontslagrecht geldt, maakt het vrijwel onmogelijk zoveel mogelijk werkgelegenheid te kunnen behouden in geval van insolventie van de werkgever. Ook

75 Kamerstukken II 2014/15, 34 218, nr 3 (Memorie van Toelichting), p. 9-10.

76 L.G. Verburg e.a., *Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers*, Rapport aan het WODC uitgebracht door Onderzoekscentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit, Nijmegen 5 april 2016, p. 3.

77 R. Knecht e.a., *Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de mogelijkheden van bestrijding*, Rapport aan het WODC uitgebracht door Hugo Sinzheimer Instituut, Universiteit van Amsterdam 2005, p. 109-110.

78 Zie voor enkele voorbeelden: Rb. Den Haag 15 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:14948 (A c.s./VLG); HR 29 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2388 (*Multi Terminals Waalhaven/FNV*); HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP0084 (*Digicolor*).

79 Consultatiebijdrage INSOLAD d.d. 9 augustus 2019, p. 8.

80 Denk aan de verplichting een transitievergoeding te betalen ook bij ontslag op grond van bedrijfseconomische omstandigheden; de verruiming van het begrip opvolgend werknemer.

81 MvT, p. 5.

met het recent ingediende Wetsvoorstel homologatie onderhands akkoord ("WHOA"), dat bedoeld is insolventie te voorkomen wordt geen oplossing gevonden voor problemen die een onderneming heeft met betrekking tot het personeelsbestand. Volgens het voorgestelde art. 369 lid 4 Fw is namelijk de nieuwe afdeling niet van toepassing op de rechten van werknemers.⁸²

Wanneer de werkgever als gevolg van zijn financiële positie niet anders kan dan faillissement aanvragen (reorganisatie is immers vaak te duur⁸³ en via surseance vrijwel niet mogelijk, en ook de WHOA biedt geen oplossing) en vervolgens de curator geen doorstart kan realiseren, omdat de doorstarter niet wil of kan voldoen aan het wetsvoorstel, rest de curator niets anders dan over te gaan tot losse verkoop van de activabestanddelen. De opbrengst voor zowel de zekerheidsgerechtigden als de gezamenlijke schuldeisers zal dan hoogstwaarschijnlijk lager zijn dan bij een doorstart. Gevolg is ook dat in dat geval alle werknemers een beroep moeten doen op het UWV voor een WW-uitkering en de schuldeisers schade lijden als gevolg van de lagere uitkering.

Verwacht kan worden dat zekerheidsgerechtigden niet snel zullen meewerken aan het vrijgeven van hun zekerheidsrechten in het kader van een na inwerkingtreding van het wetsvoorstel beoogde doorstart wanneer zelf executeren een aantrekkelijke optie is voor de zekerheidsgerechtigde. De beslissing is afhankelijk van de afslag op de geboden prijs als gevolg van de effecten van het wetsvoorstel ten opzichte van de verwachte executieopbrengst. De doorstarter zal in de aangeboden koopprijs de verzwarende van de lasten verdisconteren. Hij krijgt namelijk personeel van rechtswege in dienst. Naar huidig recht is de kans op procedures van niet overgenomen werknemers tegen de doorstarter nihil. Maar op grond van het wetsvoorstel krijgen de werknemers de mogelijkheid tot het starten van een procedure tegen de doorstarter ex art. 7:666b lid 5 BW en kunnen beroepsprocedures ex art. 67 leden 3 en 4 Fw worden gevoerd. Dit leidt tot kosten bij de doorstarter voor de bijstand bij deze procedures. Dit leidt ook tot onzekerheid over de totale kosten die de overgang van de onderneming voor de doorstarter met zich brengt.

Als gevolg van het nieuwe systeem is de verwachting gerechtvaardigd dat meer werknemers zullen overgaan dan wanneer de doorstarter zelf kan kiezen wie hij in dienst neemt. Deze extra kosten, alsmede de hiervoor genoemde mogelijke extra kosten als gevolg van procedures en te betalen billijke vergoedingen zullen door de doorstarter worden verdisconteerd in de prijs die hij bereid is te betalen voor de activa, waarop in de meeste gevallen een zekerheidsrecht rust. Deze prijs zal naar verwachting lager zijn dan in de huidige situatie. De Nederlandse Vereniging van Banken

("NVB") wijst in haar bijdrage aan de consultatie ook op de kostenverhoging voor de doorstarter. De NVB geeft aan dat de kopende partij uiteindelijk niet meer dan een bepaald bedrag zal willen betalen voor overname van de (activa van de) onderneming. Extra kosten en een inschatting van de kosten die samenhangen met de onzekerheid over procedures (toch nog meer werknemers in dienst nemen dan gedacht), zullen worden meegenomen bij de bepaling van de koopprijs en komen ten laste van de zekerheidsgerechtigden, respectievelijk de schuldeisers in het faillissement.⁸⁴ De voorgestelde regeling creëert het risico dat de zekerheidsgerechtigde er, wanneer de bieding hierdoor voor haar te laag wordt ten opzichte van de te verwachten executieopbrengst zo executieverkoop een reële optie is voor de zekerheidsgerechtigde, vaker voor zal kiezen gebruik te maken van haar rechten als separatist en zelf tot uitwinning overgaan. Ten slotte heeft een lager uitwinpercentage invloed op de bereidheid tot financieren en resulteren in hogere kosten van financiering.⁸⁵

3.5.3 Veel onzekerheden blijven, respectievelijk ontstaan na invoering wetsvoorstel

Het kabinet stelt dat als gevolg van het wetsvoorstel een doorstart (met minder onzekerheden) kan worden voorbereid in een stille voorbereidingsfase, zoals voorzien in de WCO I.⁸⁶ Aan de andere kant levert het wetsvoorstel dusdanige onzekerheden voor de koper op met betrekking tot de gevolgen van een doorstart dat de vraag kan worden gesteld of daadwerkelijk binnen de (korte) beschikbare tijd in de stille voorbereidingsfase een weloverwogen beslissing door de beoogd doorstarter kan worden gemaakt. Naar huidig recht komt die beslissing vrij gemakkelijk tot stand wanneer over de koopprijs overeenstemming is bereikt. Vervolgens wordt de doorstart bekend gemaakt wat rust geeft en de continuïteit bevordert. Daarna wordt dan met het personeel gesproken en een beslissing genomen wie wel en wie niet een arbeidsovereenkomst krijgt aangeboden. Volgens het wetsvoorstel moet de beoogd doorstarter dit, met de nodige adviseurs, allemaal vooraf goed in kaart krijgen om zijn risico's zoveel mogelijk te beperken of in ieder geval hierover duidelijkheid te hebben.

Uit de consultatiereacties blijkt dat veel partijen vrezen dat het wetsvoorstel leidt tot een grote mate van onzekerheid voor de doorstarter. Zo wijst INSOLAD er op dat er in het wetsvoorstel een onduidelijkheid is geslopen. Uit wetsvoorstel en MvT lijkt te volgen, dat na opzegging van het personeel door de curator al het personeel gedurende de opzegtermijn in dienst komt bij de beoogd verkrijger. Dat betreft dan niet alleen de werknemers voor wie plaats is in de onderneming van de verkrijger, maar ook de werknemers voor wie om bedrijfseconomische redenen geen plaats is, en wel gedurende de resterende duur van de opzegtermijn.⁸⁷

INSOLAD wijst er ook op dat een doorstart voor een koper

82 Zie het op 8 juli 2019 bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord), *Kamerstukken II* 2018/19, 35 249, nr. 2 (voorstel van wet).

83 Sinds de invoering van de WWZ per 1 juli 2015 is ook bij ontslag op bedrijfseconomische gronden een transitievergoeding verschuldigd. Voorheen werd voor deze grond een ontslagvergunning gevraagd bij het UWV waarna geen recht op een ontslagvergoeding bestond.

84 Consultatiebijdrage d.d. 29 augustus 2019 van de Nederlandse Vereniging van Banken, p. 4.

85 Consultatiebijdrage d.d. 29 augustus 2019 van de Nederlandse Vereniging van Banken, p. 4.

86 MvT, p. 7.

87 Consultatiebijdrage INSOLAD d.d. 9 augustus 2019, p. 2.

sowieso al veel onzekerheden met zich brengt. Zo wordt gewezen op de vaak noodzakelijke medewerking van verhuurders. Maar deze onzekerheden worden alleen maar vergroot wanneer door een bieder bij voorbaat geen zekerheid wordt verkregen over welke onderneming deze verwerft (bijvoorbeeld hoeveel winkelfilialen gehuurd kunnen worden van de verhuurders) en het aantal personeelsleden dat daarbij hoort. Het wordt voor een verkrijger volgens INSOLAD zeer onaantrekkelijk wanneer de (toevallig) goede bedrijfseconomische omstandigheden bepalend zullen zijn voor het aantal werknemers dat al dan niet mee overgaat. INSOLAD wijst verder op de onzekerheid die ontstaat gedurende de in het wetsvoorstel geopende beroepsprocedures tegen de diverse beslissingen.⁸⁸ Ook Kruger wijst op de onzekerheid die ontstaat door de lange doorlooptijden door mogelijke beroepsprocedures die maken dat geen koper meer bereid zal zijn een transactie te doen.⁸⁹

In art. 7:666b lid 1 BW wordt voorgesteld op te nemen dat de werknemers die op de dag van de faillietverklaring nog in de onderneming werkzaam zijn een aanbod moeten krijgen. De NOvA wijst erop dat niet duidelijk is wat precies wordt beoogd met de woorden “die op de dag van de faillietverklaring nog in de onderneming werkzaam zijn”. Verder wijst de NOvA erop dat onduidelijk is wat wordt bedoeld met het aanbod aan “een van de werknemers” zoals voorgesteld in art. 7:666b lid 2 BW. Wanneer deze werknemer namelijk weigert moet aan een tweede werknemer worden gedaan.⁹⁰ Facilitair dienstverlener CSU Groep B.V. (“CSU”) wijst terecht nog op een ander probleem. Op grond van het wetsvoorstel treden ook arbeidsongeschikte medewerkers in dienst bij de doorstarter. CSU is eigenrisicodrager. Het inlooprisico kan niet worden verzekerd. Dit leidt bij een overname tot aanzienlijke kosten.⁹¹

Clifford Chance wijst op de onzekerheid die ontstaat over het recht op een transitievergoeding en de beoordeling of al dan niet sprake is van een overgang van onderneming als bedoeld in de Richtlijn.⁹²

De UvA wijst erop dat onduidelijkheid bestaat over de omvang van de “oude” schulden die niet mee overgaan. De vraag kan worden gesteld of de minister doelt op schulden die opeisbaar zijn of vorderingen die slechts bestaan.⁹³

Ook op het punt van de bedrijfseconomische omstandigheden blijven onzekerheden bestaan die maken dat het wetsvoorstel tot problemen in de doorstartpraktijk kan leiden. Het kabinet stelt dat de in art. 4 lid 1 van de Richtlijn vermelde ETO-redenen (op grond waarvan de verkrijger na een overname niet alle werknemers een dienstverband hoeft aan te bieden) vergelijkbaar zijn met de bedrijfseconomische omstandigheden in de zin van de ontslaggrond die is

opgenomen in art. 7:669 lid 3 onderdeel a BW.⁹⁴ Vandaar dat in art. 7:666 lid 2 BW wordt voorgesteld dat de in lid 1 opgenomen verplichting van de overnemer aan alle werknemers van de gefailleerde een arbeidsovereenkomst aan te bieden niet van toepassing is als te verwachten is dat er binnen 26 weken na de overgang noodzakelijkerwijs arbeidsplaatsen vervallen als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering als bedoeld in art. 7:669 lid 3 onderdeel a BW. De vakbonden wijzen er in hun consultatiebijdrage terecht op dat er wel degelijk verschil is tussen het Nederlandse begrip “bedrijfseconomische omstandigheden” en het Europeesrechtelijke begrip “ETO redenen”. De vakbonden stellen dat duidelijk moet zijn wat onder het begrip bedrijfseconomische omstandigheden in de context van de nieuwe regeling moet worden verstaan.⁹⁵ Ook in de consultatiebijdragen van Houthoff en Van Doorne wordt de vraag gesteld of het uitgangspunt van het kabinet, dat de bedrijfseconomische omstandigheden als bedoeld in art. 7:669 lid 3 onderdeel a BW kwalificeren als ETO-redenen, op dit punt wel juist is.⁹⁶ Hiermee neemt het kabinet een groot risico. Het EU-hof zou kunnen bepalen dat het Nederlands recht op dit punt strijdig is met de Richtlijn en daarmee een beroep op het bepaalde in art. 7:666 lid 2 BW onmogelijk kunnen maken. De onzekerheid op dit punt, die blijft bestaan tot een eerste procedure bij het EU-hof zal zijn gevoerd, zal funest zijn voor de doorstartpraktijk na invoering van het wetsvoorstel.

3.6 Welke aanpassingen zijn op dit moment gewenst?

Op grond van het vorenstaande en de reacties in de consultatie volgt dat getwijfeld kan worden aan de noodzaak en de wenselijkheid van het wetsvoorstel. Er is behoefte aan andere wijzigingen als voorbereiding op een mogelijke nieuwe recessie, die gepaard zal gaan met een stijging van het aantal faillissementen, met baanverlies van werknemers als gevolg. De hierna te noemen aanpassingen zijn bedoeld het reorganiserend vermogen van het Nederlandse arbeids- en insolventierecht te bevorderen zodat ingeval van insolventie meer werkgelegenheid behouden kan blijven en Nederland zijn wetgeving in lijn brengt met de ontwikkeling van het Europese recht.

1. De Nederlandse surseance regeling moet worden aangepast zodat deze kan dienen als reorganisatieprocedure. Hiervoor in paragraaf 3.5 is gesteld dat de huidige surseanceregeling niet werkt als reorganisatiemiddel. Hoewel op grond van art. 7:673c BW geen transitievergoeding is verschuldigd kan de bewindvoerder niet tot ontslag overgaan van de werknemers zoals de curator wel kan op grond van art. 40 Fw. INSOLAD heeft

88 Consultatiebijdrage INSOLAD d.d. 9 augustus 2019, p. 14 en 16.

89 Consultatiebijdrage Kruger d.d. 30 augustus 2019, p. 5.

90 Consultatiebijdrage NOvA d.d. 23 augustus 2019, p. 5.

91 Consultatiebijdrage CSU groep d.d. 29 augustus 2019, p. 3.

92 Consultatiebijdrage Clifford Chance d.d. 29 augustus 2019, p. 2-3; p. 6-7.

93 Consultatiebijdrage UvA, p. 4.

94 MvT, p. 11.

95 Consultatiebijdrage FNV/CNV/VCP d.d. 26 augustus 2019, p. 2-3.

96 Consultatiebijdrage Houthoff d.d. 30 augustus 2019, p. 4; Consultatiebijdrage Van Doorne d.d. 30 augustus 2019, p. 2.

hiervoor op 30 januari 2015 een voorstel gedaan.^{97, 98} Het moet in ieder geval mogelijk worden in surseance te komen tot opzegging van de arbeidsovereenkomst zoals in faillissement. Anders blijft de surseance niets anders dan een voorportaal van het faillissement. Wel moet worden gewaakt voor misbruik van de surseance-regeling omdat voor surseance niet nodig is dat wordt vastgesteld dat de schuldenaar heeft opgehouden te betalen. De drempel voor toegang tot deze insolventieprocedure is dus lager dan bij faillissement. Vandaar dat de vakbonden zich hebben verzet tegen versoepeling van het ontslagrecht in geval van surseance.

2. Faillissementen (en een doorstart na faillissement) zouden in sommige gevallen wellicht kunnen worden voorkomen wanneer de arbeidsrechtwetgeving zou worden aangepast in die zin dat bij ontslag op grond van bedrijfseconomische omstandigheden geen transitievergoeding verschuldigd is. Zoals hiervoor besproken in paragraaf 3.5 bestond op grond van het oude recht geen recht op een ontslagvergoeding wanneer op grond van bedrijfseconomische redenen door het UWV toestemming werd verleend voor ontslag. In het sinds 1 juli 2015 geldende art. 7:673c lid 1 BW is bepaald dat (uitsluitend) geen transitievergoeding is verschuldigd wanneer de werkgever in staat van faillissement is verklaard, aan hem surseance van betaling is verleend of op hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is. Voor een verbetering van de reorganiserende werking van ons arbeidsrecht zou hieraan moeten worden toegevoegd het geval dat sprake is van een ontslag op grond van bedrijfseconomische omstandigheden. Dit moet ook gelden voor de verkrijger, indien hij op grond van bedrijfseconomische omstandigheden bepaalde werknemers geen aanbod doet en deze zich op het standpunt stellen dat wel een arbeidsovereenkomst is tot stand gekomen, die dan vervolgens door de verkrijger moet worden beëindigd. Een terugkeer naar de voor 1 juli 2015 bestaande mogelijkheid van ontslag wegens bedrijfseconomische omstandigheden waarbij geen ontslagvergoeding verschuldigd was kan faillissementen van bedrijven in moeilijkheden, die na een reorganisatie weer levensvatbaar zijn, voorkomen.
3. In het wetgevingstraject van de WCO I kan nog duidelijker worden aangegeven dat het doel van de WCO I is om in die gevallen waarin het faillissement aanstaande is: over te kunnen gaan tot een zorgvuldige voorbereiding van het faillissement teneinde de schade bij alle betrokkenen zoveel mogelijk te beperken.
4. De rechter bevestigt in ieder faillissementsvonnis, onder verwijzing naar de hiervoor onder 3.3 genoemde wetsartikelen, na de vaststelling dat sprake is van een toestand te hebben opgehouden te betalen ex art. 1 lid 1 Fw, dat de genoemde procedure is geopend met het

wettelijke oogmerk van liquidatie dat is opgenomen in deze bepalingen. Een dergelijke toevoeging in het vonnis zorgt ervoor dat geen discussie zal kunnen ontstaan over het doel van de opening van de betreffende faillissementsprocedure.⁹⁹

5. In het recent ingediende wetsvoorstel Wet homologatie onderhands akkoord zal de uitzonderingspositie van de werknemers moeten worden aangepast. Indien dat niet zal gebeuren blijft een belangrijke barrière voor gezond voortgaan van de onderneming in zwaar weer bestaan na homologatie van het onderhands akkoord.¹⁰⁰

3.7 Aanpassingen wetsvoorstel

Voor het geval het wetsvoorstel na de consultatiefase verder wordt aangepast en wordt ingediend bij de Tweede Kamer zouden naar mijn mening de volgende punten nog nadere aandacht verdienen van het kabinet.

1. Aangezien gevreesd wordt dat het aantal doorstarts drastisch omlaag gaat als gevolg van het wetsvoorstel, wat ongetwijfeld een negatief effect heeft op het aantal arbeidsplaatsen dat na een faillissement behouden blijft, is het verstandig de wet na twee jaar te evalueren. Uit cijfers over de jaren 2007-2016 blijkt dat ongeveer 40% van werknemers meegaan naar de doorstarter.¹⁰¹ Bij faillissementen die zijn voorbereid met de pre-pack methode is ongeveer 73% van de werknemers meegegaan.¹⁰² Het kabinet verwacht dat als gevolg van de nieuwe regelgeving bij een doorstart meer, "laat zeggen 60%", meegaat. Nu is in 69% van de faillissementen waar werknemers bij betrokken zijn sprake van een doorstart. Bij de pre-packfaillissementen is dat in 88% van de faillissementen. Dat zijn vanuit het perspectief van de werknemers gezien mooie cijfers. Bij de evaluatie is ook van belang of het aantal doorstarts ten opzichte van de uitgesproken faillissement na inwerkingtreding van de wet wijzigt.
2. Het wetsvoorstel gaat uit van toepasselijkheid van de Richtlijn bij een overgang na faillissement. Dat wil zeggen dat iedereen overgaat. Als gevolg van het ontslag door de curator gaan de werknemers slechts mee voor de duur van hun opzegtermijn. Om dat te repareren heeft het kabinet besloten te kiezen voor een constructie waarin de verkrijger een aanbod doet aan de (ontslagen) werknemers van de failliete werkgever. Ingeval van bedrijfseconomische omstandigheden hoeft hij sommigen geen arbeidsovereenkomst aan te bieden.

97 Consultatiebijdrage INSOLAD d.d. 9 augustus 2019, p. 13.

98 Zie: https://static.basenet.nl/cms/105928/Publicaties/2015_01_30-Titel-II-Van-surseance-van-betaling.pdf.

99 Zie eerder: M.R. van Zanten, 'It takes Smallsteps to pre-pack, een analyse', in: E.J.R. Verwey, Ph.W. Schreurs & M.A. Broeders (red.), *De Curator en het Personeel (INSOLAD Jaarboek 2018)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 74.

100 Zie art. 369 lid 4 Fw van het op 8 juli 2019 bij de Tweede Kamer ingediende wetsvoorstel Wijziging van de Faillissementswet in verband met de invoering van de mogelijkheid tot homologatie van een onderhands akkoord (Wet homologatie onderhands akkoord), *Kamerstukken II 2018/19, 35249*, nr. 2.

101 MvT, p. 26.

102 M.R. van Zanten, 'It takes Smallsteps to pre-pack, een analyse', in: E.J.R. Verwey, Ph.W. Schreurs & M.A. Broeders (red.), *De Curator en het Personeel (INSOLAD Jaarboek 2018)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 51.

Het is wenselijk dat art. 7:673c BW wordt aangepast en dat wordt bepaald dat (ook) in een dergelijk geval geen transitievergoeding verschuldigd is. Dan blijft buiten twijfel dat de verkrijger geen transitievergoeding verschuldigd is aan de niet overgenomen werknemer.

3. Uit de MvT blijkt onvoldoende of het gebruik van “bedrijfseconomische omstandigheden” voldoende overeenkomt met de in de Richtlijn genoemde ETO-redenen. Nederland neemt op dit punt lijkt mij een risico van procedures bij het EU-hof door aan te haken bij een bestaand Nederlands begrip.
4. In het wetsvoorstel moet worden bepaald dat de werknemers, die niet meegaan als gevolg van een geslaagd beroep op verval van arbeidsplaatsen, in verband met bedrijfseconomische omstandigheden gedurende hun opzegtermijn vallen onder de Loongarantieregeling en dus geen recht hebben op een vergoeding van de verkrijger over die periode. In het wetsvoorstel wordt er namelijk van uit gegaan dat alle werknemers die op datum faillissement in dienst zijn van de werkgever overgaan op de verkrijger. Het risico bestaat met de huidige tekst dat zij betaling zullen vragen van de verkrijger.
5. Onduidelijk is wat de rol van het UWV gaat worden bij faillissementen na inwerkingtreding van het wetsvoorstel. Op dit moment worden zij, in het belang van de werknemers en de spoedige overname van de verplichtingen van de failliete werkgever, gelijk bij het faillissement betrokken en worden voorschotten soms al binnen enkele weken uitbetaald. Wanneer nu na enkele weken, maar na uitbetaling van het voorschot, blijkt dat sprake is van een overgang van onderneming in de zin van de Richtlijn zal UWV haar vordering moeten neerleggen bij de doorstarter. Voor UWV is dat een behoorlijke lastenverzwaring. Daarnaast levert dit risico's op voor de terugbetaling. Ik vrees dat UWV in voorkomende gevallen wellicht pas later met voorschotten zal komen wanneer duidelijk is dat er geen doorstart mogelijk was. Dat lijkt mij niet in het belang van de werknemers. In het wetsvoorstel zou hieraan aandacht moeten worden gegeven. Zeker nu UWV wel de onbetaald gelaten verplichtingen van voor faillissement nog steeds zal moeten overnemen omdat die niet meegaan.
6. De procedures ex art. 7:666b lid 5 BW en art. 67 leden 3 en 4 Fw hangen als een zwaard van Damocles boven het hoofd van de doorstarter. Hij neemt de beslissing door te starten en moet de risico's inschatten van de werknemers die, ondanks de toestemming van de rechter-commissaris en de overeenkomst met de curator, niet mee gaan in verband met verval van arbeidsplaatsen op grond van bedrijfseconomische omstandigheden. De vrees is gerechtvaardigd dat dit een afschrikwekkend effect heeft op beoogd doorstarters. Het is de vraag of deze procedures op korte termijn geheel kunnen worden uitgeprocedeerd. De mogelijkheden van beroep op beslissingen van de rechter-commissaris ex art. 67 leden 3 en 4 Fw ingeval van voortzetting van de onderneming in faillissement zouden moeten worden uitgesloten. Ook de beroepsmogelijkheid van beslis-

singen ex art. 7:666b lid 5 BW moet worden uitgesloten. Met de procesrisico's en korte voorbereidingstijd wordt het de doorstarter wel heel lastig gemaakt dit risico toch te nemen. Dit zou voorkomen kunnen worden door bijvoorbeeld de doorstarter te verplichten een bepaald bedrag te storten in een transitievergoedingsfonds waarmee de niet over te nemen werknemers een uitkering krijgen, bovenop hun WW-uitkering. Daarmee worden de lasten van de verkrijger weliswaar verhoogd maar het voordeel is dat er geen procedures meer gevoerd zullen kunnen worden. Alles is dan op datum overgang afgehandeld.

7. De ingevoerde selectiemethode veronderstelt de nodige voorbereidingstijd. Maar zelfs als er gedurende twee weken een stille voorbereidingsfase is voorafgegaan aan het faillissement is niet te verwachten dat een doorstarter in geval van een faillissement waarbij veel werknemers betrokken zijn een volledig beeld heeft wie hij van rechtswege in dienst krijgt en wie hij wegens verval van arbeidsplaatsen niet in dienst wil of kan krijgen. Die kennis is vaak pas na weken beschikbaar, en die tijd is er simpelweg niet. Op dit punt is het lastig het wetsvoorstel aan te passen. De selectiemethoden zouden in ieder geval uit het wetsvoorstel moeten worden geschrapt zodat het voor de doorstarter minder riskant, kostbaar en ingewikkeld wordt.
8. Het is de vraag of een billijke vergoeding ex art. 7:666b lid 5 BW verschuldigd kan zijn aan een werknemer die volgens het systeem van het wetsvoorstel (ten onrechte) niet in dienst is gekomen doordat de verkrijger de selectiemethode niet juist heeft toegepast. Is hij nu wel werknemer geworden of niet? Dat wordt veroorzaakt door dezelfde onduidelijkheid in het wetsvoorstel als hiervoor onder 2 is genoemd.
9. Het niet aanvaarden van een aanbod door de werknemer maakt dat sprake is van verwijtbare werkloosheid.¹⁰³ Ik denk dat dat juist is. Bij een doorstart naar huidige recht speelt dit risico voor werknemers niet, maar daar is ook geen overgang van onderneming. De vraag is of de regeling op dan wel gunstig is voor werknemers. Zij moeten nu wel mee overgaan want anders lopen zij hun rechten op een WW-uitkering mis.

4. Conclusie

Het wetsvoorstel introduceert een toepassing van de Richtlijn in faillissement met gebruikmaking van de maximaal mogelijke verzachtende maatregelen. Desondanks levert het wetsvoorstel een drastische wijziging op van het huidige recht. Naar mijn mening is er geen reden voor het wetsvoorstel. De huidige situatie is beter voor de werkgelegenheid dan de nieuwe situatie waarin de Richtlijn altijd (maar verzacht) zal gelden. Het wetsvoorstel leidt tot teveel onzekerheid voor de doorstarter. De (onterechte) vrees voor misbruik van faillissementsrecht leidt daarmee na de invoering van het wetsvoorstel tot het stilleggen van

¹⁰³ MvT, p. 29.

een voor het behoud van werkgelegenheid na faillissement gunstige doorstartpraktijk en een lagere opbrengst voor de schuldeisers. Het zou verstandig zijn als het wetsvoorstel wordt heroverwogen en oplossingen meer in de aanpassing van het arbeidsrecht worden gezocht dan in de aanpassing van het faillissementsrecht. Met het wetsvoorstel wordt de kloof tussen de arbeidsrechtsrechtelijke bescherming van werknemers in en buiten faillissement naar mijn mening teveel gedicht. Gelet op de mogelijke gevolgen hiervan voor de doorstartpraktijk lijkt mij dat, ook voor de werknemers, geen goede ontwikkeling.