

Wet overgang van onderneming in faillissement: een zegen of doodsteek voor de doorstart na faillissement?

Bb 2019/58

Op dit moment ligt een voorontwerp van de Wet overgang van onderneming in faillissement ter consultatie. Op basis van dit wetsvoorstel gaan de regels met betrekking tot overgang van onderneming ook gelden ingeval van een doorstart na faillissement. Daarnaast voorziet het wetsvoorstel in een verbetering van de positie van werknemers in faillissement en worden de medezeggenschapsrechten in geval van een faillissement wettelijk vastgelegd. In deze bijdrage bespreekt de auteur de voorgestelde wijzigingen.

Introductie

Het doel van het overgang van onderneming in faillissement (het Wetsvoorstel) is het wegnemen van de (rechts)onzekerheid rondom de positie van de werknemer in faillissement die is ontstaan na het *FNV/Smallsteps*-arrest (HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16).

Het meest in het oog springend is het voornemen om de beschermingsregels die voor werknemers gelden bij overgang van onderneming ook van toepassing te verklaren in geval van faillissement. Dat maakt dat bij een doorstart van een failliete onderneming in beginsel alle werknemers van de failliete onderneming met behoud van arbeidsvoorwaarden van rechtswege mee overgaan naar de verkrijger. Van dit uitgangspunt kan slechts onder strikte voorwaarden worden afgeweken. Deze aanpassing vormt een breuk met de huidige praktijk, waarin de curator (juist) ruime mogelijkheden om werknemers te ontslaan en waarin verkrijger de mogelijkheid heeft de failliete onderneming in afgeslankte vorm een doorstart te laten maken.

Daarnaast wordt met het Wetsvoorstel in artikel 25 van de Wet op de Ondernemingsraden (WOR) verankerd dat de ondernemingsraad een adviesrecht heeft over een voorgenomen besluit van de curator om de onderneming in faillissement te kunnen voortzetten of een door hem voorgenomen besluit tot overgang van onderneming te realiseren.

Na een korte schets van de achtergronden, wordt in deze bijdrage ingegaan op de voorgestelde wetgeving.

Achtergronden

Huidige situatie

De huidige wetgeving bevat tal van regels die zien op de positie van werknemers in faillissement. Zo kan een curator op grond van artikel 40 van de Faillissementswet (FW) eenvoudig de arbeidsovereenkomsten met werknemers opzeggen met een opzegtermijn van maximaal zes weken, mits hij

daarvoor de machtiging van de rechter-commissaris heeft. Op grond van artikelen 7:688 lid 3 BW en 7:673c BW hebben werknemers geen recht op een transitievergoeding of een eventuele aanzegvergoeding als de curator de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd. Deze werknemers kunnen zich op grond van artikelen 61 tot en met 68 van de Werkloosheidswet wenden tot het UWV om met een beroep op de loongarantieregeling aanspraak te maken op onder meer achterstallig loon en vakantiebijslag.

Pre-pack methode

De huidige wet- en regelgeving is goed werkbaar voor curatoren. In aanvulling op de wet- en regelgeving is in de praktijk de zogeheten 'pre-pack methode' ontwikkeld. Daarbij wijst de rechtbank kort voor de faillietverklaring op verzoek van het bestuur van de onderneming in stilte de curator aan, met als doel het een mogelijke doorstart van de onderneming in relatieve rust door de curator te laten voorbereiden. Daarmee kunnen de negatieve effecten voor onder meer schuldeisers en werknemers zoveel mogelijk beperkt worden. De bestaande wetgeving leek de positie van werknemers in faillissement in voldoende mate te borgen en wekte het animo van een doorstart in de hand. Het *FNV/Smallsteps* arrest van het HvJ EU heeft daarin echter verandering gebracht en heeft de nodige (rechts)onzekerheid geschapen.

FNV/Smallsteps

In de zaak *FNV/Smallsteps* heeft het HvJ EU zich uitgelaten over de vraag of werknemers bij een overname van een onderneming in faillissement die is voorbereid op basis van de 'pre-pack methode' een beroep kunnen doen op de bescherming die geldt op basis van de richtlijn over overgang van onderneming (Richtlijn 2001/23/EG) (de Richtlijn). Deze beschermingsregels houden kort gezegd in dat werknemers bij een overgang van onderneming van rechtswege met behoud van arbeidsvoorwaarden overgaan van de vervreemder op de verkrijger en dat de overgang van onderneming op zichzelf geen reden voor ontslag kan zijn. Volgens de Richtlijn is uitsluitend ontslag vanwege economische, technische of organisatorische redenen (ETO-redenen) toegestaan.

Relevant in de *FNV/Smallstep* zaak was de vraag hoe moet worden omgegaan de uitzondering die voortvloeit uit artikel 5 lid 1 van de Richtlijn (artikel 7:666 onderdeel a BW) en die bepaalt dat de beschermingsregels niet van toepassing zijn als de overgang van onderneming plaatsvindt terwijl 'de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort'. Het HvJ EG heeft overwogen dat deze uitzondering uitsluitend van toepassing is wanneer voldaan is aan de volgende drie voorwaarden:

¹ Tijmen Noordoven is advocaat bij Rutgers & Posch te Amsterdam.

- de vervreemder is ten tijde van de overgang verwickeld in een faillissementsprocedure;
- deze procedure is ingeleid met de intentie om het vermogen van de vervreemder te liquideren en (dus) niet om de onderneming te continueren;
- deze procedure staat onder toezicht van een bevoegde instantie.

Voornamelijk de tweede voorwaarde brengt onvoorspelbaarheid en (rechts)onzekerheid mee, omdat de arbeidsrechtelijke positie van een werknemer bij een overname in faillissement die kwalificeert als een overgang van onderneming in de zin van de Richtlijn door het HvJ EU afhankelijk is gesteld van de intentie waarmee de faillissementsprocedure is ingeleid. Die intentie moet telkens – en veelal achteraf – worden beoordeeld aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval.

Met het Wetvoorstel wil de Minister aan deze onvoorspelbaarheid en (rechts)onzekerheid voor zowel de betrokken werknemers als ondernemingen die overwegen een onderneming in faillissement over te nemen, een einde maken.

Overgang van onderneming in faillissement

Algemeen

Uitgangspunt is dat in geval van overgang van onderneming in faillissement het beschermingsniveau voor de werknemers zoveel mogelijk overeenkomt met de regeling voor overgang van onderneming buiten faillissement.

De nieuwe regeling is alleen van toepassing in situaties waarin sprake is van een overgang van onderneming als bedoeld in de Richtlijn. Het moet dus gaan om een overname van een economische eenheid die haar identiteit behoudt. Om vast te stellen of hieraan is voldaan kan aansluiting worden gezocht bij de in de jurisprudentie ontwikkelde lijn ten aanzien van overgang van onderneming.

Als de overname in faillissement kwalificeert als overgang van onderneming in de zin van de Richtlijn, is het aan de curator om te toetsen of het overnameplan van de verkrijger voldoet aan de regeling betreffende overgang van onderneming in faillissement.

Voordat de curator tot verkoop kan overgaan, heeft hij daarvoor op grond van artikelen 176 en 176a FW toestemming nodig van de rechter-commissaris. Deze zal pas goedkeuring verlenen indien vaststaat dat aan de wettelijke verplichtingen is voldaan. Daarmee is juiste toepassing van de regeling omtrent overgang van onderneming in faillissement aan een rechterlijke toetsing onderworpen. Waar de rechter-commissaris in de huidige situatie reeds toestemming tot verkoop kan verlenen als hij alleen de curator heeft gehoord, dient hij op basis van de voorgestelde regeling alle direct belanghebbenden, waaronder de curator, de beoogd verkrijger en de ondernemingsraad te hebben gehoord of opgeroepen, voordat hij een besluit kan nemen over een verzoek om toestemming tot verkoop (artikel 176a lid 1 en 2 FW).

Tegen beslissingen van de rechter-commissaris in het kader van een overgang van onderneming in faillissement staat op

grond van artikel 67 lid 3 FW gedurende vijf dagen hoger beroep open bij de rechtbank. Nieuw is dat in artikel 67 lid 4 (nieuw) FW is opgenomen dat ook de ondernemingsraad hoger beroep kan instellen tegen de beslissing van de rechter-commissaris.

Alle werknemers gaan mee over

Wanneer een overname in faillissement kwalificeert als overgang van onderneming in de zin van de Richtlijn, geldt op basis van het Wetsvoorstel dat alle werknemers die op het moment van faillissement in dienst zijn bij de vervreemder van rechtswege en met behoud van arbeidsvoorwaarden, overgaan op de verkrijger (artikel 7:666 lid 2 (nieuw) BW). Indien de curator op grond van artikel 40 FW reeds arbeidsovereenkomsten heeft opgezegd, dan is de verkrijger op grond van artikel 7:666b (nieuw) BW gehouden deze werknemers alsnog een arbeidsovereenkomst aan te bieden op basis waarvan zij op het moment van de overgang bij hem in dienst treden. De verkrijger dient daarbij dezelfde arbeidsvoorwaarden aan te bieden als die golden tussen de werknemer en de gefailleerde onderneming.

In afwijking van de beschermingsregels die gelden bij overgang van onderneming buiten faillissement, geldt bij overgang van onderneming in faillissement op grond van 7:666b lid 7 (nieuw) BW dat schulden die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomst en vóór de overgang zijn ontstaan, niet mee overgaan op de verkrijger. Het gaat daarbij bijvoorbeeld om achterstallig loon, opgebouwde, maar nog niet genoten vakantiedagen of nog niet uitbetaalde vakantietoeslag of bonussen.

Een tweede punt waarop de voorgestelde regeling over overgang van onderneming in faillissement afwijkt van de beschermingsregels op grond van overgang van onderneming buiten faillissement, is dat de arbeidsvoorwaarden van de werknemers die als gevolg van de overgang bij de verkrijger in dienst treden op grond van artikel 7:666b lid 6 (nieuw) BW in overleg met de vakbonden kunnen worden gewijzigd. De mogelijkheid om de arbeidsvoorwaarden in overleg met de vakbonden te wijzigen, geldt echter uitsluitend voor zover deze niet algemeen verbindend verklaard zijn en de aanpassing noodzakelijk is voor het behoud van werkgelegenheid binnen de onderneming.

Uitzondering bij verval arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden

Van de verplichting voor een verkrijger om alle werknemers bij een doorstart in faillissement over te nemen, kan op grond van artikel 7:666b lid 2 (nieuw) BW worden afgeweken indien te voorzien is dat er binnen 26 weken arbeidsplaatsen komen te vervallen wegens bedrijfseconomische omstandigheden. Voor de invulling van deze norm kan worden aangesloten bij de jurisprudentie die reeds is gewezen over artikel 7:669 lid 3 sub a BW en bij de uitleg die het UWV heeft gegeven over het begrip 'bedrijfseconomische omstandigheden'. Onder meer kan worden gedacht aan een slechte financiële situatie die ook na de overgang een rol zal blijven spelen, de situatie waarin sprake is van werkvermindering doordat klanten in de hectiek van het

faillissement zijn weggelopen of bijvoorbeeld technologische of organisatorische veranderingen, zoals een verdere automatisering bij de verkrijger.

Het is aan de (beoogde) verkrijger om aan de rechter-commissaris aannemelijk te maken dat sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden die het noodzakelijk maken om maatregelen te treffen waardoor arbeidsplaatsen verloren gaan. In de Memorie van Toelichting (MvT) is opgenomen dat de rechter-commissaris *'na een kort, maar kritisch inhoudelijk onderzoek moet kunnen vaststellen of voldoende aannemelijk is gemaakt'* dat er arbeidsplaatsen moeten vervallen. Vervolgens moet de rechter-commissaris vaststellen of de selectiemethode op basis waarvan bepaald wordt welke werknemers een arbeidsovereenkomst bij de verkrijger aangeboden krijgen in overeenstemming is met de nieuwe regeling. Pas als voldoende aannemelijk is dat verval van arbeidsplaatsen noodzakelijk is én de gehanteerde selectiemethode in overeenstemming is met de wettelijke voorschriften, zal de rechter-commissaris de curator toestemming verlenen voor de verkoop.

Selectie van werknemers die mee overgaan

Indien vaststaat dat als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden arbeidsplaatsen komen te vervallen, dient de verkrijger op grond van artikel 7:666b lid 2 (nieuw) BW voor iedere arbeidsplaats die behouden blijft één van de werknemers van de gefailleerde vervreemder een arbeidsovereenkomst aan te bieden. In tegenstelling tot de huidige situatie, waarin de curator in beginsel alle arbeidsovereenkomsten opzegt en de verkrijger vervolgens vrij is om te bepalen welke werknemers hij een arbeidsovereenkomst aanbiedt (en op welke voorwaarden), moet de verkrijger in de nieuwe regeling een objectieve selectiemethode hanteren om te bepalen in welke volgorde werknemers een arbeidsovereenkomst aangeboden krijgen. De verkrijger kan daarbij kiezen uit de zogeheten 'inspiegelingsmethode' of een alternatieve objectieve selectiemethode die gebaseerd is op een ondernemingsplan dat door de (beoogde) verkrijger is opgesteld en door de rechter-commissaris is goedgekeurd.

De inspiegelingsmethode is het omgekeerde van de afspiegelingsmethode. Dat betekent dat als binnen een categorie uitwisselbare functies arbeidsplaatsen behouden blijven, per leeftijdsgroep binnen die categorie de werknemer die buiten faillissement op basis van het afspiegelingsbeginsel het laatste in aanmerking zou komen voor ontslag bij de vervreemder, volgens het inspiegelingsbeginsel als eerste in aanmerking komt voor een baan bij de verkrijger. Indien deze werknemer de baan bij de verkrijger niet aanvaardt, moet de verkrijger de werknemer die daarna volgens het afspiegelingsbeginsel het laatst voor ontslag in aanmerking zou komen als eerste een baan aanbieden. Zowel bij het vaststellen van de categorieën uitwisselbare functies als bij het indelen in leeftijdsgroepen wordt aansluiting gezocht bij de regels die nu reeds gelden voor het afspiegelingsbeginsel en die zijn neergelegd in de Ontslagregeling en de uitleg die het UWV heeft gegeven in de Uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische omstandigheden.

Binnen de categorieën uitwisselbare functies, blijven allereerst de externe medewerkers, gedetacheerden, zzp'ers of ingeleend personeel achter bij de verkrijger. Zij hebben immers geen arbeidsovereenkomst en vallen derhalve niet onder het bereik van artikel 7:666b lid 1 BW. Vervolgens moet worden berekend hoeveel werknemers in de verschillende leeftijdscategorieën in aanmerking komen voor een baan bij de verkrijger. Werknemers die de AOW-gerechtigde leeftijd hebben bereikt, werknemers met een nulurencontract en werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd dat binnen 26 weken na de overgang eindigt, tellen mee bij de vaststelling van het aantal werknemers dat per leeftijdscategorie aanspraak kan maken op een arbeidsovereenkomst bij de verkrijger, maar zij vallen vervolgens als eerste af. Als dan nog steeds te weinig arbeidsplaatsen bij de verkrijger beschikbaar blijken voor het overgebleven aantal werknemers, geldt dat per leeftijdscategorie werknemers met het langste dienstverband in aanmerking komen voor een arbeidsovereenkomst bij de verkrijger.

De verkrijger heeft een bandbreedte van 10% om buiten het inspiegelingsbeginsel om werknemers een arbeidsovereenkomst aan te bieden, bijvoorbeeld om bovengemiddeld presterende werknemers of werknemers met bijzondere potentie voor de toekomst te behouden.

Net zoals bij het afspiegelingsbeginsel, is het inspiegelingsbeginsel niet aan de orde als een unieke functie of een categorie uitwisselbare functies in zijn geheel komt te vervallen. De verkrijger kan uitsluitend afwijken van het inspiegelingsbeginsel en een alternatieve selectiemethode hanteren als hij daarvoor toestemming heeft van de rechter-commissaris. Om toestemming te kunnen verkrijgen dient de verkrijger een ondernemingsplan aan de rechter-commissaris te overleggen waarin hij voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het hanteren van de alternatieve selectiemethode noodzakelijk is om na de overgang tot een doelmatige bedrijfsvoering te kunnen komen en dat de voorgestelde selectiecriteria objectief zijn. Onder meer zal de rechter-commissaris beoordelen of de criteria eenduidig, transparant en proportioneel zijn, of deze meetbaar en controleerbaar zijn en of deze op alle werknemers op dezelfde manier worden toegepast.

Als na de overgang blijkt dat een werknemer niet bij de verkrijger in dienst is gekomen doordat de verkrijger de inspiegelingsmethode of de alternatieve selectiemethode niet juist heeft toegepast, dan kan deze werknemer de kantonrechter op grond van artikel 7:666b (nieuw) BW verzoeken de verkrijger te veroordelen hem alsnog in dienst te nemen of hem een billijke vergoeding toe te kennen. Als de verkrijger binnen de bandbreedte van 10% om af te wijken van de selectiemethode is gebleven, wordt de vordering van de werknemer afgewezen.

Verval arbeidsplaats leidt tot verval concurrentiebeding

Op basis van het Wetsvoorstel wordt aan artikel 7:653 BW een zesde lid toegevoegd, waarin wordt bepaald dat het concurrentiebeding van rechtswege komt te vervallen voor

werknemers van een gefailleerde onderneming die na toepassing van het inspiegelingsbeginsel of de alternatieve selectiemethode geen baan bij de verkrijger aangeboden hebben gekregen. Daarmee wordt tegemoet gekomen aan het belang van deze werknemers om zo snel mogelijk een nieuwe baan te vinden.

Medezeggenschapsrechten in faillissement

Het huidige artikel 25 WOR bevat geen bepalingen die specifiek zin op de rol van de ondernemingsraad in faillissement. De Hoge Raad heeft in de *DA-beschikking* (Hoge Raad 2 juni 2017. ECLI:NL:HR:2017:982) bepaald dat artikel 25 WOR onder omstandigheden ook van toepassing is in faillissement. Teneinde de jurisprudentie hieromtrent te codificeren, wordt aan artikel 25 WOR een zevende lid toegevoegd. Daarin is bepaald dat de curator de ondernemingsraad om advies dient te vragen indien hij de onderneming zelf enige tijd voortzet en in dat kader voorgenomen besluiten neemt over adviesplichtige onderwerpen of indien de curator het voornemen heeft om de onderneming aan een derde te verkopen. Dit advies dient te worden gevraagd op een moment dat het advies van de ondernemingsraad nog van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit. Ook de overige voorschriften uit artikel 25 (leden 2, 3, 4 eerste volzin en 5) WOR dienen door de curator te worden gerespecteerd. Het is aan de curator om de adviestermijn te bepalen, met dien verstande dat deze ten minste drie dagen bedraagt.

Het beroepsrecht van de ondernemingsraad uit artikel 26 WOR is in faillissement niet van toepassing. In verband hiermee is ook artikel 25 lid 6 WOR, op grond waarvan de curator zijn besluit onder omstandigheden een maand zou moeten opschorten, niet van toepassing. In plaats hiervan heeft de ondernemingsraad de mogelijkheid om tegen beslissingen die de rechter-commissaris neemt over de voortzetting of de overgang van onderneming, hoger beroep in te stellen bij de rechtbank.

Tot slot wordt aan de WOR een nieuw artikel 31g toegevoegd, op basis waarvan de ondernemer verplicht wordt om de ondernemingsraad, personeelsvertegenwoordiging of personeelsvergadering in te lichten over een aanvraag surseance, een eigen aangifte faillissement of een verzoek tot faillietverklaring.

Commentaar

Over het codificeren van de *DA-beschikking* lijkt de praktijk positief. Hoewel de ondernemingsraad deze rechten op basis van de jurisprudentie reeds had, is het goed dat een en ander nu ook in de WOR is verankerd. Dat draagt bij aan de positie van de medezeggenschap en voorkomt discussies over de vraag wanneer de ondernemingsraad in faillissement door de curator moet worden betrokken. Hoewel ondernemingsraad in de praktijk slechts beperkte invloed zal kunnen hebben, omdat het niet waarschijnlijk is dat een rechter-commissaris in de hectiek van een faillissement tot het oordeel komt dat de curator in redelijkheid niet tot

een bepaald besluit heeft kunnen komen, zijn er situaties denkbaar dat de ondernemingsraad wel degelijk invloed kan hebben. In de MvT wordt als voorbeeld genoemd dat een ondernemingsraad de curator in zijn advies oproept om toch nog met een andere partij te praten.

Het automatisch laten vervallen van het concurrentiebeding van werknemers die bij een overgang van onderneming in faillissement op straat komen te staan is positief. In de praktijk zal er echter weinig veranderen, omdat werknemers die na een faillissement zijn ontslagen in de praktijk slechts in beperkte mate werden gehouden aan hun concurrentiebeding.

Bij voornemen om de regels van overgang van onderneming ook van toepassing te verklaren in faillissement situaties zijn meer kanttekeningen te plaatsen. Positief is dat de voorspelbaarheid van het verkoopproces in een faillissement door de voorgestelde regels wordt vergroot. Twijfelachtig is echter of de verwachting van de Minister dat als gevolg van de voorgenomen wijzigingen meer partijen een doorstart zullen overwegen waardoor meer werkgelegenheid behouden kan blijven wel reëel is. Vanuit de praktijk wordt erop gewezen dat de kans op een succesvolle doorstart juist vergroot wordt door het huidige uitgangspunt dat bij faillissement niemand mee overgaat naar een verkrijger. Juist de mogelijkheid om het personeelsbestand naar eigen goedgevoelen te saneren, maakt een doorstart voor een verkrijger interessant. De zorg bestaat dat het verplicht overnemen van het personeel met behoud van arbeidsvoorwaarden ertoe leidt dat ondernemers terughoudender worden om een doorstart van een failliete onderneming te realiseren. Ook de toegenomen (administratieve) verplichtingen voor ondernemingen die een doorstart overwegen, zeker als zij een beroep willen doen op de uitzondering om niet alle werknemers te hoeven overnemen, maken een overname in faillissement minder aantrekkelijk. Als het animo om een doorstart te realiseren daadwerkelijk terugloopt, leidt dat ertoe dat juist minder werkgelegenheid wordt behouden. Dat met de maatregelen, in het bijzonder het inspiegelingsbeginsel zwakkere of oudere werknemers beschermd worden en voorkomen wordt dat een verkrijger kan 'cherry picken' is op het eerste gezicht wellicht sympathiek. De vraag kan echter worden gesteld of behoud van werkgelegenheid in geval van een faillissement niet zou moeten prevaleren boven te (ontslag)bescherming van een bepaalde groep. Als de verkrijger ruime gelegenheid krijgt om het personeelsbestand te saneren en de vrijheid krijgt om de doorstart te realiseren met de werknemers van zijn keuze, is de kans op een succesvolle doorstart, en daarmee de werkgelegenheid op de langere termijn, het grootst.

Tot slot brengt de voorgestelde regeling ook risico's met zich voor de positie van crediteuren van de gefailleerde onderneming. Niet ondenkbaar is dat de verplichting om werknemers over te nemen en dezelfde arbeidsvoorwaarden een negatief effect heeft op de koopprijs. Uiteindelijk leiden meer kosten voor werknemers tot een lagere koopprijs en tot minder middelen voor de andere schuldeisers.

Tot slot

Het Wetsvoorstel bevat zeker positieve elementen. Het is positief voor zowel werknemers als ondernemingen die een doorstart overwegen dat de huidige (rechts)onzekerheid door het Wetsvoorstel wordt beperkt. Ook is positief dat het concurrentiebeding van rechtswege komt te vervallen voor werknemers die na een faillissement geen baan meer hebben. Tot slot is het positief dat de medezeggenschapsrechten in faillissement nu in de WOR zijn verankerd.

Een punt van zorg is echter dat het Wetsvoorstel risico's meebrengt voor de werkgelegenheid en de positie van crediteuren. Als ondernemers door de voorgestelde maatregelen juist gaan afzien van het realiseren van een doorstart, heeft dat negatieve gevolgen voor de werkgelegenheid en zou het Wetsvoorstel een averechts effect.

De praktijk zal moeten uitwijzen hoe het Wetsvoorstel uitpakt. Over een paar jaar weten we of de Wet overgang van onderneming in faillissement een zegen of doodsteek voor de doorstart na faillissement is geweest.