

Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de introductie van een regeling betreffende de rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement (Wet overgang van onderneming in faillissement)

MEMORIE VAN TOELICHTING

I Algemeen deel

1. Inleiding

Met dit wetsvoorstel wordt een nieuwe wettelijke regeling ingevoerd betreffende de positie van werknemers in faillissement. In het bijzonder betreft het de rechten van werknemers bij een overgang van een onderneming in faillissement. Kort gezegd, wordt voorgesteld dat werknemers die ten tijde van de faillietverklaring in dienst zijn bij de gefailleerde werkgever, op het moment van de overgang van de onderneming in principe onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst komen bij degene die de onderneming in het faillissement overneemt en voortzet (hierna: de verkrijger). De overgang zelf kan voor de verkrijger geen reden zijn om van dit uitgangspunt af te wijken. Alleen als er bij de overgang arbeidsplaatsen verdwijnen en dit het gevolg is van bedrijfseconomische omstandigheden, is het de verkrijger toegestaan minder werknemers over te nemen. In dat geval wordt op een objectieve en transparante manier bepaald welke werknemers wel en niet meegaan. Werknemers die na de overgang niet in dienst komen bij de verkrijger, mogen niet door een concurrentiebeding beperkt worden om ergens anders werkzaam te zijn. Ook krijgen de ondernemingsraad (OR) en de personeelsvereniging het recht om een advies uit te brengen over de totstandkoming van de overgang. De rechter-commissaris die toestemming moet geven voor de overgang, zal dit advies bij zijn beslissing betrekken. De wettelijke regeling wordt ondergebracht in Titel 10 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW), de Faillissementswet (Fw) en de Wet op de ondernemingsraden (WOR).

2. Achtergrond en aanleiding voor het wetsvoorstel

2.1 Inleiding

Het huidige recht behelst al verschillende regels die specifiek betrekking hebben op de positie van werknemers in faillissement. Zo omvat artikel 40 Fw een bijzondere ontslagregeling en is in de artikelen 61 tot en met 68 van de Werkloosheidswet de loongarantieregeling opgenomen op basis waarvan werknemers bij het UWV onder meer aanspraak kunnen maken op achterstallig loon, het loon waarop zij na hun ontslag nog recht hebben in verband met de geldende opzegtermijn, vakantiebijslag en een

vergoeding van niet opgenomen vakantiedagen. Dit wetsvoorstel voorziet in een aanvulling op deze regels. De wettelijke regeling bestaat uit de volgende hoofdelementen:

- een regeling betreffende overgang van onderneming in faillissement (de artikelen 7:662 lid 2, onderdeel c, 666 lid 2 en 666b BW, de artikelen 67, derde en vierde lid, 101, tweede lid, 101a, en 176a Fw en de artikelen 25, zevende, en 26, tiende lid, WOR);
- een bepaling op basis waarvan een concurrentiebeding vervalt als de werknemer bij een overgang van onderneming in faillissement als gevolg van verval van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden geen arbeidsovereenkomst aangeboden krijgt van de verkrijger (artikel 7:653 lid 6 BW);
- het adviesrecht van de OR in faillissement (artikel 25, zevende lid, WOR), en
- de verplichting voor de ondernemer om de OR of de personeelsvertegenwoordiging in te lichten over een aanvraag surseance, een eigen aangifte faillissement of een verzoek tot faillietverklaring (artikel 31g WOR).

In de volgende paragrafen wordt toegelicht wat de specifieke aanleiding en de achtergrond is van de wettelijke regeling betreffende overgang van onderneming in faillissement en de medezeggenschapsregeling in faillissement.

2.2 *Nieuwe regeling in het BW betreffende overgang van onderneming in faillissement*

Sinds juni 2016 is bij de Eerste Kamer aanhangig het wetsvoorstel inzake de Wet Continuïteit Ondernemingen I (hierna: WCO I). Dit wetsvoorstel geeft een wettelijke basis voor de in de praktijk ontwikkelde 'pre-pack methode'.¹ Bij die methode wijst de rechtbank kort voor een verwachte faillietverklaring van een onderneming op verzoek van het bestuur in stilte al aan wie in het faillissement tot curator aangesteld wordt. Doel daarbij is om het faillissement van een onderneming in relatieve rust voor te bereiden, zodat de daaruit voortvloeiende schade voor betrokkenen – waaronder de schuldeisers, werknemers, afnemers en de maatschappij als geheel – kan worden beperkt. Vaak wordt in de stille voorbereidingsfase ook bekeken of een overname van bedrijfsactiviteiten (ook wel aangeduid als 'doorstart') mogelijk is. In de parlementaire behandeling van de WCO I is de positie van de werknemers bij een bedrijfsovername in faillissement verschillende keren aan de orde geweest. Bovendien is tijdens de behandeling van de WCO I in de Tweede Kamer de toezegging gedaan dat hieraan in een separaat wetsvoorstel aandacht zou worden besteed.² Toen de WCO I eenmaal in behandeling was bij de Eerste Kamer, is dit thema in een stroomversnelling gekomen door een uitspraak van het Europese Hof van Justitie (EU-hof). Op 22 juni 2017 heeft het EU-hof zich naar aanleiding van prejudiciële vragen van de rechtbank Midden-Nederland in de zaak *FNV/Smallsteps* (zaak C-126/16) uitgesproken over de vraag of werknemers bij een overname van een onderneming in faillissement die is voorbereid met gebruikmaking

¹ HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489.

² *Kamerstukken II 2015/2016*, 34 218, nr. 6, pag. 5 – 6.

van de *'pre-pack methode'*, al dan niet een beroep kunnen doen op de beschermingsregels uit Richtlijn 2001/23/EG betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (hierna: de richtlijn)³. Deze regels bepalen dat 1) werknemers zich bij een overgang van een onderneming kunnen beroepen op behoud van hun baan en bijbehorende arbeidsvoorwaarden, 2) dat de overgang zelf geen reden kan zijn voor ontslag, maar dat ontslag vanwege economische, technische of organisatorische redenen wel is toegestaan, en 3) dat werknemers over de overgang geïnformeerd en hun vertegenwoordigers geraadpleegd moeten worden. De regels uit de richtlijn zijn geïmplementeerd in afdeling 8 van Titel 10 van Boek 7 BW (artikelen 7:662 – 666a en 670 lid 8 BW), artikel 14a van de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst en artikel 2a van de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten. Daarnaast omvat artikel 25 van de WOR al de verplichting om de OR over de overgang te raadplegen.⁴ In artikel 7:666 onderdeel a BW is – overeenkomstig artikel 5 lid 1 van de richtlijn – een uitzonderingsregel opgenomen. Op basis van die uitzonderingsregel gelden de beschermingsregels niet als de overgang van onderneming plaatsvindt terwijl *“de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort”*. In de zaak *FNV/Smallsteps* heeft het EU-hof nadere uitleg gegeven over het toepassingsbereik van deze uitzonderingsregel en bepaald dat deze alleen van toepassing is als voldaan is aan de volgende drie cumulatieve voorwaarden:

- 1 de vervreemder is ten tijde van de overgang verwickeld in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke insolventieprocedure;
- 2 deze procedure is ingeleid met de intentie om het vermogen van de vervreemder te liquideren (en niet om de onderneming te kunnen continueren), en
- 3 deze procedure staat onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.

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 er 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.

³ 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).

⁴ *Kamerstukken II 2000/2001*, 27 469, nr. 3, p. 12 – 13.

Inmiddels heeft de Nederlandse rechter in verschillende concrete situaties toepassing gegeven aan de uitspraak van het EU-hof door de Faillissementswet en de artikelen 7:662 e.v. BW uit te leggen en toe te passen in overeenstemming met die uitspraak en de daarbij door het EU-Hof gegeven toelichting. Zo zijn er de uitspraken van de kantonrechter in de *Tuunte-zaak* en in de *Bogra-zaak*⁵, het arrest van het gerechtshof Amsterdam in de *Bogra-zaak*⁶, het arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in de *Heiploeg-zaak*⁷ en de uitspraak van de kantonrechter van de rechtbank Limburg in de zaak *FNV/Princen Transmission B.V.*⁸ In de *Heiploeg-zaak* is cassatie ingesteld bij de Hoge Raad. Op basis van deze jurisprudentie en de bespreking daarvan in vakliteratuur⁹ is meer helderheid ontstaan over de gevolgen van de uitspraak van het EU-hof, maar het kost tijd voordat de impact van de uitspraak volledig is uitgekristalliseerd en de specifieke omstandigheden van het individuele geval blijven beslissend.¹⁰

De richtlijn biedt echter ook de mogelijkheid om de ontstane rechtsonzekerheid weg te nemen met nieuwe wetgeving. De richtlijn omvat hiervoor al een concreet kader. Artikel 5 leden 1 en 2 van de richtlijn voorziet in de optie voor de lidstaten om de beschermingsregels uit de richtlijn ook toe te passen in een faillissementsprocedure, die naast liquidatie van het vermogen van de vervreemder eveneens gericht mag zijn op continuering van de onderneming. Vervolgens kunnen de gevolgen van die toepassing op basis van artikel 5 lid 2, onderdelen a en b, van de richtlijn worden verzacht door te bepalen dat schulden die al voor de overgang bestonden niet mee overgaan en dat de arbeidsvoorwaarden in overleg met de vakbonden kunnen worden aangepast. Tijdens de parlementaire behandeling van de WCO I hebben de vakbonden FNV en CNV en de Nederlandse Orde van Advocaten in een brief aan de Eerste Kamer opgeroepen gebruik te maken van deze lidstaatoptie.¹¹ Ook in de vakliteratuur werden in dit verband suggesties gedaan.¹² De oproep heb ik ter harte genomen. In het voorjaar van 2018 is een traject gestart waarin een kleine schrijfgroep – met daarin prof. mr. W.H.A.C.M. Bouwens en prof. mr. L.G. Verburg en vertegenwoordigers van de zijde van werknemers en werkgevers, de advocatuur en de curatoren – de mogelijkheden voor een nieuwe wettelijke regeling hebben verkend. Deze verkenning heeft geresulteerd

⁵ Rechtbank Gelderland, 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447 (Tuunte) en Rechtbank Noord-Holland, 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (Bogra).

⁶ Hof Amsterdam 17 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2339, 'JAR' 2018/216.

⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6539, 'JAR' 2018/218.

⁸ Rechtbank Limburg, 26 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9137, 'JAR' 2018/263.

⁹ Onder meer verschenen zijn: mr. J.M.W. Pool, 'De eerste toepassingen van Smallsteps in Nederland', Tvl 2018/39; N.M.Q. van der Neut, 'De doorstartpraktijk na Smallsteps: door het 'oog' van de naald?', ArbeidsRecht 2018/40; mr. J. van der Pijl, 'Doorstart van de doorstart?', Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk 2018 (7), nr. 267; Ph. W. Schreurs, 'Smallsteps en de grote stappen die nu gezet moeten worden', ArA 2017 (11), 3; J.F. Fliet & F.M.J. Verstijlen, 'De eerste stappen voorbij Estro', TRA en Tvl 2018/16.

¹⁰ Kamerstukken I 2018/2019, 34 218, K.

¹¹ Kamerstukken I 2017/2018, 34 218, J.

¹² Zie onder meer: W.H.A.C. M. Bouwens, W.L. Roozendaal, D.M.A. Bij de Vaate, 'De doorstart in rechtsvergelijkend perspectief', TAP 2016/172; L.G. Verburg, 'Smallsteps: en hoe nu verder?' in: Verwey, Broeders & Schreurs (red.), De curator en het Personeel (Insolad Jaarboek 2018), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 119 – 142; W.H.A.C.M. Bouwens, 'Het voetspoor van Smallsteps', TRA 2018/13; Ph. W. Schreurs, 'Smallsteps en de grote stappen die nu gezet moeten worden', ArA 2017 (11).

in een ontwerp voor een Wet overgang van onderneming in faillissement die vervolgens uitvoerig is besproken met de groep vertegenwoordigers uit de faillissementspraktijk die fungeert als klankbord in het kader van het wetgevingsprogramma '*herijking faillissementsrecht*' (hierna: de klankbordgroep).¹³ Dit wetsvoorstel is het uitvloeisel van dit traject. Doel van de wettelijke regeling is om de hiervoor beschreven onzekerheid te ondervangen. Ook wordt tegemoet gekomen aan het maatschappelijk onbehagen dat steeds vaker geuit wordt over de positie van werknemers bij een overname van een onderneming in faillissement.

In het wetsvoorstel is rekening gehouden met het feit dat de omstandigheden bij een overgang van onderneming in faillissement anders zijn dan bij een reguliere overgang van onderneming buiten faillissement. Zo vindt de overgang in het eerste geval plaats binnen de context van de faillissementsprocedure en moet rekening gehouden worden met de samenloop van de voorgestelde regeling in het BW met bepalingen uit de Faillissementswet. Bovendien is in faillissement altijd sprake van een financieel instabiele onderneming. In die situatie is van belang dat de overgang van de onderneming zo spoedig mogelijk kan plaatsvinden. Gebeurt dit niet, dan komt de onderneming doorgaans definitief stil te vallen met als gevolg dat alle werknemers hun baan verliezen en zowel de maatschappelijke schade als de individuele schade voor betrokkenen – waaronder werknemers, crediteuren en afnemers – toeneemt. Het eenvoudigweg schrappen van de uitzonderingsregel in artikel 7:666 onderdeel a BW was daarom geen geschikte oplossing. In plaats daarvan is voorzien in een specifieke wettelijke regeling voor een overgang van onderneming in faillissement. Qua beschermingsniveau voor de werknemer komt de regeling betreffende overgang van onderneming in faillissement die zal worden opgenomen in het BW zoveel mogelijk overeen met de bestaande regeling betreffende overgang van onderneming op basis van artikelen 7:662 – 666a en 670 lid 8 BW, met dien verstande dat de door de richtlijn geboden keuzes zijn benut om schulden die al voor de overgang bestonden niet mee over te laten gaan en aanpassing van de arbeidsvoorwaarden onder strikte voorwaarden toe te staan. De bepalingen die worden opgenomen in de faillissementswet voorzien – kort gezegd – in een snelle procedure waarin de curator toestemming vraagt aan de rechter-commissaris voor het aangaan van de koopovereenkomst waarbij de onderneming overgaat op de verkrijger. Daarbij toetst de rechter-commissaris of de voorziene overgang voldoet aan de regeling in het BW betreffende overgang van onderneming in faillissement.

Voor de betrokkenen biedt de wettelijke regeling de volgende voordelen.

¹³ De klankbordgroep bestaat uit vertegenwoordigers van onder meer RECOFA, het landelijk overlegorgaan van rechters-commissaris in faillissementen en surseances van betaling; curatorenvereniging INSOLAD; de JIRA, de vereniging voor jonge curatoren; de NEVOA, de beroepsorganisatie voor bedrijfsjuridisch adviseurs; de Nederlandse Orde van Advocaten, de Nederlandse Vereniging voor Banken; de vakbonden CNV en FNV en van werkgeversorganisatie VNO/NCW-MKB.

- De nieuwe regeling biedt een potentiële verkrijger zekerheid omtrent de kosten van de overgang en stelt hem in staat een verantwoord bod te doen. De regeling maakt namelijk duidelijk wat bij een overgang van onderneming in faillissement de positie is van de werknemers die op het moment van de faillietverklaring bij de gefailleerde werkgever in dienst zijn. Welke rechten werknemers hebben, is niet langer afhankelijk van een beoordeling van de specifieke omstandigheden van het individuele geval, maar volgt rechtstreeks uit de wettelijke regeling.
- Bovendien vergroot de wettelijke regeling de voorspelbaarheid van het verkoopproces dat aan de overgang vooraf gaat. Dit bevordert dat partijen zich aan een overname van de onderneming willen wagen. Crediteuren hebben daar baat bij, omdat met een onderhandse verkoop van de onderneming die door de failliet werd gedreven in de regel meer opbrengst te realiseren is dan bij een veiling van de afzonderlijke activa.
- Voor de betrokken werknemers is van belang dat de wettelijke regeling ervoor zorgt:
 - a. dat alle werknemers die ten tijde van de faillietverklaring in dienst zijn bij de gefailleerde werkgever, in principe onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst komen bij de verkrijger, of
 - b. dat als dit niet mogelijk is – omdat er bij de overgang arbeidsplaatsen verdwijnen en dit het gevolg is van bedrijfseconomische omstandigheden – op een objectieve en transparante manier wordt bepaald welke werknemers wel en niet in de gelegenheid worden gesteld om bij de verkrijger in dienst te komen.
- Concurrerende ondernemers hebben er baat bij dat de wettelijke regeling tot gevolg heeft dat de arbeidsrechtelijke positie van werknemers binnen en buiten faillissement meer op elkaar aansluit. Dit leidt tot verkleining van het concurrentievoordeel dat nu bestaat bij een doorstart in faillissement. Bij een doorstart wordt de onderneming als het ware uit het faillissement gelicht en kan deze schuldenvrij en eventueel met minder personeel worden voortgezet. Concurrenten moeten hun schulden zelf blijven dragen. Hoewel curatoren in het verleden bij een overgang van onderneming in faillissement al vaak nadrukkelijk opkwamen voor de belangen van de betrokken werknemers, bestond er voor de uitspraak van het EU-hof in de zaak *FNV/Smallsteps* voor verkrijgers vrij veel ruimte om zelf te bepalen welke werknemers van de gefailleerde werkgever zij na de overgang wel of niet wilden overnemen en tegen welke arbeidsvoorwaarden. Buiten faillissement zijn concurrenten bij een reorganisatie waarbij verlies van arbeidsplaatsen onvermijdelijk is, gebonden aan het reguliere arbeidsrecht.
- Ook werpt de wettelijke regeling een extra drempel op tegen misbruik van het faillissement met als doel om de regels betreffende ontslagbescherming te omzeilen en werknemers op die manier rechten te ontnemen. Dit komt omdat er meer eisen gesteld worden met betrekking tot de overname van personeel bij een bedrijfsovername in faillissement.

Tegelijkertijd wordt onderkend dat de introductie van de wettelijke regeling ook tot gevolg heeft dat in het proces rond om een bedrijfsovername meer onderzoek moet worden verricht en meer verantwoording moet worden afgelegd. Dit leidt tot hogere transactiekosten. Ook vergt dit meer voorbereidingstijd. Zoals

eerder opgemerkt, is 'tijd' echter iets waaraan in een faillissementssituatie veelal een gebrek is. Als een bedrijfsovername meer tijd gaat vergen en meer kosten gaat meebrengen, kan dat vooral voor overnamekandidaten die niet al op enigerlei wijze gelieerd zijn met de onderneming, reden zijn om geen overnamebod te doen. Een belangrijk uitgangspunt bij het ontwerpen van de nieuwe regeling was om dit mogelijke effect zoveel mogelijk tegen te gaan. Daarom is ervoor gezorgd dat de voorziene procedure snel en efficiënt kan worden toegepast en dat binnen afzienbare tijd duidelijk wordt of een overgang van onderneming in faillissement haalbaar is. Verder geldt dat tijd gewonnen kan worden als de voorbereidingen die nodig zijn om de bedrijfsovername tot stand te brengen, al voor de faillietverklaring – al dan niet met gebruikmaking van de 'pre-pack methode' – in gang worden gezet.

2.3 Medezeggenschapsregeling in faillissement

Op 6 juni 2017 heeft de Hoge Raad zich in de *DA-beschikking*¹⁴ uitgesproken over de vraag of de WOR ook van toepassing is in faillissement. Moet de curator bijvoorbeeld advies vragen aan de OR wanneer hij voornemens is de onderneming van de failliet te verkopen? De Hoge Raad oordeelde als volgt:

'3.3.3. Het faillissement van een natuurlijke persoon of rechtspersoon die een onderneming in de zin van de WOR in stand houdt, leidt op zichzelf niet ertoe dat die onderneming ophoudt te bestaan of niet langer in stand wordt gehouden. De gevolgen van de faillietverklaring en de met het faillissement na te streven doeleinden zijn ook niet zodanig dat de toepasselijkheid van de WOR zich in algemene zin niet verdraagt met de toepasselijkheid van de Faillissementswet.

Voor zover het faillissementsrecht dat meebrengt, oefent de curator tijdens het faillissement de bevoegdheden van de ondernemer uit en is hij als zodanig op een lijn te stellen met de ondernemer in de zin van de WOR. Dit sluit niet uit dat hij tevens aangemerkt kan worden als bestuurder in de zin van die wet, namelijk als hij op grond van zijn taken en bevoegdheden op grond van de Faillissementswet alleen dan wel samen met anderen in de onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid. Behoudens het hierna in 3.3.4 en 3.3.5 overwogene is de curator in deze hoedanigheden gehouden ervoor zorg te dragen dat de voorschriften gesteld bij of krachtens de WOR tijdens het faillissement worden nageleefd.

3.3.4. Het aan de ondernemingsraad toekomende adviesrecht van art. 25 WOR ziet in beginsel niet op (besluiten tot) verkoop van goederen op de voet van art. 176 Fw en op (besluiten tot) ontslag van werknemers op de voet van art. 40 Fw, ook niet als zodanige verkoop of zodanig ontslag tot gevolg heeft dat de onderneming wordt beëindigd. De handelingen van

¹⁴ Hoge Raad 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982.

de curator zijn dan gericht op liquidatie van het (ondernemings)vermogen, waartoe de Faillissementswet hem bevoegd maakt, en de door het adviesrecht van art. 25 WOR beschermde belangen moeten in een dergelijk geval wijken voor de belangen van de schuldeisers bij een voortvarende en voor de boedel zo voordelig mogelijke afwikkeling. Indien echter de verkoop van activa plaatsvindt in het kader van een voortzetting of doorstart van (delen van) de onderneming door dezelfde of een andere entiteit, waarbij het vooruitzicht bestaat van behoud van arbeidsplaatsen, is een daarop gericht besluit adviesplichtig op grond van art. 25 lid 1 WOR (bijvoorbeeld onderdeel a of c).

3.3.5 Voorts verdient opmerking dat de voorschriften die zijn gesteld bij of krachtens de WOR, niet in alle gevallen verenigbaar zijn met het faillissement van de natuurlijke persoon of rechtspersoon die de onderneming in stand houdt, zodat zij dan niet of niet onverkort kunnen worden toegepast. Zo mag de curator afwijken van de formele vereisten die art. 25 lid 2-6 WOR stelt in verband met de advisering door de ondernemingsraad als de omstandigheden van het geval dit vergen. De ondernemingsraad en de curator dienen zich bij de verwezenlijking van de doeleinden van de WOR als zodanig jegens elkaar te gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.'

Uit deze overwegingen volgt dat artikel 25 van de WOR in principe ook tijdens een faillissement van toepassing is. De curator moet de OR – kort gezegd – advies vragen als hij:

- de onderneming in faillissement tijdelijk voortzet en in dat kader een besluit wil nemen als bedoeld in artikel 25, eerste lid, WOR, of
- de onderneming wil laten doorstarten en daarbij het vooruitzicht bestaat dat arbeidsplaatsen behouden blijven.

Omdat toepassing van de formele eisen die zijn opgenomen in het tweede tot en met het zesde lid van artikel 25 WOR in faillissement niet altijd mogelijk is, mag de curator hiervan volgens de Hoge Raad afwijken.

In dit wetsvoorstel wordt deze uitspraak van de Hoge Raad gecodificeerd. Daartoe wordt aan artikel 25 WOR een nieuw zevende lid toegevoegd. Hierin wordt geregeld hoe het adviesrecht van de OR in faillissement toegepast moet worden. Als er een mogelijkheid bestaat om de onderneming te laten doorstarten, moet de curator hierover snel een beslissing kunnen nemen. Hetzelfde geldt als de curator de onderneming tijdelijk wil voortzetten. Gelet hierop wordt in de nieuwe bepaling afgeweken van de reguliere termijn waarbinnen de OR advies kan uitbrengen en hoeft de curator bij afwijking van het advies van de OR zijn beslissing niet met een maand op te schorten. De curator bepaalt de adviestermijn en deze mag niet korter zijn dan drie dagen. Daarbij is van belang dat uit artikel 2 van de Algemene termijnenwet volgt dat deze driedagentermijn, zo nodig, wordt verlengd zodat daarin ten minste twee

dagen voorkomen die niet een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag zijn. Verder is artikel 26 WOR, op basis waarvan de OR bij de Ondernemingskamer beroep kan instellen tegen een besluit, niet van toepassing in faillissement. In plaats daarvan kan de OR op basis van artikel 67, vierde lid, Fw bij de rechtbank in beroep gaan tegen de beslissing van de rechter-commissaris waarbij deze toestemming heeft verleend voor de voortzetting van de onderneming of de onderhandse verkoop die leidt tot een overgang van de onderneming.

3. Beschrijving van de inhoud van de nieuwe regeling in het BW betreffende overgang van onderneming in faillissement

3.1 Inleiding

Kern van het wetsvoorstel betreft de introductie in het BW van een nieuwe regeling betreffende overgang van onderneming in faillissement. Deze wettelijke regeling heeft tot doel om een overgang van een tot de faillissementsboedel behorende onderneming te faciliteren en de belangen van de betrokken werknemers daar meer bij te betrekken. De nieuwe regeling dient daarmee in de eerste plaats de belangen van de bij het faillissement betrokken schuldeisers en werknemers en berust op een afweging tussen die belangen.

De nieuwe regeling sluit zoveel mogelijk aan bij de regeling die nu al van toepassing is op een overgang van onderneming buiten faillissement op basis van de artikelen 7:662 – 666a en 670 lid 8 BW. Dit betekent in ieder geval dat de nieuwe regeling alleen van toepassing is als bij een bedrijfsovername sprake is van een overgang van onderneming in de zin van de richtlijn. Uit jurisprudentie van het EU-hof volgt dat daarbij beslissend is of de identiteit van de betrokken onderneming of een onderdeel daarvan bewaard blijft.¹⁵ Om vast te stellen of hieraan is voldaan, moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden rondom de bedrijfsovername. Daarbij kan gedacht worden aan: de aard van de betrokken onderneming, het al dan niet overdragen van de materiële activa zoals gebouwen en roerende goederen, de waarde van de immateriële activa op het tijdstip van de overdracht, het al dan niet overnemen van vrijwel al het personeel door de nieuwe ondernemer, het al dan niet overdragen van de klantenkring, de mate waarin de bedrijfsactiviteiten voor en na de bedrijfsovername met elkaar overeenkomen en de duur van een eventuele onderbreking van die activiteiten.

Ook is zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de huidige wet- en regelgeving over ontslag die van toepassing is wanneer een ondernemer buiten faillissement genoodzaakt is maatregelen te treffen om het voortbestaan van de onderneming zeker te kunnen stellen en waarbij verlies van arbeidsplaatsen onvermijdelijk is. Dit laatste ziet vooral op de regelingen in de artikelen 7:669 lid 1 en lid 3, onderdeel a,

¹⁵ HvJ EG 18 maart 1986, ECLI:EU:C:1986:127 (Spijkers/Benedik). Zie ook: Hoge Raad 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:830, JOR 2014/184, met annotatie van mr. E. Loesberg.

671a, 671b en 681 lid 1, onderdeel d, BW – alsmede de daarop gebaseerde bepalingen in de Ontslagregeling en de uitvoeringsregels van het UWV – betreffende respectievelijk de opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst als gevolg van verlies van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden en de wederindienstredingsvoorwaarde na ontslag op bedrijfseconomische gronden.

In de volgende paragrafen wordt toegelicht wat de elementen van dit deel van het wetsvoorstel op hoofdlijn inhouden.

3.2 Alle werknemers mee over, tenzij er bedrijfseconomische omstandigheden zijn die leiden tot verlies van arbeidsplaatsen

Uitgangspunt van de regeling is dat ook bij een overgang van onderneming in faillissement alle arbeidsovereenkomsten met de werknemers die op het moment van de faillietverklaring bij de gefailleerde werkgever in dienst zijn en in de onderneming werken, van rechtswege overgaan op de verkrijger in de stand waarin die overeenkomsten zich op dat moment bevinden (artikelen 7:663, eerste volzin, en 666 lid 2 (nieuw) BW). In faillissement worden de arbeidsovereenkomsten met de werknemers veelal kort na de faillietverklaring op basis van artikel 40 Fw door de curator opgezegd, zodat de loongarantieregeling in werking kan treden en doorbetaling van het loon gedurende de opzegtermijn van maximaal zes weken veilig wordt gesteld. Bij een overgang van onderneming in faillissement zullen de arbeidsovereenkomsten op het moment van de overgang dus doorgaans al rechtsgeldig zijn opgezegd. Dit betekent dan dat de werknemers bij de overgang weliswaar in dienst komen bij de verkrijger, maar uitsluitend voor de resterende duur van de opzegtermijn. Bedoeling van de regeling is echter dat de werknemers die ten tijde van de faillietverklaring in dienst zijn bij de gefailleerde werkgever, op het moment van de overgang van de onderneming in principe onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst komen bij de verkrijger. Gelet daarop is in het nieuwe artikel 7:666b lid 1 BW bepaald dat de verkrijger alle werknemers ten aanzien van wie de arbeidsovereenkomst is opgezegd, een nieuwe arbeidsovereenkomst moet aanbieden op basis waarvan zij op het moment van de overgang bij hem in dienst treden. Daarbij moet – gelet op artikel 7:666b lid 6, onderdeel a – in beginsel sprake zijn van dezelfde arbeidsvoorwaarden als onder de arbeidsovereenkomst met de gefailleerde werkgever, voordat deze werd opgezegd door de curator. Aanvaardt de werknemer de nieuwe arbeidsovereenkomst, dan vangt deze aan op het tijdstip van de overgang en eindigt – voor zover dit niet al het geval was – op dat moment de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de gefailleerde werkgever.

Op deze regel wordt één belangrijke uitzondering gemaakt. Als er economische, technische of organisatorische redenen (hierna: ETO-redenen) zijn – als bedoeld in artikel 4 lid 1 van de richtlijn – die leiden tot verlies van arbeidsplaatsen, hoeft de verkrijger niet alle werknemers een dienstverband aan te

bieden. Het gaat hierbij om het vervallen van arbeidsplaatsen ongeacht op welke basis (vast en/of tijdelijk) of met welke urenomvang (voltijd of deeltijd) de werknemers werkzaam zijn. Deze uitzondering heeft de volgende achtergrond. Zoals in paragraaf 2 van deze memorie van toelichting is toegelicht, hebben betrokkenen – waaronder in de eerste plaats de bij het faillissement betrokken schuldeisers en werknemers – er belang bij dat er in faillissement bedrijfsovernames kunnen blijven plaatsvinden. Om dit mogelijk te maken moet er ruimte zijn voor de verkrijger om maatregelen te kunnen nemen als dat nodig is om het voortbestaan van de onderneming ook op langere termijn te kunnen verzekeren.

Op 23 januari 2019 is een conclusie van de advocaat-generaal bij het EU-hof gepubliceerd naar aanleiding van prejudiciële vragen van het arbeidshof Antwerpen. De Belgische rechter heeft – kort gezegd – de vraag gesteld of de richtlijn van toepassing is bij de overdracht van een onderneming in het kader van een Belgische insolventieprocedure. In zijn conclusie heeft de advocaat-generaal de strekking van artikel 4 lid 1 van de richtlijn als volgt toegelicht: *“Wat de in artikel 4, lid 1, van richtlijn 2001/23 neergelegde bescherming aangaat, volgt uit deze bepaling enerzijds dat de overgang van een onderneming op zich voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag vormt; anderzijds vormt deze bepaling geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen.”*¹⁶ Uit de rechtspraak van het EU-hof blijkt dat aannemelijk moet worden gemaakt dat niet de overgang zelf leidt tot verval van arbeidsplaatsen, maar dat er aanvullende omstandigheden zijn die als ETO-redenen in de zin van artikel 4 lid 1 kunnen worden aangemerkt. De concrete voorbeelden die tot nu toe in de rechtspraak van het EU-hof zijn gegeven van ETO-redenen betreffen de volgende situaties. In één situatie werd het een verkrijger niet toegestaan om het huurcontract van de vervreemder over te nemen. Daardoor kon hij de bedrijfsvoering op de desbetreffende locatie niet voortzetten en het was voor hem ook niet mogelijk om een andere bedrijfsruimte te vinden of om het personeel naar andere winkels over te brengen. In een andere situatie viel vrij plotseling een belangrijke opdrachtgever weg.¹⁷

Hoewel de voorbeelden beperkt zijn, kan hieruit worden afgeleid dat ETO-redenen vergelijkbaar zijn met ‘*bedrijfseconomische omstandigheden*’ in de zin van de ontslaggrond die is opgenomen in artikel 7:669 lid 3, onderdeel a, BW. Omdat de praktijk al bekend is met het begrip ‘*bedrijfseconomische omstandigheden*’, is besloten om in de nieuwe regeling daarbij aan te sluiten (artikel 7:666b lid 2 BW). Dit heeft als voordeel dat de jurisprudentie die op basis van artikel 7:669 lid 3, onderdeel a, BW tot ontwikkeling is gekomen en nog komt, ook illustratief is in het kader van de toepassing van de nieuwe regeling. Ditzelfde geldt ook voor de uitleg die het UWV heeft gegeven over het begrip ‘*bedrijfseconomische omstandigheden*’. In de context van de nieuwe regeling kan bij

¹⁶ Conclusie AG 23 januari 2019, ECLI:EU:C:2019:50. Op 16 mei 2019 heeft het EU-hof uitspraak gedaan en is de A-G gevolgd, ECLI:EU:C:2019:424.

¹⁷ Arrest HvJ EU van 16 oktober 2008, Kirtruna en Vigano (C 313/07, EU:C:2008:574, punten 45 en 46) en Colino Sigüenza (C 472/16, EU:C:2018:646, punt 53 – 55).

'*bedrijfseconomische omstandigheden*' die leiden tot verlies van arbeidsplaatsen gedacht worden aan de volgende situaties:

- 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.

In de praktijk kan zich ook een combinatie van bedrijfseconomische omstandigheden voordoen. De verkrijger moet aannemelijk maken dat sprake is van objectieve – dat wil zeggen op feiten berustende – bedrijfseconomische omstandigheden waardoor er – ten behoeve van een doelmatige bedrijfsvoering – maatregelen getroffen moeten worden die leiden tot het structureel vervallen van arbeidsplaatsen. In het voorgestelde artikel 666b lid 2 is bepaald dat dit bezien moet worden over een toekomstige periode van 26 weken vanaf de overgang.

De curator is degene die – vanuit zijn rol als vereffenaar van het vermogen van de failliet – in onderhandeling treedt met potentiële verkrijgers over de overname van de onderneming. Als een bedrijfsovername aangemerkt moet worden als een overgang van onderneming in de zin van de richtlijn, brengt de nieuwe regeling mee dat de curator een aanbod van een beoogd verkrijger slechts kan aanvaarden als voldaan is aan de regeling betreffende overgang van onderneming in faillissement. Daarmee is de curator dus de eerste die toetst of het overnameplan van de verkrijger voldoet aan die regeling. De curator dient de OR advies te vragen over de bedrijfsovername (artikel 25, zevende lid, WOR). Om daadwerkelijk over te kunnen gaan tot een verkoop, heeft de curator toestemming nodig van de rechter-commissaris – of, als er eventueel nog hoger beroep wordt ingesteld, de rechtbank (zie paragraaf 3.5). Is bij een onderhandse verkoop sprake van een overgang van onderneming in de zin van de richtlijn en stelt de verkrijger dat hij niet al het personeel kan overnemen, dan volgt – overeenkomstig artikel 4 lid 1 van de richtlijn – uit de nieuwe wettelijke regeling dat de rechter-commissaris of de rechtbank na een kort, maar kritisch inhoudelijk onderzoek moet kunnen vaststellen of voldoende aannemelijk is gemaakt dat er sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden die het noodzakelijk maken om maatregelen te treffen waardoor er arbeidsplaatsen verloren gaan. Alleen dan hoeft de verkrijger niet al het personeel over te nemen. Als dit het geval is, moet de rechter-commissaris of de rechtbank vervolgens toetsen of de selectiemethode op basis waarvan bepaald wordt welke werknemers in aanmerking komen voor een dienstverband bij de verkrijger in overeenstemming is met de nieuwe

regeling. Het is aan de verkrijger om de rechter-commissaris of de rechtbank te voorzien van de informatie die deze nodig heeft om deze toetsen uit te voeren.

3.3 *Volgorde waarin werknemers mee overgaan bij verval van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden*

Als er arbeidsplaatsen verloren gaan en er na de overgang dus niet voor alle werknemers een arbeidsplaats is, dient bepaald te worden welke werknemers wel in dienst kunnen treden bij de verkrijger en welke werknemers niet. Nu is de selectie van het personeel dat na een bedrijfsovername in faillissement een arbeidsovereenkomst aangeboden krijgt en de vaststelling van de daarbij behorende arbeidsvoorwaarden voornamelijk in handen van de verkrijger. De selectiecriteria die daarbij worden toegepast, liggen niet vast. Zij wisselen van geval tot geval en kunnen betrekkelijk willekeurig zijn. Onduidelijkheid hierover heeft in het verleden bij een aantal doorstarts in faillissement geleid tot de nodige onrust en kritiek.¹⁸ Op basis van de nieuwe regeling wordt het selectieproces transparant gemaakt en worden in een ministeriële regeling regels gesteld over hoe de selectie van de werknemers die voor een dienstverband bij de verkrijger in aanmerking komen, moet plaatsvinden (artikel 7:666b lid 8). Voorgeschreven wordt dat het selectieproces moet plaatsvinden aan de hand van:

- a. een inspiegelingsmethode¹⁹, of
- b. een alternatieve objectieve selectiemethode gebaseerd op een door de beoogd verkrijger opgesteld en door de rechter-commissaris goedgekeurd ondernemingsplan²⁰.

Zoals eerder is opgemerkt, gaat de nieuwe regeling er daarnaast vanuit dat de werknemers die geselecteerd worden onder dezelfde arbeidsvoorwaarden als zij hadden bij de gefailleerde werkgever in dienst komen bij de verkrijger (artikel 666b lid 6 BW).

Inspiegelingsmethode

Bij de inspiegelingsmethode wordt zoveel mogelijk aangesloten bij de paragrafen 4 tot en met 7 van de Ontslagregeling (de artikelen 11, 13 – 15 en 17) over het bepalen van de volgorde van ontslag bij het vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden. Daarbij gaat het in het bijzonder om het in deze artikelen geregelde afspiegelingsbeginsel en de wederindienstredingsvoorwaarde na ontslag op bedrijfseconomische gronden. Dit betekent dat de jurisprudentie op basis van deze artikelen over het afspiegelingsbeginsel en de wederindienstredingsvoorwaarde, ook relevant is in het kader van de toepassing van de nieuwe regels met betrekking tot de selectie van werknemers die bij een overgang in faillissement door de verkrijger een

¹⁸ Zie onder meer: *Handelingen II 2013/14*, nrs. 2581, 2894; *Handelingen II 2016/17*, nrs. 14, 16, 17 en 32.

¹⁹ Zie in dit kader: W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal, D.M.A. Bij de Vaate, *'De doorstart in rechtsvergelijkend perspectief'*, TAP 2016/172 en W.H.A.C.M. Bouwens, *'Het voetspoor van Smallsteps'*, TRA 2018/13.

²⁰ Zie in dit kader: L.G. Verburg, *'Smallsteps: en hoe nu verder?'* in: Verwey, Broeders & Schreurs (red.), *De curator en het Personeel (Insolad Jaarboek 2018)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 138 e.v..

baan aangeboden moeten krijgen. Ditzelfde geldt voor de uitleg die het UWV heeft gegeven over de toepassing van deze bepalingen in de Uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische omstandigheden.²¹

Kort gezegd, wordt het volgende bepaald. Als er binnen een categorie onderling uitwisselbare functies arbeidsplaatsen behouden blijven, komt per leeftijdsgroep²² binnen die categorie de werknemer die buiten faillissement als laatste in aanmerking zou komen voor ontslag, als eerste in aanmerking voor een baan bij de verkrijger. Daarbij gaat het om uitwisselbare functies als bedoeld in artikel 13 van de Ontslagregeling; dat wil zeggen functies die 1) met elkaar vergelijkbaar zijn voor zover het gaat om de inhoud van de functie en de daarvoor vereiste kennis, vaardigheden en competenties en 2) die gelijkwaardig zijn wat betreft het niveau van de functie en de daarbij behorende beloning. Als die werknemer de baan niet aanvaardt, moet de verkrijger de werknemer die daarna als laatste voor ontslag in aanmerking zou zijn gekomen als eerste een baan aanbieden en zo verder. Voorbeeld: er zijn binnen een categorie uitwisselbare functies 100 arbeidsplaatsen en daarvan moeten er 20 komen te vervallen. Binnen elke van de vijf leeftijdscategorieën zijn 20 werknemers werkzaam. Dat betekent dat er binnen elke leeftijdscategorie vier werknemers geen arbeidsovereenkomst aangeboden krijgen. Wie dat zijn, wordt in beginsel bepaald door het dienstjarenbeginsel (degene die het eerst is aangenomen door de gefailleerde werkgever, maakt als eerste kans op een dienstverband bij de verkrijger). Daarmee leidt de toepassing van de inspiegelingsmethode er in beginsel toe dat:

- a. de leeftijdsopbouw van de werknemers binnen de categorie uitwisselbare functies voor en na de overgang verhoudingsgewijs zoveel mogelijk gelijk blijft, en
- b. binnen elke leeftijdsgroep de werknemer met het langste dienstverband bij de gefailleerde werkgever als eerste voor een arbeidsovereenkomst bij de verkrijger in aanmerking komt.

Om de inspiegelingsmethode toe te kunnen passen moet de verkrijger weten op welke wijze de arbeidsplekken binnen de onderneming ingevuld zijn geweest tot op het moment van de faillietverklaring. Om dit in kaart te brengen moeten de volgende stappen gezet worden:

1. De arbeidsplaatsen die behouden blijven, moeten – voor zover mogelijk – worden onderverdeeld in categorieën van uitwisselbare functies.
2. Vervolgens moeten de personen die op het moment van de faillietverklaring binnen deze categorieën van uitwisselbare functies werkzaam waren – voor zover mogelijk – worden ingedeeld in:
 - a. de volgende groepen:

²¹ <https://www.uwv.nl/werkgevers/Images/uitvoeringsregels-ontslag-wegens-bedrijfseconomische-redenen-2018.pdf>.

²² De werknemers worden ingedeeld in de leeftijdsgroepen van 15 tot 25 jaar; 25 tot 35 jaar; 35 tot 45 jaar; 45 tot 55 jaar en 55 jaar tot de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet (hierna AOW) genoemde leeftijd.

Groep 1: Externe medewerkers: gedetacheerden, uitzendkrachten, zelfstandigen zonder personeel en ingeleende werknemers van een andere bedrijfsvestiging.

Groep 2: Werknemers die de AOW-gerechtigde leeftijd hebben bereikt.

Groep 3: Werknemers met een arbeidsovereenkomst waarin de omvang van de arbeid niet is vastgelegd (nulurencontract).

Groep 4: Werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van wie het contract binnen ten hoogste 26 weken na de overgang eindigt.

Groep 5: Werknemers met:

- een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, en
- werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd waarvoor de looptijd van het contract meer dan 26 weken bedraagt, te rekenen vanaf de datum van de overgang, en

b. voor zover het de werknemers in de groepen 2, 3, 4 en 5 betreft, in de volgende vijf leeftijdsgroepen;

1) 15 tot 25 jaar;

2) 25 tot 35 jaar;

3) 35 tot 45 jaar;

4) 45 tot 55 jaar, en

5) 55 jaar tot de in artikel 7, onderdeel a, van de Algemene Ouderdomswet (hierna AOW) genoemde leeftijd.

3. Tenslotte moet voor de werknemers in de groepen 2, 3, 4 en 5 – in verband met het dienstjarenbeginsel – inzichtelijk worden gemaakt wanneer de betrokken werknemers in dienst zijn gekomen bij de gefailleerde werkgever.

Als er bij de overgang arbeidsplaatsen vervallen, blijven de externe medewerkers uit groep 1 die werkzaam zijn in dezelfde categorie uitwisselbare functies als eerste achter. Dit komt omdat deze medewerkers niet vallen onder het bereik van artikel 7:666b lid 1 BW. Op de dag van de faillietverklaring bestond er geen arbeidsovereenkomst tussen hen en de gefailleerde werkgever of zij waren slechts tijdelijk werkzaam in de onderneming en ingeleend van een bedrijfsvestiging die niet wordt overgenomen. Als met het achterblijven van deze groep medewerkers de noodzakelijke inkrimping voldoende is gerealiseerd, gaan alle werknemers uit de groepen 2, 3, 4 en 5 automatisch mee over en komt de verkrijger niet toe aan de toepassing van de inspiegelingsmethode.

Is er nog steeds sprake van te weinig arbeidsplaatsen voor het aantal werknemers dat na het afvallen van groep 1 overblijft, dan zal de verkrijger de inspiegelingsmethode als volgt moeten toepassen. Binnen elke categorie uitwisselbare functies hebben van de werknemers uit groep 2, 3 en 4 de werknemers die het langst werkzaam zijn in de onderneming als eerste aanspraak op een dienstverband bij de verkrijger.

De werknemers uit groep 2, 3 en 4 tellen wel mee bij de berekening van het aantal werknemers dat in de verschillende leeftijdscategorieën in aanmerking komt voor een baan bij de verkrijger, maar zij vallen als eerste af. Als een leeftijdsgroep daardoor al voldoende heeft bijgedragen, komen de andere werknemers uit die leeftijdsgroep automatisch in aanmerking voor een arbeidsovereenkomst bij de verkrijger.²³

Verder is van belang dat bij de inspiegelingsmethode een bandbreedte wordt gehanteerd van 10%. De verkrijger mag bij het selectieproces ten hoogste 10% van de werknemers die voor een dienstverband in aanmerking komen, buiten de toepassing van de inspiegelingsmethode houden. Dit kan de verkrijger bewust doen om bepaalde werknemers die bovengemiddeld presteren of die naar verwachting over een meer dan gemiddelde potentie beschikken voor de toekomst, te behouden voor de onderneming. Het is ook mogelijk dat bepaalde werknemers onbewust en per ongeluk buiten de selectie zijn gevallen. Zoals hierna in paragraaf 3.5 wordt toegelicht kan een werknemer na de overgang een beroep doen op de kantonrechter als hij geen arbeidsovereenkomst aangeboden heeft gekregen terwijl hij daarvoor op basis van de inspiegelingsmethode wel in aanmerking kwam. Is de verkrijger echter binnen de 10% bandbreedte gebleven, dan slaagt dit beroep van de werknemer op de kantonrechter niet.

Inspiegeling is niet aan de orde als een unieke functie (een functie die slechts door één werknemer wordt bekleed) of een categorie uitwisselbare functies in zijn geheel komt te vervallen.

Is er buiten faillissement sprake van bedrijfseconomische omstandigheden die het noodzakelijk maken om reorganisatiemaatregelen te treffen waarbij verlies van arbeidsplaatsen onvermijdelijk is, dan kan de werkgever de arbeidsovereenkomst met een werknemer die langdurig (maar korter dan twee jaar) ziek is niet opzeggen. Dit stuit af tegen het ontslagverbod dat is opgenomen in artikel 7:670 BW. Hierbij aansluitend moet een verkrijger een zieke werknemer ook gewoon betrekken bij het selectieproces. Bij de toepassing van de inspiegelingsmethode moet de verkrijger alle werknemers betrekken die op het moment van de faillietverklaring bij de gefailleerde werkgever in dienst zijn. Dit geldt dus ook voor werknemers die langdurig ziek zijn.

Een alternatieve op een ondernemingsplan gebaseerde objectieve selectiemethode²⁴

De nieuwe wettelijke regeling neemt bij de selectie van de werknemers die in aanmerking komen voor een dienstverband bij de verkrijger de inspiegelingsmethode als uitgangspunt, maar biedt ook ruimte om

²³ Voor nadere informatie wordt in het bijzonder verwezen naar paragraaf 2.5 e.v. van de uitvoeringsregels van het UWV en de daarin opgenomen rekenvoorbeelden. Dit betreft het afspiegelingsbeginsel dat moet worden toegepast bij het bepalen van de ontslagvolgorde bij bedrijfseconomisch ontslag. De inspiegelingsmethode betreft in feite een omgekeerde toepassing van het afspiegelingsbeginsel.

²⁴ Zie ook: L.G. Verburg, 'Smallsteps: en hoe nu verder?' in: Verwey, Broeders & Schreurs (red.), De curator en het Personeel (Insolad Jaarboek 2018), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 138 - 140.

een alternatieve selectiemethode toe te passen. Voorwaarde is dat de rechter-commissaris toestemming geeft om deze alternatieve methode te hanteren. De rechter-commissaris zal toestemming geven als:

- a. voldoende aannemelijk is gemaakt dat het hanteren van deze alternatieve selectiemethode noodzakelijk is om na de overgang tot een doelmatige bedrijfsvoering te komen, en
- b. de voorgestelde selectiecriteria objectief zijn.

Om de rechter-commissaris in staat te stellen hierover een beslissing te nemen zal de verkrijger een ondernemingsplan moeten overleggen waarin hij:

- beschrijft welke doelstelling hij heeft met de onderneming en welke ontwikkeling de onderneming naar zijn verwachting gaat doormaken;
- welke werkzaamheden na de overgang in de onderneming zullen worden verricht en in hoeverre deze wel of niet vergelijkbaar zijn met de werkzaamheden van voor het faillissement;
- toelicht hoeveel arbeidsplaatsen er na de overgang – als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden – binnen de onderneming verdwijnen en hoeveel arbeidsplaatsen er overblijven;
- beschrijft wat de alternatieve selectiemethode inhoudt; d.w.z. welke criteria daarbij worden gehanteerd en hoe deze worden gewogen, en
- aannemelijk maakt dat het nodig is om deze alternatieve selectiemethode toe te passen om de bedrijfsvoering na de overgang – zoals beschreven in het ondernemingsplan – doelmatig te laten zijn.

Ook voor de alternatieve selectiemethode geldt dat deze gebaseerd moet zijn op objectieve criteria. Dit betekent in ieder geval dat het moet gaan om selectiecriteria die:

- *eenduidig, transparant en proportioneel* zijn: Dit laatste betekent dat de selectiecriteria in verhouding moeten staan tot datgene wat nodig is om de bedrijfsvoering – zoals beschreven in het ondernemingsplan – na de overgang doelmatig te laten zijn.
- *meetbaar en controleerbaar* zijn: Dit is bijvoorbeeld het geval bij criteria zoals opleidingsniveau, het hebben van een bepaald aantal jaren werkervaring in een specifieke sector of in een specifieke functie of het al dan niet in bezit zijn van een rijbewijs.
- op alle werknemers die in dienst waren bij de gefailleerde werkgever *op dezelfde manier worden toegepast*, en
- als *doel* hebben *om op objectieve wijze de werknemers te selecteren* die na de inkrimping van het personeelsbestand – die nodig is omdat er als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden arbeidsplaatsen verdwijnen – door de verkrijger een arbeidsovereenkomst aangeboden krijgen.²⁵

²⁵ In dit kader is inspiratie opgedaan bij artikelen 2.99 en 2.100 van de Aanbestedingswet. Overheidsinstellingen die bedrijven een opdracht willen laten uitvoeren, moeten zich houden aan wettelijke aanbestedingsprocedures waarbinnen potentiële gegadigden in staat worden gesteld om mee te dingen naar de opdracht. Als gekozen is voor een niet-openbare aanbestedingsprocedure, mag de overheidsinstelling het totaal aantal geschikte gegadigden dat zich heeft gemeld, met behulp van selectiecriteria terugbrengen tot een kleinere groep. Deze

Verder mag de alternatieve objectieve selectiemethode uiteraard niet in strijd komen met hogere regelgeving, in het bijzonder de richtlijn en de gelijke-behandelingswetgeving.

3.4 Indienstreding bij nieuwe vacature binnen 26 weken na de overgang

Blijkt binnen 26 weken na de overgang dat er toch werk is voor meer werknemers en ontstaat er binnen de onderneming een vacature voor dezelfde werkzaamheden die voor de overgang werden verricht door werknemers die – door het voorziene verval van arbeidsplaatsen – nog niet bij de verkrijger in dienst zijn getreden, dan moet de verkrijger één van die werknemers een dienstverband aanbieden op basis waarvan hij alsnog zijn vroegere werkzaamheden binnen de onderneming kan hervatten (artikel 7:666b lid 4). Welke werknemer als eerste een aanbod moet krijgen, moet worden bepaald op basis van de selectiemethode die eerder al werd gehanteerd bij de selectie van de werknemers die – op basis van artikel 7:666b lid 2 – op het moment van de overgang bij de verkrijger in dienst zijn getreden.

3.5 Rol van de curator, de OR, de rechter-commissaris en de kantonrechter

Op basis van de huidige Faillissementswet moet de rechter-commissaris de curator toestemming geven voor een onderhandse verkoop van goederen die tot de boedel behoren. Dit geldt ook als het gaat om een verkoop van het bedrijf van de failliet.²⁶ Toestemming van de rechter-commissaris is niet vereist voor het voeren van de onderhandelingen, maar uitsluitend voor het aangaan van de verkoopovereenkomst. De curator kan dus een overeenkomst tot onderhandse verkoop sluiten met een beoogd verkrijger, onder de voorwaarde van het verkrijgen van de toestemming van de rechter-commissaris. Als een bedrijfsovername aangemerkt moet worden als een overgang van onderneming in de zin van de richtlijn, brengt de nieuwe regeling mee dat de curator een aanbod van een potentiële verkrijger slechts voorwaardelijk kan aanvaarden als voldaan is aan de regeling betreffende overgang van onderneming in faillissement. Daarmee is de curator dus de eerste die toetst of het overnameplan van de verkrijger voldoet aan die regeling. De curator dient de OR advies te vragen over de bedrijfsovername (artikel 25, zevende lid, WOR).

Zoals eerder is opgemerkt moet er snel een beslissing genomen kunnen worden over de overgang van een onderneming. De rechter-commissaris houdt toezicht op het beheer en de vereffening van de boedel door de curator. In die rol is hij eraan gewend om – zeker in de vaak zeer hectische eerste fase van een

groep krijgt vervolgens gelegenheid om een meer gedetailleerde offerte uit te brengen. De aanbestedingswet stelt hieraan wel als voorwaarde dat de selectie van de gegadigden moet plaatsvinden op een objectieve en non-discriminatoire wijze met behulp van selectiecriteria en een wijze van weging van deze criteria die vooraf kenbaar zijn gemaakt.

²⁶ HR 27 augustus 1937, ECLI:NL:HR:1937:126.

faillissement – onder hoge druk machtigingen, goedkeuringen, toestemmingen en desnoods bevelen aan de curator te geven (artikel 64 e.v. Fw). Gelet op deze ervaring en expertise is ervoor gekozen om de huidige regel in artikel 176 Fw dat de rechter-commissaris toestemming moet verlenen voor een onderhandse verkoop ook te laten gelden in de situatie dat deze verkoop leidt tot een bedrijfsovername die aangemerkt moet worden als een overgang van onderneming. De rechter-commissaris beslist op een zo kort mogelijke termijn, die in ieder geval niet langer is dan drie dagen na de indiening van het verzoek om toestemming.

Nieuw is dat de rechter-commissaris pas over het toestemmingsverzoek kan beslissen nadat hij de direct belanghebbenden – waaronder tenminste de curator, de beoogd verkrijger en de OR, de personeelsvertegenwoordiging of de personeelsvergadering, bedoeld in artikel 35b, eerste lid, WOR – heeft gehoord of daartoe in ieder geval heeft opgeroepen (artikel 176a, eerste en tweede lid, Fw). Hiermee wordt afgeweken van de huidige regeling in artikel 176 Fw op basis waarvan de rechter-commissaris zonder anderen dan de curator te horen toestemming kan verlenen voor een onderhandse verkoop. Reden hiervoor is dat de beslissing die de rechter-commissaris te nemen heeft bij een onderhandse verkoop die leidt tot een overgang van onderneming, meer behelst dan de beslissing tot verlening van toestemming voor een reguliere onderhandse verkoop. De rechter-commissaris zal ook moeten toetsen of voldaan wordt aan de nieuwe regeling betreffende overgang van onderneming in faillissement.

Bij de toets die de rechter-commissaris verricht in het kader van het verlenen van toestemming voor een onderhandse verkoop, past een zekere mate van terughoudendheid.²⁷ Dit geldt ook waar het een onderhandse verkoop betreft die leidt tot een bedrijfsovername die aangemerkt moet worden als een overgang van onderneming. Maar als daarbij niet al het personeel wordt overgenomen, moet de rechter-commissaris na een kort, maar kritisch inhoudelijk onderzoek kunnen vaststellen of:

- voldoende aannemelijk is gemaakt dat er sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden die het noodzakelijk maken om maatregelen te treffen waardoor er arbeidsplaatsen verloren gaan, en
- de selectiemethode op basis waarvan bepaald wordt welke werknemers in aanmerking komen voor een dienstverband bij de verkrijger in overeenstemming is met de nieuwe wettelijke regeling.

Om hierover een beslissing te kunnen nemen, heeft de rechter-commissaris naast informatie van de curator in ieder geval ook informatie nodig van de verkrijger. Het is vooral de verkrijger die zich hierover bij de rechter-commissaris moet verantwoorden. Het is aan hem om de rechter-commissaris te voorzien van de informatie die deze nodig heeft om de genoemde toetsen uit te voeren. In overleg met het landelijk overlegorgaan van rechters-commissaris in faillissementen en surseances van betaling (de RECOFA) zal worden gewerkt aan instrumenten die inzichtelijk moeten maken welke informatie in dit

²⁷ HR 7 september 2001, ECLI:NL:PHR:2001:ZC3546, JOR 2001/244, m.nt. B. Wessels (*Mayr-Melnhof/Spliet q.q.*); ECLI:NL:PHR:2001:ZC3546.

kader van een verkrijger wordt verlangd. Zoals eerder is opgemerkt stelt de rechter-commissaris de OR in de gelegenheid om over de overgang te worden gehoord. Dit hoeft echter niet als de OR overeenkomstig artikel 25, zevende lid, WOR advies heeft uitgebracht en de curator dit advies volledig heeft overgenomen. In dit verband is nog van belang te wijzen op de SER Fusiegedragsregels.²⁸ Deze regels zijn er om de belangen van werknemers bij een fusie te beschermen en zij gelden ook in faillissement. De betrokken curator en verkrijger moeten de vakbonden op tijd informeren over de overnameplannen. De vakbonden kunnen dan de OR hun oordeel over de fusie geven. Die informatie kan de OR gebruiken bij het uitbrengen van het advies aan de curator.

Tegen de beslissingen die de rechter-commissaris neemt in het kader van de overgang van een onderneming staat gedurende vijf dagen hoger beroep open bij de rechtbank (artikel 67, derde lid). Ook de OR, de personeelsvertegenwoordiging of de personeelsvergadering, bedoeld in artikel 35b, eerste lid, WOR kan hoger beroep aantekenen (artikel 67, vierde lid). De rechtbank beslist na verhoor of behoorlijke oproeping van de belanghebbenden. Tegen de beslissing van de rechtbank staat geen hogere voorziening meer open.

Mocht na de overgang blijken dat een werknemer niet bij de verkrijger in dienst is gekomen doordat de verkrijger de inspiegelingsmethode of een alternatieve door de rechter-commissaris goedgekeurde selectiemethode niet juist heeft toegepast, dan kan de werknemer een beroep doen op de kantonrechter (artikel 7:666b lid 5). Hij kan de kantonrechter verzoeken:

- de verkrijger te veroordelen om hem alsnog een dienstverband aan te bieden, of
- hem ten laste van de verkrijger een billijke vergoeding toe te kennen, als het alsnog in dienst komen bij de verkrijger in redelijkheid niet mogelijk is vanwege een omstandigheid waarbij sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de verkrijger.

Hierbij is zoveel mogelijk aangesloten bij artikel 7:682 lid 1 BW waarin is geregeld dat de werknemer een beroep kan doen op de kantonrechter als de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst door de werkgever in strijd was met artikel 7:669 lid 3 BW.

Is als selectiemethode de inspiegelingsmethode toegepast, dan geldt – zoals is toegelicht in paragraaf 3.3 – een bandbreedte van 10%. Als de verkrijger binnen de 10% bandbreedte is gebleven, is er geen sprake van een onjuiste toepassing van de selectiemethode en slaagt het beroep van de werknemer op de kantonrechter niet. Heeft de verkrijger de 10% bandbreedte overschreden, dan is de selectiemethode onjuist toegepast en zal de verkrijger dit opnieuw moeten doen. Alle werknemers die ten onrechte geen arbeidsovereenkomst aangeboden hebben gekregen, zal de verkrijger dan alsnog een dienstverband moeten aanbieden.

3.6 *Oude schulden gaan niet mee over en arbeidsvoorwaarden kunnen in overleg met de vakbond*

²⁸ <https://www.ser.nl/nl/Publicaties/fusiegedragsregels-2015>.

worden aangepast

In de wettelijke regeling is gebruik gemaakt van de in artikel 5 lid 2, onderdelen a en b, van de richtlijn geboden mogelijkheid om de gevolgen van de toepassing van de uit de richtlijn voortvloeiende beschermingsregels op twee punten te verzachten.

Allereerst is ervoor gekozen om de schulden die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten en al voor de overgang zijn ontstaan niet mee over te laten gaan op de verkrijger (artikel 7:666b lid 7 BW). Kort gezegd, gaat het om achterstallige betalingen en opgebouwde vorderingen. In ieder geval betreft het achterstallig loon, opgebouwde maar nog niet genoten vakantiedagen en nog niet uitbetaalde vakantietoeslag. Ook kan het gaan om bonussen die verschuldigd zijn over het voorgaande boekjaar, maar pas in het voorjaar van het volgende jaar na vaststelling van de jaarstukken tot uitbetaling komen.²⁹ In de eerder genoemde ministeriële regeling wordt nader geregeld om welke schulden het kan gaan.

Daarnaast is bepaald dat de arbeidsvoorwaarden die van toepassing zijn op de arbeidsovereenkomsten van de werknemers die bij de overgang mee overgaan in een overleg tussen de verkrijger en de vakbonden onder bepaalde voorwaarden kunnen worden aangepast (artikel 7:666b lid 6, tweede volzin, BW). In ieder geval is hierbij van belang dat de deze bepaling toepassing vindt binnen het systeem van ons recht betreffende de collectieve arbeidsovereenkomst (cao).³⁰ Kort gezegd, betekent dit het volgende. Uitgangspunt is dat de rechten en verplichtingen die op het tijdstip van de overgang voor de gefailleerde werkgever ten aanzien van zijn werknemers voortvloeien uit bepalingen omtrent arbeidsvoorwaarden van een cao waaraan hij gebonden is, rechtstreeks overgaan op de verkrijger (artikel 14a lid 1 Wet CAO). Dit geldt totdat:

- de cao wordt beëindigd of de looptijd van de cao eindigt, dan wel
- de verkrijger ten aanzien van de arbeid van de overgenomen werknemers – via lidmaatschap of het zelf afsluiten – rechtstreeks gebonden wordt aan een cao die na de overgang tot stand komt of verplicht wordt verbindend verklaarde cao-bepalingen na te komen (artikel 14a lid 2 Wet CAO).

De verkrijger mag ondertussen geen met de cao strijdige arbeidsvoorwaarden overeenkomen, ook niet om bijvoorbeeld arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers te harmoniseren. Voornoemde plicht tot handhaving geldt ook voor rechten en plichten die voortvloeien uit sociale plannen die zijn aan te merken als cao's en kan ook gelden voor bepalingen met betrekking tot fondsen, zoals scholings- of aanvullingsfondsen. De overgang van rechten en plichten uit een cao is dwingend, afwijkingen zijn nietig.

²⁹ Zie ook: L.G. Verburg, *'Smallsteps: en hoe nu verder?'* in: Verwey, Broeders & Schreurs (red.), *De curator en het Personeel (Insolad Jaarboek 2018)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 131 - 133.

³⁰ Zie ook: L.G. Verburg, *'Smallsteps: en hoe nu verder?'* in: Verwey, Broeders & Schreurs (red.), *De curator en het Personeel (Insolad Jaarboek 2018)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 133 - 135.

De plicht tot handhaving geldt voor cao-bepalingen die gelden op het moment van overgang. Wijzigingen daarin die naderhand met terugwerkende kracht gaan gelden, vallen hier niet onder en gaan niet mee over. Verder geldt dat cao-bepalingen via lidmaatschap of incorporatie deel gaan uitmaken van de individuele arbeidsovereenkomst; er is sprake van doorwerking, zodat deze bepalingen nog kunnen nawerken zolang geen nieuwe afspraken over arbeidsvoorwaarden zijn gemaakt. Dit betekent dat de verkrijger nog gehouden kan zijn nawerkende cao-bepalingen te handhaven ten aanzien van overgenomen werknemers. Is de verkrijger al gebonden aan een andere cao dan is hij gehouden om ook de bepalingen daaruit toe te passen die gunstiger zijn dan, of die ontbreken in de cao van de gefailleerde werkgever. Geldt bij de gefailleerde werkgever geen cao dan kunnen werknemers via hun lidmaatschap van een vakbond na de overgang direct rechtstreeks gebonden worden aan de cao van de verkrijger. Dit kan ook betekenen dat zij er in arbeidsvoorwaarden op achteruit gaan.

Een besluit tot verbindendverklaring van cao-bepalingen waaraan de verkrijger gebonden wordt, zorgt ervoor dat de nog lopende cao van de gefailleerde werkgever moet wijken (artikel 14a lid 2 Wet op de CAO). Verbindendverklaring heeft geen nawerking. Is dus bij de verkrijger enkel sprake van binding aan cao-bepalingen middels verbindendverklaring, dan is – uitzonderingen daargelaten - geen sprake van nawerking van die bepalingen. Na afloop van de verbindendverklaring kunnen rechten en plichten uit de cao van de gefailleerde werkgever herleven indien deze cao nog loopt, of indien de bepalingen nawerken. Is sprake van verbindend verklaarde cao-bepalingen bij de gefailleerde werkgever, dan gaan de daaruit voortvloeiende rechten en plichten omtrent arbeidsvoorwaarden van rechtswege over op de verkrijger (artikel 2a lid 1 Wet AVV). Dit geldt totdat deze verbindendverklaring eindigt of totdat de verkrijger zelf gebonden wordt middels een besluit tot verbindend verklaring van cao-bepalingen (artikel 2a lid 2 Wet AVV). Raakt de verkrijger na het moment van overgang gebonden aan een cao, dan prevaleren de bepalingen uit deze cao en vervalt de gebondenheid aan de verbindend verklaarde bepalingen van de cao van de gefailleerde werkgever (artikel 2a lid 2 Wet AVV).

3.7 Verval van concurrentiebedingen

In de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de gefailleerde werkgever kan een concurrentiebeding zijn opgenomen waarbij de werknemer beperkt wordt in zijn vrijheid om na het einde van de arbeidsovereenkomst te werken bij een concurrerende werkgever of als zelfstandige. Het faillissement van de werkgever en een daarop volgende opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator, leiden niet automatisch tot verval van dat beding. Als er in faillissement een overgang van onderneming plaatsvindt en de werknemer niet geselecteerd is om zijn vroegere werkzaamheden bij de verkrijger te hervatten, is het van belang dat hij vrij is om zo spoedig mogelijk elders aan het werk te gaan. Daarom wordt aan artikel 7:653 BW een nieuw zesde lid toegevoegd waarin is bepaald dat een concurrentiebeding in dat geval automatisch vervalt.

4. Gevolgen gegevensverwerking

Om een bod te kunnen doen op de onderneming zullen potentiële verkrijgers willen weten welke werknemers op het moment van de faillietverklaring bij de gefailleerde werkgever in dienst zijn en in de onderneming werken en onder welke arbeidsvoorwaarden. Als de onderneming daadwerkelijk wordt overgenomen, moet toepassing worden gegeven aan de wettelijke regeling. Dit betekent dat:

- bij de overgang de arbeidsovereenkomsten met de werknemers die op het moment van de faillietverklaring bij de gefailleerde werkgever in dienst zijn, overgaan en al deze werknemers in principe onder dezelfde arbeidsvoorwaarden als bij de gefailleerde werkgever bij de verkrijger in dienst komen (de verkrijger biedt alle werknemers een arbeidsovereenkomst aan, artikel 7:666b lid 1 BW), of
- als er arbeidsplaatsen verloren gaan wegens bedrijfseconomische omstandigheden, aan de hand van de inspiegelingsmethode of een door de rechter-commissaris goedgekeurde alternatieve selectiemethode moet worden bepaald welke werknemers wel en welke niet in aanmerking komen voor een aanbod voor een dienstverband bij de verkrijger (artikel 7:666b leden 2 en 4 BW).

Potentiële verkrijgers zullen hier al rekening mee willen en moeten houden wanneer zij de hoogte van hun eventuele overnamebod bepalen. De partij die de onderneming uiteindelijk koopt en dus definitief verkrijger wordt, zal vervolgens hieraan feitelijk uitvoering moeten geven.

Deze personeelsgegevens (o.a. leeftijd, werkervaring, datum van indiensttreding) zijn persoonsgegevens – d.w.z. informatie over een geïdentificeerde of identificeerbare natuurlijke persoon – in de zin van de Algemene verordening gegevensbescherming (AVG). Wil er sprake kunnen zijn van rechtmatige verwerking van persoonsgegevens dan dient de verwerkingsverantwoordelijke zich (onder meer) te kunnen beroepen op één van de rechtsgrondslagen zoals limitatief opgesomd in artikel 6, eerste lid, AVG. In het kader van de wettelijke regeling zijn de volgende grondslagen op basis waarvan persoonsgegevens verwerkt mogen worden van belang:

- de verwerking is noodzakelijk voor de uitvoering van de overeenkomst waarbij de betrokkene partij is, of om op verzoek van de betrokkene vóór de sluiting van een overeenkomst maatregelen te nemen (artikel 6 eerste lid, onderdeel b, AVG);
- de verwerking is noodzakelijk om te voldoen aan een wettelijke verplichting die op de verwerkingsverantwoordelijke rust (artikel 6 eerste lid, onderdeel c, AVG);
- de verwerking is noodzakelijk voor de vervulling van een taak van algemeen belang of van een taak in het kader van de uitoefening van het openbaar gezag dat aan de verwerkingsverantwoordelijke is opgedragen (artikel 6 eerste lid, onderdeel e, AVG).

De personeelsgegevens zijn voor de faillietverklaring door de gefailleerde werkgever verzameld door middel van het bijhouden van een personeelsbestand. Tijdens het faillissement krijgt de curator de

beschikking over deze gegevens en hij wordt daarmee de verwerkingsverantwoordelijke. Dit hangt samen met het feit dat hij door de rechter is aangesteld met als taak te zorgen voor het beheer en de vereffening van de faillissementsboedel en dat hij daarbij ook rekening dient te houden met maatschappelijke belangen, zoals continuïteit van de onderneming met het oog op behoud van werkgelegenheid (artikel 6 eerste lid, onderdeel e, AVG). De curator is bij de uitoefening van die taak verwerkingsverantwoordelijke in de zin van de AVG. Het hoort bij de taak van de curator om te onderzoeken of er mogelijkheden zijn voor een overgang van de onderneming. Om een overgang mogelijk te maken, zal de curator de daarvoor noodzakelijke personeelsgegevens moeten verstrekken aan potentiële verkrijgers, zodat deze zich een beeld kunnen vormen van het personeelsbestand. Vervolgens zal de curator het hele personeelsbestand moeten overdragen aan de partij die de onderneming uiteindelijk koopt en definitief verkrijger wordt. Het nieuwe artikel 101a Fw expliciteert dat de curator in het kader van zijn publieke taak persoonsgegevens mag verwerken. De curator mag de gegevens in dit geval dus verstrekken op basis van artikel 6 eerste lid, onderdeel c, AVG.³¹ Eveneens is in het artikel een opt-out regeling opgenomen en kan een werknemer na de faillietverklaring van zijn werkgever bij de curator schriftelijk bezwaar maken tegen het verwerken van zijn persoonsgegevens. Bijvoorbeeld omdat een werknemer inmiddels al een nieuwe werkgever heeft gevonden en daarom bij een eventuele overgang van onderneming geen interesse heeft om mee over te gaan. De curator verschaft in dat geval het personeelsbestand exclusief de gegevens van degenen die er blijk van hebben gegeven geen prijs te stellen op een aanbod voor een nieuwe arbeidsovereenkomst.

De AVG vergt van de curator dat hij niet meer gegevens verstrekt dan noodzakelijk is voor het doel.

- Potentiële verkrijgers hebben om een bod te kunnen doen, genoeg aan een geanonimiseerde set personeelsgegevens waaruit blijkt hoeveel werknemers werkzaam zijn in de onderneming, welke arbeidsvoorwaarden gelden, wat de leeftijd is van de werknemers en wanneer de werknemers bij de gefailleerde werkgever in dienst zijn getreden.³² Ook informatie over hoeveel mensen langdurig arbeidsongeschikt zijn, kan vanzelfsprekend relevant zijn voor potentiële verkrijgers, welke werknemers dat betreft doet daarbij niet ter zake.
- Voor de partij die uiteindelijk beoogd verkrijger wordt, is het noodzakelijk dat hij de beschikking krijgt over de volledige set personeelsgegevens om de werknemers die in aanmerking komen voor een dienstverband bij hem, een arbeidsovereenkomst aan te kunnen bieden. Voor het aanbieden van een nieuwe arbeidsovereenkomst is het van belang of een werknemer lid is van een vakbond.
- De verkrijger wordt op het moment van de overgang van de onderneming de nieuwe werkgever. Hij zal vanaf dat moment uitvoering moeten geven aan de nieuwe arbeidsovereenkomsten en ook gegevens over de gezondheid van werknemers willen verwerken. Vanaf dat moment vindt de

³¹ F.M.J. Verstijlen, *“De curator en de AVG”*, Tvl 2018/50.

³² Deze gegevens, ook al zijn ze voor potentiële verkrijgers geanonimiseerd, blijven toch onder het bereik van de AVG vallen omdat ze, zij het door de curator, te herleiden zijn tot individuele personen en er dus in de zin van de AVG sprake is van ‘pseudonimiseren’ en niet ‘anonimiseren’.

verwerking van gegevens plaats op grond van de grondslag 'noodzakelijk voor de uitvoering van de (arbeids)overeenkomst' (artikel 6, eerste lid, onderdeel b, AVG).

Het lidmaatschap van een vakbond en gegevens over gezondheid zijn bijzondere gegevens in de zin van artikel 9 AVG waarvan verwerking verboden is, tenzij de verwerking noodzakelijk is met het oog op de uitvoering van verplichtingen en de uitoefening van specifieke rechten van de verwerkingsverantwoordelijke of betrokkene op het gebied van het arbeidsrecht en het socialezekerheids- en socialebeschermingsrecht (artikel 9 tweede lid, onderdeel b, AVG). Deze uitzondering voor het verwerken van deze bijzondere gegevens is eveneens geregeld in artikel 101a Fw. Als het hele personeelsbestand overgaat naar de verkrijger kunnen daar ook andere bijzondere gegevens in staan, denk aan religie en strafrechtelijke gegevens. Voor de verwerking van andere categorieën van bijzondere gegevens is geen uitzondering opgenomen.

De persoonsgegevens van werknemers die niet ingaan op het aanbod om een arbeidsovereenkomst aan te gaan, dient de nieuwe werkgever te vernietigen, dit overigens vanzelfsprekend alleen voor zover er niet uit hoofde van andere wet- of regelgeving een plicht op hem rust om deze informatie te bewaren. Als werkgever is de verkrijger namelijk ook de nieuwe verwerkingsverantwoordelijke in de zin van de AVG. Tijdens faillissement is de curator de verwerkingsverantwoordelijke en kan de werknemer de rechten die hem op basis van de AVG toekomen – zoals het recht op informatie over en inzage in verzamelde persoonsgegevens, het recht op rectificatie van onjuiste persoonsgegevens – invoeren jegens de curator. Na de overgang van onderneming kan de werknemer deze rechten uitoefenen jegens zijn nieuwe werkgever. In verband met de afwikkeling van het faillissement en het niet mee overgaan van de schulden die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten die zijn ontstaan of betrekking hebben op de periode voorafgaand aan de overgang houdt de curator persoonsgegevens onder zich totdat een faillissement is afgewikkeld.

5. Gevolgen voor bedrijfsleven en burgers

De te verwachten regeldrukeffecten van de verplichtingen die uit dit wetsvoorstel voortvloeien, worden in deze paragraaf kwantitatief en kwalitatief beschreven. De nalevingskosten voor het bedrijfsleven kunnen worden uitgesplitst in administratieve lasten en inhoudelijke nalevingskosten. Administratieve lasten zijn de kosten die het bedrijfsleven moet maken om te voldoen aan informatieverplichtingen jegens de overheid, die voortvloeien uit wet- en regelgeving. Het wetsvoorstel brengt geen administratieve lasten met zich. De inhoudelijke nalevingskosten bestaan uit andere kosten die het bedrijfsleven moet maken om aan de verplichtingen te voldoen die de nieuwe wet- en regelgeving stelt.

Het wetsvoorstel bevat geen inhoudelijke nalevingskosten voor zover het wijzigingen in de Fw omvat omdat deze buiten de definitie van nalevingskosten vallen.³³ Er worden in het BW en de WOR wel informatieverplichtingen ingevoerd die gelden jegens burgers (werknemers) en bedrijven (curator en verkrijger). Daarom brengen deze onderdelen van het wetsvoorstel wel inhoudelijke nalevingskosten met zich. Het is overigens de verwachting dat de curator en de verkrijger de in dit wetsvoorstel opgenomen maatregelen als lastenverlichting zullen ervaren omdat in veel opzichten de al gangbare doorstart-praktijk wordt bestendigd. Het is nu onduidelijk wanneer de regels van overgang van onderneming van toepassing zijn bij een doorstart in faillissement en inspraak van OR is niet wettelijk geregeld. Op grond van het wetsvoorstel zijn de regels overgang van onderneming van toepassing op elke doorstart in faillissement, maar dan met een milder regime dan buiten faillissement en de OR krijgt een wettelijk adviesrecht.

In de afgelopen jaren (periode van 10 jaar: 2007-2016) zijn er 66.735 faillissementen uitgesproken.³⁴ Van deze faillissementen waren er bij 27.930 faillissementen 422.022 werknemers betrokken, waarbij is uitgegaan van tenminste één werknemer in dienst 60 dagen voorafgaand aan het faillissement.³⁵ In die 27.930 faillissementen heeft 19.300 keer een doorstart plaatsgevonden waarbij 289.000 werknemers waren betrokken en 119.500 werknemers zijn meegenomen naar het doorstartende bedrijf (ongeveer 40% komt in dienst van het doorgestarte bedrijf). Er van uit gaande dat in deze gevallen onder het wetsvoorstel sprake is van een overgang van onderneming, kunnen de volgende jaarlijkse gemiddelden worden vastgesteld: 2800 faillissementen per jaar waar 29.000 werknemers bij betrokken zijn en in 1930 van de gevallen een doorstart plaatsvindt. De verwachting is dat er door de nieuwe regelgeving bij een doorstart meer werknemers mee overgaan, laat zeggen 60% komt in dienst van het doorgestarte bedrijf (60% van 29.000 = 17.400).

De nalevingskosten voor bedrijven kunnen dan als volgt worden vastgesteld. Voor de kosten per uur bij de ondernemers is uitgegaan van een gemengd uurtarief (€57 = €0,95 p/min.), gebaseerd op de tarieven voor leidinggevenden en managers, hoogopgeleide medewerkers en administratief personeel, conform het Handboek Meting Regeldrukkosten. Inhoudelijke en informatieverplichtingen voor bedrijven die voortvloeien uit het wetsvoorstel en de handelingen die een ondernemer op grond daarvan moet verrichten zijn de volgende. Allereerst zal de verkrijger met behulp van de curator de personeelsgegevens helder moeten krijgen voor het toepassen van de inspiegelingsmethode of de alternatieve objectieve selectiemethode op basis waarvan wordt bepaald in welke volgorde werknemers

³³ Hierbij speelt een rol dat een aanzienlijk aantal wijzigingen zien op de procedure bij de rechter. De verplichtingen in het kader van een gerechtelijke procedure vallen buiten de definitie van nalevingskosten. Zie Meten is Weten II: Handleiding voor het definiëren en meten van administratieve lasten voor het bedrijfsleven, p. 33.

³⁴ Cijfers ontleend aan: L. Hoekema, A.P. Alberda en A. Boutorat, Doorstart na Faillissement fase I, CBS, 31 oktober 2017 en C. Bloemendal, Doorstart na faillissement fase II, CBS, 29 maart 2018.

³⁵ Bij ongeveer 40.000 faillissementen waren dus geen werknemers betrokken.

mee overgaan bij een overgang van onderneming in faillissement. De tijd die zij daar aan kwijt zijn zal variëren van minimaal 10 minuten tot maximaal 30 minuten per werknemer (gemiddeld 20 minuten). De geschatte kosten hiervoor zijn dan (i) $(20 \times \text{€}0,95) \times 29.000 = \text{€}551.000$. De curator en verkrijger moeten de werknemers informeren over een overgang van onderneming. De tijd die zij daar aan kwijt zijn zal variëren van minimaal 20 minuten tot maximaal 120 minuten voor alle werknemers (gemiddeld 70 minuten). De geschatte kosten hiervoor zijn dan (ii) $(70 \times \text{€}0,95) \times 1930 = \text{€}128.345$. Vervolgens is de verkrijger verplicht de werknemers die in dienst waren bij de gefailleerde werkgever een zelfde arbeidsovereenkomst aan te bieden op basis waarvan ze bij hem in dienst treden en in overleg met de vereniging van werknemers kan de verkrijger de arbeidsvoorwaarden eventueel aanpassen. De tijd die hij hier aan kwijt is, zal variëren van minimaal 20 minuten tot maximaal 40 minuten per werknemer (gemiddeld 30 minuten). De geschatte kosten hiervoor zijn dan (iii) $(30 \times \text{€}0,95) \times 17.400 = \text{€}495.900$. Daarnaast krijgt de OR de gelegenheid om een schriftelijk en met redenen omkleed advies uit te brengen bij een overgang van onderneming in faillissement en moet de ondernemer een afschrift eigen faillissementsaanvraag en aanvraag surseance sturen aan de OR. De tijd die zij daar aan kwijt zijn zal variëren van minimaal 40 minuten tot maximaal 80 minuten (gemiddeld 60 minuten). De geschatte kosten hiervoor zijn dan (iv) $(60 \times \text{€}0,95) \times 1930 = \text{€}110.010$. Ook zal de verkrijger moeten onderzoeken welke schulden die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten niet op hem overgaan. De tijd die hij daar aan kwijt is, zal variëren van minimaal 10 minuten tot maximaal 30 minuten per arbeidsovereenkomst van de werknemer die bij de gefailleerde werkgever in dienst was (gemiddeld 20 minuten). De geschatte kosten hiervoor zijn dan (v) $(20 \times \text{€}0,95) \times 29.000 = \text{€}551.000$. Inhoudelijke en informatieverplichtingen voor burgers die voortvloeien uit het wetsvoorstel en de handelingen die een burger op grond daarvan moet verrichten zijn het kennisnemen van de nieuwe arbeidsovereenkomst, maar ook dat gebeurt nu al bij een doorstart in faillissement. De nalevingskosten voor burgers worden daarom vastgesteld op nihil.

De structurele regeldrukkosten komen daarmee uit op = € 1.836.255.

ARTIKELSGEWIJS

Artikel I

Onderdeel A

In artikel 7:653 leden 1 en 2 BW is bepaald dat in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd een concurrentiebeding kan worden opgenomen en in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd alleen ingeval sprake is van zwaarwegende bedrijfsbelangen die de werkgever dan ook zorgvuldig moet motiveren. Het concurrentiebeding beperkt de werknemer in zijn recht om na het einde van de arbeidsovereenkomst werkzaam te zijn op een wijze die hij zelf heeft gekozen. Een concurrentiebeding treft een werknemer dus in een zwaarwegend belang, namelijk in de wijze waarop hij in zijn

levensonderhoud voorziet. Gelet hierop is in artikel 7:653 leden 3 en 4 BW bepaald dat de rechter een concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk kan vernietigen en dat een concurrentiebeding geen werking heeft bij ontslag door ernstig verwijtbaar handelen van de werkgever.

Bij een overgang van de onderneming in de zin van artikel 7:662 e.v. BW gaat een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en de werknemer van rechtswege over op de verkrijger.³⁶ De aanpassing van artikel 7:666 BW en de introductie van het nieuwe artikel 7:666b leden 1, 2 en 4 BW – die nader worden toegelicht bij de onderdelen C en D – leiden ertoe dat een concurrentiebeding straks ook mee overgaat op de verkrijger bij een overgang van onderneming in faillissement. Als de overgang plaatsvindt terwijl de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de gefailleerde werkgever nog niet is geëindigd (bijvoorbeeld omdat de curator deze weliswaar heeft opgezegd, maar de opzegtermijn nog loopt), gaat deze overeenkomst (en daarmee ook alle daarin opgenomen bedingen) van rechtswege over op de verkrijger (artikel 7:666 lid 2 BW in samenhang met artikel 7:663, eerste volzin BW). Krijgt de werknemer – wegens verval van arbeidsplaatsen – vervolgens geen nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden door de verkrijger, dan is het van belang dat hij vrij is om zo spoedig mogelijk elders aan het werk te gaan. Daarom wordt aan artikel 7:653 BW een nieuw zesde lid toegevoegd waarin wordt bepaald dat het concurrentiebeding in deze situatie komt te vervallen. Wordt de werknemer wel – op basis van artikel 7:666b leden 1, 2 en 4 BW – door de verkrijger in dienst genomen, maar komt de arbeidsovereenkomst na de overgang tot een einde – omdat de arbeidsovereenkomst door de verkrijger wordt opgezegd, op verzoek van de verkrijger door de kantonrechter wordt ontbonden of met wederzijds goedvinden wordt beëindigd – dan zijn de huidige leden 1 tot en met 5 van artikel 7:653 BW van toepassing en moet op basis van die bepalingen worden bepaald of de werknemer aan het concurrentiebeding gehouden kan worden.

Onderdeel B

Artikel 7:662 BW regelt het toepassingsbereik van afdeling 8 van titel 10 van Boek 7 BW betreffende de rechten van de werknemer bij overgang van onderneming. Met dit wetsvoorstel wordt het toepassingsbereik van de regeling uitgebreid; de afdeling gaat ook gelden in faillissement. Deze aanpassing vergt introductie van een nieuwe begripsomschrijving. Aan lid 2 wordt één nieuw onderdeel toegevoegd waarin wordt bepaald waarop gedoeld wordt als in het nieuwe artikel 7:666b lid 6 BW wordt verwezen naar ‘een vereniging van werknemers’.

Onderdeel C

Nu geldt dat de beschermingsregels uit de richtlijn (artikelen 7:662 – 665 en 670 lid 8 BW) niet van toepassing zijn in geval van een overgang van onderneming tijdens faillissement. Deze regel wordt vervangen door een bepaling op basis waarvan alleen de tweede volzin van artikel 7:663 BW en artikel

³⁶ HR 23 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0014, NJ 1988/235, m.nt. P.A. Stein (*Ibes/Atmos*).

7:665 BW buiten toepassing blijven en in plaats daarvan een nieuw artikel 7:666b BW geldt. De artikelen 7:664 en 665a BW worden in hun toepassing daarop iets aangepast.

Onderdeel D

Leden 1 – 3 en lid 6

Bij een overgang van onderneming in faillissement gaan alle arbeidsovereenkomsten met de werknemers die op het moment van de faillietverklaring in dienst zijn en werken in de onderneming, van rechtswege over op de verkrijger in de stand waarin die overeenkomsten zich op dat moment bevinden (artikelen 7:663, eerste volzin, en 666 lid 2 BW). De curator zegt de arbeidsovereenkomsten echter doorgaans kort na de faillietverklaring op basis van artikel 40 Fw op. Dit heeft dan tot gevolg dat als de arbeidsovereenkomsten op het moment van de overgang in 'opgezegde status' overgaan op de verkrijger. Gelet daarop is in lid 1 bepaald dat de verkrijger alle werknemers ten aanzien van wie de arbeidsovereenkomst is opgezegd, een nieuwe arbeidsovereenkomst moet aanbieden op basis waarvan zij op het moment van de overgang bij hem in dienst treden. Op deze regel wordt één uitzondering gemaakt. Als er bij de overgang arbeidsplaatsen verdwijnen en dit het gevolg is van bedrijfseconomische omstandigheden als bedoeld in artikel 7:669 lid 3, onderdeel a, BW is het de verkrijger toegestaan minder werknemers over te nemen. Daarbij moet het gaan om een structureel verlies van arbeidsplaatsen. Of hiervan sprake is, moet bezien worden over een toekomstige periode van 26 weken vanaf de overgang.

Aanvaardt de werknemer de nieuwe arbeidsovereenkomst, dan vangt deze aan op het tijdstip van de overgang en eindigt – voor zover dit niet al het geval was – op dat moment de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de gefailleerde werkgever. Dit laatste is geregeld in lid 3. Aanvaardt de werknemer de nieuwe arbeidsovereenkomst niet, dan betekent dit dat hij verwijtbaar werkloos wordt of blijft in de zin van artikel 24 van de Werkloosheidswet. Hij kan dan geen aanspraak maken op een WW-uitkering.

In lid 6, onderdeel a, is bepaald dat de nieuwe arbeidsovereenkomst die de verkrijger sluit met de werknemer die mee overgaat, dezelfde arbeidsvoorwaarden moet omvatten als de arbeidsovereenkomst die de werknemer had met de gefailleerde werkgever. De tweede zin van lid 6 omvat één uitzondering op deze regel. Daarin is bepaald dat de arbeidsvoorwaarden in overleg met een vereniging van werknemers kunnen worden aangepast. Hiermee wordt gebruik gemaakt van de in artikel 5 lid 2, onderdeel b, van de richtlijn geboden lidstaatoptie om de gevolgen van de toepassing van de richtlijn te verzachten. In paragraaf 3.6 van deze memorie van toelichting is beschreven hoe deze uitzonderingsregel zijn toepassing vindt binnen het systeem van ons cao-recht.

Had de werknemer bij de gefailleerde werkgever een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, dan moet de verkrijger de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aanbieden waarbij de werknemer voor de resterende duur van die eerdere overeenkomst bij de verkrijger in dienst komt. Dit is geregeld in lid 6, onderdeel b. In deze situatie wordt op grond van artikel 7:668a lid 1 BW de keten van arbeidsovereenkomsten voortgezet.³⁷ In lid 3, tweede zin, is echter bepaald dat in dit geval de oude arbeidsovereenkomst bij de gefailleerde werkgever en de nieuwe arbeidsovereenkomst bij de verkrijger in de keten worden beschouwd als één arbeidsovereenkomst. Dit is van belang omdat in artikel 7:668a leden 1 en 2 BW – kort gezegd – is bepaald dat er maximaal drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd op rij gesloten mogen worden binnen een periode van twee jaar. Bij de vierde arbeidsovereenkomst ontstaat automatisch een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Alleen als er tussen twee arbeidsovereenkomsten een periode zit van meer dan zes maanden, ontstaat er een nieuwe keten (en mogen er opnieuw drie tijdelijke arbeidsovereenkomsten in een periode van twee jaar gesloten worden). De acceptatie van die overeenkomst door de werknemer leidt er in dit geval niet toe dat er automatisch sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, omdat de laatste arbeidsovereenkomst bij de gefailleerde werkgever en de nieuwe arbeidsovereenkomst bij de verkrijger in het kader van de overgang als één arbeidsovereenkomst worden beschouwd. Biedt de verkrijger de werknemer na afloop van deze tijdelijke overeenkomst, opnieuw een tijdelijke arbeidsovereenkomst aan, dan leidt de ketenregeling van artikel 7:668a BW er wel toe dat met de acceptatie van deze laatste arbeidsovereenkomst automatisch een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat.

Lid 4

Als er bij de overgang arbeidsplaatsen verdwijnen en dit het gevolg is van bedrijfseconomische omstandigheden als bedoeld in artikel 7:669 lid 3, onderdeel a, BW, hoeft de verkrijger niet alle werknemers een dienstverband aan te bieden (lid 2). In die situatie zijn er dus werknemers die niet definitief mee overgaan. Blijkt binnen 26 weken na de overgang dat er toch werk is voor meer werknemers en ontstaat er binnen de onderneming een vacature voor dezelfde werkzaamheden die voor de overgang werden verricht door werknemers die achtergebleven zijn, dan moet de verkrijger één van die werknemers een dienstverband aanbieden op basis waarvan hij alsnog zijn vroegere werkzaamheden binnen de onderneming kan hervatten. Dit is geregeld in lid 4.

Lid 5

Voordat de curator het bedrijf van de failliet onderhands kan verkopen, moet de rechter-commissaris hem daarvoor – op basis van de artikelen 176 en 176a Fw – toestemming geven. Moet de bedrijfsopname

³⁷ Op dit moment is bij de Eerste Kamer het wetsvoorstel inzake de Wet arbeidsmarkt in balans in behandeling (*Kamerstukken I 2018 – 2019*, 35 074). Dit wetsvoorstel omvat een aanpassing van artikel 7:668a lid 1 BW. Dit artikel regelt wanneer opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd overgaan in een overeenkomst voor onbepaalde tijd. Kort gezegd, wordt de maximumtermijn die moet verstrijken voordat dit gebeurt, verlengd van twee naar drie jaar.

aangemerkt worden als een overgang van onderneming in de zin van de richtlijn, dan kan de rechter-commissaris alleen toestemming geven als bij de overgang voldaan wordt aan de regels betreffende overgang van onderneming in faillissement. Er zijn in dit verband twee scenario's:

- a. de verkrijger biedt alle werknemers een arbeidsovereenkomst aan (artikel 7:666b lid 1 BW), of
- b. de verkrijger maakt aannemelijk dat sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden die leiden tot verlies van arbeidsplaatsen, en selecteert via de inspiegelingsmethode of een alternatieve objectieve selectiemethode de werknemers die hij een arbeidsovereenkomst aanbiedt (artikel 7:666b lid 2 BW).

Als de rechter-commissaris toestemming heeft verleend, kan tegen die beslissing eventueel nog hoger beroep worden ingesteld bij de rechtbank (artikel 67, derde en vierde lid, Fw). Zodra de rechter (dat wil zeggen de rechter-commissaris of in hoger beroep de rechtbank) definitief toestemming heeft gegeven voor de onderhandse verkoop, dan is daarmee ook vastgesteld dat de voorgelegde bedrijfsovername in overeenstemming is met de regels betreffende overgang van onderneming. In het tweede scenario (onder b) betekent dit dat:

- voldoende aannemelijk is gemaakt dat er sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden als bedoeld in artikel 7:669 lid 3, onderdeel a, BW die het noodzakelijk maken om maatregelen te treffen waardoor er arbeidsplaatsen verloren gaan, en
- de selectiemethode op basis waarvan bepaald wordt welke werknemers in aanmerking komen voor een dienstverband bij de verkrijger in overeenstemming is met de nieuwe regeling.

Individuele werknemers kunnen hier niet meer tegen opkomen. Wel kan de werknemer een beroep doen op de kantonrechter als na de overgang blijkt dat hij niet bij de verkrijger in dienst is gekomen doordat de verkrijger hem geen arbeidsovereenkomst heeft aangeboden terwijl dat op basis van de door de rechter goedgekeurde bedrijfsovername wel had moeten. In het tweede scenario (onder b) kan de selectiemethode niet juist zijn toegepast. Dit is bepaald in lid 5. De werknemer kan de kantonrechter in dat geval verzoeken:

- de verkrijger te veroordelen om hem alsnog een dienstverband aan te bieden, of
- hem ten laste van de verkrijger een billijke vergoeding toe te kennen, als het alsnog in dienst komen bij de verkrijger in redelijkheid niet mogelijk is vanwege een omstandigheid waarbij sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de verkrijger.

Bij deze regeling is zoveel mogelijk aangesloten bij artikel 7:682 lid 1 BW waarin is geregeld dat de werknemer een beroep kan doen op de kantonrechter als de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst door de werkgever is strijd was met artikel 7:669 lid 3 BW.

Is echter als selectiemethode de inspiegelingsmethode toegepast, dan geldt – zoals toegelicht is in paragraaf 3.3 van deze memorie van toelichting – een bandbreedte van 10%. Als de verkrijger binnen de 10% bandbreedte is gebleven, slaagt het beroep van de werknemer op de kantonrechter niet.

Lid 7

Lid 7 bepaalt dat bepaalde schulden van de gefailleerde werkgever jegens zijn werknemers niet overgaan op de verkrijger. Het betreft uit de arbeidsovereenkomsten voortvloeiende schulden die verschuldigd zijn geworden in de periode voor de overgang en daarop ook betrekking hebben. Hiermee wordt gebruik gemaakt van de in artikel 5 lid 2, onderdeel a, van de richtlijn geboden lidstaatoptie om de gevolgen van de toepassing van de richtlijn te verzachten.

Lid 8

Lid 8 omvat een delegatiebepaling. Hierin is bepaald dat er een ministeriële regeling komt waarin regels worden opgenomen over de methode die moet worden toegepast bij de selectie van de werknemers die meegaan met de overgang of die bij een vacature binnen 26 weken na de overgang alsnog hun werkzaamheden in de onderneming kunnen hervatten (leden 2 en 4). Ook wordt in de ministeriële regeling nader bepaald wat wordt verstaan onder de schulden die ingevolge lid 7 niet mee overgaan op de verkrijger.

Artikel II

Onderdeel A

Op dit moment staat op basis van het huidige artikel 67 Fw geen hoger beroep open tegen een beschikking van de rechter-commissaris waarbij hij op grond van artikel 176 Fw toestemming geeft voor de onderhandse verkoop. Schuldeisers, de schuldeiserscommissie en de failliet kunnen op basis van artikel 69, eerste lid, Fw wel bij de rechter-commissaris opkomen tegen de transacties die de curator voornemens is te sluiten in het kader van de overgang van de onderneming. Tegen de beschikking die de rechter-commissaris vervolgens neemt, staat ingevolge artikel 67 Fw wel hoger beroep open bij de rechtbank.³⁸ Het feit dat de beslissing van de rechter-commissaris in het kader van een overgang van onderneming veel meer omvat dan bij de verlening van toestemming voor een reguliere verkooptransactie, rechtvaardigt een aanpassing van deze regeling. Aan artikel 67 Fw worden twee nieuwe leden toegevoegd.

In het nieuwe derde lid is bepaald dat tegen de beslissing die de rechter-commissaris op grond van artikel 176 Fw neemt in het kader van een overgang van een onderneming gedurende vijf dagen hoger beroep open staat bij de rechtbank. Op basis van het nieuwe vierde lid krijgt ook de OR, de personeelsvertegenwoordiging of de personeelsvergadering de mogelijkheid om hoger beroep aan te tekenen. De rechtbank beslist na verhoor of behoorlijke oproeping van de belanghebbenden. Tegen de beslissing van de rechtbank staat geen hogere voorziening meer open.

³⁸ HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1799, NJ 2019/16, m.nt. F.M.J. Verstijlen, JOR 2018/317, m.nt. B.I. Kraaiipoel.

Onderdelen B en D

Na artikel 176 Fw wordt een nieuw artikel 176a ingevoegd. In dit artikel is bepaald dat als de rechter-commissaris overeenkomstig artikel 176, eerste lid, Fw door de curator om toestemming wordt gevraagd in het kader van de overgang van de onderneming, de curator, de beoogd verkrijger en de OR, de personeelsvertegenwoordiging of de personeelsvergadering in de gelegenheid worden gesteld om te worden gehoord. Als de OR een advies heeft uitgebracht en de curator dit advies volledig heeft opgevolgd, is het niet nodig dat de rechter-commissaris de OR nog een keer hoort. De aanpassing van artikel 101, tweede lid, Fw is een logisch gevolg van de introductie van artikel 176a Fw.

Onderdeel C

Zoals in paragraaf 4 van deze toelichting is beschreven is de curator bij de uitoefening van zijn taken verwerkingsverantwoordelijke in de zin van de AVG en zal hij bij de toepassing van de wettelijke regeling op verschillende momenten personeelsgegevens moeten verstrekken:

- aan potentiële verkrijgers, zodat zij een bod kunnen doen op de onderneming, en
- aan de partij die de onderneming uiteindelijk koopt en dus definitief verkrijger wordt, zodat hij uitvoering kan geven aan de wettelijke regeling.

Artikel 101a, eerste lid, onderdelen a en b, Fw vormt hiervoor de wettelijke grondslag. De AVG vergt van de curator dat hij niet meer gegevens verstrekt dan noodzakelijk is om het beoogde doel te verwezenlijken (artikel 101a, tweede lid, Fw). In het derde lid is bepaald dat een werknemer schriftelijk bezwaar kan maken bij de curator tegen het verstrekken van zijn persoonsgegevens. Een uitzondering voor het verwerken van bijzondere gegevens – lidmaatschap vakbond en gegevens over gezondheid – is bepaald in het vierde lid. In artikel 101a, vijfde lid, Fw is bepaald dat over de toepassing van de voorgaande leden bij ministeriële regeling nadere regels kunnen worden gesteld. Voor een verdere toelichting wordt verwezen naar paragraaf 4 van deze memorie van toelichting waar al is ingegaan op de gevolgen van gegevensverwerking.

Artikel III

Onderdelen A en B

Artikel 25, eerste lid, WOR geeft een uitputtende opsomming van besluiten waarover de ondernemer in de voorbereidende fase van zijn besluitvorming advies aan de OR moet vragen. Zoals uitgebreider is toegelicht in het algemeen deel van deze memorie van toelichting, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat artikel 25 WOR ook van toepassing is in faillissement. Volgens de Hoge Raad mag daarbij afgeweken worden van de formele vereisten van het adviesrecht ex artikel 25 WOR als de omstandigheden van het geval dit vergen. *“De ondernemingsraad en de curator dienen zich bij de verwezenlijking van de doeleinden van de WOR als zodanig jegens elkaar te gedragen naar hetgeen door redelijkheid en*

billijkheid wordt gevorderd", aldus de Hoge Raad. Aan artikel 25 WOR wordt een nieuw zevende lid toegevoegd. Daarin wordt vooral met het oog op deze laatste passage nader invulling gegeven aan de beschikking van de Hoge Raad en wordt verduidelijkt in welke zin van de formele vereisten die zijn opgenomen in de WOR wordt afgeweken. Het gaat hierbij om het volgende:

- Buiten faillissement wordt het advies altijd gevraagd door de bestuurder van de onderneming. Na de faillietverklaring neemt de curator – in zijn rol als beheerder en vereffenaar van de faillissementsboedel (artikel 68 Fw) – de bedrijfsvoering over van het bestuur. Hij is dan dus ook degene die in faillissement de OR om een advies moet vragen.
- De curator moet de OR advies vragen als sprake is van een van de volgende twee scenario's:
 - de curator zet de onderneming zelf enige tijd voort en in dat kader heeft hij het voornemen om een besluit te nemen dat genoemd is in artikel 25, eerste lid, WOR, of
 - de curator heeft het voornemen om de onderneming aan een derde te verkopen en bij de doorstart die daarmee wordt beoogd blijven arbeidsplaatsen behouden.
- Als de curator de OR om advies vraagt, moet hij zich daarbij nog steeds houden aan artikel 25, tweede en derde lid, vierde lid, eerste volzin, en vijfde lid, WOR, dat wil zeggen dat de curator:
 - het advies moet vragen op een zodanig tijdstip dat het van wezenlijke invloed kan zijn op het door hem te nemen besluit (tweede lid);
 - een schriftelijke adviesaanvraag moet doen en daarbij een overzicht moet verstrekken van de beweegredenen voor het besluit en de gevolgen die het te nemen besluit naar te verwachten voor de in de onderneming werkzame personen heeft en welke maatregelen de curator in dit verband verder nog wil nemen (derde lid);
 - de OR ook advies moet vragen over de uitvoering van het voorgenomen besluit (vijfde lid);
 - een keer overleg moet hebben gehad met de OR voordat er het advies wordt uitgebracht (vierde lid, eerste volzin);
 - nadat hij het advies heeft gekregen, de OR zo spoedig mogelijk moet informeren als hij zijn besluit heeft genomen (vijfde lid), en
 - de OR een toelichting moet geven als hij bij zijn besluit het advies van de OR niet of niet geheel heeft opgevolgd (vijfde lid).
- In faillissement geldt een aangepaste adviestermijn. De curator bepaalt de adviestermijn en deze mag niet korter zijn dan drie dagen. Als de curator kiest voor deze minimale adviestermijn, is wel van belang dat daarin ten minste twee dagen voorkomen die niet een zaterdag, zondag of algemeen erkende feestdag zijn. Dit laatste volgt uit artikel 2 van de Algemene termijnenwet.
- In afwijking van artikel 25, zesde lid, WOR hoeft de curator bij afwijking van het advies van de OR zijn beslissing niet met een maand op te schorten.
- Artikel 26 WOR op basis waarvan de OR tegen een besluit beroep kan instellen bij de Ondernemingskamer van het gerechtshof Amsterdam, is in faillissement niet van toepassing. In verband hiermee is ook artikel 25, zesde lid, niet van toepassing; de curator hoeft zijn besluit niet

met een maand op te schorten als dit afwijkt van het advies van de OR. In plaats hiervan krijgt de OR op basis artikel 67, vierde lid, Fw wel expliciet de mogelijkheid om tegen de beslissingen die de rechter-commissaris neemt in het kader van de voortzetting of de overgang van een onderneming waarbij arbeidsplaatsen behouden blijven, gedurende vijf dagen hoger beroep in te stellen bij de rechtbank.

Is de curator voornemens om de onderneming aan een beoogd verkrijger over te dragen, dan kan het advies van de OR er bijvoorbeeld op zien dat de curator wordt opgeroepen om ook nog eens met een andere partij te praten.

Onderdeel C

In de WOR wordt een nieuw artikel 31g ingevoegd. In deze bepaling wordt de ondernemer de verplichting opgelegd om de OR, de personeelsvertegenwoordiging of de personeelsvergadering in te lichten over een aanvraag surseance, een eigen aangifte faillissement of een verzoek tot faillietverklaring. Deze verplichting geldt in alle gevallen waarin zo een aanvraag, eigen aangifte of verzoek wordt ingediend en dus niet alleen wanneer er mogelijk een overgang van onderneming in het vooruitzicht is.

Lid 1

Betreft het een aanvraag surseance of een eigen aangifte faillissement, dan moet de ondernemer voordat hij de aanvraag of de eigen aangifte bij de rechtbank indient de OR, de personeelsvertegenwoordiging of de personeelsvergadering een afschrift van de concept aanvraag of aangifte toesturen. Ook moet hij een kopie van dit afschrift aan zijn aanvraag hechten, zodat de rechtbank kan zien dat de OR geïnformeerd is. Mocht de ondernemer de OR niet hebben geïnformeerd, dan kan dit een reden zijn voor de rechtbank om de aanvraag niet in behandeling te nemen zolang dit niet alsnog is gebeurd.

Lid 2

Wordt er door één of meer schuldeisers jegens de ondernemer een faillissementsaanvraag ingediend, dan moet de ondernemer de OR onverwijld een afschrift van deze aanvraag sturen als hij verwacht dat de rechtbank tot een faillietverklaring zal overgaan. Bij de behandeling van de faillissementsaanvraag kan de rechtbank verifiëren of de ondernemer zich aan deze verplichting gehouden heeft. Is dit niet het geval, dan kan de rechtbank bepalen op welke manier de OR alsnog zo spoedig mogelijk geïnformeerd wordt.

Lid 3

De ondernemer kan de OR, de personeelsvertegenwoordiging of de personeelsvergadering expliciet de verplichting opleggen om de aanvraag surseance of de faillissementsaanvraag geheim te houden.

Artikelen IV en V

Artikel IV betreft de gebruikelijke inwerkingtredingsbepaling. Artikel V bevat de citeertitel.