

De staatssecretaris Rechtsbescherming.
mr. T.H.D. Struycken
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

t (088) 361 00 00
f (088) 361 00 22
www.rechtspraak.nl

datum 3 oktober 2024
bijlage(n) 1
onderwerp Advies wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in
faillissement en Regeling overgang van onderneming in
faillissement

Geachte heer Struycken,

Bij brief van 27 mei 2024, kenmerk 5410242, verzocht u de Raad voor de rechtspraak (hierna: de ‘Raad’) advies uit te brengen inzake het wetsvoorstel Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: ‘BW’) 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 (hierna: het ‘Wetsvoorstel’) en de Regeling tot vaststelling van regels voor het bepalen van de volgorde waarin werknemers bij een overgang van onderneming in faillissement door de verkrijger een arbeidsovereenkomst aangeboden krijgen en nadere bepaling van de schulden die bij de overgang niet mee overgaan op de verkrijger (hierna: de ‘Regeling’).

Over een eerdere versie van het Wetsvoorstel en de Regeling bracht de Raad advies uit op 4 september 2019.¹

HET WETSVOORSTEL EN DE REGELING

Met het Wetsvoorstel en de Regeling wordt beoogd de positie van werknemers in faillissement te verbeteren, met name in geval van een overgang van een onderneming (doorstart) in faillissement.

Het Wetsvoorstel

Voorgesteld wordt 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

¹ Raad voor de rechtspraak, Advies Wet overgang van onderneming en Regeling overgang van onderneming in faillissement, 4 september 2019 ([2019-34](#)).

datum 3 oktober 2024
pagina 2 van 15

van bedrijfseconomische omstandigheden, is het de verkrijger toegestaan minder werknemers over te nemen. In dat geval wordt op een objectieve en transparante manier (de ‘inspiegelingsmethode’) bepaald welke werknemers wel en niet meegaan.

Om daadwerkelijk over te kunnen gaan tot een verkoop, heeft de curator toestemming nodig van de rechter-commissaris. Is een individuele werknemer het met de uitkomst van de inspiegeling niet eens, staat de gang naar de kantonrechter open.

Verder bevat het Wetsvoorstel een regeling van het recht van de ondernemingsraad (hierna: de ‘OR’) om advies uit te brengen over een voorgenomen overgang van onderneming in faillissement en een regeling rond het concurrentiebeding in faillissement.

Voor kleinere ondernemingen (minder dan twintig werknemers) gelden de nieuwe regels voorlopig alleen facultatief.

De Regeling

In de Regeling zijn de selectiemethoden vastgelegd op basis waarvan bepaald wordt in welke volgorde werknemers door de verkrijger een arbeidsovereenkomst aangeboden krijgen. Ook is hierin bepaald welke schulden van de werkgever niet mee overgaan.

Na overleg met de gerechten, adviseert de Raad als volgt.²

HOOFDLIJNEN VAN HET ADVIES

De Raad heeft begrip voor de wens van de wetgever om de regels die gelden met betrekking tot de positie van werknemers in faillissement meer in lijn te brengen met de positie van werknemers buiten een faillissement in het geval er sprake is van een overgang van de onderneming in faillissement. Wel heeft de Raad, gelet op de gesignaleerde onduidelijkheden met betrekking tot het toepassingsbereik van het Wetsvoorstel, twijfel of het doel van het Wetsvoorstel met de voorgestelde regeling wordt bereikt. De vrees bestaat dat het Wetsvoorstel de verkoop vanuit faillissement van (onderdelen van) een onderneming zal ontmoedigen, dan wel de te realiseren waarde zal verlagen, hetgeen niet in het belang van de werknemers en de schuldeisers zou zijn.

Het Wetsvoorstel legt enkele meer uitvoerende taken bij de rechter-commissaris neer, die onder de Faillissementswet (hierna: ‘Fw’) bij de curator zijn belegd. Daarmee is de voorgestelde rolverdeling tussen de curator en de rechter-commissaris niet verenigbaar met de rolverdeling in de huidige Faillissementswet. Op grond van de huidige Faillissementswet is de curator de uitvoerder en de rechter-

² De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 van de Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklust van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechteren zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.

datum 3 oktober 2024
pagina 3 van 15

commissaris de toezichthouder, waarbij de curator voor bepaalde handelingen toestemming moet hebben van de rechter-commissaris (waaronder in de meeste doorstarts). In de praktijk is het nu zo dat de curator een biedingsprocedure uitschrijft en/of onderhandelt met potentiële kopers. De rechter-commissaris krijgt, meestal zodra de curator al overeenstemming heeft bereikt, de vraag van de curator goedkeuring te verlenen. De curator adviseert de rechter-commissaris over de beoogde transactie en beargumenteert of de beoogde transactie wat hem betreft het beste is voor de boedel, al dan niet voorzien van relevante informatie en stukken, zoals taxatierapporten, over te nemen contracten en of en hoeveel werknemers een arbeidsovereenkomst aan zal worden geboden. In het Wetsvoorstel is het de bedoeling dat de rechter-commissaris rechtstreeks informatie krijgt (over bepaalde aspecten van de transactie: onder andere bedrijfseconomische omstandigheden / in/afspiegeling) van de verkrijger, informatie opvraagt bij de verkrijger en onderzoek doet naar vraag of sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden die leiden tot verlies van arbeidsplaatsen. De Raad is van mening dat deze uitvoerende taken niet bij de toezichthoudende rol van de rechter-commissaris passen, maar bij de curator. De Raad acht het onwenselijk om af te wijken van de in de huidige Faillissementswet vastgelegde taakverdeling tussen de curator en de rechter-commissaris en adviseert om de huidige rolverdeling te handhaven.

Wat betreft doel en uitvoering van de rechterlijke toetsing door de kantonrechter is de Raad van mening dat de toelichting nog onvoldoende houvast biedt. Ook heeft de Raad vraagtekens bij de haalbaarheid van de behandeltermijn van het verzoek aan de kantonrechter van de werknemer aan wie geen aanbod is gedaan tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:666b, zesde lid, BW (nieuw). Hoewel het uitgangspunt van een snelle afhandeling van dergelijke verzoeken wordt onderschreven, bestaat de verwachting dat die termijn in de praktijk niet haalbaar zal zijn.

Hoewel de Raad het algemene uitgangspunt hanteert van de wenselijkheid van rechtspraak in twee feitelijke instanties, kan de Raad in de specifieke context van dit wetsvoorstel begrip opbrengen voor het voorstel dat er geen hoger beroep open staat tegen de beslissing tot toestemming voor de voorgenomen verkoop. Op korte termijn zekerheid verkrijgen is immers van groot belang voor de verkrijger en de werknemers.

De Raad vraagt aandacht voor de omvang en positie van kleine ondernemingen. De voorgestelde omvang van twintig werknemers roept vragen op en zou nader toegelicht dienen te worden. Het is voorts niet helemaal helder waar een kleine onderneming precies aan dient te voldoen. Er lijkt uitzondering op uitzondering te worden gemaakt, hetgeen de regelgeving op dit onderdeel onduidelijk maakt. Het is de vraag of de regeling niet teveel onduidelijkheden bevat, terwijl juist bij een onderneming met minder dan twintig werknemers snel in kaart kan worden gebracht welke werknemers tot welke groep(en) behoren.

ADVIES

Situatie bij overgang van (delen van) een onderneming aan een derde

Feitelijk kunnen zich drie situaties voordoen na een faillissement: (1) een overgang van een onderneming na een zogenaamde stille periode, (2) een overgang van een onderneming aan een gelieerde partij, en (3) een overgang van (delen van) een onderneming aan een derde.

datum 3 oktober 2024
pagina 4 van 15

De Raad constateert dat het Wetsvoorstel zich met name lijkt te richten op een overgang van een onderneming die tot stand is gekomen na een zogenaamde stille periode voorafgaande aan het uitspreken van het faillissement. Dit betreft een situatie waarbij het huidige bestuur van de onderneming al spreekt respectievelijk in onderhandeling is met de mogelijke verkrijger en waarbij door de rechtbank al een beoogd curator is aangewezen die dit proces monitort. Een voorbereide overgang van onderneming derhalve (Wet continuïteit ondernemingen I - hierna: 'WCO I'). In die gevallen lijken de voorgestelde maatregelen goed uitvoerbaar.

Daarnaast is er in het Wetsvoorstel aandacht besteed aan de situatie waarbij een gelieerde partij het voornemen heeft om een (deel van) een onderneming over te nemen na faillissement. De potentiële koper kent dan de gefailleerde onderneming en weet wat hij overneemt. Ook in een dergelijke situatie lijken de voorgestelde maatregelen in beginsel goed uitvoerbaar.

Minder aandacht lijkt te zijn besteed aan de situatie dat pas ná het uitspreken van het faillissement (delen van) de onderneming door de curator via een verkoopproces (worden) wordt verkocht, al dan niet via een openbaar verkoopproces. De Raad acht het van belang dat er meer duidelijkheid wordt geboden over de gang van zaken bij een overgang van (delen van) een onderneming aan een derde. Dit terwijl deze situatie zich nota bene in de praktijk vaak voordoet.

De hiernavolgende opmerkingen richten zich met name op de situatie van een onvoorbereide overgang van onderneming na faillietverklaring door verkoop van (onderdelen van) de onderneming door de curator. Deze onvoorbereide overgang van onderneming na faillietverklaring geschiedt over het algemeen in een termijn van enkele dagen, maximaal enkele weken. In die korte periode moet, bijvoorbeeld door middel van een biedingsproces, worden vastgesteld welke potentiële overnemer het meest in aanmerking komt voor overname van (een deel van) de onderneming. Dit hectische proces geschiedt immer onder grote tijdsdruk. Wanneer er te lang wordt gewacht, lopen immers werknemers, klanten en goodwill weg. Het Wetsvoorstel houdt onvoldoende rekening met het scenario rondom de onvoorbereide overgang van onderneming en de daarbij gepaard gaande tijdsdruk.

Wanneer is er sprake van een overgang van een onderneming?

In het Wetsvoorstel is als uitgangspunt genomen dat voor de vraag of sprake is van een overgang van een onderneming beslissend is of de identiteit van de betrokken onderneming of een onderdeel daarvan bewaard blijft (MvT, pagina 8). De lijst van omstandigheden die kunnen wijzen op een mogelijke overgang van een onderneming is echter zo breed geformuleerd dat bijna elke transactie van enig actief in faillissement al zou kunnen kwalificeren als overgang van onderneming. Tegelijkertijd wordt vastgesteld dat de nieuwe wet (onder meer) niet van toepassing is wanneer de werkgever in staat van faillissement is verklaard met het oog op de liquidatie van het vermogen van de werkgever.

De vraag rijst hoe het Wetsvoorstel zich in die zin verhoudt tot de huidige Faillissementswet. Immers, op grond van de Faillissementswet is het faillissement per definitie gericht op liquidatie van het vermogen ten behoeve van de gemeenschappelijke schuldeisers, en zal de nieuwe wet mogelijk in (veel) gevallen waarbij (openbare) verkoop plaatsvindt vanuit faillissement, zonder stille periode vooraf, niet

datum 3 oktober 2024
pagina 5 van 15

van toepassing zijn. Dit zou tot onduidelijkheden kunnen leiden bij (onvoorbereide) verkoop van delen van de onderneming na faillissement.

Onduidelijkheid over de vraag of de nieuwe wet van toepassing is ten tijde van de verkoop kan (grote) gevolgen hebben voor de bereidheid om de onderneming uit het faillissement te kopen en op de prijs die dan gerealiseerd kan worden. Het is dan ook van belang dat op dit punt meer duidelijkheid wordt gecreëerd.

Omvang en positie van ‘kleine ondernemingen’

Door de wetgever is ervoor gekozen om de nieuwe regeling niet te laten gelden voor ‘kleine ondernemingen’, tenzij de verkrijger ervoor kiest. De Raad begrijpt deze keuze. Wel werpt de Raad de vraag op waarom er is gekozen voor een omvang van twintig personen en niet is aangesloten bij de regeling in Boek 2 BW (artikelen 395a en 396) of bij de aanbevelingen van de Europese Commissie van 3 april 1996 betreffende de definitie van kleine en middelgrote ondernemingen³. Voorts is onduidelijk wat de peildatum is van het aantal werknemers bij gefailleerde.

De Raad merkt overigens op dat het begrip ‘kleine onderneming’ volgens het voorgestelde artikel 7:666, tweede lid, BW en de toelichting (MvT, pagina 29) gedefinieerd zou zijn in de Regeling, maar in de Regeling is alleen het begrip ‘onderneming’ gedefinieerd.

Ten aanzien van een kleine onderneming is op pagina 20 van de MvT vermeld: *‘Voorwaarde voor het buiten toepassing laten van de nieuwe regels is wel dat de faillissementsprocedure is gericht op de liquidatie van het vermogen van de werkgever. Deze eis vloeit voort uit de richtlijn en de uitleg die het EU-Hof hieraan heeft gegeven. Aan deze voorwaarde is niet voldaan als de procedure de voortzetting van de activiteit van de onderneming beoogt.’ En ‘Denkbaar is dat een rechter achteraf oordeelt dat het faillissement niet gericht was op de liquidatie, en dat de verkrijger de regels rond overgang van onderneming had behoren toe te passen.’*

Dus als de verkrijger de kleine onderneming wil voortzetten gelden de reguliere regels? En wat is het gevolg als de rechter achteraf oordeelt dat de regels voor overgang van onderneming in faillissement hadden moeten worden toegepast? De Raad vraagt om dit te verhelderen in de MvT.

Op pagina 30 van de MvT is vermeld: *‘Is voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van de uitzondering, dan stelt het wetsvoorstel nog wel enkele vereisten aan de overgang van de kleine onderneming. Het gaat ten eerste om een vereiste tot transparantie inzake de wijze van selectie van personeel. Zie hierover nader de toelichting op artikel III, onderdeel E. Daarnaast wordt ook bij een overgang van een kleine onderneming straks uitgangspunt dat de bestaande werknemers als eerste in aanmerking dienen te komen voor een functie bij de verkrijger.’*

Bovenstaande alinea roept de nodige vragen op. Waar moet een kleine onderneming nu precies aan voldoen? Er wordt uitzondering op uitzondering gemaakt. Onvoldoende inzichtelijk is aan welke voorwaarden dient te worden voldaan. De voorwaarden zijn ook niet gemakkelijk terug te vinden. De

³ [Definitie van kleine en middelgrote ondernemingen \(MKB\) \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/nl/TXT/?uri=CELEX:32006_0004)

datum 3 oktober 2024
pagina 6 van 15

vraag is of de regeling niet teveel onduidelijkheden bevat, terwijl juist bij een onderneming met minder dan twintig werknemers snel in kaart kan worden gebracht welke werknemers tot welke groep(en) behoren.

Positie werknemers

Het Wetsvoorstel ziet er op 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 treden bij de verkrijger.

In faillissement worden – meestal op dag één – de werknemers door de curator ontslagen (artikel 40 Fw), zodat zij direct een beroep kunnen doen op de loongarantieregeling. Dit houdt in dat het dienstverband tot zes weken (de opzegtermijn)⁴ na faillissement doorloopt. Daarna is er geen sprake meer van een dienstverband. Betekent dit dat er na ommekomst van deze zes weken-termijn geen dienstverbanden meer zijn en er geen overgang van onderneming kan plaatsvinden bij de verkoop van activa? Daarmee hangt ook mee samen de vraag of er na het verstrijken van de zes weken-termijn geen verplichting meer bestaat tot indienstneming van personeel.

De Raad vraagt zich af hoe de opmerking op pagina 12 van de MvT moet worden geïnterpreteerd dat, in geval van overgang van onderneming, alle werknemers tot de afloop van de opzegtermijn bij de verkrijger in dienst zijn. Hoe verhoudt dit zich met de bepaling in artikel 40 Fw en de geldende loongarantieregeling? Zou deze generieke bepaling de loonkosten voor de verkrijger niet onnodig verzwaren nu deze ook werknemers moet betalen die na ommekomst van de opzegtermijn van zes weken niet in dienst bij hem treden? Krijgen deze werknemers, mochten zij een inkomen hebben boven hetgeen maximaal door de loongarantieregeling wordt gedekt, dan in de korte periode dat zij bij de verkrijger in dienst zijn, een hoger salaris? En moet de verkrijger alle vakantiedagen uitbetalen? De Raad vraagt om verduidelijking op deze punten.

Voorts rijst de vraag welke arbeidsvoorwaarden zouden moeten gaan gelden als de gefailleerde en overnemer niet allebei aan een collectieve arbeidsovereenkomst (hierna: ‘cao’) zijn gebonden, of onder verschillende cao’s vallen. Ook de onzekerheid over welke cao van toepassing is op de arbeidsovereenkomst zou gevolgen kunnen hebben voor de prijs van de transactie, dan wel de transactie kunnen doen afketsen.

Verhouding tot (botsende) collectieve arbeidsovereenkomsten

Op pagina 33 van de MvT wordt gesproken over cao’s en wordt onder meer verwezen naar artikel 7:666b, tiende lid, BW. De nieuwe arbeidsovereenkomst die de verkrijger sluit met de werknemer die mee overgaat, moet dezelfde arbeidsvoorwaarden bevatten als de arbeidsovereenkomst die de werknemer had met de gefailleerde werkgever. Deze bepaling is in zoverre van dwingend recht dat afwijking van deze bepaling ten gunste van de werknemer mogelijk is, maar afwijking ten nadele niet.

⁴ MvT, pagina 12.

datum 3 oktober 2024
pagina 7 van 15

Dit geldt ook als de werknemer ter compensatie van deze nadelen zulke nieuwe voordelen verkrijgt, dat hij ten opzichte van zijn vroegere situatie er globaal gezien niet op achteruit gaat. Neemt de verkrijger in strijd hiermee toch voorwaarden in de nieuwe arbeidsovereenkomst op die voor de werknemer ongunstiger zijn, dan zijn deze vernietigbaar op grond van artikel 3:40, tweede lid, BW. Maar wat als er sprake is van botsende cao's? Het verdient aanbeveling om in het Wetsvoorstel hier ook aandacht aan te besteden.

Overeenkomst om de arbeidsvoorwaarden aan te passen t.b.v. behoud van werkgelegenheid binnen de onderneming

In het voorgestelde artikel 7:666b, tiende lid, BW, is bepaald dat de verkrijger en een vereniging van werknemers kunnen overeenkomen om de arbeidsvoorwaarden die van toepassing waren op de arbeidsovereenkomsten tussen de werknemers en de gefailleerde werkgever aan te passen als dit nodig is voor het behoud van de werkgelegenheid binnen de onderneming, behalve voor zover deze arbeidsvoorwaarden algemeen verbindend zijn verklaard. Niet omschreven is op welke wijze dit proces van wijziging van de arbeidsvoorwaarden dient te verlopen. De Raad acht het wenselijk om dit te verduidelijken.

Positie van permanent gedetacheerden en zelfstandigen

Op pagina 15 van de MvT is vermeld: *'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.'* Blijkens de MvT, pagina 14, bestaat 'groep 1' uit 'Externe medewerkers: gedetacheerden, uitzendkrachten, zelfstandigen zonder personeel en ingeleende werknemers van een andere bedrijfsvestiging'.

Volgens het Albron-arrest⁵ gaan permanent gedetacheerden echter wel mee over. Dat geldt ook voor zelfstandigen, zo heeft de rechtbank Midden-Nederland geoordeeld.⁶ De Raad vraagt zich af of het een bewuste keuze is van de wetgever om op dit punt af te wijken van deze jurisprudentielijn. Zo ja, dan acht de Raad het wenselijk om nader toe te lichten waarom hiervoor gekozen is.

De bandbreedte van 10%

Op pagina 15 van de MvT is vermeld: *'(...) 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. Heeft de verkrijger minder werknemers in dienst genomen dan hij had toegezegd, dan is een beroep op de 10% bandbreedte niet aan de orde. Onverkort blijft namelijk gelden dat er bedrijfseconomische omstandigheden ten grondslag moeten liggen aan het niet in dienst nemen van werknemers.'*

⁵ HvJ EU 21 oktober 2010, ECLI:EU:C:2010:625

⁶ RBMNE 2 januari 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:1015

datum 3 oktober 2024
pagina 8 van 15

Dit onderdeel van de MvT behoeft naar het oordeel van de Raad nadere uitleg. Uit deze passage lijkt te volgen dat het de verkrijger kennelijk vrij staat om zonder enige motivering en willekeurig 10% van de werknemers buiten de inspiegelingsmethode/selectiemethode te houden. In de MvT op pagina 15 is vermeld dat zo bepaalde werknemers die bovengemiddeld presteren of die naar verwachting over een meer dan gemiddelde potentie beschikken voor de toekomst behouden kunnen worden. De verkrijger hoeft echter niet te motiveren wie hij buiten de bandbreedte wil houden. Het is de vraag of dit gewenst is. Binnen die 10% bandbreedte slaagt een beroep van de werknemer die meent ten onrechte geen aanbod van de verkrijger te hebben ontvangen niet. Voor die werknemers biedt dit wetsvoorstel geen enkele (rechts)bescherming. Daarbij rijst tevens de vraag of en in hoeverre deze werknemers een en ander ter toetsing kunnen voorleggen. De Raad vraagt om aandacht voor de positie en (rechts)bescherming van deze werknemers.

Ook is op pagina 15 van de MvT weergegeven dat in de ministeriële regeling zal worden neergelegd dat bij de inspiegelingsmethode een bandbreedte geldt van 10% van het aantal werknemers wiens arbeidsplaats vervalt. In artikel 2, tweede lid van de Regeling is bepaald dat 10% van het totale aantal werknemers van de gefailleerde werkgever buiten beschouwing mag blijven. Dit stemt niet overeen. De Raad adviseert om de MvT bij het Wetsvoorstel en de Regeling op dit punt met elkaar in overeenstemming te brengen, opdat hierover geen onduidelijkheid kan ontstaan.

Positie van werknemers die goede redenen hebben om niet mee over te (willen) gaan

‘Aanvaardt de werknemer de nieuwe arbeidsovereenkomst niet, dan zal dit over het algemeen betekenen dat hij verwijtbaar werkloos wordt of is in de zin van artikel 24 van de Werkloosheidswet. Hij kan dan geen aanspraak maken op een WW-uitkering’, vermeldt de MvT op pagina 32.

Ten aanzien van hetgeen op pagina 32 van de MvT is vermeld, vraagt de Raad zich af wat geldt als een werknemer goede redenen heeft om niet mee over te (willen) gaan (zoals een langere reistijd, gebrek aan promotiekansen etc.)? Blijft hij dan (ook) verstoken van een WW-uitkering? De Raad verwijst in dit verband naar artikel 4, tweede lid van de Richtlijn waarin is vermeld dat als sprake is van een aanmerkelijke wijziging van de arbeidsvoorwaarden ten nadele van de werknemer de arbeidsovereenkomst wordt geacht te zijn verbroken door toedoen van de werkgever.

Het concurrentiebeding

Het concurrentiebeding vervalt als de werknemer niet mee overgaat. Dit in tegenstelling tot de huidige regeling. Het wetsvoorstel modernisering concurrentiebeding, dat thans in voorbereiding is en aanzienlijke gevolgen zal hebben voor de mogelijkheden om in geval van een faillissement een beroep te doen op een concurrentiebeding, wordt weliswaar op pagina 29 van de MvT genoemd, maar hierop wordt in het Wetsvoorstel nog niet inhoudelijk geanticipeerd. Dat zou evenwel wel zo praktisch zijn en geeft ook een beter overzicht.

Rolverdeling curator en rechter-commissaris

Het Wetsvoorstel geeft een belangrijke rol aan de verkrijger in de informatieverschaffing aan de rechter-commissaris teneinde de vereiste toestemming van overname te krijgen. Uit de MvT, pagina 18, volgt dat het aan de verkrijger is om de rechter-commissaris te voorzien van de informatie die deze nodig

datum 3 oktober 2024
pagina 9 van 15

heeft om de bij de rechter-commissaris belegde toetsen uit te voeren. De verkrijger zou volgens het Wetsvoorstel deze informatie direct aan de rechter-commissaris moeten aanleveren. Deze rol van de verkrijger is moeilijk verenigbaar met het huidige wettelijke systeem.

Op grond van de huidige Faillissementswet is de curator de uitvoerder en de rechter-commissaris de toezichthouder, waarbij de curator voor bepaalde handelingen toestemming moet hebben van de rechter-commissaris (waaronder in de meeste doorstarts). De curator is onafhankelijk gesprekspartner die aan de onderhandelingstafel zit, die dus meer ingewerkt is in de zaak en wat er speelt. Daarnaast is de curator de specialist die weet welke informatie de rechter-commissaris nodig heeft om het verzoek te kunnen beoordelen en dus wat er wel en vooral ook niet aangeleverd hoeft te worden. Om die redenen adviseert de Raad om de huidige rolverdeling zoals opgenomen in de Faillissementswet te handhaven.

Voor zover de in het Wetsvoorstel voorgestelde taakverdeling toch wordt gehandhaafd, dan zal daarvoor een verdergaande wijziging van de Faillissementswet nodig zijn. Bovendien zal er ook een aparte regeling moeten worden getroffen voor de positie van de curator bij een niet-voorbereide overgang van onderneming om de curator comfort te geven. Niet alleen om er zorg voor te dragen dat de curator voldoende informatie krijgt om een voldragen verzoek voor toestemming in te kunnen dienen bij de rechter-commissaris, maar ook voor mogelijke aansprakelijkheden wanneer bijvoorbeeld een verkoop van activa heeft plaatsgevonden, en pas later duidelijk wordt dat er feitelijk sprake was van een doorstart van de onderneming waar werknemers mee overgaan. Het is immers van belang dat de curator ook daadwerkelijk in staat wordt gesteld om zijn uitvoerende taken naar behoren te kunnen vervullen binnen een werkbare termijn.

Tot slot merkt de Raad op dat onder de huidige Faillissementswet ingeval van openbare verkoop van goederen geen toestemming van de rechter-commissaris nodig is. De Raad vraagt zich af of dat onder het nieuwe artikel 176 Fw ook de bedoeling is. De Raad vraagt om dit te verduidelijken.

Horen van de OR door de rechter-commissaris

In de praktijk kunnen bedrijfseconomische omstandigheden leiden tot verlies van arbeidsplaatsen. De verkrijger moet volgens het Wetsvoorstel bij de rechter-commissaris aannemelijk maken dat sprake is van dergelijke omstandigheden, gemeten over een periode van 26 weken vanaf de overgang. De rechter-commissaris dient dit te toetsen na een kort maar inhoudelijk kritisch onderzoek. Daarnaast dient de rechter-commissaris ook te toetsen of de selectie op de juiste wijze is gemaakt. Hiervoor is een termijn van drie dagen gesteld.

De Raad heeft in deze context begrip voor de korte termijn voor het onderzoek door de rechter-commissaris, maar constateert wel dat het heel moeilijk wordt om dan ook alle belanghebbenden - waaronder de OR - te kunnen horen. Gelet op deze tijdsdruk en op de omstandigheid dat de curator ook al de OR hoort over het voornemen voor onderhandse verkoop, adviseert de Raad dat de rechter-commissaris alleen de OR nog (per omgaande) hoort als deze bezwaar heeft tegen de voorgenomen onderhandse verkoop.

datum 3 oktober 2024
pagina 10 van 15

Overigens, indien de OR geen advies heeft gegeven aan de curator - alhoewel zij daartoe wel in de gelegenheid is gesteld - ligt het niet voor de hand om de OR alsnog de gelegenheid daartoe te bieden. De curator heeft dan immers geen rekening kunnen houden met mogelijke bezwaren, maar heeft desalniettemin een beslissing genomen.

Beroep OR bij rechter-commissaris ex artikel 69, tweede lid, Fw (nieuw)

De OR kan op basis van het voorgestelde nieuwe tweede lid van artikel 69 Fw bij de rechter-commissaris in beroep komen tegen het besluit van de curator (pagina 40 van de MvT). De vraag is wat de gevolgen zijn als dat beroep gegrond wordt verklaard. De Raad vraagt om hier aandacht aan te besteden in de MvT.

Consequenties van het al dan niet informeren van de vakbonden

De verwijzing naar de SER Fusiegedragsregels op pagina 19 van de MvT gaat volgens de Raad alleen in zoverre op dat de vakbonden zullen moeten worden geïnformeerd over de voorgenomen verkoop. Dit is zeer wel mogelijk bij een voorbereide doorstart, waarbij de voorbereiding heeft plaatsgevonden voor faillissement, maar veel lastiger bij een onvoorbereide verkoop na faillissement; de tijdsdruk is dan immers groot. De Raad vraagt zich af of de rechter-commissaris moet controleren of de vakbonden zijn geïnformeerd door de curator en de verkrijger. Ook vraagt de Raad zich af wat de consequenties zijn als dit niet is gebeurd.

Geen hoger beroep tegen de beslissing van de rechter-commissaris

Hoewel de Raad het algemene uitgangspunt hanteert van de wenselijkheid van rechtspraak in twee feitelijke instanties, kan de Raad in de specifieke context van dit wetsvoorstel begrip opbrengen voor het voornemen dat er geen hoger beroep open staat tegen de beslissing tot toestemming voor de voorgenomen verkoop. Op korte termijn zekerheid verkrijgen is immers van groot belang voor de verkrijger en de werknemers.

Rol kantonrechter

De taakverdeling tussen de kantonrechter en de rechter-commissaris behoeft nadere toelichting. De hierna aangehaalde passages in de MvT roepen (in onderlinge samenhang beschouwd) de nodige vragen op ten aanzien van doel en uitvoering van de toets van de kantonrechter.

Op pagina 19 van de MvT is vermeld: *'De toets van de kantonrechter ziet dus met name op de vraag of de door de rechter-commissaris goedgekeurde werkwijze in de praktijk ook correct is uitgevoerd. Dit is bijvoorbeeld niet het geval als de verkrijger aan minder werknemers een aanbod doet dan was aangekondigd in het overnameplan op basis waarvan de rechter-commissaris zijn toestemming heeft verleend.[...]*

Het wetsvoorstel geeft de kantonrechter daarom de ruimte om in uitzonderingsgevallen af te wijken van het oordeel van de rechter-commissaris. Dit is bijvoorbeeld aan de orde als er sprake is van een evidente schending van de wettelijke regeling of als de rechter-commissaris bij zijn beslissing niet op de hoogte was van bepaalde essentiële feiten.'

Op pagina 35 van de MvT is vermeld: *'De kantonrechter is in beginsel gebonden aan deze oordelen van de rechter-commissaris bij zijn beoordeling van een verzoek van een individuele werknemer (zie lid 7).*

datum 3 oktober 2024
pagina 11 van 15

Wel biedt de wet hem de mogelijkheid om in uitzonderingsgevallen toch af te wijken van het oordeel van de rechter-commissaris. Hiertoe heeft hij ten eerste de ruimte als de rechter-commissaris bij zijn beslissing is uitgegaan van onjuiste of onvolledige informatie. Deze informatie moet zodanig essentieel zijn dat de rechter-commissaris, bij de juiste kennis van zaken, zijn toestemming niet zou hebben verleend. Ten tweede is afwijking mogelijk als sprake is van een kennelijk onjuiste toepassing van de wettelijke regeling door de rechter-commissaris. Hiervan moet terughoudend gebruik worden gemaakt; dit is alleen aan de orde als het evident is dat de wettelijke regeling onjuist is toegepast. De toets van de kantonrechter is kortom met name gericht op de vraag of het door de rechter-commissaris goedgekeurde overnameplan in de praktijk ook correct is uitgevoerd.'

En tot slot op pagina 42 van de MvT: 'Hoewel in de toestemming van de rechter-commissaris in dat geval het oordeel besloten ligt dat geen sprake is van een overgang van onderneming, hoeft de kantonrechter dit oordeel niet tot uitgangspunt te nemen als de toestemming is verleend op basis van onjuiste of onvolledige informatie of met een kennelijk onjuiste toepassing van de wettelijke regeling (zie artikel 7:666b lid 7 BW).'

De MvT geeft naar het oordeel van de Raad onvoldoende houvast voor doel en uitvoering van de rechterlijke toetsing. Wanneer mag de kantonrechter wat toetsen? Dient hij te toetsen of het overnameplan correct is uitgevoerd of is de toets of sprake is van een kennelijk onjuiste toepassing van de regeling? De Raad acht het van belang om de MvT op deze punten te verduidelijken.

Termijn verzoek werknemer aan kantonrechter ex artikel 7:666b, zesde lid, BW (nieuw)

Op pagina 36-37 van de MvT is vermeld dat de behandeling van het verzoek aan de kantonrechter van de werknemer aan wie geen aanbod is gedaan tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst ex artikel 7:666b, zesde lid, BW (nieuw) niet later aanvangt dan in de vierde week volgend op die waarin het verzoekschrift is ingediend.

Hoewel het uitgangspunt van een snelle afhandeling van dergelijke verzoeken wordt onderschreven, wijst de Raad erop dat die termijn in de praktijk niet haalbaar zal zijn. De termijn van vier weken zoals die nu in de Wet werk en zekerheid-zaken geldt (artikel 7:686a, vijfde lid, BW) is nu al nauwelijks haalbaar en daarmee al een knelpunt in de huidige wetgeving.

Veroordeling van de verkrijger om alsnog een dienstverband aan te bieden

Op pagina 19 en 35 van de MvT wordt aangegeven dat, mocht na de overgang blijken dat de inspiegelingmethode (of een alternatieve selectiemethode) niet juist is toegepast, de werknemer de kantonrechter kan verzoeken de verkrijger te veroordelen hem alsnog een dienstverband aan te bieden. Hoewel weliswaar wordt aangesloten bij artikel 7:682, eerste lid, BW kan dit leiden tot executieproblemen. Een veroordeling tot het aanbieden van een arbeidsovereenkomst vereist een handeling aan de zijde van de verkrijger, die niet noodzakelijkerwijs zal worden nagekomen en het is de vraag of het verbinden van een dwangsom aan de veroordeling voldoende zekerheid kan bieden. Een suggestie zou kunnen zijn om artikel 7:666b, zesde lid, BW aan te passen in die zin dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst kan herstellen, zoals het gerechtshof dat nu op grond van artikel 7:683 BW kan.

datum 3 oktober 2024
pagina 12 van 15

Alternatieve selectiemethoden

Artikel 7:666b, twaalfde lid, BW bevat een delegatiebepaling. *‘Hierin is bepaald dat er een ministeriële regeling komt waarin regels worden opgenomen over de inspiegelingsmethode. Ook kunnen hierin regels worden gesteld over alternatieve selectiemethoden’*, aldus de toelichting bij dat artikellid.

De Raad constateert echter dat er in de Regeling niets over alternatieve selectiemethoden is opgenomen, en vraagt zich af of dit een omissie is.

Overigens vraagt de Raad zich af waarom de mogelijkheid van alternatieve selectiemethoden wordt geboden naast de inspiegelingsmethode. Geeft dat niet veel onzekerheid en vergroot dat niet de kans op discussie over de vraag of dat alternatief goed is?

WERKLAST

1. Aantal zaken

Invoering van deze wet zal naar verwachting niet leiden tot een significante verandering in het aantal zaken bij de Rechtspraak.

a) Afwikkeling faillissementen

De gevolgen van dit wetsvoorstel zullen zich met name doen voelen bij de afwikkeling van de faillissementen waarbij meer dan twintig werknemers bij de onderneming in dienst zijn. Het gaat dan om ongeveer 8% van het aantal faillissementen (afgerond gemiddeld 230 zaken per jaar).

b) Geschillen bij de kantonrechter

Het Wetsvoorstel voorziet ook in de mogelijkheid om geschillen aan de kantonrechter voor te leggen over het oordeel van de rechter-commissaris in faillissementen of als de werknemer geen arbeidsovereenkomst heeft gekregen terwijl de werknemer daar op basis van de inspiegelingsmethode wel voor in aanmerking zou moeten komen. De Raad verwacht echter niet dat dit zal leiden tot een significante toename van het aantal zaken bij de kantonrechter.

c) Ondernemingskamer

Het Wetsvoorstel wijzigt een aantal bepalingen in de Wet op de ondernemingsraden. Deze wijzigingen hebben naar verwachting van de Raad echter geen significante gevolgen voor het aantal zaken bij de Ondernemingskamer.

datum 3 oktober 2024
pagina 13 van 15

2. Extra tijd per zaak

a) *Afwikkeling faillissementen*

Dit wetsvoorstel brengt bij de rechtbank extra werk met zich mee voor de rechter-commissaris in faillissementen en voor de betrokken gerechtsjuristen. Dit werk ontstaat doordat dit wetsvoorstel onder andere voorziet in het horen van belanghebbenden, het beoordelen van een doorstartplan en het beoordelen van bedrijfseconomische omstandigheden. Het horen kost vermoedelijk meerdere uren (voorbereiding en zitting/gesprek). Daarnaast moet beoordeeld worden of de juiste af/inspiegeling heeft plaatsgevonden. Dit zal afhankelijk van de omvang van de onderneming tien uur tot een veelvoud daarvan kosten. Gemiddeld genomen verwacht de Raad dat - voor het beperkte aantal zaken dat onder de werking van deze wet valt - zowel de rechter-commissaris als de gerechtsjurist twintig uur extra werk zal hebben per afwikkeling van faillissement.

b) *Geschillen bij de kantonrechter*

De Raad verwacht geen significante werklastgevolgen voor de kantonrechter.

c) *Ondernemingskamer*

De wijzigingen in de Wet op de ondernemingsraden hebben naar verwachting geen significante gevolgen voor de werklast bij de Ondernemingskamer.

3. Financiële gevolgen

De extra tijd die de rechter-commissaris en de gerechtsjurist nodig hebben leidt tot een geschatte extra werklast ter waarde van structureel afgerond € 1 miljoen per jaar. Het Wetsvoorstel heeft geen noemenswaardige gevolgen voor het aantal zaken, de wijziging ziet alleen op een verandering in de gemiddelde behandeltijd van de afwikkeling van een faillissement.

Totale werklastconsequenties

	2025	2026	2027	2028
Mutatie als gevolg van aantallen	0	0	0	0
Effect wijziging gemiddelde zaakswaarte	0	0	0	0
Effect behandeltijd per zaak	1.068.515	1.058.327	1.057.300	1.114.003
Kosten RC	0	0	0	0
Kosten RHC	0	0	0	0
Kosten CBB	0	0	0	0
Totale effect wetsvoorstel primair proces	1.068.515	1.058.327	1.057.300	1.114.003

datum 3 oktober 2024
pagina 14 van 15

CONCLUSIE

De Raad voor de rechtspraak onderkent het belang van het Wetsvoorstel en van de Regeling. Het Wetsvoorstel stuit in zijn huidige vorm echter op een tweetal wezenlijke bezwaren, namelijk het onduidelijke toepassingsbereik van het Wetsvoorstel en de voorgestelde - moeilijk met de huidige Faillissementswet verenigbare - rol van de rechter-commissaris. De Raad voor de rechtspraak vraagt u om het Wetsvoorstel op deze twee punten te heroverwegen en om de overige in dit advies genoemde onderdelen te verduidelijken en aan te passen.

TOT SLOT

Indien na het uitbrengen van dit advies het Wetsvoorstel en/of de Regeling op belangrijke onderdelen wordt/worden gewijzigd of indien uit nadere uitvoeringsregelgeving belangrijke werklastgevolgen voortvloeien, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de voorbereiding van de gerechten op de invoering van het Wetsvoorstel, stelt de Raad er prijs op als hij geïnformeerd wordt over de indiening van het Wetsvoorstel bij de Tweede en de Eerste Kamer en de plaatsing van de definitieve wetstekst in het *Staatsblad* en van de Regeling in de *Staatscourant*. Ook eventuele nadere regelgeving volgend op dit Wetsvoorstel met gevolgen voor de rechtspleging valt binnen het adviesrecht van de Raad. Voor zover van toepassing, ontvangt de Raad graag een adviesaanvraag voor deze nadere regelgeving.

Hoogachtend,



mr. A.A.E. Dorsman
Lid Raad voor de rechtspraak

datum 3 oktober 2024
pagina 15 van 15

BIJLAGE: WETSTECHNISCH EN REDACTIONEEL COMMENTAAR

De Memorie van Toelichting

- De gebruikelijke afkorting van Hof van Justitie van de Europese Unie is HvJ EU en niet EU-Hof.
- Op de volgende pagina's ontbreekt 'BW' na het betreffende artikel:
pagina 9, derde alinea, zesde regel van onder;
pagina 11 in de vijfde regel na de opsomming;
pagina 13, eerste zin, en
pagina 17 onder 3.4: zesde en achtste regel.

De artikelen van het Wetsvoorstel

Artikel III sub B

Artikel 69 Fw

Onder artikel III sub B staat 'In artikel 69 wordt, onder vernummering van het tweede lid tot derde lid, een lid ingevoegd, luidende: 3. [...].'

De vermelding 'onder vernummering van het tweede lid tot derde lid' doet vermoeden dat '3.' eigenlijk '2.' moet zijn.

Deze lezing lijkt te worden bevestigd door de MvT, waarin op pagina 40 staat 'Hiertoe voegt dit onderdeel in artikel 69 Fw een nieuw tweede lid in.'