

**Ministerie van Justitie en Veiligheid****Internetconsultatie**

Briefnummer  
19/10.417/SD

Den Haag  
30 september 2019

Betreft: De reactie van VNO-NCW en MKB-Nederland op de consultatie van het wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement

Geachte dames en heren,

Onlangs kon er worden gereageerd op de publieke consultatie van het initiatiefwetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement. Wij hebben onze zorgen met betrekking tot dit wetsvoorstel kenbaar gemaakt bij het Ministerie van Justitie en Veiligheid.

**Kern:**

VNO-NCW en MKB-Nederland begrijpen dat de uitspraak van het EU-hof van 22 juni 2017 (Smallsteps)<sup>1</sup> gevolgen kan hebben voor de wetgeving betreffende overgang van onderneming in geval van een faillissement. Dat moet worden onderzocht.

VNO-NCW en MKB-Nederland vinden echter dat doorstarts met de voorgestelde regeling minder aantrekkelijk en moeilijker realiseerbaar zijn waardoor meer ondernemingen onnodig geliquideerd zullen worden. Daardoor worden de belangen van crediteuren maar zeker ook die van werknemers geschaad.

Belangrijkste reden daarvoor is dat in het voorstel wordt uitgegaan van de bestaande regeling betreffende overgang van onderneming. Deze benadering pakt echter verkeerd uit. Overname vanuit een dreigend faillissement is een wezenlijk andere situatie dan een reguliere overname van een gezonde onderneming. Ondernemingen in faillissement bevinden zich in een bijzondere, financieel ongezonde situatie en kwetsbare positie. De voorgestelde benadering leidt tot ingewikkelde procedures, hoge onderzoekskosten en veel risico's en onzekerheden die een afschrikkende werking zullen hebben op een overnamekandidaat, zeker voor een derde verkrijger.

---

<sup>1</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=ecli:ECLI:EU:C:2017:489>

In het voorstel is er geen goede balans tussen de bescherming van de individuele werknemers van de failliete onderneming enerzijds en kapitaalvernietiging, minder uitkering aan crediteuren en werkgelegenheidsverlies anderzijds.

Met dit wetsvoorstel wordt een weg ingeslagen waarin een doorstart zodanig wordt bemoeilijkt, dat geen enkele betrokken partij hier beter van wordt. Dit terwijl de Europese Commissie steeds meer belang hecht aan het verbeteren van en voorrang geven aan herstructureringsmogelijkheden.

**Toelichting:**

Aanleiding voor het wetsvoorstel is de uitspraak van het EU-Hof inzake FNV/Smallsteps<sup>2</sup> van 22 juni 2017; waardoor het Ministerie van mening is dat de Nederlandse wetgeving betreffende overgang van onderneming in geval van een faillissement dient te worden aangepast.

In het voorstel is de bestaande regeling betreffende overgang van onderneming als uitgangspunt genomen. Daarbij wordt miskend dat een situatie van faillissement wezenlijk anders is dan een “vrije” keus voor overgang zonder de druk van een faillissement. Als de overname niet doorgaat betekent dit dat de failliete onderneming definitief wordt geliquideerd en kapitaal en werkgelegenheid worden vernietigd.

VNO-NCW en MKB-Nederland vinden dat het voorstel verkeerd gaat uitpakken.

- Bij een reguliere overgang van onderneming is er meer tijd om en nauwkeurig na te gaan welke kansen en risico's de overname met zich meebrengt. Ondernemingen in faillissement bevinden zich echter in een bijzondere, financieel ongezonde situatie en kwetsbare positie. De voorgestelde ingewikkelde procedures, de hoge onderzoekskosten, de risico's en onzekerheden zullen een overnamekandidaat kunnen afschrikken. Voor een MKB-bedrijf zal het daardoor bijna onmogelijk zijn om een overname te realiseren. Simpel gezegd: eigenlijk is alleen een doorstart door de failliete ondernemer zelf nog aantrekkelijk, omdat deze immers weet welk vlees hij in de kuip heeft.
- De extra werkzaamheden van de curator zullen kostenverhogend werken voor de boedel.
- Het uitkeringspercentage aan (concurrente) schuldeisers zal nog verder afnemen.

Wij zijn daarom van mening dat het voorstel in zijn huidige vorm niet bij de Tweede kamer zou moeten worden ingediend.

Gelet op de Nederlandse jurisprudentie sinds het Smallstepsarrest lijkt het er bovendien op dat de gevolgen van Smallsteps voor de niet voorbereide doorstart verwaarloosbaar zijn. Bij voorkeur zou mogelijk moeten worden gemaakt dat noodlijdende ondernemingen maatregelen kunnen treffen die een faillissement kunnen afwenden<sup>3</sup>. Onderdelen van dit wetsvoorstel kunnen daarbij worden gebruikt, voor zover dat volgens de Europese richtlijnen noodzakelijk is.

---

<sup>2</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=ecli:ECLI:EU:C:2017:489>

<sup>3</sup> De wetsvoorstellen Wet Continuïteit I (WCO I, inzake pre-pack) en de Wet homologatie onderhands akkoord (WHOA), alsmede de huidige regeling van surseance van betaling dienen daarin te worden betrokken

Mocht het Ministerie van Justitie en Veiligheid toch besluiten het wetsvoorstel verder te behandelen, dan plaatsen wij de volgende concrete opmerkingen met het doel om doorstartmogelijkheden, zeker door mkb-bedrijven, enigszins te behouden.

- De reikwijdte van het voorstel gaat verder dan de Europese regelgeving<sup>4</sup> en ook verder dan de uitspraak van het EU-hof<sup>5</sup>. Het wetsvoorstel gaat er namelijk vanuit dat er ook van overgang van onderneming sprake is indien een onvoorbereide doorstart tot stand komt na een faillissement. Dus ook indien de curator een (derde) overnamekandidaat heeft kunnen vinden zonder dat er voor het faillissement een doorstart was voorbereid. Dit terwijl de richtlijn juist de mogelijkheid biedt de regelgeving van overgang van onderneming niet van toepassing te verklaren indien een (onderdeel van) de onderneming is verwickeld in een faillissementsprocedure met het oog op liquidatie onder toezicht van (in Nederland) een curator.
- De Europese regelgeving laat ontslag wegens economische, technische en organisatorische redenen bij overgang van onderneming toe<sup>6</sup>. Door een recente uitspraak van het EU-Hof (Plessers/Prefaco van 16 mei 2019<sup>7</sup>) dreigt na de Smallsteps zaak weer nieuwe onzekerheid te ontstaan betreffende onderdelen van de selectiecriteria uit het voorstel. De memorie van toelichting geeft hierover geen uitsluitel. Het is van belang dat uitsluitel wordt gegeven op deze onzekerheid.
- De kosten van onderzoek en advies zijn onvoldoende belicht. We twijfelen of de berekeningen in de Memorie van Toelichting op pagina 26 en 27 volledig zijn. Onzekerheden en hogere loonkosten maken het slagen van een doorstart moeilijker en verlagen de overnameprijs met alle gevolgen van dien voor de crediteuren. Externe overnamekandidaten en mkb-bedrijven zullen eerder afhaken.<sup>8</sup> Doorstarts lijken daardoor alleen nog lucratief in specifieke gevallen (zoals ziekenhuizen) of door de failliete ondernemer zelf. Hij weet immers welk vlees hij in de kuip heeft.
- Wij zien dat met name de MKB-ondernemer door het wetsvoorstel wordt benadeeld. De procedures zijn ingewikkeld en vereisen veel kennis die MKB-ondernemers niet in huis hebben. Om doorstarts van kleine ondernemingen tot een mogelijkheid te maken, zijn minder complexe regelgeving, minder risico's en minder hoge advieskosten noodzakelijk. Om de gevolgen voor MKB-bedrijven in te perken, stellen wij voor in artikel 3 lid 2 van de ministeriële regeling op te nemen dat ten hoogste 25% van het totale aantal werknemers van de gefailleerde werkgever buiten beschouwing kan worden gelaten indien de failliete onderneming 1 tot 100 werknemers in dienst heeft, met een minimum van 10 werknemers.
- De MKB-toets is een van de maatregelen van het huidige kabinet om de regeldruk voor het bedrijfsleven te verminderen. De MKB-toets moet MKB-ondernemers nauwer

<sup>4</sup> Artikel 5 lid 1 van de richtlijn 2001/23 EG. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0023&from=NL>

<sup>5</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=ecli:ECLI:EU:C:2017:489>

<sup>6</sup> Artikel 4 lid 1 van de Richtlijn 2001/23 EG. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001L0023&from=NL>

<sup>7</sup> ECLI:EU:C:2019:424; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/HTML/?uri=CELEX:62017CJ0509&from=NL>

<sup>8</sup> In de bijlage is opgenomen waarom wij menen dat de risico's en kosten van een doorstart met het wetsvoorstel voor alle betrokkenen toenemen, met daarbij een focus op het MKB.

betrekken en een meer concreet inzicht geven in de mogelijke gevolgen van nieuwe wet- en regelgeving op de regeldruk en administratieve lasten voor het mkb. Er is voor dit wetsvoorstel geen MKB-toets uitgevoerd. Een toelichting waarom deze niet is uitgevoerd, is niet opgenomen in de Memorie van Toelichting.

- Er is grote onduidelijkheid over wat de overgang van alle werknemers van de failliete werkgever ‘in opgezegde status’ precies inhoudt. Als het betekent dat elke werknemer in eerste instantie mee overgaat naar de verkrijger heeft dat gevolgen voor de transitievergoeding en voor de en voor de ontslagvolgorde waarbij dan ook de werknemers van de verkrijgende onderneming zouden moeten worden betrokken.
- De afwikkeling van een faillissement zal meer tijd en onderzoek vergen. Dit verhoogt de kosten van de boedel en verlaagt de opbrengst van de crediteuren. Bovendien zullen in veel faillissementen de geldmiddelen ontbreken om die tijd te kunnen overbruggen en zal de onderneming voortijdig stilvallen.
- Het wetsvoorstel, de memorie van toelichting en de ministeriële regeling geven onvoldoende antwoorden op mogelijke arbeidsrechtelijke en financiële gevolgen inzake transitievergoedingen, regresvorderingen van het UWV, nagelaten re-integratieverplichtingen, ZW-premies, reeds in gang gezette ontslagprocedures, achterstallige pensioenpremies e.d.

In bijlage 1 treft u de prangende juridisch/technische opmerkingen en vragen over de inhoud aan.

Bijlage 2 geeft een nadere uiteenzetting over de toename van risico's en van kosten door het wetsvoorstel

Hoogachtend,



G. Dolsma  
Wvd. directeur Economische Zaken

## BIJLAGE 1

### Inhoudelijke, technische en juridische opmerkingen op het conceptwetsvoorstel

Onverminderd onze zorgen over de reikwijdte van het voorgestelde conceptwetsvoorstel, hebben wij nog een groot aantal prangende juridisch/technische opmerkingen en vragen over de inhoud gemaakt. Deze luiden:

- Art. 7:653 BW (concurrentiebeding):  
Het is wenselijk dat een verkrijger die een zwaarwegend belang heeft bij handhaving van het concurrentiebeding, de mogelijkheid krijgt om de kantonrechter te verzoeken het beding (al dan niet in afgezwakte vorm of onder bepaalde voorwaarden) te handhaven. Door een rechter kan objectief worden getoetst of er een gerechtvaardigd belang zou kunnen bestaan bij de verkrijger.
- Art. 662, voorgestelde tweede lid, onderdeel d (begrippenbepaling):  
Het lijkt ons logischer als hier m.b.t. de eisen die aan de vereniging van werknemers worden gesteld, dezelfde tekst wordt gebruikt als in het derde lid van art. 671a en het tweede lid van art. 673b. Een andere formulering doet vermoeden dat er verschillen zijn, en dat is naar ons idee niet de bedoeling.
- Uit art. 7:666b lid 1 BW blijkt dat er sprake is van 2 momenten: het moment van de faillietverklaring en het moment van de overgang. De verkrijger moet in beginsel iedereen overnemen. Hij doet alle werknemers een aanbod tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst op basis waarvan zij op het moment van de overgang bij hem in dienst treden. Op basis van lid 2 geldt lid 1 niet als niet alle werknemers van het failliete bedrijf in dienst kunnen worden genomen. De werkgever doet dan de werknemers die hij moet overnemen een aanbod, waarvoor hij objectieve criteria moet hanteren. Op basis van lid 3 geldt dat van de werknemers die het aanbod aanvaarden, het dienstverband met de gefailleerde werkgever eindigt op het moment van de overgang, voor zover het al niet eerder geëindigd was. Voor de anderen, die dus geen aanbod krijgen, eindigt de arbeidsovereenkomst door opzegging door de curator.

Dat zou betekenen dat zij niet in dienst komen van de verkrijger, zoals ook is gewenst, maar duidelijk is dit niet.

Zeker niet met hetgeen op pagina 28 van de Memorie van Toelichting staat: “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 (art. 7:666 lid 2 BW in samenhang met art. 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.”

Dit lijkt er dan weer op dat iedereen mee overgaat. Op basis van de tekst van de wettelijke bepaling zou dit echter niet juist mogen zijn.

Pagina 29 van de Memorie van Toelichting maakt de onduidelijkheid nog groter. Daar staat:

“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 (artt. 7:663, eerste volzin, en 666 lid 2 BW). De curator zegt de arbeidsovereenkomsten echter doorgaans kort na de faillietverklaring op basis van art. 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 art. 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.”

- Aanbod arbeidsovereenkomst, art. 666 b lid 1 BW:  
Niet duidelijk is, hoe lang het aanbod dat de verkrijger de werknemer doet volgens lid 1 van 7:666b BW, geldig blijft. Is afdeling 2 van titel 5 van boek 6 BW van toepassing? Zoals art. 6:221 BW, waarin is geregeld dat een aanbod vervalt indien de werknemer een tegenaanbod doet of indien de werknemer het aanbod niet aanvaardt?  
In ieder geval dient het doen van een aanbod nader te worden gespecificeerd, in die zin dat wordt opgenomen dat er eenmalig door de verkrijger een aanbod wordt gedaan. Indien de werknemer dit aanbod niet tijdig aanvaardt of (al dan niet bij voorbaat) heeft afgewezen, hoeft de verkrijger niet in een volgend geval opnieuw een aanbod te doen (volgens bijvoorbeeld art. 7:666b lid 4). Ook zou moeten worden geregeld binnen welke termijn de werknemer, aan wie een aanbod is gedaan, moet meedelen of hij het aanbod al dan niet aanvaardt.
- In art. 666b lid 3 BW van het voorstel staat dat in het kader van de toepassing van art. 668a lid 2 BW de arbeidsovereenkomsten tussen de gefailleerde werkgever en de werknemer en de daaropvolgende arbeidsovereenkomst tussen de verkrijger en de werknemer worden beschouwd als één arbeidsovereenkomst. Dit lijkt ons geen juiste verwijzing. Art. 668a lid 2 BW gaat over de reeks van contracten voor bepaalde tijd die ook geldt bij opvolgend werkgeverschap. Ons inziens moet worden verwezen naar het eerste lid van art. 668a. Daar wordt geregeld dat er bij een bepaald aantal arbeidsovereenkomsten, of bij overschrijding van een bepaalde duur, een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat.
- Art. 7:666b lid 5 inzake een verzoek door de werknemer bij kantonrechter om de verkrijger te veroordelen:  
Het is billijk dat er een vervaltermijn wordt vastgesteld waarbinnen om een verzoekschrift bij de kantonrechter kan worden ingediend. Aanbevolen wordt aan te sluiten bij de twee maanden waarbinnen een verzoek door de werknemer kan worden gedaan zoals is opgenomen in art. 7:686a BW. Dit moet vervolgens ook, in het kader van de wetssystematiek, in art. 7:686a worden opgenomen.

- Art. 7:666b lid 6 onder sub b (aanpassingsmogelijkheid cao):  
“voor zover zij niet algemeen verbindend zijn verklaard of voor de bedrijfstak zijn vastgesteld” is te absoluut gesteld. Ook als er sprake is van een al dan niet algemeen verbindend verklaarde bedrijfstak-cao, bestaat er in voorkomende gevallen ruimte tot aanpassing, al dan niet na dispensatie door cao-partijen. Naar ons idee zou “voor zover een collectieve arbeidsovereenkomst daartoe geen belemmeringen oplevert”, of een vergelijkbare tekst, een beter alternatief zijn.  
De vreemde situatie kan ontstaan dat werknemers van het gezonde bedrijf te maken krijgen met werknemers van de failliete onderneming die betere arbeidsvoorwaarden hebben. De verkrijger mag, zoals ook wordt gesteld op pagina 21 van de Memorie van Toelichting, geen met de voor de werknemers van de failliete onderneming geldende 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. Daarmee gaat het voorstel wel erg ver en zullen de situaties waarin verschillen ontstaan met werknemers van de potentiële verkrijger zelf, meer kunnen optreden.
- Art. 7: 666 b lid 7 (inzake schulden) meldt:  
“Op de verkrijger gaan niet over alle schulden die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten en die verschuldigd zijn en betrekking hebben op de periode vóór de overgang”. Het is nog niet duidelijk wat deze bepaling inhoudt. Art. 5 van de ministeriële regeling en art. 666b lid 7 zijn veel te summier en ook de MvT voegt niets toe. Hoe wordt bijvoorbeeld omgegaan met beroepsziekte-risico’s, bijvoorbeeld in geval gevolgen wegens werken met asbest, ook in verband met verzekeringen? Zeker in geval van overname van een onderneming uit een sector met een gezondheidsproblematiek kan dat gevolgen hebben voor de verkrijger. Een verbintenis tot schadevergoeding ontstaat immers bij het bekend worden van de schade. Dit zou door goede wetgeving kunnen worden uitgesloten, maar het onderhavige wetsvoorstel en ministeriële regeling melden hier niets over.

Art. 5 van de ministeriële regeling moet worden aangepast aan de tekst van art. 7:666b lid 7 BW. Art. 5 spreekt namelijk van “schulden van gefailleerde jegens de werknemers”. Dat is beperkter dan de tekst van art. 7: 666b lid 7 BW. Het is ook onwenselijk om het tot vorderingen van werknemers te beperken, het moet om alle oude schulden gaan die verband houden met de arbeidsovereenkomsten. Zie bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad van 14 oktober 2016 ECLI:NL:HR:2016:2375 waaruit volgt dat een bedrijfstakpensioenfonds een eigen vorderingsrecht heeft jegens de verkrijger ter inning van achterstallige pensioenpremies.

Art. 5 van de ministeriële regeling spreekt van “schulden die op het moment van overgang reeds bestaan”. Dit is niet in overeenstemming met art. 7:666b lid 7 BW, dat spreekt van schulden die “betrekking hebben op de periode voorafgaand aan de overgang”. Het is bepaald niet uitgesloten dat het ontstaansmoment van vorderingen die betrekking hebben op de periode voorafgaand aan de overgang, na die overgang ligt. Zie bijvoorbeeld HR 24 mei 1991, NJ 1992, 246 en Prof. mr S.D. Lindenbergh in Smartengeld 1998/9.2.1. Daaruit lijkt te volgen dat een vordering tot smartengeld of

vergoeding van te maken kosten 'ex nunc' ontstaat. Een verkrijger zou volgens ons niet het risico moeten lopen dat hij wordt geconfronteerd met (latente) schadeclaims wegens nadeel of letsel dat tijdens het dienstverband met gefailleerde is veroorzaakt. Het moet duidelijk zijn dat de tekst van art. 7:666b lid 7 BW een betere verwoording geeft. De tekst van art. 5 van de ministeriële regeling dient hieraan te worden aangepast.

- Art. 7: 673c BW bepaalt dat de transitievergoeding niet is verschuldigd als de werkgever in staat van faillissement is verklaard. Echter, het voorstel kan zo worden gelezen dat ook de werknemers die geen aanbod krijgen van de verkrijger met de door de curator opgezegde arbeidsovereenkomst zullen overgaan naar de verkrijger. Dat zou betekenen dat hun arbeidsovereenkomst eindigt terwijl zij dan in dienst zijn van de verkrijger. Die is niet in staat van faillissement verklaard. Vervolgens zou kunnen worden geredeneerd, dat het niet voortzetten van arbeidsovereenkomst het initiatief is van de verkrijger. Hij doet immers geen aanbod, waarmee hij een transitievergoeding verschuldigd is!

Onduidelijk is voorts of het UWV hierdoor voor de door haar gedane betalingen in het kader van de loongarantieregeling een regresvorderingsmogelijkheid heeft ten opzichte van de verkrijger. Dat zou namelijk weer consequenties hebben voor de uitkeringspercentages aan de andere (concurrente) schuldeisers.

Nu is het met de transitievergoeding nog tamelijk eenvoudig te regelen door een aanpassing van art. 673c. Daarin zou bepaald kunnen worden dat de verkrijger geen transitievergoeding verschuldigd is voor die werknemers die door de curator zijn opgezegd, en die hij geen nieuwe arbeidsovereenkomst aanbiedt. Moeilijker ligt het naar ons idee bij de zieke werknemers die mee overkomen en die geen aanbod krijgen. De verkrijger krijgt bij overkomst ten aanzien van de zieke werknemers re-integratieverplichtingen. Komt de werknemer na het einde van de arbeidsovereenkomst in de Ziektewet, dan eindigen daarmee de re-integratieverplichtingen. Is de verkrijger eigenrisicodragers, dan wordt hij ook verkrijger van zowel re-integratie- als financiële verplichtingen na het einde van de arbeidsovereenkomst. Ook verplichtingen die voortkomen uit nalatigheid of fouten van de gefailleerde werkgever. Het is daarom zeer onwenselijk dat er ook zieke werknemers mee overkomen. Als dan na afloop van de re-integratieverplichtingen de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd, wordt de verkrijger binnen korte tijd immers geconfronteerd met transitievergoedingen die de solvabiliteit van de onderneming kunnen aantasten.

Wij vragen ons dan ook af, mede gelet op hetgeen wij hiervoor m.b.t. de transitievergoeding hebben opgemerkt, of het niet beter is om te bepalen dat alleen de werknemers mee overgaan aan wie de verkrijger een aanbod doet (en die het aanbod accepteren). Anders zou in ieder geval op enigerlei wijze geregeld moeten worden dat de verkrijger geen re-integratie verplichtingen en financiële verplichtingen heeft, zowel tijdens als na afloop van de arbeidsovereenkomst, ten opzichte van werknemers van de failliet die geen aanbod krijgen.

Zowel de wetstekst als de Memorie van Toelichting behoeven aanpassing om de onduidelijkheden weg te nemen.

- De beroepsmogelijkheid zoals door de nieuwe leden 3 en 4 van art. 67 van de Faillissementswet wordt voorgesteld, zou kunnen worden gebruikt om de transactie met



de overnemende partij te dwarsbomen of onder druk te zetten om meer werknemers in dienst te nemen.

Lid 3 moet worden gewijzigd waardoor er geen hoger beroep meer mogelijk is bij de rechtbank. Daarentegen moet het mogelijk zijn voor de belanghebbende dat hij kan verlangen dat niet de RC maar de rechtbank de beslissing ex art. 176 Fw behandelt. Dat zal soelaas bieden bij ingewikkelde zaken en tegelijkertijd onrust en tijd beperken. Het voorgestelde lid 4 lijkt te zeggen dat, bij ontbreken van een OR, iedere individuele werknemer beroep kan instellen. Dat zal onzes inziens toch niet de bedoeling zijn?

- Bij het nieuwe art. 101 a Fw onder lid 3, inzake privacy – weigering van werknemer om persoonsgegevens te verlenen hetgeen overigens een goed recht is, kan de vraag worden gesteld wat te doen als de verkrijger hierdoor onvoldoende gegevens heeft om een aanbod aan de werknemer te doen? Zeker indien het een werknemer betreft waarbij re-integratieverplichtingen op de verkrijger rusten.

Betreft lid 4: moet dit niet gelden ten aanzien van alle werknemers die (al dan niet gedurende de opzegtermijn) overgaan op verkrijger? Verkrijger wordt immers (tijdelijk) formeel hun werkgever met de daarbij behorende verplichtingen.

- In art. 176a lid 2 Fw van het wetsvoorstel (inzake medezeggenschap) wordt verwezen naar art. 35b WOR. Dat gaat over de personeelsvergadering. Die heeft weliswaar een heel beperkte adviesbevoegdheid maar is meer een personeelsbijeenkomst. Een informatieplicht van de onderneming zou beter op zijn plaats zijn. Het oproepen van iedere individuele werknemer lijkt onwenselijk. Het kan veel tijd kosten en op welke wijze dient het oproepen te geschieden?  
In aanvulling op hetgeen is verwoord bij art. 67 Fw, moet worden opgenomen in de wet dat een belanghebbende de bevoegdheid heeft te verlangen dat niet de RC maar de rechtbank de beslissing ex art. 176 Fw behandelt.
- Art. 3 van de Ministeriële regeling:  
De zinsnede “als eerste in de gelegenheid zijn vroegere werkzaamheden te hervatten” veronderstelt dat de werknemer inactief is. De werknemers komen door de overgang van onderneming van rechtswege in dienst van verkrijger en zijn niet per definitie inactief.

Wat als de foutmarge is lid 2 van art. 3 groter dan 10% is, moet verkrijger dan alle fouten corrigeren of alleen een correctie toepassen waardoor de foutmarge kleiner is dan 10%?

Om doorstarts voor MKB-bedrijven enigszins mogelijk te maken hebben wij op pagina 2 en 3 bovenaan een voorstel gedaan om de foutmarge tot 25% te verhogen bij MKB-bedrijven met een minimumaantal van 10 werknemers. Dit om te grote risico's bij de MKB-verkrijger weg te nemen.

- Art. 5 van de Ministeriële regeling inzake schulden: zie hetgeen is opgenomen bij art. 7:666b lid 7 BW

**Kleine, tekstuele opmerkingen/vragen bij de Memorie van Toelichting**

- Op pagina 1 staat ongeveer halverwege ‘personeelsvereniging’. Dat zal ‘personeelsvertegenwoordiging’ moeten zijn.
- Op pagina 5 staat in de voetnoot “werkgeversorganisatie VNO/NCW-MKB.” Dit moet zijn: “werkgeversorganisaties VNO-NCW en MKB-Nederland.
- Het wetsvoorstel wordt bovenaan pagina 5 gezien als een ‘uitvloeisel’ van het klankbordtraject. Wij wijzen erop dat dit ‘uitvloeisel’ geen consensus is.
- Op pagina 14 staat in de 11<sup>e</sup> regel ‘aanvaart’. Dat zal ‘aanvaardt’ moeten zijn.
- Op pagina 15 bij b wordt gesproken over de groepen 2, 3 4 en 5. Die zijn daarboven genoemd. Groep 2 zijn de AOW-gerechtigde werknemers. Die vallen echter buiten de opsomming bij b nu de leeftijdsgroepen niet verder gaan dan tot het bereiken van de AOW-gerechtigde leeftijd. Het lijkt ons dat die AOW’ers buiten beschouwing gelaten moeten worden.

**Kleine, tekstuele opmerking bij de Regeling overgang van onderneming in faillissement**

- In art. 5 wordt onder b gesproken over “vakantie en verlof als bedoeld in artikel 634”. Art. 7:634 BW gaat uitsluitend over vakantie.

## BIJLAGE 2

### Nadere uiteenzetting over de toename van risico's en van kosten door het wetvoorstel

#### Focus op faillissementsrecht

Zowel de Europese als de nationale wetgever presenteren in toenemende mate initiatieven om het reorganiserend vermogen van ondernemingen te vergroten<sup>9</sup>.

VNO-NCW en MKB-Nederland hebben aanvankelijk enige scepsis gehad ten opzichte van deze ontwikkeling. Het faillissement is in veel gevallen een prima middel om het kaf van het koren te scheiden. Daarnaast is het onwenselijk een verzadigde markt onnodig te belasten met doorstartende ondernemingen waarbij simpelweg het redden als doelstelling is gehanteerd en waarbij de haalbaarheid ondergeschikt wordt. Een ongerechtvaardigd concurrentievoordeel zou kunnen optreden. Een noodlijdende onderneming zou namelijk eenvoudig het personeelsbestand kunnen afslanken en zich van de schulden ontdoen; om daarna, ontdaan van alle ballast, te concurreren met branchegenoten die niets van hun uitstaande vorderingen hebben ontvangen. Echter met het opnemen van de juiste voorwaarden, zoals in het thans in de Eerste Kamer voorliggende wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I, waaronder dat bij een doorstart in ieder geval alle, dus ook de concurrente, schuldeisers beter af moeten zijn dan bij een liquidatie; alsmede aandacht voor de aanpak van faillissementsfraude, hebben herstructureringsmogelijkheden zeker ook onze voorkeur ten opzichte van liquidatie van de noodlijdende onderneming.

Met de huidige regelgeving blijft bij doorstarts uit faillissement een aanzienlijk deel van de werkgelegenheid behouden. Wat betreft de positie van de werknemer heeft de Radboud Universiteit<sup>10</sup> onderzoek gedaan waaruit bleek dat er eigenlijk geen faillissementen worden aangevraagd met het oog op enkel een sanering van het personeelsbestand. Betrokkenen geven aan een faillissement liever te vermijden en zijn bereid daar veel voor te doen. Wellicht op basis van incidenten heeft J&V gemeend op pagina 6 van de Memorie van Toelichting op te moeten nemen dat de regeling drempels moet opwerpen tegen 'misbruik' van het faillissement met als doel om de regels betreffende ontslagbescherming te omzeilen en werknemers op die manier rechten te ontnemen.

Het faillissementsrecht en de curator dienen de positie van de schuldeiser zoveel mogelijk veilig en centraal te stellen. Pagina 9 van de Memorie van Toelichting zegt, dat de nieuwe regeling in de eerste plaats de belangen van de bij het faillissement betrokken schuldeisers en werknemers dient en berust op een afweging tussen die belangen. Daarnaast zal een overgang van een tot de faillissementsboedel behorende onderneming worden gefaciliteerd waarbij de

---

<sup>9</sup> Wetsvoorstellen Wet continuïteit ondernemingen I en de Wet homologatie onderhands akkoord, momenteel voorliggend in de Eerste Kamer respectievelijk de Tweede Kamer; alsmede de Europese richtlijn 2019/1023 van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld

<sup>10</sup> In opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het Ministerie van Veiligheid en Justitie heeft het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit te Nijmegen een empirisch onderzoek uitgevoerd met als probleemstelling: 'Welke zijn de consequenties van de arbeidsrechtelijke positie van werknemers voor de (on)mogelijkheden om de problematische financiële situaties van ondernemingen op te lossen en voor het vervolg van de onderneming?' [https://www.wodc.nl/binaries/2599-volledige-tekst\\_tcm28-74089.pdf](https://www.wodc.nl/binaries/2599-volledige-tekst_tcm28-74089.pdf)

belangen van de betrokken werknemers daar meer bij zullen worden betrokken. Met deze wetgeving wordt het arbeidsrecht meer en meer in de faillissementswetgeving gebracht. Dat de belangen van de schuldeisers ook een rol speelt zien wij nergens terug. Wij zien alleen bepalingen die de belangen van werknemers van een individuele, failliete onderneming behartigen. Let wel, een schuldeiser heeft geen garantieregeling, geen opvang vanuit de sociale zekerheid. Veel valt onder het ondernemersrisico. Voor een kleine ondernemer betekent het omvallen van een debiteur ook een risico voor zijn eigen onderneming en werknemers.

### Hogere kosten voor verkrijger en lagere opbrengst voor schuldeiser

Potentiële verkrijgers zullen bij de vraag of zij de boedel willen overnemen en bij het bepalen van overnameprijs rekening houden met de hogere kosten en de risico's. Anders dan de MvT stelt, zal het zal vaak lastig zijn om de risico's in te schatten omdat informatie, tijd, geld en kennis ontbreken om een goede beoordeling te kunnen maken. De bepaling en toelichting over het niet overgaan van schulden zijn summier.

- Bij elke verkoop van (delen van) de onderneming zal door de curator en de koper moeten worden beoordeeld of die resulteert in een *overgang van onderneming*. Dit kost niet alleen tijd en geld en het is bovendien geen exacte wetenschap, waardoor een koper risico's loopt als ervan wordt uitgegaan dat de transactie geen overgang van onderneming tot gevolg heeft. De curator zal en kan geen garanties geven, werknemers gaan immers van rechtswege over en kunnen met de nieuwe regeling een (schade)claim bij de koper indienen. Onvermijdelijk gevolg hiervan zal zijn dat kopers terughoudender zullen worden om activa en passiva uit een faillissement over te nemen en zij zullen de kosten en risico's calculeren in de prijs die zij daarvoor bereid zijn te betalen.
- Bij elke transactie in een faillissement die kan worden gekwalificeerd als overgang van onderneming, zal door de curator en de koper moeten worden beoordeeld en gemotiveerd worden onderbouwd of er sprake is van *bedrijfseconomische redenen*, die leiden tot verlies van arbeidsplaatsen. Uit de rechtspraak van het EU-hof blijkt verder 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 van de Europese richtlijn kunnen worden aangemerkt. Voorbeelden die daarbij zijn gegeven, betroffen de omstandigheid dat er tussen de verkrijger en de verhuurders geen overeenstemming bestond over een nieuwe huurovereenkomst, de onmogelijkheid om een andere bedrijfsruimte te vinden of de onmogelijkheid om het personeel naar andere winkels over te brengen en het vrij plotseling wegvallen van een belangrijke opdrachtgever. Deze omstandigheden zijn over het algemeen pas helder nadat de verkrijger de transactie heeft gedaan en kunnen dus niet voorafgaande aan diens bod worden ingecalculeerd. De analyse en onderbouwing van ETO redenen (bedrijfseconomische redenen) kosten dus tijd en geld en het is geen exacte wetenschap, waardoor een koper (mogelijk zeer aanzienlijke) risico's loopt als er ten onrechte wordt aangenomen dat er sprake is van ETO (bedrijfseconomische) redenen.
- Indien er sprake is van bedrijfseconomische redenen zal er een *selectie* moeten plaatsvinden. Daarbij signaleren wij de volgende knelpunten:
  - De curator en een externe gegadigde bezitten geen (althans nauwelijks) eigen kennis van en ervaring met de werknemers van de gefailleerde. Zij zullen voornamelijk moeten uitgaan van de (geanonimiseerde) personeelsadministratie en zullen de 'waarde' van het menselijk kapitaal en de daaraan verbonden risico's daardoor (vaak) niet goed kunnen inschatten.

- In ieder geval zal een externe partij de mogelijkheden en risico's minder goed kunnen inschatten dan de zittende ondernemer. Indien laatstgenoemde ook een doorstart wil maken, heeft hij een voordeligere positie ten opzichte van een externe partij.
- De selectieprocedure (de inspiegelingsmethode en/of een alternatieve op een ondernemingsplan gebaseerde objectieve selectiemethode) is geen exacte wetenschap. Dit zou ongewenste gevolgen kunnen hebben, zoals:
  - Een overnemende partij zal het risico moeten incalculeren dat een of meer werknemers die hij niet selecteert, achteraf naar de (kantonrechter) stapt met een (schade)claim vanwege het feit dat de selectiemethode niet juist is toegepast. Dit zal invloed hebben op de bereidheid een bod te doen of de hoogte daarvan, zeker als de hoogte van dat soort claims groot is in verhouding tot de overnameprijs, hetgeen niet ondenkbaar is bij het gros van de (kleinere) doorstarts.
  - Indien er meerdere overnamekandidaten zijn, niet alleen hun biedingen zullen verschillen, maar ook (de uitkomst van) hun selectiemethode. Niet valt uit te sluiten dat zulks tot discussie kan leiden. Zo zal de betrokken bank of zekerheidsgerechtigde zijn zekerheden doorgaans slechts willen vrijgeven in ruil voor het hoogste bod en er moeite mee hebben als dat doorkruist wordt door werknemersproblematiek. Ook de ondernemingsraad zal lagere biedingen met meer behoud van banen meenemen in zijn advies. Ook lijkt het niet ondenkbaar dat werknemers die bij het bod van de ene gegadigde wel hun baan zouden behouden, maar bij de andere niet, zullen dreigen met of overgaan tot rechtsmaatregelen jegens de kandidaat aan wie de doorstart wordt gegund. Daarnaast kunnen teleurgestelde overnamekandidaten naar wegen zoeken om alsnog in beeld te komen.
- De verkrijger moet rekening houden met de mogelijkheid dat hij arbeidsongeschikte, geschorste en op staande voet ontslagen werknemers (die hun schorsing of ontslag aanvechten) in dienst krijgt.

De complexiteit van de regelgeving, de kosten voor onderzoek en advies, langere doorlooptijden, hogere loonkosten, risico's etc. zullen (externe) overnamekandidaten afschrikken, waarmee het aantal doorstarts in onvoorbereide faillissementen zal verminderen. Zeker voor een MKB-bedrijf is het welhaast geen doen. Dit leidt tot het risico dat zekerheidsgerechtigden minder opbrengst zullen ontvangen en daardoor mogelijk eerder geneigd zijn om hun rechten uit te oefenen.

#### Toelichting op complexiteit en hoge kosten voor het mkb – een casus

Bouwstof Sloopwerken verkeert in financiële moeilijkheden. Het personeelsbestand is als volgt:

12 slopers (waarvan er 1 langdurig ziek is en 1 kampt met longklachten)

2 werkvoorbereiders

1 voorman

3 chauffeurs, waarvan 1 last heeft van nekklachten

1 administratief medewerker

Op verzoek van het pensioenfonds wordt Bouwstof in juni in staat van faillissement verklaard. Het bedrijf heeft enkele voertuigen en gereedschappen en is net begonnen met een

opdracht voor de sloop van een groot kantoorgebouw. De liquidatiewaarde van de activa wordt in opdracht van de curator getaxeerd op € 34.000.

Hamer heeft interesse voor de activa en een deel van het personeel en wil een doorstart maken. Hamer heeft 20 werknemers en heeft belangstelling voor de werkvoorbereider die het kortste in dienst is, de gezonde chauffeurs en een aantal energieke slopers. In totaal heeft Hamer werk voor een man of 10 van Bouwstof. Hamer heeft ook een vacature voor een voorman, maar het salaris dat voorman De Groot van Bouwstof verdient, wil Hamer niet betalen. Hamer is in gesprek met 2 uitstekende kandidaten voor de functie die veel minder kosten dan De Groot, die bovendien een arbeidsverleden van 35 jaar heeft.

Hamer is maximaal in staat om € 50.000 te investeren in een doorstart.

De curator geeft aan dat er (gezien de liquidatiewaarde) €37.500 moet worden betaald en dat er daarnaast nog € 7.500 voor de goodwill moet worden betaald. De curator wijst op de regeling omtrent overgang van onderneming en adviseert Hamer om juridisch advies in te winnen i.v.m. de selectieprocedure van het personeel. Advocaat Doorsnee laat Hamer weten dat hij rekening moet houden met het risico dat Hamer niet alle door hem gewenste medewerkers kan overnemen en dat de kans groot is dat hij de voorman en een of meer van de zieke werknemers een baan moet aanbieden. Hamer vraagt voorts aan Doorsnee wat de kosten zullen zijn om e.e.a. uit te zoeken en te begeleiden. Doorsnee geeft aan dat Hamer rekening moet houden met €5.000 - €10.000 aan kosten en wijst ook nog op de mogelijkheid dat bepaalde werknemers zich ook na de doorstart kunnen verzetten tegen de selectieprocedure.....

Het is duidelijk dat zowel voor Bouwstof als Hamer de slagingskans van de doorstart vanwege de risico's, ongewenste effecten en de hoge kosten, vrijwel nihil is.

#### Meer belasting van de curator, de rechter-commissaris en de rechtspraak

De concept regeling leidt tot extra werkdruk voor de curator, de rechter-commissaris (RC) en de rechtbank:

- Zoals hierboven aangestipt moet de curator onderzoeken of de transactie als overgang van onderneming kan worden gekwalificeerd, informatie over het werknemersbestand verschaffen aan gegadigden, bepalen en motiveren of er sprake is van bedrijfseconomische redenen, advies aanvragen bij de OR, de selectiemethodes beoordelen en de verkooptransactie gemotiveerd onderbouwen om toestemming te verkrijgen van de rechtbank.
- Naar verwachting zullen er allerlei complicaties ontstaan als de curator wordt geconfronteerd met meerdere biedingen. Hij moet dan kiezen tussen (1) de hoogste opbrengst of (2) de meeste werkgelegenheid. In beginsel is het zijn plicht voor de hoogste opbrengst te gaan met het oog op de belangen van de schuldeisers. Maar zo doende zal hij veel weerstand ondervinden vanuit de hoek van de werknemers die hun baan verliezen.
- De RC zal hier toezicht op moeten houden en zal naar verwachting vaker te maken krijgen met verzoeken of bezwaren van betrokkenen.
- De RC wordt geacht de verkooptransactie goed te keuren en de OR (en mogelijk bonden of individuele werknemers) te horen.
- Tegen de beslissingen die de RC 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 kan hoger beroep aantekenen (artikel 67, vierde lid). De rechtbank beslist na verhoor of behoorlijke oproeping van de belanghebbenden.

- De rechtbank (kanton) zal voorts de bezwaren rondom de gehanteerde selectiemethode dienen te behandelen.