

Invloed van wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement op de rechtspositie van werknemers

van Rijs, André; Cleijman, Eline

Published in:
Juridisch up to date

Document version:
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2020

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):
van Rijs, A., & Cleijman, E. (2020). Invloed van wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement op de rechtspositie van werknemers. *Juridisch up to date*, 2020(6), 23-28. [2020-0097].

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

JURIDISCH UP TO DATE

Vakblad voor de juridische praktijk

Dit artikel wordt u aangeboden door Juridisch up to Date

Juridisch up to Date is hét vakblad voor juristen. Hierin vindt u een breed aanbod van korte maar diepgaande artikelen, voorzien van deskundig en praktijkgericht commentaar. In Juridisch up to Date worden alle rechtsgebieden belicht, maar de focus ligt op ondernemingsrecht in nationaal maar ook zeker Europees en internationaal verband. Juridisch up to Date is daarmee een onmisbare nieuwsbron voor juristen die in korte tijd volledig op de hoogte willen zijn van wat zich afspeelt in het brede juridische vakgebied.

Dit kunt u verwachten van Juridisch up to Date:

- 12x per jaar vakblad - digitaal en/of op papier
- maandelijkse nieuwsbrief per e-mail
- toegang tot online database
- laatste vier vakbladen offline beschikbaar op tablet.

Kijk voor meer informatie of een (proef)abonnement op <https://www.futd.nl/vakblad/juridisch-up-to-date/abonneren/>

© 2020 Rendement Uitgeverij. Alle rechten voorbehouden.

Niets uit deze uitgave mag, noch geheel, noch gedeeltelijk, worden overgenomen en/of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden auteur(s), redacteur(en) en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

INSOLVENTIE, HERSTRUCTURERING EN ZEKERHEDEN

Mr. E. (Eline) Cleijman¹ en mr. A.D.M. (André) van Rijs²

Invloed van wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement op de rechtspositie van werknemers

2020-0097

Op 29 mei 2019 is het voorontwerp wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement in consultatie gegeven.³ Het doel van dit wetsvoorstel is om de rechtsonzekerheid die is ontstaan na het FNV/Smallsteps-arrest weg te nemen en tegemoet te komen aan het maatschappelijk onbehagen dat er bestaat omtrent de positie van werknemers bij een overname na faillissement. Wanneer dit wetsvoorstel wet wordt, zal de huidige regelgeving inzake overgang van onderneming ook gelden in geval van faillissement.

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. In dit artikel worden de voornaamste wijzigingen die het wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement met zich meebrengt behandeld en de gevolgen die dat heeft voor de rechtspraak, ten opzichte van de huidige wetgeving omtrent een overgang van onderneming. Tevens wordt aan de hand van arbeidsvoorwaarden, anciënniteit en de transitievergoeding besproken in hoeverre dit wetsvoorstel de rechtspositie van werknemers na een doorstart in faillissement zou verbeteren.

Een faillissement brengt ingrijpende consequenties met zich mee voor de betrokken partijen, onder meer voor werknemers. Een faillissement leidt voor werknemers in de meeste gevallen tot het verlies van hun baan en de kans is klein dat

zij direct een nieuwe baan vinden met de arbeidsvoorwaarden die zij wensen. Een faillissement wordt echter doorgaans niet beschouwd als het einde van de onderneming. Vaak wordt er na een faillissement een doorstart gerealiseerd, waarbij de doorstarter een deel van het personeel van de gefailleerde onderneming overneemt. Artikel 5 van de Europese Richtlijn 2001/23/EG (hierna: de Richtlijn), in Nederland geïmplementeerd in artikel 7:666 Burgerlijk Wetboek (BW), bepaalt dat de regels inzake overgang van onderneming ingeval van een faillissement in dat geval niet van toepassing zijn. Dit betekent dat geen rekening gehouden dient te worden met de beschermende bepalingen uit het arbeidsrecht en de doorstarter vrij is om te bepalen welke werknemers hij meeneemt. Een recent voorbeeld hiervan is de doorstart van Perrysport. De winkelketen werd voortgezet met aanzienlijk minder personeel dan voorheen. Als gevolg hiervan werden oudere werknemers ingeruild voor jonge goedkope arbeidskrachten. In artikel 5 lid 2 van de Richtlijn wordt aan de lidstaten de optie gegeven om de beschermende bepalingen uit de Richtlijn ook toe te passen in geval van faillissement. In de Nederlandse praktijk wordt hier al enige tijd voor gepleit. Uiteindelijk ligt er

een wetsvoorstel dat het huidige recht volledig tracht te wijzigen en daarmee de positie van werknemers in faillissement probeert te verbeteren.

Overgang van onderneming onder de huidige wetgeving

Werknemers worden beschermd tegen een achteruitgang als gevolg van een overgang van onderneming, zoals een ontslag of slechtere arbeidsvoorwaarden. De beschermingsregels zijn opgenomen in titel 10 van boek 7 BW (artikelen 7:662 – 666a en 670, lid 8 BW). Deze bepalingen zijn gebaseerd op de Richtlijn. Nederland heeft artikel 3 lid 1 van de Richtlijn opgenomen in artikel 7:663 BW en bepaalt dat de verkrijger de rechten en verplichtingen van de vervreemder ten aanzien van de betrokken werknemers volledig overneemt. Artikel 4 lid 1 van de Richtlijn beschermt werknemers tegen ontslag op basis van een overgang van onderneming, tenzij er sprake is van economische, technische of organisatorische redenen (hierna: ETO-redenen) die leiden tot minder arbeidsplaatsen (artikel 7:670 lid 8 BW).

Rechtspositie van werknemers bij overgang van onderneming

Individuele arbeidsvoorwaarden

Ingevolge de hoofdregel neemt de verkrijger de rechten en verplichtingen van de vervreemder ten aanzien van de betrokken werknemers volledig over. De rechten en verplichtingen die mee overgaan, zijn bijvoorbeeld het salaris, een dertiende maand, bonussen en onkosten- en overwerkvergoedingen. Daarnaast gaan de uit de arbeidsovereenkomst voortvloeiende schulden van de vervreemder aan de werknemer en nog niet opeisbare arbeidsvoorwaarden mee over. Zo kan bijvoorbeeld een reeds toegezegde salarisverhoging die op het moment van de overgang nog niet opeisbaar is, mee overgaan. Verder gaan de rechten en verplichtingen die voortkomen uit een mogelijk concurrentiebeding mee over.⁴

Bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden

Soms is het lastig te bepalen of iets als een recht is aan te merken dat overgaat. De vraag die rijst

is hoe met bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden omgegaan moet worden. Denk bijvoorbeeld aan een personeelskorting of een gratis parkeerplaats op het bedrijfsterrein, maar ook een abonnement op de sportschool in de buurt. In het Astron-arrest heeft het Hof 's-Hertogenbosch uitspraak gedaan over de gevolgen van een overgang van onderneming met betrekking tot bedrijfsgebonden arbeidsvoorwaarden.⁵ Het uitgangspunt blijft dat ook deze arbeidsvoorwaarden overgaan, tenzij het voor de nieuwe werkgever onder bijzondere omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is exact hetzelfde arbeidsvoorwaardenpakket aan te bieden. Dit kan voorkomen indien de nakoming voor de nieuwe werkgever feitelijk onmogelijk is of de kosten voor nakoming disproportioneel zijn. Tevens heeft het Hof Amsterdam in zijn arrest van 18 oktober 2011 geoordeeld dat het ter beschikking stellen van een leaseauto te kwalificeren is als een arbeidsvoorwaarde.⁶ Dit wordt bevestigd door het Hof 's-Hertogenbosch in zijn uitspraak van 27 december 2011 en de rechtbank Amsterdam in zijn uitspraak van 18 oktober 2018.⁷ In laatstgenoemde zaak ging het om de fusie van alle lokale Rabobanken naar een Rabobank. De regels ten aanzien van het recht op een leaseauto verschilden per lokale bank. De lease-regeling van de Rabobank houdt in dat een werknemer recht heeft op een leaseauto, wanneer hij jaarlijks meer dan 20.000 zakelijke kilometers per jaar rijdt. Als gevolg hiervan ontnam de Rabobank een aantal werknemers hun leaseauto. Volgens de rechtbank is het afstaan van de leaseauto te kwalificeren als een eenzijdige wijziging van de arbeidsvoorwaarden en toetste de rechtbank of de Rabobank hier een beroep op kon doen. De rechtbank oordeelde dat hetgeen dat de Rabobank aanvoerde geen zwaarwichtig belang oplevert en werknemers derhalve hun recht op de leaseauto behouden.

Anciënniteit & transitievergoeding

Anciënniteit betekent het aantal dienstjaren dat een werknemer op de teller heeft bij een bepaalde werkgever. Dit wordt onder andere toegepast ter bepaling van de hoogte van de transitievergoeding en speelt een rol bij het vaststellen van de opzegtermijn en de ontslag-

volgorde ingevolge het afspiegelingsbeginsel. Tevens is anciënniteit regelmatig verbonden aan bijzondere arbeidsvoorwaarden, zoals een auto van de zaak of een dertiende maand. In de zaak Collino & Chiappero/Telecom Italia heeft het HvJ EG geoordeeld dat anciënniteit op zichzelf geen recht is in de zin van de Richtlijn en derhalve niet mee overgaat.⁸ Dat is anders wanneer deze anciënniteit invloed heeft op bepaalde financiële rechten van werknemers. De verkrijger dient bij het berekenen van rechten van financiële aard, zoals de transitievergoeding of een salarisverhoging rekening te houden met de arbeidsjaren die een werknemer heeft opgebouwd bij de vervreemder. Verder dient anciënniteit meegenomen te worden indien deze relevant is voor het salaris van de werknemer en het niet meenemen ervan zou leiden tot een lager salaris in vergelijking met zijn situatie voorafgaand aan de overgang.⁹

Faillissementsprocedure en rechtspositie van werknemers

Ingevolge artikel 40 Faillissementswet (FW) is de curator gerechtigd arbeidsovereenkomsten met de werknemers van de gefailleerde onderneming op te zeggen. Voor de opzegging heeft de curator enkel een voorafgaande machtiging van de rechter-commissaris nodig. Na de invoering van de WWZ kan de curator een arbeidsovereenkomst namelijk opzeggen zonder voorafgaande toestemming van het UWV of de kantonrechter. In de praktijk wordt deze machtiging doorgaans snel verleend. Tevens zijn de opzegverboden in de zin van artikel 7:670 BW niet van toepassing. Wel dient de curator de wettelijke opzegtermijn van zes weken in acht te nemen. Verder kunnen werknemers tijdens een faillissement gehouden zijn aan een eventueel concurrentiebeding. Dit brengt met zich mee dat een werknemer beperkt kan worden om na het faillissement op gelijke wijze werkzaam te zijn bij een andere onderneming. Wel hebben werknemers op grond van artikel 61 tot en met 68 WW recht op dertien weken achterstallig loon, ook wel de loongarantieregeling genoemd. Bovendien kunnen werknemers aanspraak maken op vakantiegeld, vakantiebijslag en aan derden verschuldigde betalingen zoals pensioenfondsen en verzekeraars voor de duur van ten hoogste

een jaar voorafgaande aan de dag van de opzegging. Tot slot is op grond van artikel 7:773c lid 1 BW niet langer een transitievergoeding verschuldigd, indien de onderneming in staat van faillissement is verklaard. Duidelijk is dat een faillissement ingrijpende consequenties heeft voor werknemers die werkzaam zijn bij een gefailleerde onderneming en hun rechten daarbij zeer summier zijn.

Pre-pack & het Smallsteps-arrest

In de Nederlandse praktijk is de afgelopen jaren een bijzondere vorm van doorstarten ontstaan, waarbij een doorstart vanuit faillissement wordt voorbereid voorafgaand aan de faillietverklaring. Sinds de opkomst van de zogenaamde pre-pack is er veel discussie ontstaan over deze procedure. Wanneer een doorstart wordt voorbereid middels een pre-pack genieten werknemers geen arbeidsrechtelijke bescherming. Vanuit insolventierechtelijk perspectief wordt dit als een voordeel beschouwd ten aanzien van een reorganisatie buiten faillissement, waarbij werknemers worden beschermd tegen een te eenvoudig ontslag. Tegelijkertijd bestaat er vanuit arbeidsrechtelijk hoek de vrees voor mogelijk misbruik van het faillissementsrecht. De pre-pack kan derhalve worden ingezet als middel om eenvoudig van personeel af te komen. Bovendien wordt de pre-pack door enkele auteurs gezien als een instrument om de onderneming op een snelle en goedkope manier voort te zetten. Op 22 juni 2017 heeft het HvJ EU antwoord gegeven op de vraag of de beschermingsregels uit de Richtlijn bij een overgang van onderneming in faillissement, die is voorbereid middels de pre-pack methode, van toepassing zijn (zie ook het vorige artikel in deze rubriek).¹⁰ Volgens het HvJ EU is de uitzonderingsregel enkel van toepassing indien er aan drie cumulatieve voorwaarden wordt voldaan. De voorwaarden houden in dat:

1. De vervreemder ten tijde van de overname verkeerd in een faillissementsprocedure of soortgelijke insolventieprocedure;
2. de procedure is ingeleid met de bedoeling het vermogen van de vervreemder te liquideren;
3. en er een bevoegde overheidsinstantie betrokken is die toezicht houdt op de procedure.

Gebleken is dat het arrest van het HvJ EU onduidelijkheid en rechtsonzekerheid met zich mee brengt. Dit heeft met name betrekking op de tweede voorwaarde. Uit deze voorwaarde is op te maken dat het doel waarmee de procedure is ingeleid, bepalend is voor de arbeidsrechtelijke positie van werknemers. Het HvJ EU maakt onderscheid tussen de procedure die is ingeleid met het doel het vermogen van de vervreemder te liquideren enerzijds, en de procedure die gericht is op de voortzetting van de ondernemingsactiviteiten anderzijds. Uit het Smallsteps-arrest is op te maken dat het daarbij gaat om de intentie van de procedure en niet om het doel op zichzelf. Wat de intentie van de procedure is, dient steeds beoordeeld te worden middels specifieke omstandigheden. Dit heeft tot gevolg dat de positie van werknemers bij een overgang van onderneming in een insolventieprocedure niet voorspelbaar is. Dit brengt dan ook rechtsonzekerheid met zich mee.

Wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement

De kern van het wetsvoorstel is een nieuwe wettelijke regeling inzake een overgang van onderneming in faillissement. Het doel van deze wettelijke regeling is om een overname van een onderneming die failliet is en tot de boedel behoort te faciliteren en daarbij meer rekening te houden met de belangen van de betrokken werknemers. Er wordt in het wetsvoorstel zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij de huidige regelgeving betreffende overgang van onderneming (artikelen 7:662 – 666a en 670 lid 8 BW).

Alle werknemers van rechtswege mee over met behoud van arbeidsvoorwaarden

De belangrijkste wijziging bij het wetsvoorstel is dat bij een overgang van onderneming in faillissement alle werknemers die bij de vervreemder in dienst zijn van rechtswege mee over gaan op de verkrijger, met behoud van arbeidsvoorwaarden (artikel 7:663 en artikel 7:666 lid 2 (nieuw) BW). Het voorgestelde artikel 7:666 lid 1 BW bepaalt dat, wanneer de curator op basis van artikel 40 FW de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd, de verkrijger alle werknemers een nieuwe arbeidsovereenkomst moet aanbieden

onder dezelfde arbeidsvoorwaarden als die bij de gefailleerde werkgever.¹¹

Uitzonderingsregel – bedrijfseconomische omstandigheden

Op de voorgaande regeling bestaat een belangrijke uitzondering. Als voorzienbaar is dat binnen 26 weken na de overname banen zullen vervallen ten gevolge van bedrijfseconomische omstandigheden is de nieuwe werkgever niet verplicht alle werknemers een arbeidsovereenkomst aan te bieden. In de Memorie van Toelichting is aangegeven dat bedrijfseconomische omstandigheden vergelijkbaar zijn met ETO-redenen in de zin van artikel 4 lid 1 van de Richtlijn. Bij bedrijfseconomische omstandigheden kan volgens de wetgevers gedacht worden aan een situatie die financieel onhoudbaar is, een verhuizing, of minder werk wegens verlies van klanten. De nieuwe werkgever zal moeten aantonen dat er sprake is van objectieve bedrijfseconomische omstandigheden die het noodzakelijk maken om maatregelen te treffen voor een doelmatige bedrijfsvoering, wanneer er sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden die leiden tot verlies van arbeidsplaatsen.¹²

Selectie werknemers

Onder de huidige wetgeving kan de nieuwe werkgever na een overname in faillissement het personeel willekeurig selecteren, aangezien er geen vaste selectiemethode bestaat. Wanneer er als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden arbeidsplaatsen vervallen, moet bepaald worden welke werknemers de nieuwe werkgever wel of niet mee over neemt. In een ministeriële regeling die het voorontwerp omvat, worden nadere regels gesteld over de selectiemethode (artikel 7:666b lid 8 BW). De nieuwe regeling tracht het selectieproces transparant te maken. Er worden twee methoden voorgesteld aan de hand waarvan het selectieproces moet plaatsvinden. De eerste methode is de inspiegelingsmethode. Deze methode is te vergelijken met het afspiegelingsbeginsel na ontslag op basis van bedrijfseconomische omstandigheden, maar dan omgekeerd. Bij de toepassing van de inspiegelingsmethode wordt er een breedte van 10% gehanteerd. De

verkrijger mag maximaal 10% van de werknemers die voor een dienstverband in aanmerking komen buiten beschouwing laten. Dit brengt onder meer met zich mee dat de verkrijger werknemers die bovengemiddeld presteren kan behouden. Verder is de verkrijger bij de toepassing van de inspiegelingsmethode verplicht alle werknemers te betrekken, dus ook langdurige zieke werknemers.

De tweede methode die toegepast kan worden is de alternatieve objectieve selectiemethode. Echter, is deze methode enkel geoorloofd mits de rechter-commissaris hiervoor toestemming geeft. De verkrijger dient aan de rechter-commissaris een ondernemingsplan voor te leggen waarin hij aannemelijk maakt dat het toepassen van deze methode noodzakelijk is om ook na de overname een doelmatige onderneming te kunnen voeren. Ook dient hij aan te tonen dat selectiecriteria die zijn voorgesteld objectief zijn. Verder moeten de selectiecriteria eenduidig, transparant en proportioneel zijn, meetbaar en controleerbaar zijn en op alle werknemers die een arbeidsovereenkomst hadden met de gefailleerde werkgever op dezelfde wijze worden toegepast.¹³

Een werknemer kan zich tot de kantonrechter wenden indien hij na de overname stelt dat hij ten onrechte geen arbeidsovereenkomst aangeboden heeft gekregen bij de nieuwe werkgever als gevolg van een onjuiste toepassing van de inspiegelingsmethode of de alternatieve selectiemethode. De werknemer kan eisen dat de verkrijger hem alsnog een arbeidsovereenkomst moet aanbieden met ingang van de datum van overgang of een door de kantonrechter te bepalen datum of aan hem een billijke vergoeding te betalen. Hierbij is aansluiting gezocht bij de bepaling in artikel 7:682 lid 1 BW.¹⁴

Verval concurrentiebeding

Onder de huidige wetgeving leidt faillissement van de onderneming en als gevolg daarvan de opzegging van het dienstverband niet automatisch tot verval van het concurrentiebeding. Het is van belang dat een werknemer die na overname in faillissement geen nieuwe arbeidsovereenkomst krijgt aangeboden bij de verkrijger

zo spoedig mogelijk een nieuwe baan kan vinden zonder dat hij beperkt wordt in zijn vrijheid. Daarom wordt in de Memorie van Toelichting voorgesteld aan artikel 7:653 BW een zesde lid toe te voegen, waarin is bepaald dat een concurrentiebeding automatisch vervalt.¹⁵

Conclusie

Het wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement leidt naar onze mening tot vele verbeteringen. De optie om de beschermingsregels inzake overgang van onderneming ook van toepassing te verklaren in faillissement doet recht aan de beschermingsgedachte die ten grondslag ligt aan het arbeidsrecht. Het heeft jaren geduurd voordat deze koerswijziging is omarmd. Niet iedereen is blij hiermee, het zal nog meer tijd en geld vergen om bij faillissement een bedrijf over te nemen als het personeel in dienst zal komen van de verkrijger.

Het feit dat de verkrijger alle werknemers, nadat hun dienstverband ex artikel 40 FW is opgezegd, een arbeidsovereenkomst moet aanbieden die ingaat op het moment van de overgang, is een verandering die positief is voor de werknemers die met ontslag bedreigd worden bij faillissement. De nieuwe werkgever is daarbij gehouden aan de arbeidsvoorwaarden die golden tussen de werknemer en de gefailleerde werkgever. Deze wijziging zal ervoor zorgen dat de werknemers die ten gevolge van de overgang in dienst treden bij de verkrijger beschermd worden tegen een achteruitgang van hun rechtspositie. Zoals naar voren is gekomen brengt het wetsvoorstel met zich mee dat werknemers die mee overgaan hun individuele arbeidsvoorwaarden, anciënniteit en daaraan verbonden transitievergoeding behouden. Werknemers hebben recht op het behoud van zaken als een dertiende maand en vakantiegeld. In beginsel geldt dit ook voor bedrijfsgebonden voorwaarden zoals bijvoorbeeld een abonnement op de sportschool in de buurt. Tevens wordt het rijden van een leaseauto aangemerkt als een arbeidsvoorwaarde die vatbaar is voor overgang en bovendien na de overgang niet zomaar gewijzigd kan worden. In de Memorie van Toelichting is geen duidelijkheid gegeven over de voorgestelde regeling ten aanzien van werknemers die na de overgang niet in

dienst treden bij de nieuwe werkgever als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden. Om die reden pleiten we meer duidelijkheid te verschaffen over het recht op transitievergoeding. Deze vergoeding zou overgenomen kunnen worden door het UWV middels de loongarantiereling of door het mogelijk opnieuw doen ontstaan van het recht op transitievergoeding.

Indien binnen 26 weken na de overgang voorzienbaar is dat arbeidsplaatsen zullen vervallen als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden, is de verkrijger niet verplicht alle werknemers over te nemen. Dat de wetgever heeft gekozen voor een uitzonderingsregel is naar mijn mening volkomen begrijp, gezien het feit dat het van belang is dat doorstarts plaats kunnen blijven vinden. Wanneer vaststaat dat arbeidsplaatsen komen te vervallen als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden, is de verkrijger verplicht de zogeheten inspiegelingsmethode of een alternatieve objectieve selectiemethode te hanteren aan de hand waarvan bepaald moeten worden in welke volgorde werknemers overgaan. Dit is een goede toevoeging. De voorgestelde selectiemethodes zorgen ervoor dat het zogenaamde 'cherry picken' wordt voorkomen en ook zwakkere of oudere werknemers beschermd worden.

Het automatisch vervallen van het concurrentiebeding is ook positief. In de praktijk zal er daarin weinig veranderen, aangezien uit de jurisprudentie blijkt dat werknemers na een ontslag als gevolg van faillissement beperkt aan een concurrentiebeding gehouden werden.

Vanuit insolventierechtelijk perspectief bestaat de vrees dat het wetsvoorstel de kans op een succesvolle doorstart aanzienlijk kleiner maakt en het behoud van arbeidsplaatsen na faillissement zal afnemen. Er wordt gewezen op de toename van het aantal verplichtingen en hogere kosten die de voorgestelde wetgeving als gevolg zal hebben. Indien er wel een doorstart gerealiseerd wordt, wordt verwacht dat deze hogere kosten ten koste gaan van de kooprijks

en er dus minder geld voor de crediteuren overblijft. Dit zijn geen verbazingwekkende reacties, gezien het feit dat doorstarters nu alle vrijheid hebben. Is dat rechtvaardig? Naar onze mening niet.

Gelet op het bovenstaande kan de conclusie worden getrokken dat de voorgestelde wetgeving de positie van werknemers in faillissement aanzienlijk zal verbeteren. In het wetsvoorstel worden de rechten van werknemers in insolventie aanzienlijk uitgebreid en wordt daarvoor een wettelijke basis gecreëerd. De Wet overgang van onderneming in faillissement zou een einde kunnen maken aan de onzekerheid die is ontstaan na het Smallsteps-arrest en de ontstellend zwakke positie van werknemers in faillissement. Tot slot is een tijdige behandeling van het wetsvoorstel in de Tweede Kamer noodzakelijk in verband met de naderende parlementsverkiezingen. Door een wisseling van kabinet is de kans aanwezig dat het wetsvoorstel niet aangenomen zou worden. Gezien het feit dat het wetsvoorstel de positie van werknemers bij overgang van onderneming bij faillissement positief zou gaan veranderen, is het daarom te hopen dat het wetsvoorstel spoedig naar de Tweede Kamer zal worden gestuurd.

Noten:

1. Mr. E. Cleijman heeft haar masterscriptie Rechtsgeleerdheid (arbeidsrecht) geschreven over dit onderwerp en is afgestudeerd aan de Universiteit van Tilburg.
2. Mr. A.D.M. van Rijs is werkzaam bij de Vakgroep Sociaal recht en Sociale Politiek van de Universiteit van Tilburg.
3. Wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement, www.internetconsultatie.nl, 29 mei 2019.
4. Loonstra & Zondag 2018, p. 533 en 534.
5. Hof 's-Hertogenbosch 17 juli 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB0038 (Astron).
6. Hof Amsterdam 18 oktober 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU6388.
7. Hof 's-Hertogenbosch 27 december 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BV0736 en Rb. Amsterdam 18 oktober 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:8240.
8. HvJ EG 14 september 2000, C-343/98 (Collino & Chiappero/ Telecom Italia).
9. HvJ EU 6 september 2011, C-108/10 (Scattolon).
10. HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV/Smallsteps).
11. Kamerstukken I, 2018/19, 34218, L, p. 10.
12. Kamerstukken I, 2018/19, 34218, L, p. 11.
13. Zie voor deze methodes Kamerstukken I, 2018/19, 34218 L, p. 16 en 17.
14. Kamerstukken I 2018/19, 34218 L, p. 20.
15. Kamerstukken I, 2018/19, 34218, p. 22.