

Regeling van de Minister voor Rechtsbescherming van [datum] 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 (Regeling overgang van onderneming in faillissement)

De Minister voor Rechtsbescherming,
Gelet op artikel 666b lid 8 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;
Besluit:

1. ALGEMENE BEPALINGEN

Artikel 1 Begripsbepalingen

In deze regeling wordt verstaan onder:

- a. curator: de curator, bedoeld in artikel 68, eerste lid, van de Faillissementswet;
- b. rechter-commissaris: de rechter-commissaris, bedoeld in artikel 64 van de Faillissementswet;
- c. gefailleerde werkgever: de werkgever, bedoeld in artikel 666b lid 1 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;
- d. onderneming: een onderneming behorende tot de boedel van een gefailleerde werkgever;
- e. overgang: een overgang als bedoeld in artikel 662 lid 2 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek;
- f. verkrijger: de verkrijger, bedoeld in artikel 666b lid 1 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek.

2. SELECTIEMETHODEN OP BASIS WAARVAN BEPAALD WORDT IN WELKE VOLGORDE WERKNEMERS DOOR DE VERKRIJGER EEN ARBEIDSOVEREENKOMST AANGEBODEN KRIJGEN

Artikel 2 Objectieve selectiemethoden

Voor het bepalen van de volgorde waarin de werknemers, bedoeld in artikel 666b lid 2, tweede volzin, en lid 4 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, een arbeidsovereenkomst aangeboden krijgen, hanteert de verkrijger:

- a. de inspiegelingsmethode, bedoeld in artikel 3, of
- b. een alternatieve selectiemethode als bedoeld in artikel 4, mits de rechter-commissaris bij zijn beslissing, bedoeld in artikel 176a, eerste lid, van de Faillissementswet, daar toestemming voor geeft.

Artikel 3 Inspiegelingsmethode

1. De verkrijger stelt de werknemer wiens arbeidsovereenkomst met de gefailleerde werkgever voor de faillietverklaring op basis van artikel 11 van de Ontslagregeling als laatste in aanmerking kwam voor opzegging of ontbinding, als eerste in de gelegenheid zijn vroegere werkzaamheden in de onderneming te hervatten, met dien verstande dat:
 - a. daarbij wel toepassing wordt gegeven aan de artikelen 13, 14, 15 en 17 van de Ontslagregeling, maar niet aan artikel 16 van die regeling, en

- b. in afwijking van artikel 12 van die regeling wordt uitgegaan van de werknemers die op de dag dat de gefailleerde werkgever in staat van faillissement is verklaard, werkzaam zijn binnen een categorie uitwisselbare functies in de onderneming die na de overgang wordt voortgezet of hervat.

Als een werknemer geen gebruik maakt van die gelegenheid stelt de verkrijger telkens de werknemer wiens arbeidsovereenkomst met de gefailleerde werkgever daarna als laatste in aanmerking kwam voor opzegging of ontbinding in de gelegenheid zijn vroegere werkzaamheden in de onderneming te hervatten.

2. Bij de toepassing van het eerste lid mag ten hoogste 10% van het totale aantal werknemers van de gefailleerde werkgever buiten beschouwing blijven. Dit aantal wordt naar boven afgerond.

Artikel 4 Alternatieve objectieve selectiemethode

De rechter-commissaris geeft toestemming tot het hanteren van een alternatieve selectiemethode, als:

- a. de beoogd verkrijger in een ondernemingsplan aannemelijk maakt dat het hanteren van deze methode in plaats van de inspiegelingsmethode noodzakelijk is om tot een doelmatige bedrijfsvoering te komen, en
- b. deze methode ertoe leidt dat de volgorde waarin de werknemers een arbeidsovereenkomst aangeboden krijgen, bepaald wordt op een transparante, proportionele, objectieve en niet-discriminerende wijze, met behulp van in het ondernemingsplan aangekondigde selectiecriteria.

3. SCHULDEN DIE NIET MEE OVERGAAN BIJ DE OVERGANG

Artikel 5 Schulden die niet mee overgaan op de verkrijger

Onder de schulden, bedoeld in artikel 666b lid 7 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, worden verstaan schulden van de gefailleerde werkgever jegens de werknemers, bedoeld in lid 1 van genoemd artikel, of jegens derden ten behoeve van de werknemers, die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomsten met deze werknemers en die op het moment van de overgang reeds bestaan, waaronder in ieder geval:

- a. loon als bedoeld in artikel 616 van voornoemd wetboek;
- b. een vergoeding voor vakantie en verlof als bedoeld in artikel 634 van voornoemd wetboek, en
- c. andersoortige contractueel overeengekomen financiële aanspraken zoals toeslagen op het loon, aanvullende uitkeringen, onkostenvergoedingen en bonussen.

4. SLOTBEPALINGEN

Artikel 6 Citeertitel

Deze regeling wordt aangehaald als: Regeling overgang van onderneming in faillissement.

Artikel 7 Inwerkingtreding

Deze regeling treedt in werking met ingang van [datum].

Deze regeling zal met de toelichting in de Staatscourant worden geplaatst.

's-Gravenhage, [datum]

De Minister voor Rechtsbescherming,

TOELICHTING

Algemeen

De Wet overgang van onderneming in faillissement bevat een wettelijke regeling betreffende de positie van werknemers bij een overgang van een onderneming in faillissement. Een belangrijk deel van de wettelijke regeling is opgenomen in artikel 666b van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Deze ministeriële regeling ziet op het volgende.

Kort gezegd, is in de Wet overgang van onderneming in faillissement bepaald dat werknemers die ten tijde van de faillietverklaring in dienst zijn bij de gefailleerde werkgever en werken in de onderneming, 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 deze werknemers niet in dienst te nemen. Alleen als er bij de overgang arbeidsplaatsen verdwijnen en dit het gevolg is van bedrijfseconomische omstandigheden, is het de verkrijger toegestaan minder werknemers over te nemen. Gaan er bij de overgang arbeidsplaatsen verloren en is er dus niet voor iedereen werk, dan dient op basis van artikel 7:666b lid 2, derde volzin, BW op een objectieve manier bepaald te worden welke werknemers wel en niet in de gelegenheid worden gesteld om in de onderneming werkzaam te blijven. Blijkt binnen 26 weken na de overgang dat er toch werk is voor meer werknemers en ontstaat er binnen de onderneming een vacature voor dezelfde werkzaamheden die voor de overgang werden verricht door werknemers die – door het voorziene verval van arbeidsplaatsen – nog niet bij de verkrijger in dienst zijn getreden, dan moet de verkrijger één van die werknemers een dienstverband aanbieden op basis waarvan hij alsnog zijn vroegere werkzaamheden binnen de onderneming kan hervatten (artikel 7:666b lid 4). Welke werknemer als eerste een aanbod moet krijgen, moet worden bepaald op basis van de selectiemethode die eerder al werd gehanteerd bij de selectie van de werknemers die op het moment van de overgang bij de verkrijger in dienst zijn getreden. In artikel 7:666b lid 8 is bepaald dat over deze objectieve selectiemethode bij ministeriële regeling regels gesteld worden.

Verder is in artikel 7:666b lid 7 bepaald dat de schulden die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten en die al voor de overgang bestonden niet mee overgaan op de verkrijger. In artikel 7:666b lid 8 BW is voorgeschreven dat in een ministeriële regeling nader zal worden geregeld om welke schulden het kan gaan.

De gevolgen van de nieuwe wettelijke regeling voor de verwerking van persoonsgegevens en de lasten voor het bedrijfsleven en burgers zijn uitvoerig behandeld in de memorie van toelichting bij de Wet overgang van onderneming in faillissement. Deze ministeriële regeling brengt hierin geen wijziging. Daarom wordt wat deze aspecten van de regeling betreft volstaan met een verwijzing naar de paragrafen 4 en 5 van de memorie van toelichting.

Artikelsgewijs

Artikel 1

In artikel 1 wordt een aantal begrippen gedefinieerd waarnaar in de regeling wordt verwezen.

Onderdelen a en b

In onderdelen a en b wordt geregeld wat voor de toepassing van deze regeling onder curator en rechter-commissaris moet worden verstaan.

Onder curator wordt verstaan, de curator die in de faillissementsprocedure door de rechtbank is benoemd. De curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel. Zo kan de curator bijvoorbeeld een koopovereenkomst sluiten met een beoogd verkrijger voor de verkoop van de onderneming die tot de boedel van de failliet behoort, onder de voorwaarde van het verkrijgen van de toestemming van de rechter-commissaris. Verder omvat artikel 40 van de Faillissementswet (Fw) een bijzondere ontslagregeling op grond waarvan de curator de arbeidsovereenkomsten van de werknemers van de gefailleerde werkgever kan opzeggen. In de praktijk doet de curator dit meestal zo spoedig mogelijk na het uitspreken van het faillissement, zodat de loongarantieregeling in werking kan treden en doorbetaling van het loon van de werknemers gedurende de opzegtermijn van maximaal zes weken veilig wordt gesteld.

Bij de rechter-commissaris wordt bedoeld op de rechter-commissaris die na de faillietverklaring wordt aangesteld om toezicht te houden op de curator en die de curator toestemming kan verlenen voor een verkoop van de onderneming.

Onderdeel c

Onderdeel c regelt wat moet worden verstaan onder een gefailleerde werkgever. Anders dan bij een reguliere overgang van onderneming is bij een overgang van onderneming in faillissement geen sprake van een 'gewone werkgever', maar van een 'gefailleerde werkgever' die het beheer en de beschikking over de onderneming heeft overgedragen aan de curator zodra deze is benoemd (artikel 7:666b lid 1 BW).

Onderdeel d

In dit onderdeel wordt een definitie gegeven van de onderneming die in deze regeling wordt bedoeld. Het betreft de onderneming die onderdeel uitmaakt van de boedel van de gefailleerde werkgever.

Onderdeel e

In onderdeel e wordt voor wat betreft de beschrijving van het begrip 'overgang' aangesloten bij de definitiebepaling die is opgenomen in artikel 7:662 BW. In lid 2, onderdeel a, is het begrip overgang gedefinieerd als: *"de overgang, ten gevolge van een overeenkomst, een fusie of een splitsing, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt."* Hierbij is verder van belang dat in artikel 7:662 lid 3 is bepaald: *"Voor de toepassing van deze afdeling wordt een vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging beschouwd als een onderneming"*. Als niet de gehele onderneming wordt overgenomen, maar een aantal onderdelen of vestigingen, dan is dus nog steeds sprake van een overgang, mits de desbetreffende onderdelen of vestigingen aangemerkt kunnen worden als *"een economische eenheid die haar identiteit behoudt"*.

Onderdeel f

Onderdeel f regelt wat moet worden verstaan onder verkrijger. De verkrijger is iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon die de onderneming, die deel uitmaakt van de boedel van de gefailleerde werkgever, overneemt en hervat in het kader van een overgang van onderneming in faillissement als bedoeld in artikel 7:666 lid 2 BW.

Artikel 2

Als er bij de overgang – wegens bedrijfseconomische omstandigheden – arbeidsplaatsen verloren gaan en er dus niet voor alle werknemers werk is, dan dient op basis van artikel 7:666b lid 2, derde volzin, BW op een objectieve manier bepaald te worden welke werknemers wel en niet in de gelegenheid worden gesteld om in de onderneming werkzaam te blijven. Dit geldt ook als er binnen 26 weken na de overgang een vacature ontstaat voor werkzaamheden die voor de overgang werden verricht door een werknemer die bij de overgang geen arbeidsovereenkomst aangeboden heeft gekregen (artikel 7:666b lid 4 BW).

Artikel 2 schrijft voor dat de verkrijger in beginsel de inspiegelingsmethode hanteert. Deze methode is verder uitgewerkt in artikel 3. Met toestemming van de rechter-commissaris kan de verkrijger een alternatieve selectiemethode toepassen. De rechter-commissaris geeft alleen toestemming als voldaan is aan de voorwaarden genoemd in artikel 4.

Artikel 3

Lid 1

De inspiegelingsmethode houdt – kort gezegd – het volgende in. Als er binnen een categorie onderling uitwisselbare functies arbeidsplaatsen behouden blijven, komt per leeftijdsgroep binnen die categorie de werknemer die buiten faillissement als laatste in aanmerking zou komen voor ontslag, als eerste in aanmerking voor een baan bij de verkrijger. Daarbij gaat het om uitwisselbare functies als bedoeld in artikel 13 van de Ontslagregeling; dat wil zeggen functies die 1) met elkaar vergelijkbaar zijn voor zover het gaat om de inhoud van de functie en de daarvoor vereiste kennis, vaardigheden en competenties en 2) die gelijkwaardig zijn wat betreft het niveau van de functie en de daarbij behorende beloning.

Als die werknemer de baan niet aanvaardt, moet de verkrijger de werknemer die daarna als laatste voor ontslag in aanmerking zou zijn gekomen als eerste een baan aanbieden en zo verder. Bij de inspiegelingsmethode wordt zoveel mogelijk aangesloten bij de paragrafen 4 tot en met 7 van de Ontslagregeling (de artikelen 11, 13 – 15 en 17) over het bepalen van de volgorde van ontslag bij het vervallen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden. Daarbij gaat het in het bijzonder om het in deze artikelen geregelde afspiegelingsbeginsel en de wederindienstredingsvoorwaarde na ontslag op bedrijfseconomische gronden. Bij de inspiegelingsmethode is in feite sprake van een omgekeerde toepassing van het afspiegelingsbeginsel. Dit betekent dat de jurisprudentie die op basis van de hiervoor genoemde artikelen uit de Ontslagregeling tot ontwikkeling is gekomen en nog komt over het afspiegelingsbeginsel en de wederindienstredingsvoorwaarde, ook relevant is in het kader van de toepassing van de nieuwe regels met betrekking tot de selectie van werknemers die bij een overgang in faillissement door de verkrijger een baan aangeboden moeten krijgen. Ditzelfde geldt voor de uitleg die het UWV heeft gegeven over de toepassing van deze bepalingen in de Uitvoeringsregels Ontslag om bedrijfseconomische omstandigheden.

Zoals eerder is opgemerkt, kan de nieuwe wettelijke regeling ook van toepassing zijn bij de overgang van een onderdeel of bedrijfsvestiging van de onderneming. De inspiegelingsmethode wordt dan toegepast binnen dit onderdeel of deze bedrijfsvestiging van de onderneming.

De inspiegelingsmethode is niet van toepassing als een unieke functie of een gehele categorie uitwisselbare functies komt te vervallen. In de situatie dat een deel van de functie terugkomt in een nieuwe functie, is hiervoor in artikel 9 Ontslagregeling een regeling getroffen die uitgaat van 'omgekeerd spiegelen'. De toelichting bij dit artikel vermeldt het volgende: *“Echter, in een situatie waarin een categorie uitwisselbare functies wordt opgeheven en een deel van de werkzaamheden wordt voortgezet in een andere (niet met de vervallen functie uitwisselbare; zie artikel 13 [Ontslagregeling]) functie, ligt het in de rede dat de werknemer die hiervoor geschikt is en op grond van het afspiegelingsbeginsel als laatste voor ontslag in aanmerking zou komen, als eerste in de gelegenheid wordt gesteld deze functie – na sollicitatie – te aanvaarden.”* De inspiegelingsmethode sluit hier bij aan.

In artikel 3 wordt eveneens nauw aangesloten bij de systematiek van artikel 19 van de Ontslagregeling. Dit artikel ziet op de situatie waarin buiten faillissement meer dan één arbeidsovereenkomst met betrekking tot dezelfde werkzaamheden wegens bedrijfseconomische omstandigheden is opgezegd of ontbonden. Als nadien binnen de onderneming een vacature ontstaat voor dezelfde of vergelijkbare werkzaamheden waarvoor arbeidsplaatsen zijn komen te vervallen op grond van bedrijfseconomische omstandigheden, moet de werkgever de werknemer van wie de arbeidsovereenkomst op grond van het afspiegelingsbeginsel als laatste in aanmerking kwam voor opzegging of ontbinding, als eerste in de gelegenheid stellen zijn vroegere of vergelijkbare werkzaamheden te hervatten. Deze situatie vertoont sterke gelijkenis met de situatie waarin in faillissement een bedrijfsovername plaatsvindt.

- In het kader van artikel 19 Ontslagregeling is sprake van een opzegging van meerdere arbeidsovereenkomsten met werknemers die dezelfde soort werkzaamheden verrichtten vanwege bedrijfseconomische omstandigheden. Na verloop van tijd ontstaan er – bijvoorbeeld omdat de markt weer aantrekt en de bedrijfseconomische omstandigheden daardoor verbeteren – voor dezelfde soort werkzaamheden waarvoor arbeidsplaatsen zijn vervallen weer vacatures binnen de onderneming.
- Bij artikel 7:666b lid 2 en 4 BW is sprake van een collectief ontslag op basis van artikel 40 Fw van het personeel van een gefailleerde werkgever door de curator. Nadien vindt er in faillissement een overname plaats van de onderneming van de gefailleerde werkgever waarbij arbeidsplaatsen behouden blijven.

In beide situaties is het de bedoeling dat op een objectieve en transparante manier bepaald wordt welke 'oud'-werknemers wel en niet in de gelegenheid worden gesteld om hun vroegere of vergelijkbare werkzaamheden in de onderneming te hervatten.

Een relevante vraag bij het toepassen van de inspiegelingsmethode is wat de peildatum is aan de hand waarvan de indeling van werknemers in verschillende leeftijdsgroepen moet plaatsvinden. Lid 1 bepaalt, in afwijking van wat is bepaald in artikel 12, leden 1, 2 en 3, Ontslagregeling, als peildatum voor toepassing van de inspiegelingsmethode de dag dat de gefailleerde werkgever in staat van faillissement is verklaard. De werknemers die op dat moment in dienst zijn bij de gefailleerde werkgever komen in aanmerking voor het invullen van de arbeidsplaatsen die behouden blijven bij de overgang. Dit sluit aan bij de doelstelling van de Wet overgang van onderneming in faillissement.

Eveneens is artikel 17 Ontslagregeling van overeenkomstige toepassing verklaard zodat er geen verschil ontstaat met het bepalen van de ontslagvolgorde buiten faillissement. De rangorde tussen de vijf groepen werknemers wordt zo bij de inspiegelingsmethode ook meegenomen zodat bij inspiegelen dezelfde volgorde van het aanbieden van een arbeidsovereenkomst ontstaat, als spiegelbeeld van de ontslagvolgorde die zou ontstaan bij een ontslagsituatie buiten faillissement.

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de Wet overgang van onderneming is nader toegelicht hoe de inspiegelingsmethode in praktische zin het best kan worden toegepast.

Lid 2

Uit lid 2 volgt dat bij de inspiegelingsmethode een bandbreedte wordt gehanteerd van 10%. Zoals is toegelicht in de paragrafen 3.3 en 3.5 van de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel inzake de Wet overgang van onderneming in faillissement mag de verkrijger ten hoogste 10% van de werknemers die voor een dienstverband in aanmerking komen, buiten de toepassing van de inspiegelingsmethode houden. Dit betekent dat hij 10% van de werknemers in dienst mag nemen terwijl zij volgens de inspiegelingsmethode niet in aanmerking zouden komen voor een dienstverband. Dit kan de verkrijger bewust doen om bepaalde werknemers die bovengemiddeld presteren of die naar verwachting over een meer dan gemiddelde potentie beschikken voor de toekomst, te behouden voor de onderneming. Het is ook mogelijk dat bepaalde werknemers onbewust en per ongeluk buiten de selectie zijn gevallen. Op basis van artikel 7:666b lid 5 BW 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.

Artikel 4

Zoals eerder is toegelicht, wordt bij de selectie van de werknemers die na de overgang in de onderneming werkzaam kunnen blijven de inspiegelingsmethode als uitgangspunt genomen. Tegelijkertijd biedt de wet ruimte om hiervan af te wijken, mits de rechter-commissaris daar toestemming voor geeft. De rechter-commissaris geeft alleen toestemming als:

- a. de beoogd verkrijger in een ondernemingsplan aannemelijk maakt dat het hanteren van deze methode noodzakelijk is om tot een doelmatige bedrijfsvoering te komen, en
- b. deze methode ertoe leidt dat de volgorde waarin de werknemers een arbeidsovereenkomst aangeboden krijgen, bepaald wordt op een transparante, proportionele, objectieve en niet-discriminerende wijze, met behulp van in het ondernemingsplan aangekondigde selectiecriteria.¹

¹ In dit kader is inspiratie opgedaan bij artikelen 2.99 en 2.100 van de Aanbestedingswet. Overheidsinstellingen die bedrijven een opdracht willen laten uitvoeren, moeten zich houden aan wettelijke aanbestedingsprocedures waarbinnen potentiële gegadigden in staat worden gesteld om mee te dingen naar de opdracht. Als gekozen is voor een niet-openbare aanbestedingsprocedure, mag de overheidsinstelling het totaal aantal geschikte gegadigden dat zich heeft gemeld, met behulp van selectiecriteria terugbrengen tot een kleinere groep. Deze groep krijgt vervolgens gelegenheid om een meer gedetailleerde offerte uit te brengen. De aanbestedingswet stelt hieraan wel als voorwaarde dat de selectie van de gegadigden moet plaatsvinden op een objectieve en non-discriminatoire wijze met behulp van selectiecriteria en een wijze van weging van deze criteria die vooraf kenbaar zijn gemaakt.

Een doelmatige bedrijfsvoering wil zeggen dat een bedrijf zo is ingericht dat het voortbestaan daarvan ook op langere termijn zoveel mogelijk verzekerd is.

In de memorie van toelichting bij de Wet overgang van onderneming is nader toegelicht wat in dit kader van de verkrijger wordt verwacht.

Artikel 5

In artikel 7:666b lid 7 BW is bepaald dat de schulden van de gefailleerde werkgever die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten en al voor de faillietverklaring bestonden bij de overgang niet mee overgaan op de verkrijger. Schulden zijn in dit geval verplichtingen van de failliete werkgever om datgene te voldoen waartoe hij tegenover een werknemer dan wel een derde partij uit hoofde van de arbeidsovereenkomst met de werknemer gehouden is. Kort gezegd, gaat het om achterstallige betalingen en opgebouwde vorderingen van de werknemer jegens de gefailleerde werkgever die op het moment van de overgang nog niet zijn voldaan. In ieder geval betreft het al hetgeen de failliete werkgever op basis van de arbeidsovereenkomst aan de werknemer verschuldigd is. Daarnaast betreft het ook aan derden (zoals een Pensioenfonds) verschuldigde bedragen ten behoeve van de werknemer die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst. Artikel 5 omvat een niet limitatieve opsomming van de schulden waar het hier om gaat. Bedoeling is dat deze bepaling in overleg met de praktijk nog nader wordt uitgewerkt in een checklist.