

REACTIE INSOLAD OP HET WETSVOORSTEL TOT WIJZIGING VAN DE WET FINANCIERING SOCIALE VERZEKERINGEN, DE ZIEKTEWET EN DE WET WERK EN INKOMEN NAAR ARBEIDSVERMOGEN IN VERBAND MET NADERE REGELS INZAKE EEN OVERGANG VAN ONDERNEMING

1. INLEIDING

1.1 Geachte mevrouw Kool,

Allereerst veel dank voor de mogelijkheid om schriftelijk te reageren op het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet financiering sociale verzekeringen, de Ziektewet en de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen in verband met nadere regels inzake een overgang van onderneming (het **Wetsvoorstel**).

1.2 Op vrijdag 12 januari 2024 vond er een teams-overleg plaats tussen ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, ministerie van Justitie en Veiligheid, Belastingdienst, de vereniging voor Jonge InsolventieRecht Advocaten (**JIRA**) en de Vereniging voor Insolventierecht Advocaten (**INSOLAD**) over het Wetsvoorstel.

1.3 Gedurende dit overleg zijn (mede) namens INSOLAD grote zorgen geuit op het Wetsvoorstel. In het hiernavolgende zullen wij de door INSOLAD genoemde bezwaren – kort – uiteenzetten.

2. INLEIDING

2.1 Wij begrijpen dat met het Wetsvoorstel wordt beoogd om werkgevers eerder te informeren over de vaststelling van het percentage van de overgang van een onderneming en daartoe wettelijk vast te leggen dat de inspecteur van de Belastingdienst over de vaststelling van de overgang van een onderneming beschikkingen afgeeft, zodra de Belastingdienst op de hoogte is van de overgang. Om ervoor te zorgen dat een overgang van een onderneming tijdig vastgesteld kan worden, wordt in het Wetsvoorstel een meldplicht voor ondernemingen expliciet opgenomen en wordt er ook een boeteclausule opgenomen.

2.2 Tijdens het overleg is aan de zijde van het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aangegeven dat de voorbereiding van het Wetsvoorstel in vergevorderd stadium is (de consultatie is op 26 juni 2020 gesloten) en dat wijzigingen daarom nauwelijks mogelijk zijn. Desalniettemin heeft het ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid alsnog INSOLAD en JIRA om hun zienswijze gevraagd nu het wetsvoorstel ook ziet op een doorstart uit faillissement.

3. WETSVOORSTEL

3.1 De belangrijkste wijziging is neergelegd in het nieuw beoogde artikel 38ab Wet financiering sociale verzekering (**Wfsv**):

Artikel 38ab. Meldplicht en beschikking overgang van een onderneming

1. De werkgever die een onderneming of een deel daarvan overdraagt en de werkgever die deze onderneming of dat deel daarvan verkrijgt, doen bij de inspecteur melding van een overgang van een onderneming in de zin van artikel 662 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Deze melding van de overgang van een onderneming wordt gedaan binnen twee

weken na de datum waarop de overdracht en verkrijging van kracht worden, door middel van een daartoe door de inspecteur ter beschikking gesteld formulier.

2. *In geval van een overgang van een onderneming in de zin van artikel 662 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, alsmede in geval van een dergelijke overgang bij faillissement, stelt de inspecteur bij voor bezwaar vatbare beschikking vast in welke mate en per welke datum sprake is van een overgang van een onderneming.*
3. *Indien de in het eerste lid bedoelde werkgevers de in dat lid bedoelde melding niet juist, onvolledig dan wel niet binnen de gestelde termijn doen, vormt dit een verzuim ter zake waarvan de inspecteur hen een bestuurlijke boete van ten hoogste € 1.319 kan opleggen. De bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete vervalt door verloop van vijf jaar na het einde van het kalenderjaar waarin de overgang van onderneming heeft plaatsgevonden. Artikel 67cb van de Algemene wet rijksbelastingen is van overeenkomstige toepassing op het in de eerste zin genoemde bedrag.*

4. REACTIE OP HET WETSVOORSTEL

- 4.1 Voordat wordt ingegaan op het Wetsvoorstel, wordt het navolgende opgemerkt.
- 4.2 INSOLAD begrijpt dat op grond van de thans bestaande wet- en regelgeving, ook in geval van een doorstart uit faillissement, dit gevolgen kan hebben voor de toerekening van lasten (op grond van de ZW en de Werkhervattingsregeling gedeeltelijk arbeidsgeschikten in de Wet werk en inkomen naar arbeidsvermogen) aan de overdrager (de curator) en de toerekening van die lasten aan de overnemer (de doorstarter). De Belastingdienst stelt het percentage van de overgang van een onderneming vast en registreert deze overgang. Dit overgangsperscentage wordt vervolgens door de Belastingdienst en UWV toegepast bij de toerekening van WGA-uitkeringen. Op dit moment deelt de Belastingdienst het percentage van de overgang echter niet mee aan de betrokken ondernemingen. Daarnaast wordt een overgang van een onderneming op dit moment geregeld kennelijk niet tijdig ontdekt doordat geen sprake is van een meldplicht.
- 4.3 De inspecteur stelt in geval van overgang van een onderneming in de zin van artikel 7:662 BW, alsmede van een dergelijke overgang bij faillissement, de opslag of korting, opnieuw bij voor bezwaar vatbare beschikking vast voor de werkgever die (i) een onderneming of een deel daarvan verkrijgt en (ii) een deel van zijn onderneming overdraagt.¹
- 4.4 INSOLAD benadrukt dat bij de overname en de realisatie van de voortzetting van een onderneming vaak grote spoed is geboden. Immers alleen dan kan een doorstart met relatief weinig kapitaalvernietiging worden gerealiseerd. Het moge duidelijk zijn dat een doorstart uit macro-economisch perspectief gunstig is, maar ook goed is voor het behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid, niet alleen bij de ondernemingen die worden overgedragen, maar ook bij andere bedrijven die van de overgedragen onderneming afhankelijk zijn, zoals toeleveranciers, en die anders in de val van het failliete bedrijf kunnen worden meegesleept.
- 4.5 Door de toerekening van lasten ook van toepassing te laten zijn in geval van een overgang van onderneming vanuit faillissement, brengt dit een extra hobbel met zich tijdens het toch al zo onder druk staande onderhandelingsproces over een mogelijke doorstart. Immers de doorstarter zal materialiteit van het mogelijke risico inzichtelijk willen krijgen. Gebleken is

¹ Artikel 38 lid 4 Wfsv.

dat deze gewenste inzichtelijkheid, niet (snel) kan worden verstrekt.² De administratie zal niet voorhanden zijn voor een curator en de ondersteuning binnen een onderneming in faillissement laat vaak te wensen over. Daarnaast bestaat er veel onduidelijkheid over de vraag wanneer er sprake is van een overgang van een onderneming dan wel een gedeeltelijke overdracht van onderneming vanuit civielrechtelijk perspectief. Korthedshalve verwijzen hiervoor naar onder meer de reeds verschenen consultatiereacties, waarin dit uitvoerig aan de orde wordt gesteld.

- 4.6 Wij begrijpen dat de toerekening van de lasten en de vaststelling van de premie (ook in geval van faillissement) op grond van reeds bestaande wet- en regelgeving plaats zou moeten vinden. Echter, het is naar onze mening te kort door te bocht om te stellen dat het Wetsvoorstel niets meer beoogd dat *“twee maatregelen om de kwaliteit van de registratie bij overgang van een onderneming te verbeteren”*. Naar onze inschatting³ is de huidige wet- en regelgeving relatief onbekend bij curatoren en insolventierechtadvocaten.
- 4.7 De huidige praktijk is dan ook dat er (nagenoeg) geen overgang van ondernemingen na een doorstart van faillissement zijn geregistreerd door de Belastingdienst en dat de werking en de gevolgen van deze wetgeving nog niet (ten volle) door de insolventiepraktijk is gevoeld. De Belastingdienst volgt dit ook niet op en heeft naar wij weten zelf ook nimmer deze wet toegepast of uitgevoerd.
- 4.8 Met betrekking tot het Wetsvoorstel wordt het navolgende opgemerkt.
- 4.9 Het Wetsvoorstel kent weinig bekendheid. Dit blijkt onder meer uit het feit dat er geen enkele consultatiereacties zijn gekomen van belangenverenigingen, insolventierechtadvocaten of curatoren. De onbekendheid blijkt ook uit het feit dat zelfs het ministerie van Justitie en Veiligheid niet op de hoogte was van deze voorgenomen wetswijziging. INSOLAD betreurt deze gang van zaken. Juist in de afgelopen jaren zijn er veel consultaties geweest en is nieuwe wetgeving is verschenen onder meer als gevolg van het wetgevingsprogramma ‘Herijking Faillissementsrecht’ (bijvoorbeeld de recent ingevoerde Wet Homologatie Onderhands Akkoord). Hierbij zijn de diverse belangenverenigingen altijd betrokken door het ministerie van Justitie en Veiligheid. Het “geruisloos” invoeren door het ministerie van Sociale Zaken van een meldplicht voor een curator en daaraan een boete koppelen past hier niet bij en past evenmin binnen het huidige wetgevingsprogramma. Maar ook om andere redenen heeft INSOLAD bezwaar tegen het wetsvoorstel.
- 4.10 Allereerst wordt opgemerkt dat de meldplicht rust op de werkgever die een onderneming of een deel daarvan overdraagt en de werkgever die deze onderneming of dat deel daarvan verkrijgt. Nergens blijkt dat deze verplichting, bij faillissement, komt te rusten op de curator. Het is niet een gegeven dat de curator alle verplichtingen van de werkgever overneemt.
- 4.11 Voorts past de meldingsplicht niet bij de taak van de curator. Naar geldend recht behartigt de curator de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, waarbij hij ook op andere, met name maatschappelijke, belangen (zoals behoud van werkgelegenheid) acht mag – of bij het bestrijden van onregelmatigheden moet – slaan. Bovendien staat het invoeren van een extra taak voor de curator, waarmee niet de belangen van de gezamenlijke schuldeisers worden gediend, haaks op de zogeheten lege boedelproblematiek. Korthedshalve verwijzen wij

² J. Post en C. Chaoui: *‘Overgang van onderneming’ in het eigenrisicodrageregime*, MBB 2022/53, zie onder meer paragraaf 5.

³ Hier wordt een voorbehoud gemaakt omdat het vanwege de korte termijnen niet mogelijk was om dit onder de INSOLAD-leden te toetsen.

hiervoor naar het Consultatiedocument betreffende het insolventierecht, waarin deze problematiek nadrukkelijk wordt genoemd.

- 4.12 Ten slotte maken wij ons grote zorgen op het effect van het Wetsvoorstel op het realiseren van doorstarts uit faillissement. Korthedshalve verwijzen wij hiervoor naar hetgeen onder paragraaf 3 is opgemerkt.

5. TENSLOTTE

- 5.1 Hoewel vooraf aan de zijde van het ministerie van Sociale Zaken is aangegeven dat het wetgevingstraject in een zeer vergevorderd stadium is, verzoeken wij u namens INSOLAD vriendelijk om uw aandacht voor de bovenstaande reactie en het Wetsvoorstel te heroverwegen met name tegen (i) de achtergrond van de taak van de curator en (ii) het maatschappelijk belang van een goed werkende doorstart (zonder de belemmeringen en boetes zoals opgenomen in het Wetsvoorstel).