

GEÛPLOAD VIA WWW.INTERNETCONSULTATIE.NL

Ministerie van Justitie en Veiligheid
t.a.v. de heer F.M. Weerwind
Minister voor Rechtsbescherming
Postbus 20301
2500 EN DEN HAAG

R.M. Leeuwenburgh
advocaat | partner
T +31 (0)10 261 75 00
r.leeuwenburgh@windtlegal.com

Rotterdam, 15 maart 2022

Mijnheer de minister,

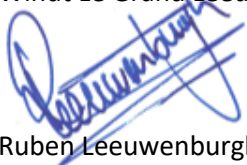
Met deze brief maken wij gebruik van de gewaardeerde gelegenheid te reageren op het consultatiedocument insolventierecht.

Verder zijn wij graag bereid deel te nemen aan eventuele werkgroepen die worden ingesteld in het vervoltraject.

Inhoudsopgave

1.	WHOA en surseance of faillissement (vragen 7 t/m 9)	2
2.	Horen door de rechter-commissaris (vraag 14)	4
3.	Verbetering positie concurrente schuldeisers (vraag 15)	6
4.	Carve-out (vraag 16)	7
5.	Reserveren voor faillissement (vraag 17)	8
6.	Maatregelen tegen 'lege boedel'- problematiek (vraag 18)	9
7.	Aandachtspunten Wovof	11

Hoogachtend,
Windt Le Grand Leeuwenburgh B.V.



Ruben Leeuwenburgh
advocaat | partner

1. WHOA EN SURSEANCE OF FAILLISSEMENT (VRAGEN 7 T/M 9)

1.1. Vragen 7 t/m 9

1. In hoeverre ziet u een meerwaarde voor de surseanceregeling naast de door de WHOA geïntroduceerde besloten en openbare akkoordprocedures? (vraag 7)
2. Welke mogelijkheden ziet u om de effectiviteit van de surseanceregeling te verbeteren en hoe kijkt u in dit verband aan tegen de voorstellen die Insolad eerder heeft gedaan? (vraag 8)
3. In hoeverre ziet u naast de door de WHOA geïntroduceerde besloten en openbare akkoordprocedures nog een meerwaarde voor de regeling betreffende het faillissementsakkoord? (vraag 9)

1.2. Antwoord vraag 7

4. Wij zien meerwaarde in het surseanceakkoord in de gevallen waarin dat de enige mogelijkheid is om in surseance tot een dwangakkoord te kunnen komen (en het dus niet mogelijk is om een WHOA-akkoord aan te bieden gedurende surseance, zoals wij hierna zullen opperen).

1.3. Toelichting

5. Een aantal aspecten van de surseance van betaling die haar onderscheiden van de WHOA-procedures¹ zorgen ervoor dat in voorkomende gevallen de surseance van betaling de voorkeur kan hebben boven een WHOA-procedure. Een recent voorbeeld daarvan is het Steinhoff surseance-akkoord.² Dat neemt niet weg dat versterking van de surseanceregeling daarbij wel is toe te juichen (zie ons antwoord op de volgende vraag, vraag 8).
6. Wij kunnen ons gevallen voorstellen waarin het feit dat een bewindvoerder wordt benoemd met bevoegdheden met betrekking tot de boedel, een voordeel kan zijn. Bestuurders kunnen daar comfort aan ontleen (aansprakelijkheidsrisico's) en schuldeisers en andere derden zullen daardoor wellicht ook meer vertrouwen in de gang van zaken hebben.³ Datzelfde geldt voor het toezicht door de rechter-commissaris, die ook nu reeds in (vrijwel) alle surseances wordt benoemd. Door dit voortdurende toezicht en de zwaardere stemvereisten in surseance is ook te billijken dat het aan te bieden akkoord in surseance met minder formele vereisten is omgeven (voor een WHOA-akkoord gelden [artikel 375](#) en [artikel 384 Faillissementswet](#) en voor een surseanceakkoord geldt [artikel 272 Faillissementswet](#) met minder (verstreckende)

¹ De besloten akkoordprocedure buiten faillissement en de openbare akkoordprocedure buiten faillissement.

² Rechtbank Amsterdam 23 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3197, JOR 280/2021, m.nt. R.J. van Galen. In dat geval is voor surseance van betaling gekozen omdat de openbare WHOA-procedure nog niet was opgenomen op Annex A van de Europese Insolventieverordening. Niettemin blijkt uit die casus wel dat de surseance van betaling nog steeds 'werkt' wanneer deze goed en tijdig wordt toegepast en ook voordelen boven een WHOA-procedure kan bieden.

³ In een WHOA-procedure kan een herstructureringsdeskundige of observator benoemd worden waardoor schuldeisers en derden wellicht ook meer vertrouwen in de totstandkoming van een akkoord zullen hebben. De rol van deze functionarissen is daar echter toe beperkt, zij hebben geen rol in of ten aanzien van de bedrijfsvoering.

- vereisten). Ook is daardoor te bepleiten dat de 20% regel voor mkb-schuldeisers (zie [artikel 384 lid 4 sub a Faillissementswet](#)) in surseance achterwege kan blijven, hetgeen eveneens een reden zou kunnen zijn een surseanceakkoord een boven een WHOA-traject te verkiezen.
7. Een ander aspect van de surseance dat haar onderscheidt van de WHOA-procedures, is de Brandaris-regeling.⁴ Deze regeling is toegepast in de surseance van betaling van Steinhoff en dient om surseances met grote aantallen schuldeisers efficiënt te kunnen afwickelen. In het licht van [artikel 6 lid 1 EVRM](#) en [artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM](#) kunnen vragen worden gesteld bij de regeling, maar voor een situatie met grote aantallen schuldeisers lijkt geen werkbaar alternatief voorhanden.⁵
 8. De WHOA voorziet niet in een dergelijke regeling en de vraag is daarmee in hoeverre de WHOA werkbaar is bij grote groepen schuldeisers, al voorziet de WHOA wel in de mogelijkheid om de stemming naar believen in te richten (ook digitaal, vgl. [artikel 381 lid 6 Faillissementswet](#)). De invoering van een regeling zoals de Brandaris-regeling in de WHOA-procedures lijkt ons overigens onwenselijk vanwege het gebrek aan voortdurend toezicht door bewindvoerder en (in de regel) rechter-commissaris waardoor dit een onderscheidend aspect van surseance van betaling zou blijven.

1.4. Antwoord vraag 8

9. Wordt ervoor gekozen de surseanceregeling te verbeteren, dan bieden de voorstellen die Insolad daartoe heeft gedaan waardevolle aanknopingspunten. Daarmee zouden de belangrijkste knelpunten die bij toepassing van de surseance in de praktijk worden ervaren, worden geadresseerd. Het lijkt het ons echter geen goed idee van de surseance ook een '*debtor in possession*'-procedure te maken, althans niet zonder voorafgaande analyse van de meerwaarde ten opzichte van de WHOA-procedures, die dat uitgangspunt reeds kennen. Wij menen dat juist het feit dat in het kader van een surseance een bewindvoerder en (in de regel) een rechter-commissaris worden benoemd een belangrijke onderscheidende factor is van een surseance ten opzichte van de WHOA-procedures (zie onder 6 hierboven).

1.5. Antwoord vraag 9

10. Wij zien zoals gezegd bestaansrecht voor (een versterkte regeling voor) een surseanceakkoord, maar ook voor een faillissementsakkoord naast de WHOA, alleen al omdat langs die weg, anders dan in surseance en in een WHOA-traject, ook ten aanzien van werknemers de mogelijkheid bestaat rechten te wijzigen.
11. Ook geldt dat schuldenaren mogelijk worden overvallen door een faillissementsaanvraag en daar op dat moment geen adequate oplossing voor hebben. Door middel van een faillissementsakkoord kunnen dit soort 'vergissingsgevallen' in dat geval alsnog hun continuïteit veilig stellen.

⁴ Tweede afdeling A van Titel II van de Faillissementswet.

⁵ Zie R.J. van Galen in zijn noot (nr. 12) onder Rechtbank Amsterdam 23 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:3197, JOR 280/2021.

12. Wij menen echter dat ook een combinatie van een WHOA-traject met een faillissement of surseance zou moeten worden overwogen (zie toelichting).⁶

1.6. Toelichting

WHOA kan surseanceakkoord en faillissementsakkoord versterken

13. Beide combinaties (surseance-WHOA en faillissement-WHOA) versterken de effectiviteit en inzetbaarheid van de procedures van (voorlopig verleende) surseance van betaling en faillissement. Als in die procedures de inmiddels in de praktijk effectief gebleken WHOA-akkoordprocedures kunnen worden ingezet, hoeft de surseanceregeling wellicht niet, althans slechts beperkt, te worden verstrekt. Ook de akkoordprocedure in faillissement kan intact worden gelaten. Daarmee wordt tijd en wetgevingscapaciteit bespaard.
14. Een punt van aandacht (en discussie) blijft dan wel de bescherming van de rechtspositie van werknemers. In surseance bestaat thans geen bijzondere regeling voor ontslag en rechten uit arbeidsovereenkomsten en pensioenverplichtingen kunnen niet in een WHOA-akkoord worden betrokken. Wellicht is een compromis te vinden door werknemersbescherming te cumuleren. Dat wil zeggen dat, bijvoorbeeld, opzegging wel kan plaatsvinden op basis van [artikel 40 Faillissementswet](#), maar dat de loonschuld over de opzegtermijn niet kan worden betrokken in een WHOA-akkoord vanwege [artikel 369 lid 4 Faillissementswet](#).

Toezichtskader van surseance en faillissement kan WHOA versterken

15. Volgens ons kan de WHOA surseance van betaling en faillissement dus versterken. Andersom bieden echter zowel (voorlopig verleende) surseance van betaling als faillissement verzaamd toezicht dat nodig kan zijn om schuldeisers te overtuigen in te stemmen met een WHOA-akkoord. Zo kan de effectiviteit van de WHOA worden vergroot en in een voorkomend geval een betere rem op misbruik van de WHOA worden gezet.

Herkansing voor bedrijven die erdoorheen glippen

16. Ten slotte bieden de combinaties, als een onderneming onverhoopt voortijdig (voorlopig) surseance van betaling wordt verleend of in staat van faillissement wordt verklaard, een weg terug naar een WHOA-procedure, maar dan wel met de waarborgen van surseance en faillissement.

2. HOREN DOOR DE RECHTER-COMMISSARIS (VRAAG 14)

2.1. Vraag 14

17. Zouden belanghebbenden gehoord moeten worden voordat de rechter-commissaris een beslissing neemt over een verzoek tot machtiging, goedkeuring of toestemming van de curator ten behoeve van bijvoorbeeld het starten van een juridische procedure. Zo ja, wie zouden dan bij voorkeur gehoord moeten worden?

⁶ Vgl. G. Orbán, 'Kan een failliet/sursiet en/of een curator/bewindvoerder een WHOA-akkoord aanbieden?', *HERO* 2021 / P-051, 23 december 2021

2.2. Antwoord

18. In uitzonderingsgevallen zien wij wel ruimte voor het horen van belanghebbenden door de rechter-commissaris, ter verdere versterking van de kwaliteit van de besluitvorming en om een opening te bieden voor de mogelijkheid de zaak te schikken ten overstaan van de rechter-commissaris.⁷
19. Omdat de voortvarendheid van de afwikkeling van het faillissement anders onnodig in het gedrang komt en vanwege de eisen van een goede procesorde, menen wij dat alleen de beoogde wederpartij(en) en de curator dienen te worden gehoord, in elkaars bijzijn.
20. Uiteraard is daarbij idealiter sprake van rechtseenheid. Het is begrijpelijk dat het horen van belanghebbenden lokaal is beproefd, in enkele arrondissementen. Uiteindelijk zal het 'hoorbeleid' van de rechters-commissarissen echter wel op elkaar dienen te worden afgestemd.

2.3. Toelichting

21. Het systeem van de Faillissementswet voorziet niet in toegang tot de rechter-commissaris met het verzoek tot een gebodsactie jegens de curator. Bedrijven of personen die onderwerp zijn van een aanspraak vanuit de boedel of een bieder op activa die achter het net vist, zouden daar wellicht gebruik van willen maken. Niettemin menen wij dat het een goede zaak is dat de procedures van [art. 69 Fw](#) en [art. 67 Fw](#) als vertrekpunt alleen openstaan voor faillissementsschuldeisers. Zij hebben er het meest onmiddellijke belang bij op eenvoudige wijze het handelen van de curator te kunnen laten toetsen door de toezichhoudende rechter-commissaris.
22. Dat laat onzes inziens onverlet de mogelijkheid dat de rechter-commissaris zelf aan derden om meer informatie vraagt indien hem of haar een verzoek tot machtiging, goedkeuring of toestemming wordt voorgelegd. Wij menen echter wel dat hiermee terughoudend zou moeten worden omgegaan, juist vanwege de gedachte van efficiënte afwikkeling die voorziet bij de eerder genoemde bepalingen.
23. Ook vragen wij aandacht voor de gedachte van *equality of arms* van de curator tegenover diens wederpartijen wanneer het horen een verzoek ex [art. 68 lid 2 Fw](#) betreft; de curator wordt immers ook niet vooraf uitgenodigd bij de vergadering van de Raad van Commissarissen van de onderneming waartegen hij een pauliana-actie wenst in te stellen, en krijgt daar zicht op de manier waarop de directie zich wenst te gaan verdedigen, terwijl de curator bij het horen van belanghebbenden wel op voorhand wordt gevraagd zijn zaak toch al in vogelvlucht – ten overstaan van zijn wederpartijen – te bepleiten.
24. Dit brengt het risico met zich dat belanghebbenden door gehoord te worden een in potentie krachtige maar in elk geval onmiddellijke *motion to dismiss* in handen krijgen die ons recht

⁷ In ons arrondissement (Rotterdam) hebben wij meerdere keren ervaren dat door tussenkomst van de rechter-commissaris een schikking tot stand kwam. Zie verder ook ECLI:NL:RBROT:2021:6168, met een afwijzende beschikking van de rechter-commissaris aan wie door de curator machtiging ex [art. 68 lid 2 Fw](#) was verzocht, om een procedure over verrekening met de Belastingdienst te starten. Gezien de motivering een billijke en ook kostenefficiënte uitkomst, die kennelijk op deze manier is bewerkstelligd.

voor het overige niet in die vorm kent, terwijl de curator – in dat stadium – soms nog niet de middelen heeft daarop te reageren. Hetzelfde kan gelden voor de wederpartijen van de boedel. Ook zij kunnen in een voorkomend geval minder middelen hebben dan de curator.

25. Een opmerking in de toelichting bij een wetsvoorstel tot wijziging van [art. 68 lid 3 Fw](#) dat de rechter-commissaris dit risico voor ogen dient te houden, lijkt ons voldoende. De rechter-commissaris zal in voorkomende gevallen zich door deze opmerking gesteund kunnen weten om de curator of juist de wederpartij het voordeel van de twijfel te gunnen.

3. VERBETERING POSITIE CONCURRENTE SCHULDEISERS (VRAAG 15)

3.1. Vraag 15

26. Kunt u zich er – gelet op de resultaten van het WODC-onderzoek – in vinden dat concurrente schuldeisers meer gebaat zijn bij een verbetering van de preventieve maatregelen, zoals beschreven in paragraaf 3, dan bij een herverdeling van de faillissementsopbrengst (in afwijking van de wettelijke rangorde)? Zo nee, kunt u dit dan toelichten?

3.2. Antwoord

27. Ja, uit de praktijk blijkt dat concurrente schuldeisers meer gebaat zijn bij verbetering van de preventieve maatregelen ter voorkoming van een faillissement dan bij herverdeling van de faillissementsopbrengst, omdat in veel faillissementen sprake is van opheffing bij gebrek aan baten (ex [artikel 16 Faillissementswet](#)) of vereenvoudigde afwikkeling ([artikel 137a Faillissementswet](#)) waarbij er nauwelijks baten zijn te verdelen.

3.3. Toelichting

28. Uit het in het consultatiedocument aangehaalde WODC-onderzoek volgt dat circa 2% van de concurrente schuldeisers een betaling uit de faillissementsboedel ontvangt.⁸ Dit beeld herkennen wij in de praktijk. In dat kader is het goed om over de verbetering van de positie van concurrente schuldeisers na te denken. Dit kan in twee trappen. Omdat het zelden lukt om hun iets uit te betalen in faillissement, zijn met name die schuldeisers gebaat bij preventieve maatregelen, zoals de WHOA. Dit is de eerste trap. Diverse kosten die samenhangen met handelingen van een curator in faillissement worden hiermee bespaard en activa worden in beginsel niet tegen liquidatiewaarde verkocht. Hierdoor blijft waarde behouden die uiteindelijk ten goede kan komen aan de (concurrente) schuldeisers.
29. Herverdeling van faillissementsopbrengsten impliceert dat er een opbrengst is toereikend om verdeeld te worden over boedelschuldeisers, preferente schuldeisers en concurrente schuldeisers. Dat is lang niet altijd het geval, reeds omdat veel faillissementen worden opgeheven bij gebrek aan baten ex [artikel 16 Faillissementswet](#). Een ander deel van de faillissementen wordt vereenvoudigd afgewikkeld ([artikel 137a Faillissementswet](#)); het

⁸ Zie website: <https://www.wodc.nl/actueel/nieuws/2021/09/16/onderzoek-maatregelen-verbetering-positie-concurrente-mkb-schuldeisers-nodigt-uit-tot-nadere-bezinning#:~:text=Volgens%20cijfers%20van%20het%20CBS,schuldeisers%20rond%20de%202%20procent.&text=De%20rangregeling%20is%20het%20resultaat,voorrecht%20voor%20sommige%20mkb%20schuldeisers.>

(kleine) deel dat beschikbaar is voor preferente schuldeisers zou in die gevallen kunnen worden herverdeeld. De vraag is echter in hoeverre dat in de praktijk zoden aan de dijk zal zetten.

30. Of en in welke vorm herverdeling van de faillissementsopbrengst zou moeten volgen staat ter discussie, zie hierna, maar die herverdeling kan onder omstandigheden bijdragen aan (enige) verbetering van de positie van de concurrente schuldeisers. Wij zien dit als tweede – zij het minder effectieve – trap naar verbetering van de positie van concurrente schuldeisers.

4. CARVE-OUT (VRAAG 16)

4.1. Vraag 16

31. Kunt u zich vinden in een regeling – ten behoeve van de bestrijding van de lege boedelproblematiek – waarbij zekerheidsgerechtigde schuldeisers bij uitwinning van verpande activa een vooraf vastgesteld percentage van de opbrengst aan de boedel moeten afdragen? Zo nee, kunt u dit dan toelichten?

4.2. Antwoord WGL

32. De *carve-out*-regeling zoals voorgesteld biedt vermoedelijk geen uitkomst voor de concurrente schuldeisers, maar slechts voor de boedelschuldeisers en de preferente schuldeisers, omdat zij bij uitdeling van deze opbrengsten voor zullen gaan. Bovendien kan een dergelijke regeling leiden tot ongewenste prikkels voor zowel de concurrente schuldeisers als de separatisten. Een alternatieve *carve-out*-regeling zou mogelijk wel een goede uitkomst kunnen bieden voor de concurrente schuldeisers en deze ongewenste prikkels voorkomen.
33. Bovendien menen wij dat het meer voor de hand ligt dat deze *carve-out* regeling wordt toegepast op het voorrecht van de fiscus, waarbij het bodem(voor)recht wordt afgeschaft, dan op de positie van de separatisten.

4.3. Toelichting

34. De voorgestelde regeling waarbij separatisten bij uitwinning van hun zekerheidsrechten een vooraf vastgesteld percentage van de opbrengst aan de boedel moeten afdragen, zal in beginsel tot een 'uitwinningsprikkel' dan wel 'faillissementsaanvraagprikkel' leiden en vermoedelijk de concurrente schuldeisers geen uitkomst bieden.
35. Het is immers bepaald niet ondenkbaar dat – wanneer een dergelijke regel wordt ingevoerd – separatisten eerder overgaan tot uitwinning van hun zekerheidsrechten, aangezien zij buiten faillissement géén vastgesteld percentage van de executieopbrengst aan de boedel moeten afdragen, waar zij dat in faillissement wel moeten. Het creëren van een dergelijke prikkel is onwenselijk en heeft mogelijk als resultaat dat vroegtijdig de 'stekker' uit levensvatbare ondernemingen wordt getrokken. Mogelijk leidt een *carve-out* ten laste van de separatisten ook tot verminderde financierbaarheid van ondernemingen, althans tot hogere kosten voor financiering.

36. Aan de andere kant zou een carve-out ten laste van de separatisten bij concurrente schuldeisers weer tot de prikkel kunnen leiden om – als hun debiteur niet betaalt – zo snel mogelijk het faillissement aan te vragen. Daarmee kunnen zij dan immers de afdracht van de separatisten bewerkstelligen, waar dat buiten faillissement niet aan de orde zou zijn. Het faillissement van de onderneming zal in beide gevallen (te snel) een feit zijn.
37. Los van het voorgaande is het maar de vraag in hoeverre een afdracht door separatisten uiteindelijk terechtkomt bij de concurrente schuldeisers. Voordat aan hen wordt uitgekeerd, worden allereerst de boedelschulden voldaan. Vervolgens komt het restant toe aan de preferente schuldeisers en pas tot slot aan de concurrente schuldeisers. Het valt dan ook niet te verwachten dat, tenzij er extreem hoge afdrachtperscentages worden gehanteerd, hetgeen ons onwenselijk lijkt, de concurrente schuldeisers gebaat zullen zijn bij deze regeling. Het is aannemelijker dat het extra boedelactief terecht zal komen bij de boedelschuldeisers, dan wel de preferente schuldeisers. Om dit te adresseren zou dan bepaald moeten worden dat de afdracht uitsluitend aan concurrente schuldeisers toekomt. Dat lijkt ons echter een verdere en onwenselijke afwijking van de wettelijke rangorde in te houden.
38. Daarnaast rijzen vragen over de vormgeving van de regel en het vast te stellen percentage. Het is evident dat de *recovery rate* van separatisten vele malen hoger ligt dan die van concurrente schuldeisers, maar rechtvaardigt dit op zichzelf een carve-out? Op welk percentage moet de carve-out worden vastgesteld om uitkomst te bieden voor de concurrente schuldeisers? En bij welk percentage is de bevoordeling van de concurrente schuldeisers te rechtvaardigen ten opzichte van het nadeel voor de separatisten?
39. In dit verband denken wij – indachtig de discussies die langere tijd speelden rondom de horizonbepaling ([artikel 70 Faillissementswet](#)) en wetsvoorstel 22942 – dat het schrappen van het bodem(voor)recht van de fiscus beter te rechtvaardigen is dan het verkorten van de verhaalspositie van separatisten ten behoeve van de concurrente schuldeisers. Te meer omdat de fiscus, zelfs als het bodem(voor)recht wordt geschrapt, alternatieven overhoudt om belastingschulden te incasseren. Het bedrag dat in een voorkomend geval na aftrek van de boedelschulden resteert wordt – zoals voorgesteld door de Commissie Kortmann - overeenkomstig de WSNP-verhouding 2:1 verdeeld onder de preferente en concurrente schuldeisers ([artikel 349 Faillissementswet](#)).

5. RESERVEREN VOOR FAILLISSEMENT (VRAAG 17)

5.1. Vraag 17

40. Kunt u zich vinden in een regeling – ten behoeve van de bestrijding van de lege boedelproblematiek – waarbij alle bedrijven worden verplicht om, als zij nog gezond zijn, een bepaald bedrag te reserveren of af te dragen dat exclusief bestemd is voor de afwikkeling van een eventueel faillissement? Zo nee, kunt u dit dan toelichten?

5.2. Antwoord

41. Nee, een dergelijke regeling zal, zeker in de reserveringsvariant, naar verwachting van weinig nut zijn voor faillissementen met lege boedels omdat juist in die faillissementen het

aannemelijk is dat een dergelijk ‘faillissementsspaarpotje’ niet aanwezig is. Voor zover dat eerder al aangelegd is, zal dit ‘faillissementsspaarpotje’ bovendien in veel gevallen al opgebruikt zijn bij de beredding en een laatste reddingspoging, wanneer het faillissement daadwerkelijk daar is.

5.3. Toelichting

42. Faillissementen met een lege boedel komen veelal in aanmerking voor melding bij de FIOD vanwege faillissementsfraude, bijvoorbeeld omdat het bestuur onvindbaar is, niet meewerkt, er geen administratie is of activa zijn weggesluisd. Juist in die gevallen, waar een ‘faillissementsspaarpotje’ van pas zou komen, is de daadwerkelijke aanwezigheid daarvan onaannemelijk. Bovendien, wie controleert en administreert de aanwezigheid ervan, en: wordt dit gereserveerde bedrag in moeilijke tijden niet alsnog aangewend om schuldeisers te voldoen of een reddingsoperatie uit te voeren? Wij maken bij dit voorstel nog drie kanttekeningen. Ten eerste verwachten we dat gereserveerde bedragen in beginsel terecht komen bij hoger gerangschikte schuldeisers en dus geen verbetering van de positie van concurrente schuldeisers tot gevolg heeft (zie ook onder vraag 16).
43. Een tweede gevolg is dat dit voorstel leidt tot (onnodige) ‘spaarpotjes’ van bedrijven bij banken, terwijl voor economische groei geld beschikbaar moet zijn voor investeringen. Bovendien kan daarop negatieve rente van toepassing zijn en inflatie waardoor de waarde terug kan lopen. Ook vanuit die oogpunten is dit voorstel niet wenselijk.
44. Ten derde grijpt het stevig in op de autonomie van het bestuur; bij bedrijfsvoering buiten *distress* kan een bestuurder de koers zelf bepalen, terwijl hen bij dit voorstel de plicht wordt opgelegd om ook in goede tijden een deel van de opbrengst te reserveren voor eventuele schuldeisers. Wanneer er sprake is van *distress* voorzien [artikel 2:216 Burgerlijk Wetboek](#), de diverse bestuurdersaansprakelijkheidsregels en de *actio pauliana* al in disciplinering van het bestuurshandelen.⁹

6. MAATREGELEN TEGEN ‘LEGE BOEDEL’- PROBLEMATIEK (VRAAG 18)

6.1. Vraag 18

45. Zijn er andere mogelijkheden om tegemoet te komen aan de lege boedelproblematiek?

6.2. Antwoord

46. Aan de ‘legeboedelproblematiek’ voor de curator en concurrente schuldeisers kan op de volgende grote lijnen tegemoet worden: (i) verruiming en/of vereenvoudiging van de procedure voor aanvraag garantstellingsregelingen en (ii) het aanhouden van een landelijke gelijke lijn voor de minimale termijn voor de afwikkeling van een lege boedel.

⁹ F.M.J. Verstijlen, Corporate Insolvency Governance door het bestuur, *Tvl* 2021/38, p.4-5.

6.3. Toelichting

47. In onze optiek kan tegemoet worden gekomen aan legeboedelproblematiek door bijdragen van de overheid toegankelijker te maken of te voorkomen dat faillissementen met een lege boedel (onnodig) bestaan en/of in stand gehouden worden. Wij lichten dit toe.

Financiering taken curator

48. De curator heeft in de loop van de tijd veel maatschappelijke taken erbij gekregen die voornamelijk tot uitdrukking komen in faillissementen met een lege boedel, waaronder melding van het vermoeden van faillissementsfraude bij de FIOD of een verzoek tot het opleggen van een civielrechtelijk bestuursverbod. Omdat veel waarde wordt gehecht aan de maatschappelijke taken van de curator is verruiming van de mogelijkheden en vereenvoudiging van de procedure voor aanvraag van de garantstellingsregeling voor oorzaken- en rechtmatigheidsonderzoek, doen van melding bij de FIOD of verzoek tot oplegging civielrechtelijk bestuursverbod, voor het voorkomen van lege boedels van wezenlijk belang.
49. De pilot voor financiering voor het opleggen van het civielrechtelijk bestuursverbod of melding doen van vermoeden van faillissementsfraude bij de FIOD wordt door de betrokken ministeries geëvalueerd; verlenging van deze pilot of deze financiering tot bestendig beleid maken is een nuttige toevoeging.
50. De Garantstellingsregeling voor Curatoren is in dat kader te beperkt; zo moet de verhouding tussen schuld en garantstellingsbedrag (1:2) en tussen verhaalsmogelijkheden en garantstellingsbedrag (1:4) voldoende zijn, kan geen garantstelling worden aangevraagd voor onderzoeken/procedures in het kader van [artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek](#) en geldt dit enkel voor rechtspersonen. Verruiming van deze criteria is zeer nuttig ter bevordering van fraudebestrijding.¹⁰

Inkorten minimale looptijd faillissementen

51. Soms is in een vroeg stadium al duidelijk dat de bestuurder niet komt opdagen en/of dat er geen actief te gelde kan worden gemaakt. In dat kader is het opgevallen dat rechtbanken verschillende minimale doorlooptijden van faillissementen aanhouden. In het arrondissement Rotterdam is dat in beginsel minimaal 13 maanden.¹¹ Arrondissement Gelderland houdt op zijn beurt aan dat faillissementen na 4 maanden voor afwikkeling kunnen worden voorgedragen (mits alle noodzakelijke werkzaamheden zijn verricht).¹² Deze instructie is juist gegeven met het oog op de lege boedels en de kosten die de voortdrijving van een faillissement met zich brengt. Ook andere arrondissementen zouden kunnen overwegen de richtlijn van rechtbank Gelderland aan te houden.

¹⁰ Brief van Ministerie van Justitie en Veiligheid van 31 maart 2020 over Beleidsreactie Evaluatie Garantstellingsregeling curatoren 2012.

¹¹ Dit volgt uit de Curatorenhandleiding voor de curator van arrondissement Rotterdam, p.8, versie 1 december 2021.

¹² Curatorenbrief van 19 februari 2019; gericht aan curatoren in het arrondissement Gelderland.

7. AANDACHTSPUNTEN WOVOF

7.1. Voorontwerp van de Wet overgang van onderneming in faillissement (Wovof)

Inleiding

52. Dit onderdeel bevat een aantal aandachtspunten voor verdere aanscherping van het voorontwerp van de Wet overgang van onderneming in faillissement (ook bekend onder de afkorting Wovof) alsmede het bijbehorende voorontwerp van de Regeling overgang van onderneming in faillissement. Het aantal aandachtspunten is beperkt, omdat de reacties naar aanleiding van de eerdere internetconsultatie van de Wovof al veel (bruikbare) adviezen bevatten. Wij beogen een aanvulling op de reacties uit die internetconsultatie alsook de literatuur en richten ons op enkele onderwerpen die wellicht nog extra aandacht behoeven.¹³ Allereerst volgen hierna de aandachtspunten en daarna een nadere toelichting per aandachtspunt.

7.2. Aandachtspunten

- I. **Eerste aandachtspunt:** voer – in verband met de verschillende opzegverboden – een nadere analyse uit het systeem van opzegging van de huidige arbeidsovereenkomst door de curator en aanbod tot het sluiten van een nieuwe arbeidsovereenkomst met de verkrijger.
53. Denk bij dit aandachtspunt aan de volgende vragen. Kan een individuele werknemer bij de rechter de bedrijfseconomische noodzaak tot het verval van arbeidsplaatsen bij een overgang van een onderneming in faillissement ter discussie stellen? En kan deze werknemer op die manier dus ook de vraag aan de orde stellen of het niet aanbieden van een nieuwe arbeidsovereenkomst door de verkrijger (in wezen dus een ontslag) wegens een overgang van onderneming heeft plaatsgevonden? Richtlijn 2001/23/EG bevat immers een verbod tot ontslag wegens een overgang van onderneming. Of kan een werknemer zich alleen tot de rechter wenden met de stelling dat hij op grond van de inspiegelingsmethode (of een alternatieve objectieve selectiemethode) had moeten worden geselecteerd voor een aanbod tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst? In het verlengde van deze vragen kan tevens de vraag worden gesteld of de marge van 10% (waarbinnen de verkrijger zonder rechtsgevolgen kan afwijken van de selectie van personeel op basis van de inspiegelingsmethode) in overeenstemming is met de vereiste werknemersbescherming op grond van Richtlijn 2001/23/EG. En tot slot, hebben de overige opzegverboden (in het bijzonder het verbod tot opzegging tijdens ziekte, zwanger(schapsverlof) en bevallingsverlof) bij een overgang van onderneming wegens faillissement nog een zekere reflexwerking?
- II. **Tweede aandachtspunt:** onderzoek – wellicht aan de hand van praktijksimulaties – of adequate toepassing van de inspiegelingsmethode of een alternatieve objectieve

¹³ Zie voor een uitgebreide analyse bijvoorbeeld: M.R. van Zanten, 'Wetsvoorstel rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement: over het dichten van de kloof van de arbeidsrechtelijke bescherming in en buiten faillissement', *Tvl* 2020/6.

selectiemethode vanwege de geboden snelheid van handelen tijdens een faillissementsdoorstart wel mogelijk is.

54. De verkrijger moet – indien de noodzaak tot verval van arbeidsplaatsen is aangetoond – de inspiegelingsmethode of een alternatieve objectieve selectiemethode toepassen. In de praktijk is de uitvoering van deze selectie naar verwachting in een aantal gevallen tijdrovend. De vraag is of deze selectiemethode in alle gevallen binnen de korte doorlooptijd van een faillissementsdoorstart correct kan worden uitgevoerd. En in relatie tot die vraag: wanneer moet de verkrijger uiterlijk een aanbod tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst doen? Moet dat aanbod uiterlijk op het moment van de overgang van onderneming in faillissement worden gedaan, of mag dat aanbod ook nog daarna worden gedaan?
- III. ***Derde aandachtspunt: onderzoek of het wenselijk en juridisch mogelijk is om ook de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging een actieve rol te verschaffen bij de aanpassing van arbeidsvoorwaarden bij een overgang van onderneming in faillissement.***
55. Het voorontwerp van de Wet overgang van onderneming in faillissement biedt de verkrijger de mogelijkheid om in overleg met de verenigingen van werknemers (vakbonden) afspraken te maken over aangepaste arbeidsvoorwaarden, indien die aanpassingen nodig zijn voor het behoud van de werkgelegenheid. De regering dient te onderzoeken of – onder nader te formuleren omstandigheden – dergelijke afspraken ook rechtsgeldig met de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging tot stand moeten kunnen komen.

7.3. Toelichting op eerste aandachtspunt: systeem van opzegging en aanbod

Inleidende opmerkingen

56. De curator kan op grond van [artikel 40 Faillissementswet](#) de arbeidsovereenkomst van een werknemer in dienst van de gefailleerde werkgever opzeggen. De voorafgaande instemming van de werknemer of toestemming van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen zoals bedoeld in respectievelijk [artikel 7:671](#) en [artikel 7:671a Burgerlijk Wetboek](#) gelden niet voor de opzeggingshandeling van de curator. Ontslag door de curator is derhalve een uitzondering op de zogeheten preventieve ontslagtoets van het Nederlands arbeidsrecht. Onder het voorontwerp van de Wet overgang van onderneming in faillissement vormt opzegging door de curator nog steeds het uitgangspunt. In aanvulling op deze bevoegdheid tot opzegging door de curator geldt op grond van dit voorontwerp voor de verkrijger van (een onderdeel van) de onderneming in faillissement een aanbiedingsplicht tot het sluiten van een nieuwe arbeidsovereenkomst. Die op de verkrijger rustende aanbiedingsplicht geldt onder de volgende cumulatieve voorwaarden: (i) de werkgever (vervreemder) is in staat van faillissement verklaard, (ii) de onderneming behoort tot de boedel, (iii) de overgang van diezelfde onderneming op een verkrijger moet worden beschouwd als een overgang van onderneming in de zin van Richtlijn 2001/23/EG, (iv) de werknemer van de gefailleerde werkgever was op de dag van de faillietverklaring nog in die onderneming werkzaam en (v) de arbeidsovereenkomst tussen die gefailleerde werkgever en werknemer is opgezegd door

- de curator op grond van [artikel 40 Faillissementswet](#).¹⁴ Bij aanvaarding van dit aanbod treedt de werknemer bij de verkrijger in dienst op het moment van de overgang.¹⁵
57. Verschillende auteurs stelden tijdens de internetconsultatie de vraag of dit systeem van opzegging en aanbieding in overeenstemming is met (het ontslagverbod zoals opgenomen in artikel 4 van) Richtlijn 2001/23/EG, in het bijzonder vanwege de uitzondering op deze aanbiedingsplicht als bedoeld in artikel 7:666b lid 2 voorontwerp Burgerlijk Wetboek.¹⁶ Lid 2 van artikel 7:666b lid 2 voorontwerp Burgerlijk Wetboek bevat namelijk een uitzondering op de aanbiedingsplicht uit lid 1 van datzelfde artikel ‘als niet alle werknemers in dienst kunnen worden genomen, omdat te voorzien is dat er binnen 26 weken na de overgang noodzakelijkerwijs arbeidsplaatsen vervallen als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering’. In plaats van deze aanbiedingsplicht voor alle in dat artikellid bedoelde werknemers, moet de verkrijger in dat geval alleen voor iedere arbeidsplaats die behouden blijft één van de werknemers een aanbod tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst doen. De verkrijger moet een objectieve selectiemethode gebruiken voor de vaststelling van de volgorde van de werknemers die dit aanbod krijgen, zoals nader uitgewerkt in het voorontwerp van de Regeling overgang van onderneming in faillissement. In hun reacties tijdens de internetconsultatie verwezen verschillende auteurs (onder meer) naar het arrest *Plessers* van het Europese Hof van Justitie.¹⁷ Jansen en anderen schreven in hun reactie namens de Universiteit van Amsterdam daarentegen dat ‘een scherpe lezing’ van de relevante paragraaf uit de Belgische zaak *Plessers* leert dat die zaak niet vergelijkbaar is met het systeem uit het voorontwerp.¹⁸
58. Het Europese Hof van Justitie oordeelde in de zaak *Plessers* dat een nationale wettelijke regeling waarin de verkrijger – op basis van economische, technische of organisatorische redenen – selecteert welke werknemers overgaan, een ernstig gevaar kan opleveren voor het hoofddoel van Richtlijn 2001/23/EG, ‘namelijk de bescherming van de werknemers tegen een ongerechtvaardigd ontslag in geval van overgang van een onderneming’. De verkrijger had op grond van deze Belgische regeling namelijk geen verplichting om aan te tonen dat het ontslag (van de werknemers die dus niet in dienst traden bij de verkrijger) te wijten was aan economische, organisatorische of technische redenen. Als de verkrijger niet verplicht is aan te tonen waarom bepaalde werknemers niet worden overgenomen, heeft de werknemer inderdaad geen althans onvoldoende bescherming tegen ongerechtvaardigd ontslag (en dreigt willekeur). Het systeem uit de zaak *Plessers* verschilt op twee manieren van het voorontwerp van de Wet overgang van onderneming in faillissement. Ten eerste, de

¹⁴ Artikel 7:666b lid 1 voorontwerp in samenhang met artikel 7:666 lid 2 voorontwerp Burgerlijk Wetboek.

¹⁵ Artikel 7:666b lid 1 voorontwerp Burgerlijk Wetboek.

¹⁶ Van Doorne N.V. (E.C.A. Pronk e.a.), *Reactie naar aanleiding van consultatie voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement*, Amsterdam 30 augustus 2019; F. De Leo, *Reactie naar aanleiding van consultatie voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement*, Leuven 3 juni 2019; FNV, CNV en VCP, *Reactie naar aanleiding van consultatie voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement*, Utrecht 27 augustus 2019 (FNV, CNV en VCP wezen in het bijzonder op de relatie met de 10% marge waarbij de verkrijger mag afwijken van de zogeheten inspiegeling).

¹⁷ HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424, JAR 2019/170 (*Plessers*).

¹⁸ Universiteit van Amsterdam (N. Jansen, N.M.Q. van der Neut en I. Zaal), *Reactie naar aanleiding van consultatie voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement*, Amsterdam 30 augustus 2019.

verkrijger moet eerst aantonen dat arbeidsplaatsen vervallen als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering. Ten tweede, de verkrijger moet vervolgens een objectieve selectiemethode hanteren op basis waarvan wordt bepaald in welke volgorde werknemers een aanbod tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst krijgen. Ondanks deze verschillen blijft de vraag of binnen dit systeem voor werknemers aan wie de verkrijger geen aanbod doet voldoende waarborgen aanwezig zijn voor de verwezenlijking van de met Richtlijn 2001/23/EG beoogde bescherming. De volgende thema's spelen bij de beantwoording van die vraag in ieder geval een rol: (i) de toegang tot de rechter en de rechterlijke beoordeling, (ii) de marge van 10% en (iii) de rol van de opzegverboden.

(i) Toegang tot de rechter en adequate rechterlijke toets

59. Advocaat-generaal Szpunar merkte in zijn conclusie bij de zaak *Plessers* op dat het de taak van de nationale rechter is om het nuttige effect van Richtlijn 2001/23/EG te waarborgen. 'Derhalve zou de nationale rechter de noodzaak van ontslagen om technische, economische of organisatorische redenen zelf moeten kunnen beoordelen', zo schreef de advocaat-generaal. Tot die beoordeling was die rechter alleen in staat 'indien hij door alle partijen die bij de overgang zijn betrokken, uitputtend werd geïnformeerd over de rechtvaardigingsgronden.'¹⁹
60. Bij een overgang van onderneming in faillissement, waarbij niet al het personeel wordt overgenomen, moet de rechter-commissaris – in verband met de te verlenen toestemming als bedoeld in [artikel 176 Faillissementswet](#) – op grond van het voorontwerp van de Wet overgang van onderneming in faillissement, na 'een kort, maar kritisch inhoudelijk onderzoek kunnen vaststellen' of (i) 'voldoende aannemelijk is gemaakt dat er sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden die het noodzakelijk maken om maatregelen te treffen waardoor er arbeidsplaatsen verloren gaan' en (ii) 'de selectiemethode op basis waarvan bepaald wordt welke werknemers in aanmerking komen voor een dienstverband bij de verkrijger in overeenstemming is met de nieuwe wettelijke regeling', zo merkte de regering op in het voorontwerp van de memorie van toelichting.²⁰ Volgens de regering moet vooral de verkrijger (naast de curator) zich verantwoorden bij de rechter-commissaris.²¹ Tegen deze beslissing van de rechter-commissaris staat – indien die wordt genomen in het kader van een voortzetting van de onderneming of een overgang van onderneming – op grond van artikel 67 lid 3 voorontwerp Faillissementswet enkel hoger beroep bij de rechtbank open en geen verdere hogere voorziening, behoudens de mogelijkheid van cassatie in het belang der wet. Op grond van 176a voorontwerp Faillissementswet blijkt alleen dat de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging (of indien geen ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging is ingesteld: de personen als bedoeld in [artikel 35b lid 1 Wet](#)

¹⁹ Concl. A-G Szpunar, ECLI:EU:C:2019:50, bij HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17, ECLI:EU:C:2019:424, *JAR* 2019/170 (*Plessers*).

²⁰ De rechter-commissaris moet op grond van [artikel 176 Faillissementswet](#) toestemming geven voor de verkoop van het bedrijf van een failliet.

²¹ Voorontwerp van de memorie van toelichting bij Wet overgang van onderneming in faillissement, p. 19-20 (alsook p. 12).

[op de ondernemingsraden](#)) in deze procedure moet(en) worden opgeroepen, tenzij overeenkomstig artikel 25 lid 7 voorontwerp Wet op de ondernemingsraden een advies is uitgebracht en het voorgenomen besluit van de curator tot overgang van de onderneming daar volledig mee overeenstemt. Diezelfde ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging (of de personen als bedoeld in [artikel 35b lid 1 Wet op de ondernemingsraden](#)) kan (kunnen) in hoger beroep tegen deze beschikking van de rechter-commissaris op grond van artikel 67 lid 3 en 4 voorontwerp Faillissementswet. De rol van de individuele werknemer in de procedure is niet duidelijk. De rechter-commissaris is in elk geval niet verplicht de individuele werknemers te horen.²² Als deze procedure niet openstaat voor de individuele werknemer kan de vraag worden gesteld of de rechter – in de woorden van advocaat-generaal Szpunar – door alle bij de overgang betrokken partijen uitputtend is geïnformeerd.

61. Een werknemer – aan wie door de verkrijger geen aanbod tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst is gedaan – kan in elk geval op grond van artikel 7:666b lid 5 voorontwerp Burgerlijk Wetboek een verzoek bij de kantonrechter indienen, als hij (deze werknemer) van mening is dat hij wel voor dit aanbod in aanmerking had moeten komen. Dit verzoek strekt dan – kort gezegd – tot een veroordeling van de verkrijger om aan de werknemer alsnog een aanbod te doen of een billijke vergoeding toe te kennen. Uit de wettekst van het voorontwerp blijkt niet duidelijk of de werknemer in deze verzoekschriftprocedure ex artikel 7:666b lid 5 voorontwerp Burgerlijk Wetboek ook de noodzaak tot het verval van arbeidsplaatsen als zodanig (dus: de bedrijfseconomische noodzaak) kan betwisten. In het voorontwerp van de memorie van toelichting schreef de regering dat een werknemer een beroep kan doen op de kantonrechter indien ‘de verkrijger de inspiegelingsmethode of een alternatieve door de rechter-commissaris goedgekeurde selectiemethode niet juist heeft toegepast’.²³
62. Elders in het voorontwerp van de memorie van toelichting schreef de regering over de procedure tot toestemming als bedoeld in [artikel 176 Faillissementswet](#) bij de rechter-commissaris (of in het hoger beroep de rechtbank) het volgende:
- ‘Zodra de rechter (...) definitief toestemming heeft gegeven voor de onderhandse verkoop, dan is daarmee ook vastgesteld dat de voorgelegde bedrijfsovername in overeenstemming is met de regels betreffende overgang van onderneming.’²⁴*
63. Volgens de regering betekent dit dat door de verkrijger dan voldoende aannemelijk is gemaakt dat bedrijfseconomische omstandigheden noodzaken tot het verlies van arbeidsplaatsen en dat ook de selectiemethode voor werknemers die in aanmerking komen

²² Alleen als binnen de onderneming geen ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging is ingesteld, worden in de individuele werknemers gehoord. De personen als bedoeld in artikel 35b lid 1 Wet op de ondernemingsraden betreffen immers de in de onderneming werkzame personen, zoals nader gedefinieerd in de Wet op de ondernemingsraden.

²³ Voorontwerp van de memorie van toelichting bij Wet overgang van onderneming in faillissement, p. 20.

²⁴ Voorontwerp van de memorie van toelichting bij Wet overgang van onderneming in faillissement, p. 31.

voor een nieuwe arbeidsovereenkomst in overeenstemming is met de wet. En zo vervolgde regering:

‘Individuele werknemers kunnen hier niet meer tegen opkomen. Wel kan de werknemer een beroep doen op de kantonrechter als na de overgang blijkt dat hij niet bij de verkrijger in dienst is gekomen doordat de verkrijger hem geen arbeidsovereenkomst heeft aangeboden terwijl dat op basis van de door de rechter goedgekeurde bedrijfsovername wel had moeten. In het tweede scenario (onder b) [te weten: het scenario waarin arbeidsplaatsen komen te vervallen, toevoeging Windt Le Grand Leeuwenburgh] kan de selectiemethode niet juist zijn toegepast.’²⁵

64. Als een individuele werknemer niet de noodzaak tot verval van arbeidsplaatsen ter discussie kan stellen, dan staat dit systeem uit het desbetreffende voorontwerp mogelijk op gespannen voet met de vereiste waarborgen uit Richtlijn 2001/23/EG, in het bijzonder de bescherming tegen een ontslag *wegens* een overgang van onderneming.

(ii) Marge van 10%

65. Indien op grond van artikel 7:666b lid 2 voorontwerp Burgerlijk Wetboek niet aan alle werknemers een aanbod wordt gedaan, geldt op basis van artikel 3 van het voorontwerp van de Regeling overgang van onderneming in faillissement als uitgangspunt de zogeheten inspiegelingsmethode voor de vaststelling van (de volgorde van) werknemers aan wie de verkrijger een aanbod tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst moet doen.²⁶ Deze methode houdt kort samengevat in dat de verkrijger als eerste de werknemer die op grond van de zogeheten afspiegelingsmethode zoals bedoeld in artikel 11 van de Ontslagregeling als laatste voor ontslag in aanmerking zou komen, in de gelegenheid moet stellen zijn vroegere werkzaamheden te hervatten (en dus een aanbod tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst moet doen). Bij de toepassing van deze inspiegelingsmethode mag ten hoogste 10% van het totale aantal werknemers van de gefailleerde werkgever buiten beschouwing blijven. In hun reactie naar aanleiding van de consultatie bij het voorontwerp van de Wet overgang van onderneming in faillissement vroegen FNV, CNV en VCP zich af of dit niet in strijd is met (artikel 4 lid 1) Richtlijn 2001/23/EG.²⁷ Die marge van 10% brengt mogelijk inderdaad mee dat sommige categorieën werknemers tijdens een faillissement minder ontslagbescherming hebben dan diezelfde categorieën werknemers bij een overgang van onderneming buiten faillissement. Bovendien is voor een individuele werknemer zeer lastig te beoordelen of de marge van 10% wordt overschreden. Die beoordeling vereist dat de werknemer beschikt over vrij gedetailleerde informatie over de uitgevoerde inspiegeling.

(iii) (Overige) opzegverboden

²⁵ Voorontwerp van de memorie van toelichting bij Wet overgang van onderneming in faillissement, p. 31.

²⁶ De rechter-commissaris kan toestemming verlenen voor een alternatieve selectiemethode indien deze methode voldoet aan de voorwaarden uit artikel 4 onder a en b van het voorontwerp van de Regeling overgang van onderneming in faillissement.

²⁷ FNV, CNV en VCP, *Reactie naar aanleiding van consultatie voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement*, Utrecht 27 augustus 2019.

66. De vraag is of de overige opzegverboden, in het bijzonder het verbod tot opzegging tijdens ziekte, zwangerschap(sverlof) en bevallingsverlof, via een reflexwerking van toepassing zijn op de aanbiedingsplicht van de verkrijger. Anders gezegd, moet de verkrijger aan werknemers voor wie ten tijde van de overgang van onderneming in faillissement het opzegverbod tijdens ziekte, zwangerschap(sverlof) of bevallingsverlof geldt, een aanbod doen tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst, ook indien deze werknemers bij toepassing van de inspiegelingsmethode of een alternatieve objectieve methode als zodanig niet voor een aanbod in aanmerking? Indien dit opzegverbod tijdens een overgang van onderneming in faillissement niet tot een (aanvullende) aanbiedingsplicht leidt, is de ontslagbescherming bij een overgang van onderneming in faillissement minder sterk dan buiten faillissement, zeker in combinatie met de voornoemde afwijkingsmarge van 10%.
67. De regering merkte in het voorontwerp van de memorie van toelichting over het opzegverbod op dat:

*'Is er buiten faillissement sprake van bedrijfseconomische omstandigheden die het noodzakelijk maken om reorganisatiemaatregelen te treffen waarbij verlies van arbeidsplaatsen onvermijdelijk is, dan kan de werkgever de arbeidsovereenkomst met een werknemer die langdurig (maar korter dan twee jaar) ziek is niet opzeggen. Dit stuit af tegen het ontslagverbod dat is opgenomen in [artikel 7:670 BW](#). Hierbij aansluitend moet een verkrijger een zieke werknemer ook gewoon betrekken bij het selectieproces. Bij de toepassing van de inspiegelingsmethode moet de verkrijger alle werknemers betrekken die op het moment van de faillietverklaring bij de gefailleerde werkgever in dienst zijn. Dit geldt dus ook voor werknemers die langdurig ziek zijn.'*²⁸

68. De regering neemt tot uitgangspunt dat een arbeidsongeschikte werknemer wel moet worden betrokken bij het selectieproces. Maar is de verkrijger op basis van de inspiegelingsmethode of alternatieve objectieve selectiemethode vervolgens niet gehouden tot het doen van een aanbod van een arbeidsovereenkomst aan deze arbeidsongeschikte werknemer, dan volgt feitelijk alsnog een ontslag (hetzelfde geldt voor bijvoorbeeld zwangere werknemers). Sommige opzegverboden hebben dus toch niet een volledige reflexwerking. De vraag is of dat inderdaad de bedoeling is van de opsteller van het voorontwerp van de Wet overgang van onderneming in faillissement.

7.4. Toelichting op tweede aandachtspunt: geboden snelheid van handelen versus selectiemethode

69. De inspiegelingsmethode vereist onder meer nader onderzoek ten behoeve van de vaststelling van de juiste categorieën uitwisselbare functies en de duur van de arbeidsovereenkomst (inclusief daaraan voorafgaande arbeidsovereenkomsten met al dan niet verschillende werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs als elkaars opvolger kunnen worden beschouwd). Dit onderzoek vereist in de praktijk al snel veel tijd en de vraag is of dat zich goed verhoudt tot de vereiste snelheid bij een faillissementsdoorstart. Ook de selectie op basis van een alternatieve objectieve selectiemethode als bedoeld in

²⁸ Voorontwerp van de memorie van toelichting bij Wet overgang van onderneming in faillissement, p. 16.

artikel 4 van het voorontwerp van de Regeling overgang van onderneming in faillissement zal mogelijk veel tijd kosten.

70. Artikel 7:666b voorontwerp Burgerlijk Wetboek verplicht de verkrijger tot het doen van ‘een aanbod tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst op basis waarvan zij op het moment van de overgang bij hem in dienst treden’. Uit dit artikel volgt per wanneer deze nieuwe arbeidsovereenkomst ingaat, maar een expliciete verplichting over het moment van aanbidding ontbreekt. Als de verkrijger uiterlijk op het moment van de overgang van de onderneming – of zelfs al daarvoor – een aanbod moet doen, dan kan de vraag worden gesteld of voor de verkrijger voldoende tijd bestaat om een adequate selectie op basis van een inspiegeling (of andere alternatieve objectieve selectiemethode) toe te passen.

7.5. Toelichting op derde aandachtspunt: inzake rol ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging bij aanpassing arbeidsvoorwaarden

71. Als uitgangspunt geldt op grond van artikel 7:666b lid 6 aanhef en a voorontwerp Burgerlijk Wetboek dat de door de verkrijger aangeboden arbeidsovereenkomst voor wat betreft de rechten en verplichtingen gelijk is aan de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de gefailleerde werkgever. Op grond van de tweede volzin van artikel 7:666b lid 6 voorontwerp Burgerlijk Wetboek mogen de verkrijger en verenigingen van werknemers (vakbonden) in overleg de arbeidsvoorwaarden die van toepassing waren op de arbeidsovereenkomsten tussen de werknemers en de gefailleerde werkgever – voor zover deze arbeidsvoorwaarden niet algemeen verbindend zijn verklaard of voor de bedrijfstak zijn vastgesteld – aanpassen als dit nodig is voor het behoud van de werkgelegenheid binnen de onderneming.
72. In het voorontwerp van de Wet overgang van onderneming in faillissement is voor de wijziging van de arbeidsvoorwaarden geen rol weggelegd voor de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging als bedoeld in [artikel 35c Wet op de ondernemingsraden](#). Als verenigingen van werknemers in concrete gevallen niet op het verzoek van de verkrijger tot overleg over de eventuele wijziging van de arbeidsvoorwaarden ingaan of dit overleg niet tot afspraken leidt, kan de verkrijger de arbeidsvoorwaarden dus niet op grond van artikel 7:666b lid 6 voorontwerp Burgerlijk Wetboek aanpassen. De vraag is echter of de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging onder omstandigheden deze rol van verenigingen van werknemers moet kunnen overnemen, en zo ja onder welke omstandigheden. Los van de vraag of Richtlijn 2001/23/EG als zodanig ruimte biedt voor afspraken over aangepaste arbeidsvoorwaarden tussen verkrijger en ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging (waarover hierna nog meer), zijn verschillende systemen denkbaar waarin een rol voor de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging is weggelegd. Een eerste voorbeeld is een systeem waarin afspraken over de aangepaste arbeidsvoorwaarden met de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging alleen geldig zijn, ingeval de betrokken werknemers van verenigingen (i) überhaupt niet op een verzoek tot overleg met de verkrijger ingaan of (ii) uitdrukkelijk toestaan dat de verkrijger in overleg treedt met de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging. Een tweede voorbeeld is een systeem waarin de verkrijger – in aanvulling op de hiervoor genoemde twee situaties – ook geldige afspraken met de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging kan maken, als het

overleg met de verenigingen van werknemers niet (binnen een redelijke termijn) heeft geresulteerd in een afspraak. Dit tweede voorbeeld leidt mogelijk wel tot een zwakkere onderhandelingspositie van de verenigingen van werknemers.

73. De andere vraag is of Richtlijn 2001/23/EG ruimte biedt voor rechtsgeldige afspraken tussen de verkrijger en de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging over aangepaste arbeidsvoorwaarden. Artikel 5 lid 1 onder a Richtlijn 2001/23/EG bepaalt dat ‘de verkrijger, de vervreemder of de persoon (personen) die de functies van de vervreemder uitoefenen enerzijds en de vertegenwoordigers van de werknemers anderzijds’ deze afspraken kunnen maken. Vertegenwoordigers van werknemers zijn in artikel 2 onder c Richtlijn 2001/23/EG gedefinieerd als ‘de vertegenwoordigers van de werknemers volgens de wettelijke voorschriften of de gebruiken in de lidstaten’. Die definitie omvat – zo is goed verdedigbaar – ook de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging. Ten eerste, het woord personeelsvertegenwoordiging ligt taalkundig gezien al in de definitie ‘vertegenwoordigers van de werknemers’ besloten. Als de personeelsvertegenwoordiging onder die definitie valt, dan geldt dat *a fortiori* voor de ondernemingsraad, want de ondernemingsraad is een medezeggenschapsorgaan met verdergaande bevoegdheden dan de personeelsvertegenwoordiging. Ten tweede, uit artikel 2 lid 1 Wet op de ondernemingsraden blijkt dat de ondernemer de ondernemingsraad instelt mede ‘ten behoeve van (...) de vertegenwoordiging van de in onderneming werkzame personen’. Kortom, de Nederlandse wet omschrijft de ondernemingsraad als de vertegenwoordigers van de werknemers.²⁹ Hetzelfde geldt – per definitie – voor de personeelsvertegenwoordiging als bedoeld in artikel 35c Wet op de ondernemingsraden. Ten derde, het begrip ‘vertegenwoordigers van de werknemers’ komt eveneens terug in artikel 6 en 7 Richtlijn 2001/23/EG. En die twee artikelen zien – respectievelijk – op het behoud van de positie en functie van de leden van de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging in de overgedragen onderneming en op informatieverstrekking aan de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging.³⁰ Kortom, afspraken tussen de verkrijger en de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging over aangepaste arbeidsvoorwaarden bij een overgang van onderneming in faillissement lijken dus als zodanig niet in strijd met Richtlijn 2001/23/EG.

²⁹ Vergelijk A.R. Houweling (red.) e.a., *Loonstra & Zondag. Arbeidsrechtelijke thema's II*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 657-660.

³⁰ Zo blijkt onder uit de literatuur, bijvoorbeeld R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, Amsterdam: COREL 2020, p. 221-242.