

**Persoonlijk en vertrouwelijk**

De Minister van Rechtsbescherming  
De heer S. Dekker

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid  
De heer W. Koolmees

Rotterdam, 30 augustus 2019  
Referentie 6680 JH/CL/RS/rf

Betreft: Consultatie wetsvoorstel 'Wet overgang van onderneming in faillissement'

Geachte heren Dekker en Koolmees,

Hierbij zenden wij u, in het kader van de lopende consultatieperiode, onze reactie inzake het voorliggende wetsvoorstel 'Wet overgang van onderneming in faillissement'.

**Kruger**

Kruger is opgericht in 1988 en sindsdien uitgegroeid tot een toonaangevende partner voor het oplossen van complexe ondernemingsvraagstukken voor (middel)grote bedrijven, actief in vele sectoren en is gevestigd in Rotterdam. De klanten van Kruger zijn middelgrote ondernemingen welke tussen de 20 en 2.000 werknemers in dienst hebben. Bij ondernemingen van deze omvang is circa 60% van de Nederlandse werknemers werkzaam.

Onze advisering is gericht op rendementsverbetering en dient vaak ter ondersteuning bij belangrijke besluitvorming. De advisering is altijd gebaseerd op een diepgaande analyse van de bedrijfseconomische, organisatorische en juridische situatie van de onderneming. Kruger acteert pragmatisch en daadkrachtig om snel inzicht en werkbare oplossingen te creëren.

Kruger biedt een brede dienstverlening aan, maar is erkend specialist op het gebied van Corporate Restructuring: het bieden van oplossingen aan organisaties in financieel zwaar weer. Zolang dat nog mogelijk is in continuïteit, maar indien noodzakelijk na faillissement door middel van een doorstart. In de afgelopen 30 jaar hebben wij circa 2.000 ondernemingen geadviseerd, veelal op aanbeveling van betrokken stakeholders als financiers, aandeelhouders, bestuurders, commissarissen, accountants of andere (juridische) adviseurs. Kruger is in Nederland toonaangevend in haar marktgebied.

t. +31 (0)10 21 21 922  
f. +31 (0)10 21 22 409

e. [office@kruger.eu](mailto:office@kruger.eu)  
w. [kruger.eu](http://kruger.eu)

postadres: Postbus 8677  
3009 AR Rotterdam

adres: Steupelstraat 50  
3065 JE Rotterdam

## Bedrijfseconomische problemen zijn de oorzaak van faillissementen en doorstarts

In welke situaties 'kiest' een onderneming voor een doorstart na faillissement? Onze ervaring is dat MKB-ondernemingen in Nederland een doorstart na een faillissement als laatste redmiddel zien om de activiteiten te continueren in de volgende situaties (of een combinatie daarvan):

- De kosten en opbrengsten van een onderneming zijn niet meer in een goede verhouding, waardoor (structureel) verlies wordt geleden en liquiditeiten opraken.  
In veel gevallen ontstaat deze situatie doordat de omzet daalt en de onderneming niet in staat is om de kosten aan te passen op die lagere omzet. Kosten die moeilijk aan te passen zijn, houden over het algemeen verband met langlopende contracten (zoals bijvoorbeeld huur) of het betreffen de arbeidsovereenkomsten van het personeel. Voor het beëindigen of aanpassen van langlopende contracten is medewerking van de contractspartij nodig en voor het beëindigen van arbeidsovereenkomsten moeten de regels van het arbeidsrecht gevolgd worden. Dit beperkt de keuzevrijheid van de onderneming en leidt bij langdurige dienstverbanden tot hoge transitiekosten.
- Schulden zijn door verliezen of te hoge financieringen uit het verleden zodanig hoog opgelopen dat de onderneming deze uit de exploitatie niet meer kan terugbetalen.

In de Memorie van Toelichting wordt gerefereerd aan het probleem dat faillissement en doorstart wordt toegepast om goedkoop van personeel af te komen. Onze ervaring is dat dat bij onze klanten nauwelijks aan de orde is. Een faillissement brengt immers zodanige risico's met zich mee (publiciteit, afnemend vertrouwen van klanten en leveranciers, einde van bepaalde contracten, kans op weglopen van belangrijk personeel) dat een doorstart pas wordt gekozen als alle andere opties niet meer haalbaar blijken te zijn. Dit wordt ook door vele anderen geconcludeerd. Onder meer het onderzoek 'Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers'<sup>1</sup> concludeert: 'Een voorbereide doorstart van (delen van) de onderneming uit faillissement, wordt door de meeste geïnterviewden niet gezien als een keuze die lichtvaardig wordt gemaakt. In geen van de onderzochte gevallen is gebleken dat het faillissement is aangevraagd met het oog op enkel een sanering van (een deel van) het personeelsbestand. Dat misbruik van faillissementsrecht weinig voorkomt, strookt met de opvatting van de geraadpleegde experts'.

In (nagenoeg) alle gevallen zijn bedrijfseconomische problemen de oorzaak van een faillissement en zijn deze problemen binnen de financiële mogelijkheden van de onderneming niet meer op te lossen, door onder andere de huidige (arbeids)wet- en regelgeving.

---

<sup>1</sup> L.G. Verburg, P.M. Veder, A.G.J.J. Jansen, A.M. Mennens, A.W. Niebeek, S.C. Pepels & F.M.R. van Wersch, *Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers*, Rapport aan het WODC uitgebracht door Onderzoekscentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit, Nijmegen 5 april 2016, p. 3 en 4.



## Bij iedere doorstart is er minder werkgelegenheid

Onze ervaring is dat het organiseren van een succesvolle doorstart een zeer lastig traject is. Koper / verkrijger ziet als grootste risico van doorstart in veel gevallen de stabiliteit van de business case. De kans op een succesvolle doorstart is afhankelijk van c.q. wordt geoptimaliseerd door:

- Het tempo: de periode tussen faillissement en doorstart is voor alle partijen een onzekere tijd en dient zo kort mogelijk te zijn. Betrokkenen zullen zich immers terughoudend opstellen. Als die tijd te lang is 'loopt de business van je af'.  
Dit is nog veel nadrukkelijker van toepassing op ondernemingen die werken met beperkt houdbare producten (agrarische sector, levende dieren, voedingsmiddelen) en de gezondheidszorg.
- Stilte / zo min mogelijk 'reuring': iedereen die op de hoogte is, heeft een mening en kan het proces verstoren. Publiciteit is dodelijk voor het vertrouwen en kan de doorstart op losse schroeven stellen.

In alle gevallen is de business case na de doorstart kleiner dan de gefailleerde onderneming. Ook al neemt de koper de gehele business over: wij houden er in onze benaderingen altijd rekening mee dat er minstens 25% / 35% van de omzet (voorlopig) weg zal vallen.

- De klanten en leveranciers zullen zich ook ná doorstart immers terughoudend opstellen. Of ze nou wel of niet schade hebben geleden door het faillissement, zij zullen voorzichtiger zijn, kleinere orders plaatsen, minder snel leveren, sneller betaald willen worden. Dit zal zijn effect hebben op de omzet (en werkkapitaalbehoefte) in de eerste periode na doorstart.
- Er is derhalve simpelweg geen werkgelegenheid meer voor alle personeelsleden. Dus de vooronderstelling van het huidige wetsvoorstel is volledig onjuist daar waar er uitgegaan wordt van overgang van onderneming met alle personeelsleden, tenzij.

## Personeel en arbeidsvoorwaarden kunnen niet ongewijzigd mee over

Geconstateerd kan worden dat het overgrote deel van de doorstarts via faillissement nodig is omdat er (1) teveel schulden zijn of (2) het personeelsbestand niet is afgestemd op lagere omzetniveaus. Die lagere omzetniveaus vinden in toenemende mate hun oorzaak in een nieuwe realiteit. Er wordt vaak gesproken over disruptie, maar in veel gevallen is er sprake van een veranderd speelveld met nieuwe toetreders, veranderd businessmodel, invloed van internet et cetera. Veranderingen die ook andere eisen stellen aan het personeel.

- Als de oorzaak van het faillissement een niet op de nieuwe realiteit ingesteld personeelsbestand is, dan zal inspiegeling dit probleem dus niet oplossen. De 'vrije keuze' van 10% is daarbij te klein; eerder zal gedacht dienen te worden aan 25-50%.
- Tevens is het vaak zo dat ondernemingen die failliet gaan in veel gevallen al meerdere reorganisaties achter de rug hebben (zij hebben immers geprobeerd tot oplossingen voor hun probleem te komen). Bij deze reorganisaties is, noodgedwongen, afspiegeling toegepast. Juist daardoor is het personeelsbestand dat in dienst is op moment van faillissement minder concurrerend, onder meer op het gebied van (hoogte van) beloning, leeftijd, vaardigheden en efficiency. Dit is in veel gevallen tevens een oorzaak voor het faillissement. Indien bij een doorstart ingespiegeld dient te worden, wordt deze situatie niet anders en heeft de verkrijger, ook na doorstart, geen kans in concurrerende markt.

- In veel gevallen is niet alleen het aantal werknemers te groot maar zijn ook arbeidsvoorwaarden ontstaan die in de huidige marktomstandigheden niet meer passen bij het bedrijf / de sector. Als een te duur personeelsbestand (ouderdom en anciënniteit) een oorzaak is van het faillissement, dan lossen de eisen van gelijke arbeidsvoorwaarden het probleem ook niet op en is de doorstart kansloos. Voor werknemers kan het dan wel beter zijn om een minder betaalde baan te krijgen dan helemaal geen baan.
- Aangezien arbeidsverleden en anciënniteit mee over gaan naar verkrijger is de te betalen transitievergoeding ook op basis van langer dienstverband. Dit betreft een aanvullend risico, wat het, in geval van toekomstige reorganisatie, duurder maakt voor de doorstarter, die toch al een risico neemt.

## **Bedrijfseconomische toets (ETO-toets) moet snel, in stilte, op basis van veel ervaring**

Het Wetsvoorstel houdt in dat de verkrijger op basis van een (onderbouwde) bedrijfseconomische toets (ETO-toets) dient aan te tonen dat zij minder mensen nodig heeft.

- Welke eisen worden aan die onderbouwing gesteld (is een op basis van ervaring onderbouwde omzetvermindering van 40% voldoende, of dient het dieper te gaan? Het gaat immers om prognoses met de daarbij horende onzekerheid.
- Hoe moet de verkrijger deze bedrijfseconomische toets in zo'n korte tijd aan (juridisch geschoolde) curator / RC uitleggen / onderbouwen?
- Onze ervaring is dat de voorbereiding en het juist realiseren van af-/inspiegeling al veel (doorloop-)tijd kost voor de onderneming zelf, laat staan voor derden. Immers af-/inspiegeling gaat vaak gepaard met een aangepaste nieuwe organisatiestructuur. Hoe moet een curator en een RC dit in uren doorgronden? Beiden zijn vrijwel nooit arbeidsrechtsspecialist.
- Wat is de rol van de ondernemingsraad hierin? Is het adviesrecht zonder sanctie van wachttijd niet een wassen neus die alleen maar tijd kost? Komt hiermee het doorstartproces niet onnodig in gevaar? Een faillissement situatie is nu eenmaal anders dan continuïteit.
- Wij lezen ook dat in sommige gevallen overleg met vakbonden van toepassing zou kunnen zijn. Dit overleg zal praktisch vrijwel onuitvoerbaar zijn gezien de korte doorlooptijd, zeker niet in verband met overleg met hun achterban en in verband met intern overleg. Zeker omdat het risico bestaat dat een andere cao en/of andere pensioenregeling na doorstart van toepassing kan zijn bij verkrijger.

Hierbij willen wij tevens opmerken dat het nu voorliggende voorontwerp tot langere doorlooptijden zal leiden aangezien de curator toestemming nodig zal hebben van meer partijen.

Naar huidig recht heeft de curator toestemming van de RC nodig voor het aangaan van een doorstarttransactie. Die toestemming wordt snel, meestal binnen een dag, gegeven. In het voorontwerp wordt voorgesteld dat de RC eerst belanghebbenden (inclusief OR) moet oproepen en op een formele zitting moet horen. Vervolgens staat ook nog eens hoger beroep tegen deze beslissing open, waarvoor de rechtbank opnieuw alle belanghebbenden zal moeten oproepen, een zitting moet plannen, etc. Het proces van verkrijging van toestemming van de RC zal dus onder het voorontwerp minstens 4 – 6 weken kunnen duren (inclusief alle kosten; wie gaat deze betalen?) ten opzichte van de 1 -2 dagen nu. Dit is in alle situaties veel te lang om een succesvolle doorstart te organiseren.

Tevens hebben werknemers dan nog steeds de mogelijkheid om een bodemprocedure tegen de koper te starten waarin zij indienstneming of schadevergoeding kunnen vorderen. Zo'n bodemprocedure kan een jaar of langer duren. Geen koper zal een transactie willen doen met deze onzekerheid en het risico om direct na de overname met procedures te worden geconfronteerd waarin hij uiteindelijk alsnog veroordeeld zou kunnen worden om meer personeel in dienst te nemen dan waartoe hij bereid was of in plaats daarvan schadevergoeding te moeten betalen.

## Doodsteek voor doorstartpraktijk en derhalve meer banenverlies dan noodzakelijk

Onze conclusie van het wetsvoorstel is dat weliswaar gepoogd is een afgewogen voorstel neer te leggen, maar dat dat niet is gelukt.

Het doorstarten van MKB-ondernemingen wordt zeer bemoeilijkt terwijl het reorganiserend vermogen van het MKB al sterk was aangetast door de Wet werk en zekerheid en de daarbij verplichte transitievergoedingen.

Mocht deze wet van toepassing worden, dan zal de doorstartpraktijk veel minder vaak worden toegepast. Veel partijen zullen niet meer geïnteresseerd zijn en degenen die met deze wet wel belangstelling houden, zullen zowel hun risico's mitigeren en om hun gewenste rendementsnormen te halen minder bieden op activa. Dit heeft effect op de waarde, en als gevolg daarvan, financierbaarheid van het middenbedrijf.

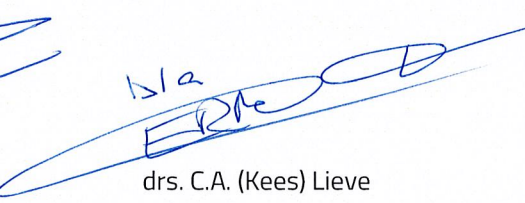
Deze wet zal in veel gevallen de doodsteek zijn om doorstarts uit faillissement mogelijk te maken.

Gaarne zijn wij bereid om onze standpunten nader mondeling toe te lichten aan de hand van een groot aantal praktijkvoorbeelden.

Met vriendelijke groet,  
Kruger

  
drs. J.E. (Jantine) Hak RA

  
drs. R.W.P. (Robert) Smits RA

  
drs. C.A. (Kees) Lieve