

Vereniging JIRA  
T 020 – 570 9020  
E [info@verenigingjira.nl](mailto:info@verenigingjira.nl)  
Postbus 75965 1070 AZ Amsterdam



VERENIGING  
JONGE  
INSOLVENTIERECHT  
ADVOCATEN.

Ministerie van Justitie en Veiligheid  
Zijne Excellentie de Minister voor Rechtsbescherming  
De weledelgeleerde heer drs. S. Dekker

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid  
Zijne Excellentie de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid  
De heer drs. W. Koolmees

Amsterdam, 30 augustus 2019

**Inzake: Consultatie voorontwerp wetsontwerp Wet overgang van onderneming in  
faillissement**

Hooggeachte heer Dekker, hooggeachte heer Koolmees,

Vereniging JIRA heeft met belangstelling kennis genomen van het voorontwerp voor de Wet overgang van onderneming in faillissement (het "**Voorontwerp**"). JIRA is de landelijke vereniging voor jonge insolventierechtadvocaten en heeft circa 200 leden. JIRA neemt als vertegenwoordiger van jonge insolventierechtadvocaten deel aan de stakeholdersoverleggen in het kader van het wetgevingsprogramma '*herijking faillissementsrecht*' en heeft in dat kader ook deelgenomen aan de klankbordgroepen die betrekking hadden op het Voorontwerp. In dit advies staat JIRA stil bij enkele onderwerpen van het Voorontwerp en doet zij suggesties voor een aantal aanpassingen.

Aanleiding voor het Voorontwerp is de prejudiciële beslissing van het Europese Hof van Justitie van 22 juni 2017 inzake de *pre-pack* zoals toegepast in de zaak *FNV/Smallsteps*.<sup>1</sup> Deze uitspraak heeft geleid tot rechtsonzekerheid, zo geeft de concept Memorie van Toelichting aan. Het Voorontwerp beoogt deze rechtsonzekerheid weg te nemen door te voorzien in een nieuwe wettelijke regeling betreffende de rechten van werknemers bij een overgang van een onderneming in faillissement. Op grond van het Voorontwerp komen werknemers die ten tijde van de faillietverklaring in dienst zijn bij de gefailleerde werkgever, op het moment van de overgang van de onderneming in beginsel onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst bij degene die de onderneming in het faillissement overneemt en voortzet.

---

<sup>1</sup> HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, *JOR* 2017/217 m.nt. L.G. Verburg.

## 1. Hogere kosten en langere doorlooptijd van doorstarts

JIRA onderschrijft het belang van het wegnemen van eventuele rechtsonzekerheid omtrent de positie van werknemers bij een overgang van onderneming in faillissement, volgend op de prejudiciële beslissing van het Hof van Justitie. De rechtspraak is op dit punt gebaat bij (meer) zekerheid en het Voorontwerp tracht hierin te voorzien. JIRA meent echter dat er rekening mee dient te worden gehouden dat de verregaande voorgestelde wijzigingen van het Voorontwerp ook anderszins van invloed zullen zijn op de huidige doorstartpraktijk, met name voor potentiële doorstarts in het MKB. JIRA verwacht dat invoering van het Voorontwerp zal leiden tot (i) hogere (transactie)kosten, (ii) een langere doorlooptijd van doorstarts, (iii) een afname in het aantal doorstarts, en (iv) een lagere uitkering aan de gezamenlijke crediteuren in faillissement.

In de eerste plaats impliceert het Voorontwerp aanvullende kosten en tijd voor de boedel. Via zijn rol als onderhandelingspartner van de potentiële verkrijger fungeert de curator immers als poortwachter onder het Voorontwerp: hij toetst als eerste of de toegepaste selectiecriteria of het ondernemingsplan van de verkrijger voldoet aan de nieuwe regeling en hij dient de ondernemingsraad om advies te vragen over een voorgenomen bedrijfsovername.<sup>2</sup>

In de tweede plaats vergt de voorgestelde regeling meer onderzoek en meer verantwoording van de (potentiële) verkrijger(s). JIRA verwacht dat met name MKB-ondernemingen in toenemende mate afhankelijk zullen worden van professionele bijstand onder de voorgestelde regeling, bijvoorbeeld bij het opstellen van een ondernemingsplan of bij de toepassing van een (alternatieve) methode voor de selectie van personeel. Voor een deel van de potentiële verkrijgers zal alleen daarom het proces al te duur of te complex zijn waardoor de overname van (delen van) de onderneming minder aantrekkelijk wordt en de voorkeur wordt gegeven aan de overname van losse activa.

Mocht er toch een voorkeur voor overname van de gehele onderneming zijn, dan zullen (potentiële) doorstartkandidaten de hogere personeelslasten (nu in beginsel meer personeel mee overgaat dan onder het huidige regime) en transactiekosten verdisconteren in de koopsom. De boedel (en daarmee de gezamenlijke schuldeisers van de failliet) zal daardoor baten mislopen. Hierbij dient ook gedacht te worden aan de (soms aanzienlijke) personeelslasten voor werknemers van wie de curator op grond van art. 40 Fw de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd en die niet in dienst treden bij de verkrijger. De personeelskosten over de opzegtermijn die geldt voor deze werknemers komt volgens het Voorontwerp straks namelijk voor rekening van de verkrijger en niet langer voor de boedel (of van het UWV).

---

<sup>2</sup> Ontwerp Toelichting, p. 12.

Een ander mogelijk (onbedoeld) neveneffect van het Voorontwerp is dat een overname in faillissement minder aantrekkelijk wordt voor niet-gelieerde partijen die ten opzichte van gelieerde partijen een informatieachterstand hebben, met name doordat de voorgestelde procedure duurder, complexer en tijdrovender lijkt dan in de huidige doorstartpraktijk.

Ten slotte zal de mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep tegen de beslissing van de rechter-commissaris ex art. 176 Fw in het geval van overgang van onderneming de doorlooptijd van het doorstarttraject verlengen. JIRA verwacht dat dit een beperkende invloed heeft op het aantal succesvolle doorstarts. Niet in de laatste plaats omdat het vertrouwen van de belangrijkste klanten en toeleveranciers herwonnen moet worden. Daarvoor is financiering vereist en dienen toezeggingen gedaan kunnen worden, hetgeen niet of in ieder geval in mindere mate mogelijk is zolang er geen zekerheid is over de definitieve overgang.

## **2. Inlichtingenplicht voor surseance- en faillissementsaanvraag**

Het Voorontwerp introduceert de verplichting voor de ondernemer om de ondernemingsraad, de personeelsvertegenwoordiging of personeelsvergadering in te lichten over een surseanceaanvraag of een eigen aangifte faillissement (art. 31g lid 1 WOR). JIRA ziet niet in welk doel wordt gediend met voornoemde informatieverplichting als het gaat om een surseanceaanvraag (anders dan een eigen faillissementsaangifte). In dit verband wijst JIRA erop dat een algemene vergadering van aandeelhouders ('AVA') in beginsel slechts hoeft in te stemmen met een eigen faillissementsaanvraag en dat instemming van de AVA in beginsel niet vereist is voor het doen van verzoek tot verlening van de voorlopige surseance van betaling.<sup>3</sup> De vraag is dan ook waarom de ondernemingsraad wel al zou moeten worden geïnformeerd. Een voorafgaande informatieverplichting over een surseanceaanvraag kan bovendien een praktisch probleem opleveren indien de ondernemer tijdens een faillissementszitting bij wijze van verweer een surseanceaanvraag wenst te doen. Tot slot wordt nog opgemerkt dat de gevraagde surseance direct wordt verleend.<sup>4</sup> Het informeren van de ondernemingsraad, personeelsvertegenwoordiger of personeelsvergadering voegt in temporeel opzicht dan ook weinig toe. Derhalve is JIRA van mening dat in het geval van surseance kan worden volstaan met een verantwoordings- of informatieverplichting richting het personeel achteraf.

Het voorgestelde art. 31g lid 2 WOR verplicht de ondernemer daarnaast ook een verzoek tot faillietverklaring ingediend door een schuldeiser aan de ondernemingsraad, de personeelsvertegenwoordiging of personeelsvergadering toe te zenden indien de ondernemer voorziet dat het aannemelijk is dat de rechtbank hem in staat van faillissement zal verklaren. Uit de toelichting blijkt dat de rechter bij de behandeling van de faillissementsaanvraag kan verifiëren of de ondernemer zich aan deze verplichting heeft gehouden. Is dat niet het geval dan kan de rechtbank

---

<sup>3</sup> Vgl. art. 2:136 BW en art. 2:246 BW.

<sup>4</sup> Art. 215 lid 2 Fw.



bepalen op welke manier de ondernemingsraad, de personeelsvertegenwoordiging of personeelsvergadering alsnog in kennis wordt gesteld. JIRA neemt aan dat het niet de bedoeling is dat de rechter de mondelinge behandeling van het faillissementsverzoek in dat geval aanhoudt. Immers, mocht dat wel het geval zijn, dan geeft dit de schuldenaar de mogelijkheid om de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring (oneigenlijk) te vertragen. Wanneer dit inderdaad niet de bedoeling is, dan vraagt JIRA zich af wat de waarde van het voorgestelde lid 2 is. De rechtbank beslist in de meeste gevallen ter zitting op de faillissementsaanvraag. Ofwel het faillissement wordt uitgesproken ofwel de faillissementsaanvraag wordt afgewezen. In beide gevallen zal kennisgeving van de faillissementsaanvraag aan de ondernemingsraad, de personeelsvertegenwoordiging of personeelsvergadering niet langer noodzakelijk zijn.

Daarnaast wordt in de praktijk een verzoek tot faillietverklaring soms louter als een incassomiddel gebruikt. In een dergelijk geval is het onwenselijk en onwerkbaar dat de ondernemer de ondernemingsraad, de personeelsvertegenwoordiging of personeelsvergadering hierover onverkort informeert. Indien het niet aannemelijk is dat het faillissement wordt uitgesproken, is dit op grond van lid 2 ook niet nodig. Echter, het is plausibel dat de ondernemer de ondernemingsraad, de personeelsvertegenwoordiging of personeelsvergadering zekerheidshalve in kennis stelt, om er zeker van te zijn dat hij niet in strijd handelt met zijn wettelijke plicht. Dat zou tot onnodig veel onrust in de onderneming kunnen leiden, met name indien de ondernemingsraad, de personeelsvertegenwoordiging of personeelsvergadering de ernst van een faillissementsrekest niet goed kan inschatten. In dat geval bestaat het risico dat een faillissementsrekest een *self fulfilling prophecy* wordt.

Gelet op het vorenstaande verdient het aanbeveling de voorafgaande inlichtingverplichting van de ondernemer jegens de ondernemingsraad, personeelsvertegenwoordiging of personeelsvergadering te beperken tot een eigen faillissementsaangifte.

### **3. Concurrentiebeding**

Het voorgestelde art. 7:653 lid 6 BW voorziet in het verval van een concurrentiebeding indien de werknemer bij een overgang van onderneming in faillissement geen arbeidsovereenkomst aangeboden krijgt van de verkrijger als gevolg van het verdwijnen van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden. Wij juichen het toe dat hiermee wordt voorkomen dat werknemers die na de overgang *niet* in dienst komen bij de verkrijger, door een concurrentiebeding worden beperkt om elders werkzaam te zijn. Wij verwachten dat het daarnaast onder omstandigheden wenselijk kan zijn dat het Voorontwerp de mogelijkheid opent om concurrentiebedingen te wijzigen van werknemers die na de overgang *wel* in dienst komen bij de verkrijger. Een concurrentiebeding waarop de verkrijger een beroep kan doen als gevolg van de overgang van onderneming in faillissement kan onder omstandigheden zwaarder drukken op de betreffende werknemer. Er kan bijvoorbeeld gedacht worden aan de situatie dat een grote onderneming met meerdere vestigingen een kleine onderneming uit faillissement overneemt. In zo'n geval kan een concurrentiebeding in de verhouding met de verkrijger een veel groter (geografisch) bereik krij-

gen dan in de verhouding met de failliete werkgever het geval was. Derhalve verdient het aanbeveling het Voorontwerp aldus aan te vullen dat een regeling wordt getroffen die voorziet in de mogelijkheid concurrentiebedingen van werknemers die na de overgang in dienst komen bij de verkrijger (ten gunste van de werknemer) te wijzigen.

#### **4. Schulden die niet mee overgaan bij de overgang**

Het voorgestelde art. 7:666b lid 7 BW voorziet erin dat schulden die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten die zijn ontstaan of betrekking hebben op de periode voorafgaand aan de overgang niet overgaan op de verkrijger. In art. 5 van de voorgestelde ministeriële regeling is nader benoemd welke schulden het betreft. Wij achten een bepaling als deze een welkome verduidelijking. Het verdient aanbeveling in de voorgestelde ministeriële regeling ook op te nemen dat historische schulden aan pensioenfondsen evenmin overgaan op de verkrijger. Daarnaast is het nu niet duidelijk hoe om moet worden gegaan met transitievergoeding. Het verdient aanbeveling hier duidelijkheid over te verschaffen.

#### **5. Afbakening rechtsmiddel van niet-overgenomen werknemer**

Het voorgestelde art. 7:666b lid 5 BW voorziet in de mogelijkheid dat een werknemer die na de overgang geen arbeidsovereenkomst aangeboden heeft gekregen terwijl hij daarvoor op basis van de inspiegelingsmethode wel in aanmerking kwam, beroep kan instellen bij de kantonrechter. Dit leidt voor de verkrijger tot onzekerheid over de uiteindelijke personeelslasten en brengt een risico van gerechtelijke procedures met zich. Indien de wetgever er inderdaad voor kiest om dit rechtsmiddel te introduceren, dan meent JIRA dat het wenselijk is dat de mogelijkheid voor het instellen van een beroep bij de kantonrechter wordt beperkt in tijd.

#### **6. Tot slot**

Zoals gezegd, vreest JIRA dat het Voorontwerp het realiseren van een doorstart van met name kleine en middelgrote ondernemingen ontmoedigt. Naar de verwachting van JIRA impliceert het Voorontwerp hogere kosten en een complexer en langer doorstarttraject, wat in de eerste plaats zal leiden tot een afname van het aantal doorstarts. In de tweede plaats verwacht JIRA dat (potentiële) doorstartkandidaten de hogere te betalen loonsom (nu na invoering van het Voorontwerp in beginsel meer personeel mee over gaat naar de verkrijger dan onder het huidige regime), transactiekosten en risico's zullen verdisconteren in de koopsom. De boedel (en daarmee de gezamenlijke schuldeisers van de failliet) zal daardoor baten mislopen. JIRA heeft dan ook haar bedenkingen over de effecten van de invoering van het Voorontwerp. Het Voorontwerp zou aan draagvlak kunnen winnen indien uit onderzoek blijkt dat (i) het aantal doorstarts niet (significant) zal afnemen en (ii) het Voorontwerp niet tot een (nog) lager uitkeringspercentage in faillissement leidt.

Vereniging JIRA  
T 020 – 570 9020  
E [info@verenigingjira.nl](mailto:info@verenigingjira.nl)  
Postbus 75965 1070 AZ Amsterdam



VERENIGING  
JONGE  
INSOLVENTIERECHT  
ADVOCATEN.

Hoogachtend,  
Vereniging JIRA

Marinela Vieira  
Bob Rikkert  
Wouter Vlasveld  
Vera Leferink