



CORPORATE & RECOVERY.LEGAL

De Minister en Staatssecretaris van Justitie en Veiligheid,
De Staatssecretaris van Rechtsbescherming,
De Minister van Werkgelegenheid

Uitsluitend per de consultatie-site van de Rijksoverheid

Den Haag, 22 augustus 2024
Ref: : Consultatie Wetgeving
Inzake: : Consultatievoorstel WOVOF 2024

Concurrentievervalsing vervalt door de WOVOF

L.S.,

Hieronder treft u de visie aan van Corporate & Recovery.legal (“CRL”) op het consultatievoorstel WOVOF zoals dat in 2024 ter inzage is gelegd.

Kort over CRL. CRL is voorstander van een gebalanceerd ondernemingsklimaat, tegenstander van concurrentievervalsing tussen ondernemingen en de legalisering daarvan wat het gevolg zou zijn (geweest) van de ‘solitaire’ invoering van de pre pack wet WCO I. Zie hieronder.

Kort over de WOVOF. CRL is van oordeel dat de voorgestelde WOVOF – hoewel vatbaar voor perfectionering – concurrentievervalsing tussen ondernemingen aanzienlijk hindert (gelukkig) en daarnaast ook opportunistisch gebruik van faillissementen tegengaat. Daarom is de WOVOF goed voor een ondernemersklimaat waarbij de eerlijke ondernemers het voor het zeggen hebben, in plaats van degenen die te handig van faillissementen gebruik maken. Net zo belangrijk is overigens dat concurrentievervalsing niet alleen optreedt is als er sprake is van “opzet”. Het huidige systeem alleen al werkt concurrentievervalsing probleemloos (en zonder opzet) in de hand, en dus is het ook in dat opzicht goed dat de WOVOF dit aanpakt. CRL plaatst de navolgende op- en aanmerkingen bij het wetsvoorstel van de WOVOF.

Voor de zuiverheid meldt CRL het volgende. De schrijver van deze CRL consultatiebijdrage heeft de maatschappelijke noodzaak om *intra-concern* pre packs minder misbruikgevoelig te maken, bij politici onder de aandacht gebracht. Dit heeft rechtstreeks geresulteerd in het [Amendement Gesthuizen](#) bij het pre pack

+ 31 70 22 007 22
info@corporaterecovery.legal
Corporate & Recovery . Legal B.V.
Javastraat 21, 2585 AC The Hague, The Netherlands



CORPORATE & RECOVERY.LEGAL

wetsvoorstel WCO I (met welk amendement bereikt zou worden dat *intra-concern* pre packs niet gebruikt konden worden om werkgelegenheid te saneren, welk amendement geen meerderheid kreeg in de Tweede Kamer), en heeft – een paar dagen voordat het pre pack wetsvoorstel WCO I in de Eerste Kamer zou worden afgehamerd – de Eerste Kamer geïnformeerd dat het meer dan verstandig was de behandeling van het wetsvoorstel WCO I stil te leggen om de uitspraak van het Europese Hof inzake Smallsteps af te wachten (hetgeen geschiedde): dit naar aanleiding van de extreem kritische conclusie van de AG bij het EU Hof Mengozzi over de Nederlandse pre pack techniek, welke conclusie AG vlak voor het afhameren van de WCO I openbaar werd. Uiteindelijk oordeelde ook het EU Hof van Justitie in lijn met AG Mengozzi, en dit oordeel is gedeeltelijk overeind gebleven in de zaak Heiploeg. In de tussentijd heeft de Minister van Justitie meermalen getracht de bijzonder misbruikgevoelige WCO I toch nog door de Eerste Kamer te krijgen, waarbij de Eerste Kamer zich terecht op het standpunt bleef stellen dat de behandeling alleen kon worden voortgezet indien ook de WOVOF tegelijkertijd met de WCO I aan de Eerste Kamer werd voorgelegd. Kort te gaan. Ondergetekende heeft zowel de levensloop van de WOVOF, de WCO I en Novelle WCO I intensief gevolgd¹ wat van invloed is geweest op de onderstaande beoordeling / waardering van CRL voor de nu voorgestelde WOVOF. Ondanks de imperfecties.

Onderbelichte bezwaren intra concern doorstarts

Het grootste gevaar voor een gebalanceerd ondernemingsklimaat is dat zonder een eerlijk biedingsmechanisme, groepsvennootschappen (van bijvoorbeeld een gefailleerde zusteronderneming) de onderneming van laatstgenoemde kunnen overnemen² en zo allerlei verplichtingen achter zich kunnen laten, terwijl concurrenten niet goed hebben kunnen meebieden en wel netjes aan hun eigen verplichtingen (moeten) blijven voldoen. Het bekendst is wel het “lossen” van grote groepen werknemers onder het mom dat dit de

¹ Dieptepunt vormde wel de Novelle WCO I die (niet tijdens maar) vlak na corona ter consultatie is voorgelegd en die een ernstige bedreiging vormde voor bijvoorbeeld de rechtspositie van het zorgpersoneel waaronder begrepen longcovid verpleegkundigen. Gelukkig is deze Novelle niet verder gekomen.

² Waarbij een separaat probleem is dat deze groepsvennootschappen - omdat deze veelal aansprakelijk zijn voor dezelfde schuld - makkelijk externe bieders kunnen overbieden (in die gevallen waarin er wel een openbaar biedingsmechanisme is) omdat de door de concernvennootschap te betalen opbrengst tegelijkertijd in mindering strekt op het concern-krediet en de jurisprudentie door het verpandbaar maken van regres- en subrogatievorderingen daar onvoldoende tegenin brengt.



CORPORATE & RECOVERY.LEGAL

opbrengst voor de sterkte schuldeisers³ zou maximaliseren maar het komt ook voor dat doorstarts worden misbruikt of handig worden gebruikt om aan huurverplichtingen te ontkomen of aan onvoordelige contracten. Het probleem van deze praktijk zit niet alleen in óf het een óf het ander maar ook omdat – als men toch zo goed bezig is met saneren voor één reden – men de andere saneringsvoordelen er voor het gemak *ook* maar bij pakt (dus naast het lossen van werknemers, worden onvoordelige huurcontracten en andere onvoordelige contracten gemakshalve ook “meegenomen”). Het concurrentienadeel voor ondernemers zit dus niet alleen in het werknemersvraagstuk, wat niet wegneemt dat dit vaak wel een groot deel van het sanerings- en daarmee concurrentievoordeel voor de doorstarter bewerkstelligt.

Een vrij lange intro – excuus – waarmee CRL duidelijk wil maken dat het grootste probleem zit in *intra concern* doorstarts en dan met name die waarin er geen reële overname-optie is voor externe partijen.

Met de WOVOF is er - na overleg met stakeholders in de klankbordgroep – echter welbewust voor gekozen zich niet op “intra-concern” te richten maar om de problematiek op een andere wijze te benaderen.

CRL was en is dus in ieder geval voor de Beleids optie die intra-concern doorstarts wel aan banden legt (nr. 4 volgens het Beleidskompas voor de internetconsultatie) - *al dan niet in combinatie met* de nu wel gekozen Beleids optie nr. 2 -.

Naar mening van CRL is dat nog wel een gemiste kans als men concurrentievervalsing tussen ondernemingen wil tegengaan maar: “het is, wat het is”. Dat wil zeggen: het is nog altijd aan het parlement om een beleids optie toe te voegen aan het arsenaal *als* het parlement dat wenst.

Vermijden misbruik

Mocht het parlement dat niet wensen, dan is CRL van oordeel dat het ontbreken van de intra-concern focus in het wetsvoorstel, een extra druk legt op het voorkomen van misbruik of handig gebruik onder de *wel* gekozen route.

Suggestie 1. Het wetsvoorstel dient misbruik-proof te worden gemaakt. Nu de wetgever kiest voor een ander regime waaronder begrepen andere mogelijkheden voor grote vs.

³ De sterkte schuldeisers prefereren doorgaans de term “gezamenlijke schuldeisers” maar die term doet in Nederland de werkelijkheid teveel geweld aan. Het komt vrijwel nooit voor dat concurrente schuldeisers ook maar een heel klein deel van hun geld terugzien.



CORPORATE & RECOVERY.LEGAL

kleine ondernemingen⁴, dient de wetgever in de wetgeving zelf vast te leggen dat kleinere vennootschappen die functioneren in een grotere groep, niet van de voordelen voor kleinere ondernemingen gebruik kunnen maken. Laat de WOVOF dat na, dan wordt de concurrentie tussen grotere ondernemingen verstoord. En wellicht zijn er nog andere misbruikgevoelige elementen die kunnen worden geadresseerd.

Rechtsonzekerheid door twijfels aan wat nu wel of geen “wetgeving” is

Verder verdient het aanbeveling om nieuwe wetgeving op dit punt niet - weer - bloot te stellen aan de onzekerheden, wat leidt tot de volgende suggestie.

Suggestie 2. Gelet op de ervaringen met Smallsteps en Heiploeg waarbij het EU Hof van Justitie “hamerde” op de noodzaak van echte wetgeving en mede gezien de meest recente rechtspraak van de Hoge Raad in Heiploeg is het niet zo verstandig om te werken met Ministeriele regelingen of enige andere vorm van besluitvorming die niet zonder iedere twijfel – ook in de toekomst – geldt als “echte” wetgeving. Met andere woorden: stel met echte wetgeving vast wie er wel en geen gebruik kunnen of moeten maken om het risico te vermijden dat de praktijk weer te maken krijgt met rechtsonzekerheid.

Veranker in de Faillissementswet het recht van derden om mee te bieden

Eveneens is totaal onderbelicht dat het Hof van Justitie inzake Heiploeg geëxpliciteerd heeft dat het doel van de liquidatieprocedure moet zijn om de opbrengst voor de schuldeisers te maximaliseren, en verder wordt ook te vaak vergeten dat het speelveld niet alleen wordt beheerst door Nederlandse rechtszaken maar ook zaken die in alle lidstaten spelen, waardoor op een onverwachte wijze aanscherping van Nederlandse wetgeving nodig kan zijn. Of het Hof van Justitie tot de “maximalisatie” explicatie is gekomen doordat er bij Heiploeg sprake was van een externe overname - terwijl die bij Smallsteps meer als intra concern kan worden beschouwd -, is niet uit de uitspraken te herleiden.

Hoe dan ook: gezien de expliciete woorden van het Hof van Justitie inzake Heiploeg en om meer zekerheid te krijgen *dat* de wetgeving de toekomstige toetsing door het Hof van Justitie

⁴ De overheid zal er overigens goed aan doen om te benadrukken dat het Calimero-voordeel (de keuzevrijheid voor kleine doorstarters) als een boomerang kan terugkomen bij de kleine verkrijgers, als uit latere jurisprudentie van het EU Hof van Justitie blijkt dat wij het in Nederland toch verkeerd hebben begrepen. Het is immers niet de overheid die de keus maakt om een doorstarter aan te spreken, maar de achtergebleven werknemer. De loonsom tot er een onherroepelijke uitspraak ligt kan over al die jaren enorm oplopen. Terwijl het maar de vraag is of de verkrijger de Staat met succes kan aanspreken op grond van onrechtmatige wetgeving.



CORPORATE & RECOVERY.LEGAL

doorstaat⁵ zal tegelijkertijd met de WOVOF in de Faillissementswet moeten worden opgenomen dat alleen een doorstart met het doorlopen van een transparant en open marktmechanisme zoals het *stalking horse scenario* - waarbij externe partijen een reële kans krijgen om alsnog mee te bieden - het oogmerk opbrengstmaximalisatie heeft.⁶

Nu het WOVOF wetsvoorstel ook wijzigingen voorstelt voor de Faillissementswet en het *openbare* biedingsmechanisme de “EU-werking” van de WOVOF versterkt, kan en dient dit dus daarin te worden meegenomen.

Arbeidsrechtelijke componenten

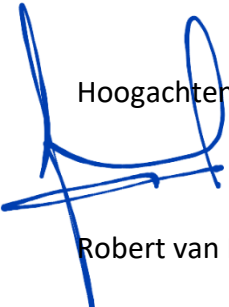
CRL adviseert de WOVOF goed te laten aansluiten op alle rechtspraak van het Hof van Justitie, waaronder begrepen de (in oorsprong, Belgische) zaak Plessers. Gezien de focus van CRL laat CRL dit aan de juristen die zich exclusief op dat rechtsgebied richten.

Tot slot

CRL wenst de wetgever veel sterkte om dit WOVOF wetsvoorstel verder te brengen. Tijdens het barsten van de Dot.com bubble in de jaren 2000 hebben veel bonafide ondernemers erg veel last gehad van de saneringen die concurrenten doorvoerden via doorstarts. En zo zijn er nog wel meer voorbeelden.

Het is goed dat de wetgever stappen neemt om daar een einde aan te maken.

Hoogachtend,



Robert van Moorsel

⁵ CRL vindt het onverstandig om te wachten op het al dan niet in verder komen van het concept van de EU Insolvency Directive omdat dit al enige tijd betrekkelijk stil ligt en (indien het al een stap verder komt) onderwerp zal zijn van inhoudelijk debat. Meerdere lidstaten hebben behoorlijke [problemen met diverse voorstellen](#), waaronder ook het gedetailleerde pre pack voorstel (terwijl de scope van de WOVOF ook nog eens niet beperkt is tot pre packs). Zie overigens ter info hier de [consultatiereactie](#) van CRL op het concept van de EU Insolvency Directive.

⁶ Met de optie uiteraard om malafide partijen (waaronder begrepen malafide intra-concern betrokkenen) uit te zonderen.