

INSOLAD
P/a Noordzijdseweg 183
3415 RC Polsbroek
e-mail: secretariaat@insolad.nl

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Zijne Excellentie de Staatssecretaris Rechtsbescherming,
de weledelgeleerde heer T. Struycken

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Zijne Excellentie de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
de weledelgeleerde heer Y.J. van Hijum

Amsterdam, 28 augustus 2024

**Inzake: Consultatiereactie op het Wetsvoorstel overgang van onderneming in
faillissement (Wovof)**

Excellentie,

1. Inleiding

- 1.1 De Vereniging Insolventierecht Advocaten (**INSOLAD**) is de landelijke vereniging van advocaten die zich hebben gespecialiseerd in het insolventierecht. Haar leden zijn advocaten die optreden als curator in faillissement, bewindvoerder in surseance van betaling, herstructureringsdeskundige en observator in WHOA-procedures en/of partijen bijstaan die betrokken zijn bij faillissementen, surseances van betaling, WHOA-procedures en buitengerechtelijke reorganisaties. Daarnaast zijn aan INSOLAD fellows verbonden, afkomstig uit de wetenschap, de financiële sector en de rechterlijke macht. INSOLAD is ook een erkend opleidingsinstituut van de Nederlandse Orde van Advocaten; leden van INSOLAD zijn verplicht om de Grotius/INSOLAD opleiding met goed resultaat af te ronden en om ten minste eens in de twee jaar een vervolgopleiding te volgen.
- 1.2 INSOLAD rekent het tot haar doelstelling om te streven naar een kwalitatief hoogwaardig, voorspelbaar, transparant en doelmatig herstructurerings- en insolventieproces. Als specialisatievereniging op het gebied van insolventierecht houdt INSOLAD zich actief bezig met de ontwikkeling van bestaande en nieuwe wet- en regelgeving op het gebied van het insolventierecht in brede zin. Daarbij leunt INSOLAD op de ervaring en expertise van haar leden.
- 1.3 INSOLAD heeft kennisgenomen van het Wetsvoorstel tot Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en enige andere wetten in verband met de introductie van een regeling betreffende de rechten van werknemers bij overgang van onderneming in faillissement (Wet overgang van onderneming in faillissement) (**Wovof**) en de daarbij behorende Memorie van Toelichting (de **MvT**).

- 1.4 INSOLAD heeft zichzelf afgevraagd of het opportuun is om deel te nemen aan deze consultatieronde. In het verleden zijn door INSOLAD meerdere bezwaren en zorgen geuit tegen invoering van de Wovof (verwezen wordt naar de consultatiereactie van INSOLAD d.d. 9 augustus 2019 en de input gegevens tijdens verschillende stakeholdersoverleggen). Blijkens de MvT heeft de wetgever deze bezwaren voor het overgrote deel naast zich neergelegd. Ook aan oproepen van INSOLAD om onderzoek te doen naar de daadwerkelijke noodzaak voor een regeling langs de lijnen van de Wovof en naar de negatieve bijeffecten daarvan, heeft de wetgever tot op heden geen gehoor gegeven. De politieke wens om “iets” te doen aan verbetering van de positie van werknemers in faillissement is kennelijk te groot om in te zien dat de voorgestelde regeling niet het beoogde effect zal hebben.
- 1.5 Desondanks zal INSOLAD nogmaals haar visie uiteenzetten. Deze consultatiereactie is voorbereid door een door INSOLAD samengestelde commissie bestaande uit:
- Angelina Bakker
 - Thom Broer
 - Floris Dix
 - Marlous de Groot
 - Esther Oppedijk van Veen
 - Bruno Tideman
 - Evert Verwey
- 1.6 INSOLAD is zeer kritisch op het voornemen van de wetgever om de Wovof in de huidige vorm in te voeren. De bezwaren van INSOLAD zijn vierledig:
- 1.7 Ten eerste vraagt INSOLAD zich af welk probleem de wetgever met de Wovof precies wenst op te lossen. Enerzijds lijkt het te gaan om het voorkomen van misbruik van de faillissementsprocedure om op een goedkope manier van werknemers af te komen. Anderzijds heeft de Wovof een veel verdergaande strekking en is het maar de vraag of het beoogde doel wordt bereikt. Sterker nog, INSOLAD herhaalt nog maar eens haar zorg dat de Wovof eerder een negatief effect zal hebben op de bescherming van werknemers dan een positief effect. INSOLAD licht dit nader toe in hoofdstuk 2 van deze consultatiereactie.
- 1.8 Ten tweede heeft INSOLAD al meerdere keren opgeroepen tot het vormen van een integrale visie op het insolventierecht (zie onder andere de reactie van INSOLAD op het Consultatiedocument Insolventierecht d.d. 28 februari 2022). In die reactie wees INSOLAD ook al op het risico dat het zicht op het grotere geheel verloren kan gaan als de focus ligt op slechts een onderdeel van het systeem. Dit kan tegenstrijdige of incomplete wetgeving tot gevolg hebben. Met de Wovof lijkt dit risico zich te manifesteren. INSOLAD werkt dit nader uit in hoofdstuk 3 van deze consultatiereactie.
- 1.9 Ten derde meent INSOLAD dat de Wovof ook in de huidige vorm in de praktijk onwerkbaar is. In de hoofdstukken 4 en 5 van deze consultatiereactie werkt INSOLAD uit wat de effecten van de Wovof zullen zijn op de positie van de verschillende

betrokken partijen en wat haar bezwaren zijn tegen de verschillende onderdelen van de regeling voor overgang van onderneming in faillissement.

- 1.10 Ten vierde staat INSOLAD in hoofdstuk 6 stil bij de voorgestelde bepalingen omtrent medezeggenschap.

2. Welk probleem wordt er met de Wovof opgelost?

- 2.1 INSOLAD heeft de indruk dat bij de wetgever de vrees bestaat dat pre-packs en doorstarts vooral worden gebruikt om op een goedkope wijze van werknemers af te komen. Die vrees is ongegrond. De overgrote meerderheid van de faillissementen zijn “echte” faillissementen waarbij de werkgever niet meer aan zijn opeisbare verplichtingen kan voldoen en worden alle betrokkenen in hun belangen geraakt. In de overgrote meerderheid van de gevallen heeft de werkgever er alles aan gedaan om een faillissement te voorkomen. Een faillissement wordt immers zelden als prettig ervaren. Vaak is er veel (negatieve) publiciteit, de onderneming leidt grote schade doordat contracten kunnen worden beëindigd en klanten hun heil elders zoeken en het bestuur van de failliete werkgever kan een kritisch onderzoek door de curator tegemoet zien en/of zelf worden aangesproken op grond van afgegeven borgstellingen of garanties.
- 2.2 Gefailleerde vennootschappen gaan in de regel gebukt onder een grote schuldenlast en beschikken in ieder geval niet over de middelen om de exploitatiekosten van de onderneming in balans te brengen met de omzet. In veel gevallen is voor het bereiken van die balans noodzakelijk dat het werknemersbestand wordt verkleind. Zou het werknemersbestand geen probleem vormen, dan ligt het meer voor de hand dat ondernemers voor een WHOA-traject kiezen in plaats van een faillissement. In de WHOA kunnen immers alle vorderingen, met uitzondering van die van de werknemers, worden geherstructureerd. Vormt het werknemersbestand wél een probleem en is een inkrimping daarvan noodzakelijk, maar niet mogelijk omdat de middelen daartoe ontbreken, dan is het faillissement geregeld onvermijdelijk. Het is dan ook aannemelijk dat het onvermogen om de werknemerslasten te verlagen veelal de aanleiding is van de faillissementen die sinds de invoering van de WHOA worden uitgesproken.

NB: Uit het voorgaande dient niet worden afgeleid dat het faillissement voor de werkgever de mogelijkheid biedt om zijn personeelsbestand in te krimpen. Het faillissement is voor een onderneming alleen mogelijk als hij in de faillissementstoestand verkeert. Met andere woorden als de ondernemer niet langer in staat is om aan zijn verplichtingen te voldoen. Het bestaan van de faillissementstoestand wordt getoetst door de rechter. Bij het uitspreken van het faillissement wordt een curator benoemd die is belast met het te gelde maken van het actief. Dat kan zijn via een doorstart zijn omdat dit het meeste oplevert zowel in termen van opbrengstmaximalisatie én maatschappelijke belangen, waaronder ook zeer nadrukkelijk werkgelegenheid is te verstaan. Bovendien kan dat ook zijn met de (voormalige) bestuurder, maar het is de curator (met goedkeuring van de rechter-commissaris) die dat bepaalt en niet de ondernemer

zelf. Die heeft slechts twee opties: wel of niet faillissement aanvragen. Daarna ligt de regie bij de curator.

- 2.3 Het probleem dat de gefailleerde onderneming kampt met te hoge personeelskosten wordt slechts gedeeltelijk ondervangen door de Wovof. Weliswaar kan op basis van bedrijfseconomische redenen afscheid worden genomen van een aantal werknemers, maar een gevolg van het inspiegelingsbeginsel is dat veel van de werknemers die bij de verkrijger in dienst treden over uitgebreide arbeidsvoorwaarden en anciënniteitsrechten beschikken. Die rechten hebben er doorgaans toe geleid dat een personele reorganisatie buiten faillissement geen kans van slagen had omdat het simpelweg te kostbaar is om de arbeidsovereenkomsten van deze werknemers te beëindigen. Dit kan een potentiële verkrijger afschrikken.
- 2.4 Een doorstart uit faillissement is een inherent risicovolle transactie. Zo is het geenszins een gegeven dat klanten van de failliet ook klant zullen worden of blijven van de doorstarter. Medewerkers van de failliet zijn geenszins verplicht een aanbod van de verkrijger te aanvaarden en kunnen in dienst treden bij een concurrent of “een andere uitdaging zoeken”. Na de overgang kan het toekomstperspectief van de onderneming wijzigen en het voortbestaan van de onderneming (wederom) in gevaar komen. Alsdan kan een verdere inkrimping van het werknemersbestand noodzakelijk zijn. De verkrijger calculeert al deze onzekerheden in bij het bepalen van de koopsom. Hoe groter de onzekerheden, hoe lager de koopsom.
- 2.5 De Wovof vergroot de onzekerheden voor een doorstarter aanzienlijk. Ten eerste gaan bij de overgang van onderneming nu alle werknemers, ook de werknemers die geen aanbod krijgen, over. Dit betekent dat de doorstarter deze werknemers onder andere zal moeten opnemen in zijn eigen loonadministratie, belastingen en sociale premies en verzekeringen. Naast deze extra administratieve last komen ook ten aanzien van de werknemers die geen aanbod krijgen over de opzegtermijn de loonkosten, ziekte, ongevallen, etc. voor rekening en risico van de verkrijger. Dit terwijl hij voor deze mensen hoogstwaarschijnlijk geen werk heeft omdat hij ze simpelweg niet nodig heeft. Ten tweede komen de werknemers die een aanbod krijgen van de doorstarter over met medenemen van hun arbeidsverleden. Het in de toekomst eventueel verder reorganiseren van het personeelsbestand zal daarmee veel kostbaarder worden. Ten derde dienen de overgenomen werknemers hun arbeidsvoorwaarden te behouden. Het integreren van deze werknemers in de organisatie van de verkrijger zal dan ook tot veel onrust zorgen onder de zittende werknemers indien die minder gunstige arbeidsvoorwaarden hebben. Ten vierde is de doorstarter gehouden om gedurende 26 weken vacatures te vullen met werknemers die in eerste instantie niet mee overgenomen zijn. Ten vijfde, zullen de transactiekosten van een doorstart aanzienlijk toenemen.
- 2.6 Het is een illusie te denken dat de doorstarter de kosten van deze risico's en bijbehorende extra administratieve last voor zijn eigen rekening zal nemen. Hij heeft een bepaald bedrag over voor de overname van de failliete onderneming. Meer zal hij niet willen betalen. De doorstarter zal de extra risico's en kosten dan ook verdisconteren in de koopprijs. Dit zal leiden tot ofwel een lagere opbrengst voor de

boedel ofwel het niet doorgaan van de doorstart omdat het los verkopen van activa voor de boedel meer zal opbrengen althans minder risico's mee zal brengen. Wanneer de activa los worden verkocht zal geen doorstart plaatsvinden en al het personeel worden ontslagen.

- 2.7 INSOLAD herhaalt nog maar eens dat er bij het overgrote deel van de doorstarts sprake is van een “echt” faillissement. Dat heeft nu eenmaal tot gevolg dat niet iedereen volledig kan worden voldaan of zijn positie volledig kan behouden. Ook de werknemers niet. De werkgever is niet voor niets failliet gegaan. Als de wetgever ervoor kiest om één van de stakeholders bij de verdeling van de schaarse middelen meer te geven, in dit geval de werknemers, betekent dat dat een ander minder krijgt. Als er meer naar de werknemers gaat, gaat er automatisch minder naar de gezamenlijke schuldeisers. Er komt door de Wovof niet meer te verdelen vermogen bij (de doorstarter gaat echt niet meer betalen of meer risico's accepteren met betaling van dezelfde koopprijs), het wordt alleen anders verdeeld. INSOLAD vraagt zich af of de wetgever dat gegeven wel voldoende heeft onderkend. In dat licht wijst INSOLAD nog maar eens op de legeboedelproblematiek en het lopende WODC onderzoek in dat verband. Hoe verhouden die twee thema's zich volgens de wetgever tot elkaar? INSOLAD krijgt sterk de indruk dat daarover onvoldoende is nagedacht.
- 2.8 De Wovof heeft in de huidige opzet dan ook naar mening van INSOLAD een veel te ruime strekking. Daar waar de wetgever misbruik van het faillissementsrecht wenst te voorkomen, zouden de maatregelen dan ook alleen op misbruikbestrijding dienen te zien. Zo zou nagedacht kunnen worden over beperking van de Wovof tot voorbereide faillissementen en surseances (zie paragraaf 3.1 hierna) of tot doorstarts met een gelieerde partij. INSOLAD kan zich niet vinden in de opmerking van de wetgever op pagina 7 van de MvT dat deze laatste optie makkelijk zou kunnen worden ontdoken en een ingewikkelde definitie van “gelieerde partij” vergt. Volgens INSOLAD is daar met gebruikmaking van het UBO-register, een verdachte periode voor doorverkoop aan een gelieerde partij en een boeteclausule eenvoudig een mouw aan te passen. Daarvoor kan inspiratie worden opgedaan uit regelingen in de ons omliggende landen (o.a. de UK) waar het wel mogelijk is gebleken om dit punt te adresseren. In ieder geval zal dat een eenvoudiger regeling opleveren dan waar de praktijk nu met de Wovof potentieel mee te maken krijgt.
- 2.9 INSOLAD roept de wetgever hierbij dan ook op om het beoogde doel en de reikwijdte van de regeling met elkaar in lijn te brengen en om “echte” faillissementen en doorstarts buiten schot te laten.

3. Verhouding tot andere regelingen

- 3.1 Verhouding tot het advies van de Commissie Insolventierecht (29 februari 2024)
- 3.1.1 Met invoering van de Wovof richt de wetgever zich op de positie van werknemers in faillissement. Daarmee wordt getracht een ‘lek’ te dichten in één onderdeel van het ‘insolventierechtstelsel’ (het faillissement), terwijl andere delen van dat stelsel nog niet eens in de steigers staan (WCOI/pre-pack - zie hierna) of dringend aan verbouwing toe zijn, zoals de surseance van betaling. Gelet op het huidige economische klimaat, waarin juist sprake is van een personeelstekort, is INSOLAD

dan ook verbaasd dat alleen de Wovof op dit moment opnieuw ter consultatie wordt voorgelegd.

3.1.2 Recent nog heeft de Commissie Insolventierecht in haar brief van 29 februari 2024 aandacht gevraagd voor het feit dat de surseance van betaling dringend aan herziening toe is. De Commissie Insolventierecht geeft in haar brief een voorzet voor een blauwdruk van het stelsel van de verschillende insolventieprocedures. Daarbij wordt het volgende onderscheid gemaakt:

- Een procedure voor hoofdzakelijk financiële herstructurering (de WHOA);
- Een procedure voor zowel operationele als financiële herstructurering (de surseance van betaling);
- Een procedure voor hoofdzakelijk liquidatie en vereffening (het faillissement);
- Een procedure voor herstructurering van schulden van natuurlijke personen (de WSNP).

3.1.3 INSOLAD kan zich goed vinden in dit onderscheid. De Commissie Insolventierecht lijkt de surseance van betaling als een wezenlijk onderdeel van het stelsel te beschouwen en bepleit de modernisering daarvan, waarbij dan ook gekeken zou moeten worden naar de positie van werknemers in surseance. Dat laatste ligt inderdaad voor de hand als operationele herstructurering één van de doelen van de surseance is. Het herstructureren van een (overtollig) personeelbestand is dan iets, dat in de surseance aan de orde kan komen. Een gemoderniseerde surseance zou ook de procedure kunnen worden waarin de mogelijkheden van een doorstart kunnen worden onderzocht en waar een overgang van onderneming aan de orde kan komen. Daarbij kan dan tevens worden onderzocht of een regeling zoals de Wovof voor de surseance van betaling moet gaan gelden. Mogelijk kan tevens worden bekeken of een pre-pack (voor zover gericht op overgang van onderneming) niet (tevens) aan de surseance van betaling vooraf kan gaan, in plaats van – zoals tot nu is beoogd – (uitsluitend) aan een faillissement. Het faillissement is in voornoemd stelsel immers gericht op liquidatie en vereffening. Daarmee lijkt het concept ‘overgang van onderneming’ niet goed te rijmen. Het gaat dan immers om een procedure die is bedoeld voor de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Daarvoor kan de uitzondering van artikel 5 lid 1 van de richtlijn 2001/23/EG zoals uitgewerkt in art. 7:666 BW, gezien ook de recente jurisprudentie,¹ dan gewoon blijven gelden.

3.1.4 INSOLAD pleit er voor om eerst de blauwdruk van de insolventieprocedures uit te werken om te voorkomen dat er thans (onder druk van gepercipieerde maatschappelijke onrust²) een wetwijziging in één bepaald onderdeel van dit stelsel (het faillissement) wordt ingevoerd, terwijl achteraf gezien geconcludeerd zal kunnen worden dat dit in een ander onderdeel van het insolventierechtstelsel had moeten gebeuren. Daarbij doet INSOLAD de suggestie om te onderzoeken of een regeling

¹ Zie o.a. HR 6 oktober 2023, ECLI:NL:HR:2023:1372

² De MvT (voetnoot 9) wijst op maatschappelijke onrust n.a.v. incidenten in 2013 en 2014. In die periode was er in bepaalde sectoren overcapaciteit van personeel. Die omstandigheden zijn thans volledig anders, er is over de gehele breedte sprake van personeelskrapte. Faillissementen die gericht zijn op afslanking van het personeelbestand doen zich de laatste tijd niet tot nauwelijks voor. De vraag is dus voor welk urgent probleem, de Wovof thans een oplossing is.

langs de lijnen van de Wovof in de surseance van betaling in plaats van in faillissement kan worden geïntegreerd. De faillissementsprocedure blijft dan hoofdzakelijk voor liquidatie en vereffening dienen en is daarmee gericht op het te gelde maken van de activa ten behoeve van de schuldeisers. Gezien het huidige economische klimaat is er geen reden om de Wovof overhaast in te voeren en is er voldoende tijd om deze blauwdruk te maken.

3.2 Koppeling met WCO I

3.2.1 INSOLAD pleit er daarnaast voor de Wovof niet los te koppelen van de Wet Continuïteit Ondernemingen I (WCO I).

3.2.2 Sinds 2016 is het wetsvoorstel inzake WCO I aanhangig bij de Eerste Kamer. Aanvankelijk zou dit wetsvoorstel tegelijkertijd worden ingevoerd met de Wovof. Tijdens het laatste overleg van de Klankbord groep d.d. 20 juni 2024 begreep INSOLAD dat dit nog steeds de gewenste koers is. Uit de brief van Minister d.d. 15 april 2024 lijkt echter een andere koers te volgen:

“Idealiter zou deze aanpassing tegelijkertijd in werking treden met een wettelijke regeling rondom de stille voorbereiding van een faillissement. Zoals hiervoor aangegeven, voorziet de WCO I in een dergelijke regeling van stille voorbereiding van faillissement. Op dat onderwerp moet echter ook rekening worden gehouden met het Europese voorstel materieel insolventierecht. Dat voorstel bevat namelijk een soortgelijke regeling. Het is goed gebruik en soms ook een Europese verplichting om bij een lopend Europees onderhandelingstraject pas op de plaats te maken en niet op hetzelfde onderwerp te werken aan een nationale regeling. Ik breng onze ervaringen die we hebben met de Nederlandse praktijk en de WCO I graag in de richtlijnonderhandelingen in. Zodra deze onderhandelingen zijn afgerond, zal ik verder werken aan een Nederlandse regeling over de stille voorbereiding van een faillissement, in de vorm van een implementatiewet dan wel een nationale regeling.”

3.2.3 Om die reden merkt INSOLAD hierbij nogmaals op dat zij het onwenselijk acht om de Wovof reeds in te voeren alvorens een regeling over de stille voorbereiding van een faillissement gereed is. Als gevolg van de Wovof zal de curator zich geconfronteerd zien met extra werkzaamheden in de eerste dagen van een faillissement, namelijk het verzamelen en beschikbaar stellen van data ten aanzien van het personeelsbestand zodanig dat een doorstartkandidaat een weloverwogen beslissing kan nemen rondom het risico van overgang van onderneming. WCO I zou hier ingezet kunnen worden om de nodige voorbereidingen voor een doorstart te treffen en om in relatieve rust alle benodigde gegevens te verzamelen om deze te kunnen delen met alle potentiële doorstartkandidaten voorafgaand aan dan wel direct na uitspreken van het faillissement. Hiermee worden de risico's voor potentiële doorstartkandidaten inzichtelijker en daarmee een kans op een doorstart met behoud van werkgelegenheid vergroot. Het voorgaande geldt vooral voor de grotere en meer complexe faillissement alsmede voor faillissementen waarin maatschappelijke belangen een grote rol spelen en veel personeelsleden betrokken zijn, zoals in de retail en zorg.

3.3 Verhouding tot fiscale OvO-regeling

- 3.3.1 Op 29 mei 2020 is het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet financiering sociale verzekeringen, de Ziektewet en de Wet Werk en inkomen naar arbeidsvermogen in verband met nadere regels inzake een overgang van onderneming (het "**Wetsvoorstel Wfsv**") in consultatie gegaan. De consultaties zijn destijds beperkt gebleven. Begin 2024 is INSOLAD benaderd en heeft INSOLAD de mogelijkheid gehad om haar visie te delen ten aanzien van het Wetsvoorstel Wfsv. Op 7 februari 2024 heeft INSOLAD haar visie gedeeld met het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid.
- 3.3.2 Het Wetsvoorstel Wfsv komt er – verkort weergegeven – op neer dat er een meldplicht voor de werkgever is bij de overgang van onderneming zodat de betrokken instanties premiebeschikkingen kunnen opleggen aan de betrokken partijen. Het Wetsvoorstel Wfsv legt deze meldingsplicht ook op de curator bij gebreke waarvan er boetes aan de curator en of de boedel opgelegd kunnen worden. Het is uiteraard ongewenst dat aan curatoren dergelijke boetes opgelegd kunnen worden nu bij een doorstart snelheid is geboden en in veel gevallen de administratie ook niet voorhanden is om aan een mogelijke meldingsplicht te kunnen voldoen. Voor de verdere visie van INSOLAD wordt verwezen naar voornoemde reactie.
- 3.3.3 In dit verband verwijst INSOLAD eveneens naar het advies van de Raad van State over het Wetsvoorstel Wfsv d.d. 3 juni 2024 waarin eveneens kritiek wordt geuit op de introductie van een meldingsplicht voor de curator. Zo merkt de raad van State terecht op dat:
- "Juist bij een faillissement kan een overgang van onderneming complex zijn. (...) Dat de meldplicht in faillissement komt te rusten op de curator wordt echter niet geregeld in de voorgestelde wettekst. De Afdeling merkt op dat deze taak voor de curator een extra belasting vormt in een periode waarin vaak snel gehandeld moet worden bij een veelvoud van verplichtingen en belangen van vele partijen. Uit de toelichting blijkt evenwel niet welke gegevens moeten worden aangeleverd bij een melding."*
- 3.3.4 INSOLAD vindt dat met de Wovof en het Wetsvoorstel Wfsv de taak van de curator op onevenredige wijze wordt uitgebreid zonder dat dat in het belang van de boedel en of de gezamenlijke crediteuren is. De administratieve afhandeling voor curatoren wordt verzwaard ten laste van de crediteuren zonder dat zij een meeropbrengst tegemoet kunnen zien. Verder is het van belang om op te merken dat een curator niet altijd kan voldoen aan de informatievoorziening. In veelal kleine(re) faillissementen is geen HR afdeling en zal de administratie niet altijd compleet voorhanden zijn. Het wordt in die gevallen niet mogelijk om zonder financiële risico's een doorstart te realiseren.
- 3.3.5 Door de Wovof en het het Wetsvoorstel Wfsv wordt geen recht gedaan aan de rol van de curator en de positie die hij inneemt in een doorstart. Door de administratieve rompslomp die door deze regelingen op de curatoren en kopers wordt gelegd, wordt een doorstart zeer onaantrekkelijk gemaakt. De curatoren kunnen niet voldoen aan de informatieverschaffing die vereist wordt en de kopers zullen hun vingers niet branden aan het overnemen van activa (met of zonder personeel) kort na het faillissement.

3.4 Verhouding tot Wetsvoorstel Wijziging van art. 7:653 BW en van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek in verband met de modernisering van het concurrentiebeding

3.4.1 Bij brief van 15 april 2024 heeft INSOLAD gereageerd op het Wetsvoorstel Wijziging van art. 7:653 BW en van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek in verband met de modernisering van het concurrentiebeding. Dit wetsvoorstel is een initiatief van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. INSOLAD verzoekt de wetgever om ook in het kader van de Wovof aandacht te hebben voor de vragen die INSOLAD in haar reactie van 15 april 2024 heeft opgeworpen.

4. Effecten Wovof op de positie van verschillende betrokken partijen

4.1 De positie van de werknemers

4.1.1 De Wovof is gericht op de positie van werknemers in faillissement. Het verbaast INSOLAD dan ook dat in de MvT geen analyse is opgenomen over de huidige positie van werknemers in faillissement, van de mate van bescherming die zij daaraan op dit moment al kunnen ontlenen en van de noodzaak en rechtvaardiging om ten laste van andere betrokkenen de positie van werknemers te versterken.

4.1.2 Een faillissement heeft grote gevolgen voor alle betrokkenen omdat – kort gezegd – er een tekort aan liquide middelen is. Dit betekent dat crediteuren hun vorderingen niet meer (geheel) krijgen betaald, werknemers hun baan verliezen en klanten hun goederen of diensten niet meer krijgen geleverd. Een faillissement heeft ook maatschappelijke gevolgen. Desalniettemin zijn er altijd situaties waarin een faillissement niet voorkomen kan worden.

4.1.3 De gevolgen van een faillissement worden door alle betrokkenen gevoeld. In de MvT wordt als reden van Wovof met name genoemd het risico dat met behulp van een faillissement personeel kan worden ontslagen zonder dat daarbij de normale ontslagbescherming hoeft te worden toegepast (MvT p. 3). Aan de sterke positie die de werknemer thans in een faillissement heeft, wordt geen aandacht besteed. Dit terwijl het ontslag in faillissement onderworpen is aan toestemming van de rechter-commissaris en de werknemer de enige crediteur in faillissement is die gegarandeerd een substantieel deel van zijn vordering krijgt. Op grond van de loongarantieregeling neemt het UWV alle verplichtingen over tot 13 weken voorafgaande van het faillissement en over de opzegtermijn. Daarnaast is de vordering ter zake al hetgeen de werknemer over het lopende jaar en het voorafgaande kalenderjaar in geld op grond van de arbeidsovereenkomst te vorderen heeft van zijn werkgever, een preferente vordering op grond van art. 3:288 sub e BW. Desalniettemin acht de wetgever het nodig om de werknemer verder te beschermen, dit ten nadele van de boedel en daarmee de overige crediteuren in een faillissement. In de MvT wordt deze belangenafweging in het voordeel van de werknemer en in het nadeel van de boedel en de andere crediteuren, niet verder toegelicht.

4.1.4 INSOLAD verwijst in dit verband tevens naar paragrafen 2.6 en 2.7 hierboven. INSOLAD roept de wetgever op om maatregelen te nemen ter afdekking van de negatieve effecten van de Wovof. Het versterken van de positie van de werknemers

mag niet zonder enige rechtvaardiging ten laste van de gezamenlijke crediteuren en de toch al veel te lege boedel worden gebracht.

4.2 De positie van de verkrijger

- 4.2.1 Zoals op pagina 18 van de MvT aangegeven is het de gedachte van de wetgever dat de administratieve last van de Wovof vooral bij de verkrijger zal kunnen worden gelegd. Het is volgens de wetgever immers vooral de verkrijger die zich moet gaan verantwoorden bij de rechter-commissaris voor wat betreft het voldoen aan de vereisten van de Wovof. Op potentiële verkrijgers komt dus een onderzoeks- en verantwoordingsplicht te rusten voor het verkrijgen van toestemming voor een doorstart waarbij niet aan alle werknemers een arbeidsovereenkomst wordt aangeboden. Zo zal de verkrijger onderzoek moeten doen naar de bedrijfseconomische toestand van de over te nemen onderneming, om zo te kunnen bepalen of er ETO-redenen zijn die rechtvaardigen dat niet aan het volledige personeelsbestand een aanbod wordt gedaan. De verkrijger zal dus, in de meeste gevallen, een financieel adviseur moeten inschakelen om een analyse te maken van de te verwachten bedrijfseconomische toestand van de over te nemen onderneming, om zo verantwoording te kunnen afleggen aan de rechter-commissaris. Hetzelfde geldt voor wat betreft de te hanteren selectiemethode, waarbij de verkrijger over het algemeen een arbeidsrechtsspecialist zal moeten inschakelen om de inspiegelingsmethode (of alternatieve methode) uit te werken. De verkrijger is hierbij ook afhankelijk van de informatie die hij verkrijgt van de curator, die op zijn beurt weer afhankelijk is van het bestuur van de onderneming. Op grond van de Wovof zal de verkrijger dus, vergeleken met de huidige doorstartpraktijk, in een zeer korte tijd veel meer informatie moeten verzamelen en (extern) advies moeten inwinnen, voordat überhaupt een toestemmingsverzoek voor een doorstart kan worden ingediend.
- 4.2.2 Deze informatie- en verantwoordingsplicht zullen volgens INSOLAD ervoor zorgen dat potentiële verkrijgers afzien van een doorstart, dan wel dat zij niet eens de moeite zullen nemen om onderzoek te doen naar een doorstartmogelijkheid. Als een potentiële verkrijger al interesse heeft in een doorstart, dan is het een illusie te geloven dat hij de met de Wovof gepaard gaande extra kosten en de risico's voor zijn rekening zal nemen. Hij zal deze kosten en risico's verdisconteren in de koop prijs. Zie paragraaf 2.6 hiervoor.

4.3 De positie van de gelieerde partij

- 4.3.1 Zoals eerder ook door INSOLAD opgemerkt, werkt de in de vorige paragraaf genoemde informatie- en verantwoordingsplicht een transactie met een gelieerde partij juist in de hand. Op pagina 3 van de MvT wordt opgemerkt dat de Wovof is gericht op het beter beschermen van werknemers door te voorkomen dat het faillissement wordt gebruikt als reorganisatiemiddel om zo op een eenvoudige manier afscheid te kunnen nemen van personeel. De MvT wordt vervolgd met de opmerking dat het risico van deze reorganisatievorm vooral bestaat bij een voorafgaand aan het faillissement voorbereide overgang van onderneming én overgang op een gelieerde partij. Zoals hiervoor opgemerkt zorgt de Wovof er nu echter voor dat een derde-verkrijger veel informatie moet verzamelen en de rechter-commissaris moet voorzien van een uitgebreide toelichting waarom de derde-

verkrijger van mening is dat niet het hele personeelsbestand kan worden overgenomen. Informatie die over het algemeen al beschikbaar is bij gelieerde partijen. De derde-verkrijger heeft dus een informatieachterstand ten opzichte van voornoemde partijen, hetgeen een doorstartvoordeel voor gelieerde partijen oplevert. Gelieerde partijen hoeven over het algemeen nauwelijks kosten meer te maken voor extern advies en hebben al een zeer goed beeld van de bedrijfseconomische toestand van de onderneming. INSOLAD verwacht daarom dat de Wovof niet het gewenste effect zal sorteren, maar juist doorstarts door gelieerde partijen in de hand zal werken.

4.4 De positie van de curator

4.4.1 INSOLAD wijst erop dat als gevolg van de Wovof de taak van de curator verder zal worden verzaamd. Dit zal – in combinatie met het feit dat ook de opbrengsten zullen teruglopen (zie paragrafen 2.6 en 2.7 hiervoor) – leiden tot vergroting van de legeboedelproblematiek. Over deze problematiek loopt op dit moment een WODC onderzoek, waarin deze negatieve effecten niet worden meegenomen. INSOLAD vindt het in het licht van de gesprekken en onderzoeken die plaatsvinden op het gebied van de legeboedelproblematiek, onbegrijpelijk dat de wetgever daar in het kader van de Wovof geen rekening mee houdt. INSOLAD roept de wetgever dan ook op hier maatregelen voor te nemen.

4.4.2 In vrijwel ieder faillissement ziet de curator zich op datum faillissement geconfronteerd met een organisatie waar een bepaalde mate van chaos is. Dit geldt in de regel voor alle lagen in de organisatie. Voorts reageren marktpartijen, waaronder leveranciers, dienstverleners en/of overige (contracts)partijen impulsief en worden activiteiten doorgaans abrupt gestaakt of onderbroken alvorens afspraken kunnen worden gemaakt met de curator. Vaak heeft de curator enige dagen nodig om rust te creëren teneinde de bedrijfsactiviteiten voort te zetten en eventueel door te kunnen starten. Indien een doorstart uit faillissement in de rede ligt, zal de curator zich concentreren op het inrichten van het verkooptraject. Dit houdt onder meer in dat een biedingsproces voor de potentiële kandidaten moet worden opgericht (en bewaakt), het verzamelen van data, inrichten van een dataroom, en tenslotte voeren van onderhandelingsgesprekken met kandidaat-kopers. Uit de MvT blijkt dat de wetgever onderkent dat de introductie van de wettelijke regeling tot gevolg heeft dat in het proces rondom een bedrijfsovername meer onderzoek moet worden verricht en meer verantwoording moet worden afgelegd. Dit heeft tot gevolg dat de curator meer verantwoordelijkheden krijgt met dito extra werkzaamheden en risico's. Hiermee vindt opnieuw een verzwaring plaats van de taak van de curator. Naast de (overige) maatschappelijke belangen waar de curator acht op moet slaan komt het primaire belang van de curator, zijnde het behartigen van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers, meer en meer onder druk te staan. INSOLAD heeft hiervoor reeds eerder uw aandacht gevraagd.³

4.4.3 Daarnaast geldt dat deze extra werkzaamheden tot extra kosten voor de boedel zullen leiden, omdat verwacht mag worden dat de curator de beschikbaar te stellen

³ Zie reactie INSOLAD d.d. 28 februari 2022 op het Consultatiedocument betreffende het insolventierecht

informatie aan potentiële verkrijgers zelf zal moeten verzamelen en (laten) verifiëren op juistheid. Tevens zal de curator het standpunt van de verkrijger dat er sprake is van objectieve bedrijfseconomische omstandigheden op grond waarvan minder personeel kan worden overgenomen, zelf ook moeten (laten) verifiëren om zodoende de rechter-commissaris ook op dit punt te kunnen adviseren ten aanzien van zijn besluitvorming. Hoewel de MvT melding maakt dat het aan de verkrijger is om de rechter-commissaris te voorzien van de informatie, zal de rechter-commissaris zich eveneens laten informeren en adviseren door zijn primaire aanspreekpunt, de curator. Voorgaande volgt ook met zoveel woorden uit de MvT.

- 4.4.4 In dit verband wordt op pagina 18 van de MvT opgemerkt dat het denkbaar is dat RECOFA instrumenten ontwikkelt waarin nader is aangegeven welke informatie van een verkrijger wordt verlangd. INSOLAD vraagt zich af of een dergelijk contact tussen de rechter-commissaris en de verkrijger wenselijk en werkbaar is. De rechter-commissaris heeft toch vooral de taak om toezicht te houden op het beheer en de vereffening van de failliete boedel op grond van artikel 64 Fw. In de huidige doorstartpraktijk is het de curator die een toestemmingsverzoek indient, waarbij alle relevante informatie door de curator met de rechter-commissaris wordt gedeeld. Op basis van de Wovof zal de curator een toestemmingsverzoek moeten indienen, maar zal daarnaast ook de verkrijger de rechter-commissaris moeten voorzien van informatie. De rechter-commissaris gaat deze informatie blijkbaar bundelen en hier vervolgens een oordeel over geven. Het is onduidelijk wat voor rechtsverhouding tot stand komt bij het contact tussen de verkrijger en de rechter-commissaris en hoe deze rechtsverhouding zich verhoudt tot het toestemmingsverzoek van de curator. Hoe gaat een rechter-commissaris bijvoorbeeld om met een discrepantie tussen de informatie van de curator en de informatie van de verkrijger? Wordt de verkrijger hierover gehoord, of leidt dit direct tot een afwijzing?
- 4.4.5 INSOLAD verwacht dat de informatievoorziening op basis van de Wovof in de praktijk lastig uit te voeren zal zijn voor zowel de curator als de verkrijger. Dit zal tot onnodige kosten en vertraging leiden. Vertraging die partijen zich vaak niet kunnen veroorloven. Snelheid bij doorvoeren van een doorstart is vaak van cruciaal belang. Zeker in sectoren zoals de zorg en energie waarin men zich geen onderbreking van de dienstverlening kan veroorloven. Maar juist ook in volatiele sectoren zoals transport en vershandel hebben partijen niet veel tijd omdat anders de waarde “wegloopt”. Klanten en key personeel zoeken alternatieven als gevolg waarvan er niets meer door te starten valt. Het extra onderzoek en de termijn die de rechter-commissaris kan nemen om te beslissen op een toestemmingsverzoek, kunnen op zichzelf dus al tot gevolg hebben dat sommige doorstarts niet langer plaats kunnen vinden.

5. Opmerkingen ten aanzien van verschillende maatregelen m.b.t. de overgang van onderneming

5.1 Wanneer is er sprake van een overgang van onderneming in faillissement?

- 5.1.1 In de MvT waagt de wetgever zich niet aan concrete beantwoording van deze vraag. In zijn algemeenheid wordt op pagina 8 van de MvT aangegeven dat de Wovof *zoveel mogelijk* moet aansluiten bij de regeling die nu al van toepassing is op een overgang van onderneming buiten faillissement op basis van de artikelen 7:662-666a en 670

lid 8 BW. Dit betekent volgens de wetgever dat de Wovof alleen van toepassing is als bij een bedrijfsovername sprake is van een overgang van onderneming in de zin van deze bepalingen. Vervolgens wordt naar de jurisprudentie van het EU-Hof verwezen waaruit zou volgen dat voor de vraag of sprake is van overgang van onderneming beslissend is of de identiteit van de betrokken onderneming of een onderdeel daarvan bewaard blijft. Om vast te stellen of hieraan voldaan is, moet volgens de wetgever rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden rondom de bedrijfsovername. Vervolgens noemt de wetgever een aantal omstandigheden dat meegewogen kan worden, maar geeft niet aan wat de precieze impact van deze omstandigheden is. Daarmee blijft de vraag of er sprake is van een overgang van onderneming voor discussie vatbaar. Zeker voor – in het faillissement vaak voorkomende – gevallen waarin slechts een gedeelte van de onderneming wordt overgenomen. Wanneer is er bij de overname van een gedeelte van de failliete onderneming sprake van overgang van onderneming? Is het overgenomen gedeelte inderdaad een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit? Welke werknemers horen bij deze eenheid? Wat te doen met het personeel van het hoofdkantoor; onder welke omstandigheden horen die bij het overgenomen gedeelte van de onderneming? Wat als de overname geleidelijk plaatsvindt omdat het bijvoorbeeld afhangt van het al dan niet slagen van onderhandelingen met bijvoorbeeld verhuurders over indeplaatsstelling? Allemaal vragen die vast door arbeidsrechtsspecialisten beantwoord en uitgeprocedeerd kunnen worden maar waarvoor in faillissement simpelweg geen tijd is. INSOLAD verzoekt de wetgever om hier concrete kaders te scheppen zodat voor de faillissementspraktijk ook duidelijk is wanneer er wel en wanneer er geen sprake is van overgang van onderneming in faillissement. Anders dan andere regelingen kan dit niet aan de praktijk worden overgelaten. Dat gaat niet gebeuren omdat de praktijk daar in faillissement simpelweg geen tijd voor heeft. Het zoveel mogelijk aansluiten bij de gewone praktijk, is voor de faillissementspraktijk dus niet passend.

- 5.1.2 INSOLAD wijst er in dit verband op dat de wetgever in de MvT steeds spreekt over de werknemers van de failliete werkgever die mee overgaan. Zie bijvoorbeeld de volgende passage op pagina 31 van de MvT:
“Bij een overgang van onderneming in faillissement gaan alle arbeidsovereenkomsten met de werknemers die op het moment van faillietverklaring bij de gefailleerde werkgever in dienst zijn van rechtswege over op de verkrijger in de stand waarin de overeenkomsten zich op dat moment bevinden (...).”
In het vervolg van de MvT verheldert de wetgever deze passage enigszins door het volgende op te merken:
“Lid 1 spreekt over “een werknemer die op de dag van de faillietverklaring in de onderneming werkzaam is”. Daarmee is tot uitdrukking gebracht dat de werknemer moet behoren tot de onderneming die overgaat (en niet bijvoorbeeld tot een andere onderneming van de gefailleerde werkgever) en nog in dienst moet zijn bij de gefailleerde werkgever op de dag van de faillietverklaring.”
- 5.1.3 Zoals hiervoor al is aangegeven, is er bij een doorstart in faillissement heel vaak sprake van de overdracht van een gedeelte van de onderneming van de failliete werkgever. Als INSOLAD het goed heeft begrepen is de regeling van overgang van

onderneming dan ‘slechts’ van toepassing op de werknemers die behoren bij het overgenomen gedeelte (en dus niet alle werknemers van de onderneming of de failliete werkgever), een en ander voor zover het overgenomen gedeelte een geheel van georganiseerde middelen, bestemd tot het ten uitvoer brengen van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, vormt. INSOLAD verzoekt de wetgever ook dit scenario uitdrukkelijk op te nemen in de MvT.

5.2 Werknemers gaan bij een overgang van onderneming allemaal mee over

5.2.1 Op pagina 11 van de MvT is de volgende passage opgenomen:

“Werknemers aan wie vanwege bedrijfseconomische omstandigheden geen aanbod wordt gedaan tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst, kunnen in sommige gevallen op grond van artikel 7:663 BW wel tijdelijk in dienst komen bij de verkrijger, namelijk gedurende de opzegtermijn van de arbeidsovereenkomst met de failliete werkgever. De richtlijn vereist dat alle arbeidsovereenkomsten die op het moment van de overgang bestaan, mee overgaan op de verkrijger. Dit geldt ook voor arbeidsovereenkomsten die door de curator al zijn opgezegd, maar waarvan de opzegtermijn nog loopt. Enerzijds geeft dit de verkrijger na de overgang mogelijk nog enige tijd om in kaart te brengen aan welke werknemers hij op grond van de selectiemethode een aanbod moet doen, nu alle werknemers tot de afloop van de opzegtermijn bij hem in dienst zijn en daarmee werkzaamheden voor hem kunnen verrichten. Anderzijds is de verkrijger tot de afloop van de opzegtermijn natuurlijk wel verplicht om ook het loon aan de werknemers te betalen aan wie hij (uiteindelijk) geen aanbod doet. Deze werknemers komt daarmee geen beroep meer toe op de loongarantieregeling voor de loonvorderingen die na de overgang ontstaan”.
arbeidsovereenkomst.

5.2.2 Voor zover inderdaad is bedoeld dat alle werknemers – inclusief de werknemers aan wie geen aanbod hoeft te worden gedaan – op het moment van de overgang in dienst treden bij de verkrijger tot het einde van de opzegtermijn, geldt dat daarmee een doorstart binnen de opzegperiode praktisch onmogelijk en onbetaalbaar is geworden. INSOLAD verwijst naar paragraaf 2.5 hiervoor.

5.2.3 De verkrijger zal immers ook voor deze werknemers loon moeten betalen, belastingen en sociale premies moeten afdragen en ze onder moeten brengen bij zijn verzekeringen. Naast deze extra kosten komen ook ten aanzien van de werknemers over de opzegtermijn de risico's zoals ziekte, ongevallen, etc. voor zijn rekening. Deze kosten moet de verkrijger maken, terwijl daar voor hem geen opbrengsten tegenover staan. Het gaat immers om werknemers die hij geen aanbod wil doen omdat hij ze om bedrijfseconomische redenen niet nodig heeft. Hij heeft geen werk voor deze mensen.

5.2.4 Overigens zijn niet alleen de kosten een probleem. Ook met de administratieve lasten die op de verkrijger worden gelegd, lijkt op geen enkele manier te worden rekening gehouden. Daarnaast is niet toegelicht hoe dit in de praktijk precies werkt. Dient de doorstarter de werknemers aan wie geen aanbod hoeft te worden gedaan, op te nemen in zijn eigen werknemersbestand? Verder is onduidelijk hoe de doorstarter dit moet verwerken in zijn salarisadministratie, wat de gevolgen daarvan

zijn voor de (afdracht van) loonheffingen en sociale verzekeringen, (dekking van) verzekeringen en (werkgevers)aansprakelijkheid.

5.2.5 Alternatief is dat de overgang van onderneming pas plaatsvindt na het verstrijken van de opzegtermijn. Dit zal vaak voor de verkrijger ongewenst zijn en is dus commercieel gezien geen reëel alternatief. Voor een succesvolle doorstart is het immers noodzakelijk dat de onderneming zo snel mogelijk weer operationeel is en dat klanten en leveranciers behouden blijven. In faillissement is dat – los van de onzekerheden voor de boedel – niet in stand te houden. Maar zelfs indien dat wel het geval zou zijn, heeft dit ook negatieve financiële gevolgen voor de boedel. In de huidige praktijk vindt een doorstart vaak zo snel mogelijk na faillissement plaats met als gevolg dat werknemers die mee overgaan al voor het verstrijken van de opzegtermijn in dienst treden bij de doorstarter. Voordeel hiervan is dat deze werknemers voor een kortere periode een beroep hoeven te doen op de loongarantieregeling (namelijk tot de periode waarop zij in dienst treden bij de doorstarter) met als gevolg dat hierdoor de boedelvordering van het UWV wordt beperkt. Indien de doorstart pas plaatsvindt na het verstrijken van de opzegtermijn, zal voor alle werknemers (zij die wel en zij die niet mee overgaan) gebruik worden gemaakt van de maximale termijn die de loongarantieregeling biedt en zal de boedelvordering van het UWV groter zijn.

5.2.6 Overigens is de voorgestelde regeling ook zeer nadelig voor werknemers aan wie geen aanbod wordt gedaan. Zij verliezen immers het recht op betaling van hun salaris over de opzegtermijn onder de loongarantieregeling van het UWV.

5.2.7 INSOLAD roept de wetgever dan ook op om de regeling zodanig aan te passen dat werknemers aan wie geen aanbod wordt gedaan, ook niet mee overgaan op de verkrijger.

5.3 Meegaan van arbeidsverleden

5.3.1 Een gevolg van de Wovof is dat alle rechten en verplichtingen van de werknemers die voortvloeien uit hun arbeidsovereenkomst met de failliete werkgever overgaan op de verkrijger. Zonder een nadere regeling in dit verband, gaat het arbeidsverleden van de werknemers dus ook mee over. Dat zal een doorstart in veel gevallen in de weg staan en in ieder geval de opbrengst voor de crediteuren van de failliet significant verminderen. INSOLAD licht dit als volgt toe.

5.3.2 Zoals in paragraaf 2.4 reeds aangegeven is een doorstart een inherent risicovolle transactie. Na de overgang kan onder andere het toekomstperspectief van de onderneming wijzigen en het voortbestaan van de onderneming (wederom) in gevaar komen. De onderneming is in eerdere fase niet voor niets failliet gegaan en het is altijd de vraag of er voldoende kan worden gereorganiseerd om de onderneming weer gezond te krijgen. Lukt dat niet dan kan een verdere inkrimping van het werknemersbestand noodzakelijk zijn. De verkrijger calculeert dit risico in bij het bepalen van de koopsom. Hij zal, ten laste van die koopsom, een reservering maken voor de financiële risico's die door het wetsvoorstel worden vergroot. Daarmee staan de belangen van enerzijds de werknemers en anderzijds de schuldeisers die het

wetsvoorstel meent te waarborgen op gespannen voet. Dat is echter niet noodzakelijk. Er is volgens INSOLAD een middenweg.

5.3.3 Die middenweg is dat het door de werknemers bij de gefailleerde werkgever opgebouwde arbeidsverleden buiten beschouwing wordt gelaten indien ná de overgang een verdere inkrimping van het werknemersbestand noodzakelijk blijkt te zijn. Hiermee kan worden voorkomen dat de onderneming wederom bij een faillissement betrokken raakt en de banen van alle werknemers (wederom) op de tocht komen te staan. De gevolgen daarvan zijn nóg verstrekkender als de overgenomen onderneming is geïntegreerd in de ten tijde van de overgang bestaande onderneming van de verkrijger. De oorspronkelijke onderneming en de banen van de oorspronkelijke werknemers van de verkrijger gaan dan eveneens verloren. Daar heeft niemand (eventuele concurrerende ondernemingen daargelaten) belang bij. Maar ook in de gevallen waarbij de verkrijger wel in staat is om de kosten van een reorganisatie te dragen, hebben de anciënniteitsrechten van de overgenomen werknemers mogelijk tot gevolg dat de verkrijger eerst de werknemers zal moeten ontslaan die vóór de overgang reeds bij de verkrijger in dienst waren. Een wellicht onbedoeld gevolg van het wetsvoorstel is dus dat de “eigen” werknemers van de verkrijger daar de dupe van worden.

5.3.4 Een voordeel van een beperktere reikwijdte van de rechtsfiguur “overgang van onderneming” voor de schuldeisers is dat het wetsvoorstel een minder afschrikkende werking heeft voor potentiële verkrijgers. Het financiële risico dat zij daarbij lopen is dan immers beperkter, hetgeen eveneens een positieve weerslag zal hebben op de koopsom die zij bereid zijn te betalen.

5.4 Meegaan arbeidsvoorwaarden

5.4.1 Het uitgangspunt van de Wovof is dat de verkrijger een arbeidsovereenkomst moet aanbieden die wat betreft de rechten en verplichtingen van de werknemer jegens de verkrijger en vice versa gelijk is aan de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de gefailleerde werkgever. De verkrijger en een vereniging van werknemers (lees: vakbond) kunnen overeenkomen dat de arbeidsvoorwaarden worden aangepast als dit nodig is voor het behoud van de werkgelegenheid binnen de onderneming, tenzij deze arbeidsvoorwaarden algemeen verbindend zijn verklaard. Hoewel INSOLAD positief is over de mogelijkheid om de arbeidsvoorwaarden aan te passen, vreest het dat de huidige regeling in de praktijk moeilijk uitvoerbaar is. INSOLAD vindt met name de keuze van de wetgever om de arbeidsvoorwaarden uitsluitend te kunnen aanpassen in overeenstemming met de vakbonden ongelukkig. In veel gevallen zijn de werknemers niet aangesloten bij een vakbond of is slechts een deel van de werknemers aangesloten bij een vakbond. Onduidelijk is of een wijziging van de arbeidsvoorwaarden in het eerste scenario überhaupt mogelijk is en, als het tweede scenario zich voordoet, of de gewijzigde arbeidsvoorwaarden dan ook van toepassing zijn op de werknemers die niet aangesloten zijn bij een vakbond. Dit brengt rechtsonzekerheid mee en, daarnaast, het risico op scheve verhoudingen tussen verschillende groepen werknemers. Beide situaties zijn onwenselijk. Een mogelijke oplossing voor dit euvel is niet eenvoudig. Indien er bij de overgenomen onderneming een vakbond in het spel is waar een aantal werknemers aan zijn gebonden, dan zou de wetgever kunnen overwegen om een bepaling op te nemen die

erin voorziet dat ook de ongebonden werknemers aan eventuele met de vakbond overeengekomen wijzigingen in de arbeidsvoorwaarden zijn gebonden. Tegelijkertijd moet worden onderzocht of een dergelijke regeling wel mogelijk is omdat dit in strijd lijkt met Nederlandse en Europese rechtsbeginselen.

5.4.2 Daarbij komt dat een dergelijke bepaling sowieso geen effect heeft als er geen vakbond bij de overgenomen onderneming is betrokken. INSOLAD meent dat ook in dat geval een wijziging van de arbeidsvoorwaarden mogelijk moet zijn om de continuïteit van de onderneming te kunnen waarborgen. Het voorstel van INSOLAD is dan ook om als uitgangspunt te nemen dat de arbeidsvoorwaarden niet overgaan, maar dat de verkrijger in het kader van het selectievoorstel dat hij aan de curator en rechter-commissaris dient voor te leggen, een voorstel opneemt voor (de aanpassing van) de arbeidsvoorwaarden. Het nieuwe art 176a lid 3 Fw voorziet reeds in die verplichting voor de verkrijger, dus een uitgebreide aanpassing van de regeling is niet noodzakelijk. De rechterlijke toetsing die alsdan plaatsvindt biedt voldoende waarborg voor de belangen van de werknemers.

5.5 De 26-weeken periode

5.5.1 De Wovof bepaalt dat de verkrijger een niet-geselecteerde werknemer een dienstverband moet aanbieden indien er binnen 26 weken na de overgang een vacature ontstaat. Welke werknemer het eerste een aanbod moet krijgen moet worden bepaald op basis van de selectiemethode die eerder werd gehanteerd op het moment van de overgang.

5.5.2 Deze bepaling lijkt ook te gelden voor de kleine ondernemingen waarop de nieuwe regeling in beginsel niet van toepassing is (p. 21 MvT). INSOLAD stelt vast dat deze bepaling voor kleine ondernemingen niet uitvoerbaar is. Dit impliceert immers dat de verkrijger voorafgaande aan de overname conform de nieuwe bepaling een selectiemethode heeft toegepast, maar daar is de verkrijger juist van vrijgesteld. Deze bepaling lijkt dan ook uitsluitend uitvoerbaar indien de verkrijger op vrijwillige basis voor toepassing van de nieuwe regeling heeft gekozen. INSOLAD raadt de wetgever aan dit onderdeel van het voorstel te verduidelijken.

5.5.3 Uit de MvT volgt dat indien het aanbod door de “eerste” werknemer niet wordt aanvaard, de verkrijger de “tweede” werknemer die aanvankelijk buiten de boot is gevallen, moet benaderen enz. Waar het wetsvoorstel rechtszekerheid beoogt te bieden, leidt dit onderdeel van het voorstel juist tot grote rechtsonzekerheid. De verkrijger verkeert een half jaar in onzekerheid omtrent de samenstelling van zijn werknemersbestand en de financiële risico's die daaraan zijn verbonden. De verkrijger maakt op het moment van overgang weliswaar een inschatting van zijn risico's, maar heeft geen enkele garantie dat die risico's niet binnen een half jaar groter zijn geworden. Als een overgenomen werknemer ontslag neemt, ontstaat er een vacature. De kans dat werknemers ontslag nemen is reëel in een tijd van lage werkloosheid. Dit betekent dat de kans reëel is dat de werknemers die niet in eerste instantie zijn overgegaan naar de verkrijger, inmiddels een baan hebben gevonden. Onduidelijk is overigens of de verkrijger ook die werknemers moet benaderen.

5.5.4 Alleen de werknemers die er niet in zijn geslaagd een nieuwe baan te vinden (dat zullen in de huidige markt niet de meest gewilde medewerkers zijn), zijn wellicht nog beschikbaar en dit zijn nu juist de werknemers die het financiële risico van de verkrijger ernstig vergroten. Los van de praktische bezwaren tegen de uitvoerbaarheid van de regeling (mogelijk beschikt de verkrijger niet eens over de contactgegevens van de achtergebleven werknemers), geldt ook hier dat de verkrijger zijn mogelijke financiële risico's zal incalculeren hetgeen leidt tot hetzij het afzien van overname van de onderneming, hetzij een lagere koopsom en dus een lagere opbrengst voor de gezamenlijke crediteuren. INSOLAD pleit er dan ook voor om dit onderdeel van het wetsvoorstel ofwel geheel te schrappen ofwel te verduidelijken en in te kaderen. Een alternatief zou kunnen zijn dat de periode wordt verkort naar bijvoorbeeld drie maanden én dat de verkrijger per vacature slechts één achtergebleven werknemer hoeft te benaderen (waarbij niet relevant is of deze werknemer het aanbod aanvaardt) aan de hand van de voorafgaande aan de overgang toegepaste selectiemethode.

5.6 Regeling voor kleine ondernemingen

5.6.1 In eerste instantie zal de uitzondering komen te gelden voor ondernemingen waar op de dag van de faillietverklaring minder dan 20 personen werkzaam zijn. Dit aantal sluit aan bij de verplichting tot melding van een collectief ontslag en stemt overeen met het advies van de Commissie insolventierecht. Voor kleine ondernemingen gaan de hierboven beschreven nieuwe regels voorlopig alleen gelden als de verkrijger hiervoor kiest (zie het voorgestelde artikel 7:666 lid 1 onderdeel a en lid 4 BW). Voorwaarde voor het buiten toepassing laten van de nieuwe regels is wel dat de faillissementsprocedure is gericht op de liquidatie van het vermogen van de werkgever. Deze eis vloeit voort uit de richtlijn en de uitleg die het EU-Hof hieraan heeft gegeven.

5.6.2 INSOLAD pleit ervoor om aansluiting te zoeken bij de Wet op de Ondernemingsraden en de grens te leggen bij 50 werknemers. Dit geeft de verkrijger ook het comfort dat er in de vorm van een ondernemingsraad een (professioneel) aanspreekpunt is dat bij de selectiemethode kan worden betrokken. In elk geval pleit INSOLAD ervoor om bij de bepaling van het aantal een 'foutmarge' van 10% te hanteren, nu het niet altijd evident zal zijn hoeveel werknemers op de dag van de faillietverklaring bij de gefailleerde werkgever werkzaam zijn. Het is een feit van algemene bekendheid dat bij veel (kleinere) ondernemers met financiële problemen de administratieve organisatie te wensen overlaat.

5.7 De 10% bandbreedte

5.7.1 Op pagina 19 van de MvT staat dat bij inspiegelingsmethode een bandbreedte ter grootte van 10% van het aantal werknemers kan worden gehanteerd. Als de verkrijger binnen de 10% bandbreedte is gebleven, is er geen sprake van een onjuiste toepassing van de selectiemethode en slaagt het beroep van de werknemer bij de kantonrechter niet.

- 5.7.2 Deze bandbreedte lijkt echter niet te gelden bij een op een ondernemingsplan gebaseerde alternatieve selectiemethode. De MvT (p. 16) vermeldt nadrukkelijk dat deze selectiemethode op dezelfde manier moet worden toegepast op alle werknemers die in dienst waren bij de gefailleerde werkgever en er geen strijd mag zijn met hogere regelgeving, in het bijzonder de richtlijn en gelijke-behandelingswetgeving. De voorgestelde selectiecriteria moeten transparant, proportioneel, objectief en niet-discriminerend zijn.
- 5.7.3 INSOLAD leidt hieruit af dat het de bedoeling van de wetgever is dat de 10% bandbreedte bij de op een ondernemingsplan gebaseerde alternatieve selectiemethode niet aan de orde is. Dat vindt INSOLAD onwenselijk. Dat betekent dat deze alternatieve selectiemethode in de praktijk niet alleen weinig flexibiliteit biedt voor de verkrijger, maar anderzijds ook risico's met zich brengt, omdat de foutmarge die de alternatieve selectiemethode met zich brengt, ontbreekt.
- 5.7.4 INSOLAD pleit ervoor om de 10% bandbreedte ook te laten gelden bij op een ondernemingsplan gebaseerde alternatieve selectiemethode. Ook in dit geval zal de tijdsdruk doorgaans groot zijn en de informatievoorziening summier en vanuit de boedel niet worden gegarandeerd, waardoor de kans bestaat dat er bij de selectie (onbedoeld) fouten worden gemaakt. Een foutmarge van 10% is daarom ook bij de alternatieve methode redelijk en noodzakelijk. Er is dan geen enkele rechtvaardigingsgrond om de 10% bandbreedte niet ook te hanteren bij de alternatieve selectiemethode.

6. Medezeggenschap

- 6.1 Blijkens het wetsvoorstel heeft de Ondernemingsraad adviesrecht ten aanzien van elk besluit als bedoeld in het eerste lid van art. 25 WOR dat door de curator wordt genomen in het kader van een voortzetting van de onderneming in faillissement. INSOLAD stelt vast dat de tekst van de MvT verwarring scheidt over de uitleg van deze bepaling. Enerzijds vermeldt de MvT (par. 2.3 eerste tekstblok) dat de adviesplicht uitsluitend geldt als de onderneming tijdens faillissement wordt voortgezet én de curator in dat kader een besluit wil nemen als bedoeld in art. 25 lid 1 WOR. Anderzijds volgt uit de MvT (par. 2.3 tweede tekstblok) dat de curator snel een beslissing moet kunnen nemen als hij de onderneming tijdelijk wil voortzetten. Dit laatste suggereert dat de beslissing om de onderneming voort te zetten op zichzelf (ook) adviesplichtig is. Dat is niet de bedoeling en overigens ook zeer ongewenst. INSOLAD verzoekt de wetgever om de MvT op dit punt te verduidelijken zodat duidelijk is dat de Ondernemingsraad niet hoeft te worden geconsulteerd over een voorgenomen besluit van de curator om de onderneming na datum faillissement voort te zetten. Volledigheidshalve wordt opgemerkt dat voor de voortzetting van de onderneming, de curator de toestemming van de rechter-commissaris nodig heeft zodat al sprake is van toezicht op dit besluit van de curator.
- 6.2 Het wetsvoorstel bepaalt dat de Ondernemingsraad een adviestermijn heeft van minimaal drie dagen. Uit de MvT volgt dat daarop de Algemene Termijnenwet van toepassing is. INSOLAD vraagt zich af of de wetgever zich realiseert dat een termijn van drie dagen in sommige gevallen te lang is én welke impact de Algemene

Termijnenwet daarop kan hebben (de facto een veel langere termijn dan drie dagen). Als de failliet op datum faillissement nog activiteiten verricht (bijvoorbeeld: medische zorg aanbiedt), dan kan het zo zijn dat de curator in het kader van de voortzetting van de onderneming direct adviesplichtige besluiten moet nemen (bijvoorbeeld het aantrekken van een boedelkrediet of het inschakelen van een deskundige). De vraag is hoe dit zich verhoudt tot de adviestermijn. Wat in ieder geval niet werkbaar is, is dat de curator feitelijk gedwongen is gedurende de adviestermijn de werkzaamheden te staken om die pas na het verstrijken van de adviestermijn – van minimaal drie dagen – weer te hervatten.

- 6.3 Bij een doorstart betrokken zekerheidsgerechtigden alsook de rechters-commissarissen zijn eraan gewend om op zeer korte termijn een instemmingsverzoek van de curator te beoordelen. Het komt dan ook geregeld voor dat een doorstart op dezelfde dag plaatsvindt als de dag waarop het aanbod door de curator is aanvaard. Een snelle transactie is niet alleen in het belang van de verkrijger (elke dag dat een onderneming in faillissement verkeert, leidt tot waardeverlies), maar ook in het belang van de schuldeisers (elke dag dat de curator de onderneming voor rekening en risico van de boedel draaiende moet houden, kost geld en gaat dus ten koste van de opbrengst voor de crediteuren). Daarnaast kan de aard van de onderneming met zich brengen dat een snelle doorstart noodzakelijk is. Een klassiek voorbeeld in dat verband is de onderneming die handelt in bederfelijke waar. Kortom, er zullen altijd gevallen zijn waarbij de wachttijd van drie dagen te lang is en tot verlies van opbrengst leidt. Temeer nu uit de MvT blijkt dat de Algemene Termijnenwet van toepassing is. Daardoor kan de wachttijd oplopen tot zeven (!) dagen als een weekend wordt opgevolgd door de Kerstdagen. Dit euvel kan eenvoudig worden geredresseerd door de Algemene Termijnenwet buiten toepassing te verklaren. Daarnaast raadt INSOLAD aan om de drie-dagen termijn los te laten ofwel te vervangen door “een door de curator te bepalen redelijke termijn”, zodat sneller geacteerd kan worden indien dat noodzakelijk is. Als de curator de Ondernemingsraad reeds in een vroeg stadium over de verschillende aspecten van een potentiële doorstart informeert (bijv. tijdens de onderhandelingen met de beoogde verkrijger) dan moet de Ondernemingsraad ook in staat zijn om op een kortere termijn advies uit te brengen.

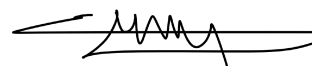
Tot slot

INSOLAD verzoekt de wetgever de invoering van de Wovof in de huidige vorm te heroverwegen en is graag bereid daarover met de wetgever in overleg te treden.

Hoogachtend, namens INSOLAD,



Esther Oppedijk van Veen



Evert Verwey

