

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Minister D. van Weel
Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
Minister E. van Hijum

Rotterdam, 29 augustus 2024

Inzake: internetconsultatie voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement (WOVOF2)
Uw kenmerk:

Geachte heren Van Weel en Van Hijum,

Wij maken graag gebruik van de mogelijkheid te reageren op enkele aspecten van het tweede voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement.

Algemeen

Een faillissement is weliswaar formeel een procedure gericht op liquidatie van het vermogen, het faillissement vervult in de praktijk ook een belangrijke rol op het gebied van sanering van bedrijven en behoud van werkgelegenheid. Dat gebeurt middels zogenaamde doorstarts, going concern verkoop van de activiteiten van het failliete bedrijf. Een going concern verkoop leidt tot een hogere opbrengst dan een verkoop van individuele vermogensbestanddelen en is zodoende in het belang van de crediteuren. Wij vrezen dat dit in het voorontwerp onvoldoende op waarde is geschat.

Het Hof van Justitie lijkt enthousiaster over doorstarts, het heeft de voordelen van doorstarts, behoud werkgelegenheid en hogere opbrengst, uitdrukkelijk benoemd (in het Heiploeg-arrest).

Karakteristiek voor een doorstart is dat de overname in een kort tijdsbestek en met relatief weinig informatie tot stand moet worden gebracht. Een kort tijdsbestek omdat het in een faillissementssituatie, voor een curator, lastig is activiteiten voort te zetten, medewerkers kunnen weg lopen en contracten kunnen worden opgezegd of beëindigd. Het is daarom praktisch niet mogelijk de doorstarter gelegenheid te geven een uitgebreid boekenonderzoek te doen. Een doorstarter kan de risico's die hij aanvaardt beperken met de koopsom, de activa (en passiva) die hij verwerft en de medewerkers die hij in dienst neemt. Er is een delicaat evenwicht tussen de beperkte tijd en informatie versus het risico dat een doorstarter bereid is te aanvaarden.

Wij verwachten dat het voorontwerp het moeilijker maakt om een failliet bedrijf door te starten, dat het hiervoor genoemde delicate evenwicht wordt verstoord. De doorstarter wordt beperkt in zijn beleidsvrijheid en moet grotere risico's aanvaarden.

Het is een keuze om doorstarts moeilijker te maken. Het voorontwerp wil de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers verbeteren, maar als het er juist toe leidt dat medewerkers van een failliet bedrijf op straat komen te staan is het onzes inziens niet de juiste keuze.

Bezwaren huidige doorstartpraktijk?

De huidige uitzondering op de overgang van onderneming-regeling, voor faillissementssituaties, betekent dat bij een doorstart niet aan alle medewerkers van het failliete bedrijf een nieuwe arbeidsovereenkomst hoeft te worden aangeboden, dat niet alle medewerkers automatisch op dezelfde arbeidsvoorwaarden bij de doorstarter in dienst treden.

Het voorontwerp wil 'een extra drempel' tegen misbruik opwerpen. Wij menen dat het voorontwerp te veel is ingegeven door misbruikrisico, het risico dat doorstarts worden gebruikt om medewerkers te lozen. Het voorkomen van misbruik is van belang, maar het risico is onzes inziens beheersbaar. In de praktijk, in de rechtspraak, zijn instrumenten ontwikkeld om dit misbruik tegen te gaan. Rechtbanken kunnen bijvoorbeeld weigeren faillissementen uit te spreken of uitgesproken faillissementen terugdraaien als wordt geprobeerd personeel te lozen terwijl het bedrijf niet daadwerkelijk insolvent is.

Oplossing voorontwerp schiet doel voorbij

Het voorontwerp gaat uit van de hoofdregel dat alle medewerkers van het failliete bedrijf in dienst treden bij de doorstarter. Als de doorstarter niet alle medewerkers in dienst wil nemen moet hij selecteren op basis van het inspiegelingsbeginsel (een nieuw concept, maar onzes inziens op zich toepasbaar omdat het het spiegelbeeld is van het afspiegelingbeginsel) of op basis van andere criteria die transparant en objectief zijn.

Het moeten hanteren van genoemde criteria is een flinke beperking van de beleidsvrijheid van de doorstarter en leidt ook tot extra lasten, met name als gebruik wordt gemaakt van de beroepsmogelijkheden die met het voorontwerp worden gecreëerd. Het voorontwerp maakt het bijvoorbeeld mogelijk om via de kantonrechter af te dwingen dat een medewerker alsnog in dienst wordt genomen. Dergelijke lasten maken een doorstart minder aantrekkelijk en drukken op de opbrengst die voor de crediteuren wordt gerealiseerd.

Als de doorstarter niet alle medewerkers van het failliete bedrijf in dienst neemt, maar binnen een half jaar een vacature wil invullen moet hij terugvallen op de medewerkers die niet mee zijn gegaan. Dat is eveneens een flinke beperking van de beleidsvrijheid van de doorstarter.

De rechtvaardiging, volgens het voorontwerp, is dat bepaalde groepen medewerkers 'iets minder' mee zouden gaan in doorstarts. Dat vinden wij een erg smalle basis voor deze extra lasten. Met name ook omdat met een marge van 10% van het totaal aantal medewerkers kan worden afgeweken van het inspiegelingsbeginsel bij de selectie van medewerkers, waarmee het risico dat juist deze groepen minder vaak overgaan (deels) zal blijven bestaan.

Taak rechter-commissaris

De taak van de rechter-commissaris (die toezicht houdt op de afwikkeling van het faillissement van de gefailleerde) wordt in het voorontwerp flink uitgebreid. De curator dient voor een doorstart toestemming te vragen aan de rechter-commissaris en de rechter-commissaris dient te verifiëren of de medewerkers in het kader van de doorstart correct worden behandeld. De rechter-commissaris moet vanwege het voorontwerp ook checken of het gerechtvaardigd is dat de doorstarter niet alle medewerkers in dienst neemt, of de doorstarter de selectiecriteria correct heeft toegepast zijn en of de Ondernemingsraad correct bij het proces is betrokken. De rechter-commissaris dient vanwege het voorontwerp de doorstarter en de ondernemingsraad te horen. Het is onzes inziens een creatieve oplossing om dit door de rechter-commissaris te laten beoordelen. Rechters-commissarissen kunnen snel beslissen en de extra lasten van deze beoordeling zijn beperkt. Echter, de uitbreiding van de taak van de rechter-commissaris is fors. Het zal een aanzienlijke extra belasting van de rechtspraak met zich brengen, terwijl voorkomen moet worden dat het leidt tot langere doorlooptijden (wat onwenselijk zou zijn).

Kleine ondernemingen

Het voorontwerp laat de huidige uitzondering op de overgang van onderneming-regeling, in faillissementssituaties, bij kleine ondernemingen in stand. De minister krijgt de mogelijkheid via een algemene maatregel van bestuur te bepalen welke ondernemingen klein zijn, de minister wil volgens concept memorie van toelichting de grens bij 20 medewerkers leggen. De minister wil aansluiten bij de Wet Melding Collectief Ontslag, vanwege die wet moet bij 20 medewerkers een collectief ontslag worden gemeld. Een grens is altijd in zekere zin arbitrair, maar aansluiting bij de Wet Melding Collectief Ontslag vinden wij zinvol. Wij vinden het echter onwenselijk dat met een algemene maatregel van bestuur de aansluiting bij de Wet Melding Collectief Ontslag kan worden verbroken.

Medezeggenschap

Het voorontwerp beoogt de in de rechtspraak gevormde praktijk te codificeren. De curator moet de Ondernemingsraad advies vragen over een voorgenomen doorstart, echter is in de rechtspraak de curator de ruimte gegeven om af te wijken van de formele vereisten (die inderdaad niet goed werkbaar zijn in faillissementssituaties). Dat betekent dat er in de huidige praktijk een grijs gebied is en wij vinden het nuttig dat het voorontwerp enkele minimum vereisten stelt, zoals met betrekking de informatie die aan de Ondernemingsraad moet worden verschaft en de minimum wachttijd van drie dagen voor het advies door de Ondernemingsraad.

Zoals al aangestipt moet de rechter-commissaris vanwege het voorontwerp ook toetsen of de Ondernemingsraad correct bij het proces is betrokken. Zoals al aangestipt is dat een flinke uitbreiding van de taak van de rechter-commissaris. Het is onzes inziens een creatieve oplossing het door de rechter-commissaris te laten beoordelen, maar daar staat wel tegenover dat het voorontwerp het voor de Ondernemingsraad onmogelijk maakt de besluitvorming aan te kaarten bij de Ondernemingskamer en vervolgens bij de Hoge Raad. Wij vinden het onwenselijk dat waarborgen van de rechtseenheid, één van de taken van Hoge Raad, buiten beeld is geraakt.

De Ondernemingsraad vervult een wezenlijke en relevante rol bij doorstarts en wij waarderen het dat dat wordt onderkend. In het voorontwerp is onzes inziens nog wel onvoldoende oog voor dekking van de kosten die de Ondernemingsraad kan maken in de uitoefening van zijn taken. Die kosten zijn

zogenaamde boedelschulden en moeten dus door de curator onmiddellijk worden betaald. dat kan niet in alle gevallen, überhaupt niet of omdat de curator nog wacht op betaling van verkoopopbrengsten. Dat laatste kan aan de orde zijn bij doorstarts en kan doorstarts belemmeren.

Slot

Het voorontwerp is een stap in de goede richting ten opzichte van het eerste voorontwerp. De huidige uitzondering op de overgang van onderneming-regeling, in faillissementssituaties, was in het eerste voorontwerp geschrapt. Wij waarderen het dat met het huidige, tweede, voorontwerp wordt geopteerd voor een tussenoplossing.

Wij zijn ervan overtuigd dat doorstarts een positieve bijdrage leveren aan het ondernemingsklimaat in Nederland. Die bijdrage is onzes inziens in het voorontwerp onvoldoende op waarde geschat.

De arbeidsrechtelijke bescherming verbetert niet als in een faillissementssituatie geen doorstart kan worden gerealiseerd en de medewerkers juist op straat komen te staan. Als doorstarts onmogelijk worden gemaakt, wordt spreekwoordelijk het kind met het badwater weggegooid.

Onzes inziens zou het waardevol zijn als op macro-economisch niveau in kaart zou worden gebracht welke voor- en nadelen kleven aan de huidige doorstartpraktijk en hoe een wetswijziging daar naar verwachting verandering in zou brengen. Er zijn in ieder geval ook andere oplossingen om misbruik tegen te gaan, als de in de rechtspraak ontwikkelende oplossingen tekort zouden schieten.

Met vriendelijke groet,
DVAN Advocaten

M. van der Laarse / R. Thielen
matthijs.vanderlaarse@dvan.nl / reggy.thielen@dvan.nl
010 313 3900