



Aan Ministerie van Justitie en Veiligheid
Ministerie van Sociale Zaken en
Werkgelegenheid

Datum 29 augustus 2024

Betreft Consultatiereactie NVB op wetsontwerp 'Wet
overgang van onderneming in faillissement'

Consultatiereactie

§ 1. Inleiding

1. De Nederlandse Vereniging van Banken ('NVB') heeft met belangstelling kennisgenomen van het tweede wetsontwerp voor de Wet overgang van onderneming in faillissement ('WOVOF II') en de bijbehorende toelichting. WOVOF II is erop gericht de Faillissementswet ('Fw') en het Burgerlijk Wetboek ('BW') te wijzigen door de invoering van wettelijke bepalingen die erop gericht zijn al het personeel – bedrijfseconomische redenen daargelaten – over te laten gaan naar de verkrijger indien er vanuit faillissement een zogenoemde doorstart plaatsvindt. Daarnaast bevat WOVOF II voorstellen voor (i) aanpassing van de regels over concurrentiebedingen, (ii) toepassing van het adviesrecht van de ondernemingsraad in faillissement (codificatie van de DA-beschikking) en (iii) de introductie van de verplichting de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging in te lichten over een aankomende surseance van betaling of faillissement.
2. De NVB maakt graag gebruik van de mogelijkheid om te reageren op WOVOF II. In deze reactie zal voornamelijk worden stilgestaan bij de voorgestelde voorschriften voor de doorstart vanuit faillissement. De NVB is vanzelfsprekend bereid tot nadere toelichting en/of verder overleg.
3. Er is eerder een wetsontwerp in consultatie gegeven voor een Wet overgang onderneming in faillissement ('WOVOF I'). De NVB heeft op WOVOF I een consultatiereactie gegeven (referentie CONS111 – datum 29 augustus 2019). Veel van de observaties van de NVB die in die consultatiereactie zijn opgenomen, gelden *mutatis mutandis* ook voor WOVOF II. De NVB verzoekt u daarom de onderhavige consultatiereactie te beschouwen in samenhang met haar consultatiereactie uit 2019. Een kopie van de consultatiereactie van 29 augustus 2019 is bijgevoegd.

§ 2. Samenvatting

4. De visie van de NVB op WOVOF II is samengevat als volgt. De idee om bij een doorstart vanuit faillissement zoveel mogelijk arbeidsplaatsen te laten invullen door werknemers van de gefailleerde ('behoud van arbeidsplaatsen'), heeft de sympathie van de NVB. Maar de wijze waarop de wetgever in WOVOF II het behoud van arbeidsplaatsen beoogt te realiseren, heeft niet de steun van de NVB. Werknemers van de gefailleerde zijn een belangrijke stakeholder bij faillissementen. Maar werknemers zijn niet de enige stakeholder. Bij doorstarts moet rekening gehouden worden met de realiteit dat de

mogelijke verkrijger van de activa op ieder moment van de transactie kan afzien. Zonder doorstart eindigt een faillissement in een koude liquidatie. Daar zijn meestal maar weinig stakeholders mee gebaat. Het opleggen van verplichtingen aan de mogelijke verkrijger van de activa heeft dus een keerzijde. WOVOF II legt diverse verplichtingen op aan de mogelijke verkrijger. Daarop zal in deze reactie worden ingegaan. De NVB verwacht dat die verplichtingen een beletsel voor succesvolle doorstarts vanuit faillissement gaan vormen, waardoor er uiteindelijk minder doorstarts worden gerealiseerd. Dat is naar de mening van de NVB een onwenselijk effect van WOVOF II.

5. De NVB is met de wetgever van mening dat het faillissement niet misbruikt mag worden om op een goedkope manier van overtollige werknemers af te komen. De Faillissementswet bevat al bepalingen om misbruik te bestrijden en te voorkomen. WOVOF II is volgens de NVB niet de juiste manier om misbruik aan te pakken. De NVB is van mening dat de curator en rechter-commissaris al voldoende middelen hebben om misbruik te voorkomen en maken daar in de praktijk ook gebruik van.
6. De NVB constateert dat WOVOF II géén noodzakelijke wetgeving is op grond van jurisprudentie van het Europese Hof, de Hoge Raad (o.a. inzake het Heiploeg-arrest) of de (ontwerp) richtlijnen van de Europese wetgever. WOVOF II lijkt zelfs op gespannen voet te staan met de voorstellen van de Europese Commissie over overgang van onderneming die is voorbereid met een pre-pack. In deze reactie zal op deze jurisprudentie en regelgeving worden ingegaan.
7. De doorstartpraktijk is gebaat bij snelheid, flexibiliteit en maatwerk. De curator en de rechter-commissaris moeten daarom de ruimte (blijven) houden om de diverse belangen af te wegen als zij over een doorstart onderhandelen of beslissen. WOVOF II zal naar de mening van de NVB een knelpunt voor doorstarts gaan vormen. De belangen van de werknemers én andere stakeholders zijn daarmee niet gediend.
8. De NVB heeft geen overwegende bezwaren tegen de in WOVOF II voorgestelde bepalingen met betrekking tot concurrentiebedingen en het adviesrecht van de ondernemingsraad, maar is geen voorstander van de introductie van een verplichting voor bestuurders om de ondernemingsraad vooraf te informeren over een surseanceaanvraag.

§ 3. Indeling van deze consultatiereactie

9. Voor een goede beoordeling van WOVOF II is het naar de mening van de NVB noodzakelijk om de context van de doorstartpraktijk in beeld te hebben. De NVB geeft daarom een korte beschrijving van de doorstartpraktijk in § 4 van deze consultatiereactie, gevolgd door enkele opmerkingen over misbruik en misbruikbestrijding (§ 5) bij doorstarts. Voorts gaat de NVB in § 6 en § 7 in op de jarenlange voorgeschiedenis van WOVOF II omdat die naar de mening van NVB relevant is voor een goed begrip van de doelen die men verwacht te realiseren met de introductie van WOVOF II. De hiervoor genoemde onderdelen (§ 4 t/m § 7) vormen Deel I van deze consultatiereactie.
10. In Deel II van deze consultatiereactie (§ 8 t/m § 12) gaat de NVB in op WOVOF II. In Deel III ten slotte licht de NVB toe op welke wijze wat haar betreft onder de huidige regelgeving reeds kan worden bewerkstelligd dat bij een doorstart een transparante selectie van werknemers plaatsvindt alsmede dat zoveel mogelijk van de bij de doorstart 'behouden arbeid' zal worden verricht door werknemers van de gefailleerde. De NVB merkt daarbij op dat veel curatoren bij doorstarts reeds te werk gaan conform de handvaten die in Deel III worden gegeven.



DEEL I – CONTEXT

§ 4. Korte beschouwing van doorstarts uit faillissement vanuit bedrijfseconomisch en juridisch perspectief | doorstart uit faillissement als *ultimum remedium*

11. Het faillissement is een insolventieprocedure die in beginsel gericht is op liquidatie van het vermogen van de gefailleerde, geen herstructureringsinstrument. De surseance van betaling is in het leven geroepen als insolventieprocedure om ondernemingen te reorganiseren en/of hun schulden te herstructureren. Ook de Wet Homologatie Onderhands Akkoord ('WHOA') is een herstructureringsinstrument.
12. De verkoop van 'de onderneming' uit faillissement – hierna aan te duiden als 'doorstart' – is technisch-juridisch beschouwd een vereffening van de activa die de boedel vormen. Voor die verkoop is toestemming van de rechter-commissaris vereist (artikel 176 lid 1Fw). Vaak wordt gesteld dat de koper 'de onderneming van de gefailleerde voortzet'. Dat gebeurt soms, maar niet altijd. Met de gekochte activa gaat de verkrijger ondernemingsactiviteiten exploiteren. Die activiteiten kunnen overeenkomen met de activiteiten die de gefailleerde onderneming verrichtte, maar die kunnen ook in meer of mindere mate daarvan verschillen.
13. Een faillissement heeft in de praktijk voor de gefailleerde onderneming bijna altijd negatieve consequenties. Leveranciers van de gefailleerde staken hun leveranties, de uitwinning van zekerheidsrechten dreigt of vindt plaats (terughalen van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken inbegrepen) en – *last but not least* – het faillissement veroorzaakt onrust onder de werknemers die bij de gefailleerde onderneming in dienst zijn. De ondernemer verliest door de aanstelling van een curator de regie in het (liquidatie)proces. Hierdoor en vanwege de imagoschade die er aan een faillissement kleeft, proberen ondernemers het veelal te voorkomen.
14. Volgens Van Hees¹ kan een faillissement alleen voor een doorstart worden ingezet indien aan drie voorwaarden is voldaan:
 - de onderneming kampt met financiële problemen die een reële bedreiging zijn voor de (continuïteit van de) onderneming;
 - (een deel van) de activiteiten die de onderneming verricht, is/zijn levensvatbaar. Dit is het geval indien de onderneming nog enige goodwill vertegenwoordigt: de verkoop van 'de onderneming' levert meer op dan de verkoop van de (afzonderlijke) activa;
 - het faillissement moet niet tot gevolg hebben dat essentiële delen van de onderneming verloren gaan. Wordt bijvoorbeeld een voor de bedrijfsvoering essentieel contract (bijvoorbeeld een huurcontract, licentiecontract of franchisecontract) beëindigd (of wordt – zo voegt NVB hieraan toe – een voor de bedrijfsvoering essentiële vergunning ingetrokken), dan zal een doorstart zinloos zijn.

Van Hees stelt dat deze voorwaarden dusdanig zwaar wegen dat inzet van het faillissement voor een doorstart als een paardenmiddel moet worden beschouwd.

15. Empirisch onderzoek naar ondernemingen in financiële problemen en de arbeidsrechtelijke positie van werknemers dat in opdracht van het WODC is verricht door

¹ J.J. van Hees, 'Herstructurering met behulp van faillissement', in: G. van Solinge e.a. (red), *Herstructurering van ondernemingen in financiële moeilijkheden (Serie van der Heijden Instituut nr. 124)*, Deventer: Kluwer 2014.



onderzoekers verbonden aan de Radboud Universiteit, ondersteunt deze stelling. In hun onderzoeksrapport is hierover het volgende opgetekend:

“Uit de interviews komt duidelijk naar voren dat een faillissement door betrokkenen veelal als onwenselijk wordt bestempeld. Betrokkenen geven aan een faillissement liever te vermijden en ook bereid [te – toevoeging NVB] zijn daar veel voor te doen. Overwegingen die in dat kader zijn genoemd, betreffen de vrees bij betrokkenen voor reputatieschade, het risico dat direct verlies aan klanten zal optreden zodra de financiële problemen openbaar worden, zodat het voortbestaan van de onderneming als gevolg daarvan in gevaar komt en het verlies aan waarde waarmee een faillissement gepaard gaat. Ook wijzen betrokkenen op het feit dat een faillissement leidt tot verlies aan controle over de onderneming en dat (ook indien een doorstart uit faillissement wordt voorbereid onder begeleiding van een beoogd curator en rechter-commissaris) allerminst zeker is dat het zittende bestuur of de aandeelhouders in staat zullen zijn de onderneming uit faillissement te verwerven. In sommige gevallen is een doorstart uit faillissement lastig omdat de verschillende onderdelen van de onderneming wegens onderlinge verwevenheid niet goed van elkaar kunnen worden gescheiden (zie bijvoorbeeld case 1), of niet mogelijk, bijvoorbeeld omdat als gevolg van een faillissement voor de bedrijfsvoering noodzakelijke vergunningen vervallen of omdat het vooruitzicht bestaat dat er geen koper gevonden kan worden (zie bijvoorbeeld case 1).”²

16. De bevindingen van de onderzoekers en de observaties van Van Hees sluiten aan bij de ervaringen van banken met doorstarts uit faillissement. Het faillissement als ‘doorstartinstrument’ wordt als *ultimum remedium* beschouwd, een middel dat alleen wordt ingezet als alle andere opties niet (meer) inzetbaar zijn.
17. Gezien de beschreven nadelen/risico’s die zijn verbonden aan een doorstart vanuit faillissement, dient een doorstart duidelijke voordelen te hebben in vergelijking met de andere instrumenten die kunnen worden ingezet om de levensvatbare activiteiten van een financieel noodlijdende onderneming voort te zetten. Die voordelen dienen ‘op te wegen’ tegen de nadelen. Het betreft de volgende voordelen:
 - een korte looptijd van het ‘overnametraject’;
 - beperkte (transactie)kosten (geen *due diligence* bijvoorbeeld en beperkte kosten van juridisch, financieel en/of fiscaal advies);
 - *deal certainty*: (i) de verkoop kan niet op grond van de *actio pauliana* worden vernietigd; (ii) de verkrijger verkrijgt alleen de activa die hij uitkiest, (iii) de verkrijger begint met een schone schuldenlei en (iv) de personeelsleden treden niet automatisch in dienst bij de verkrijger, die derhalve kan kiezen welke personeelsleden hij overneemt. Bovendien nemen de overgenomen personeelsleden hun arbeidsverleden en arbeidsvoorwaarden niet automatisch mee naar de verkrijger. De verkrijger start dus eveneens met een schone personeelslei.

² Onderzoek ‘Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers’, uitgevoerd door de Radboud Universiteit onder leiding van prof. mr. L.G. Verburg en prof. mr. P.M. Veder, p. 35. Zie ook p. 41 en 92 over de onwenselijkheid van de inzet van het faillissement voor behoud van ondernemingsactiviteiten.

Het rapport is kosteloos te raadplegen via <https://zoek.officiëlebezoekingen.nl/dossier/blg-752479.pdf>. Zie ook *Kamerstukken II* 2015–2016, 33 695, nr. 11 voor een korte beschrijving van het onderzoek en de belangrijkste conclusies.



18. Bij het voorgaande komt dat in 2021 de WHOA is geïntroduceerd. De WHOA laat het initiatief en de uitvoering van de reorganisatie in belangrijke mate bij de onderneming als *debtor in possession*. Als de inzet van een formeel herstructureringsinstrument nodig is om een onderneming met financiële problemen weer gezond te krijgen, dan zal de WHOA het eerste *weapon of choice* zijn, niet het faillissement. De komst van de WHOA heeft het faillissement als ‘doorstartinstrument’ (nog) minder aantrekkelijk gemaakt.
19. Uit het voorgaande volgt dat het faillissement slechts in een beperkt aantal gevallen kan worden ingezet om de activiteiten van een onderneming met financiële problemen (gedeeltelijk) voort te zetten. Die constatering is van belang voor de beantwoording van de vraag of WOVOF II het geschikte middel is om zoveel mogelijk werkgelegenheid te behouden bij doorstarts vanuit faillissement. Desondanks is de doorstart in faillissement – mits aan de eerder genoemde voorwaarden is voldaan – een effectief middel gebleken waarbij werkgelegenheid behouden is gebleven.

§ 5. Voorkoming en bestrijding van misbruik van faillissement als instrument voor het realiseren van een doorstart

20. Een doorstart vanuit faillissement biedt als geconstateerd snelheid en transactiezekerheid. De verkrijger verwerft doorgaans kort na faillietverklaring de door hem geselecteerde activa die hij van de curator koopt. Schulden blijven achter bij de gefailleerde, overeenkomsten gaan niet automatisch over op de koper en de koper is vrij te bepalen welke personeelsleden van gefailleerde hij in dienst wil nemen en onder welke voorwaarden. De schone lei-gedachte voor wat betreft schulden en personeel is voor kopers aantrekkelijk. Anderzijds blijken curatoren in de praktijk meestal bereid en in staat te zijn de belangen van de werknemers op dit punt te bewaken. De overgang van werknemers bij de doorstart is doorgaans een kwestie die deel uitmaakt van de onderhandelingen tussen de curator en de koper en vaak bedingt de curator de verplichting om te werven onder de werknemers die niet in de doorstart werden betrokken wanneer de doorstarter meer personeel nodig heeft dan hij bij de doorstart inschatte.
21. De bedoelde keuzevrijheid brengt evenwel een risico op misbruik mee, namelijk het inzetten van het faillissement om (nagenoeg) kosteloos ‘personeel te lozen’ en/of arbeidsvoorwaarden te versoberen. Artikel 13a Fw is ingevoerd om dit misbruik tegen te gaan/ te bestrijden (zie hierna, nr. 23). De schaal waarop het bedoelde misbruik plaatsvindt, is niet bekend. Representatief empirisch/cijfermatig onderzoek is – voor zover NVB bekend – de afgelopen jaren niet gedaan.³ In het ‘Beleidskompasformulier voor internetconsultatie’ bij WOVOF II wordt gerefereerd aan onrust die ontstaan zou zijn bij werknemers rond doorstarts en in de concept-Mvt worden enkele voorbeelden genoemd (p.4, voetnoot 9), maar inzicht in de omvang van een mogelijk ‘misbruikprobleem’ wordt niet gegeven.⁴ Naar eigen waarneming van de NVB is er echter maar in een klein aantal

³ In het verleden zijn wel onderzoeken verricht, bijvoorbeeld door Luttkhuis (A.P.K. Luttkhuis, *Corporate Recovery – De weg naar effectief insolventierecht*, (diss. Tilburg 2007)). Luttkhuis concludeert dat haar onderzoek aantoont dat er slechts in een enkel geval sprake is van misbruik van faillissementsrecht: “Uit het onderzoek blijkt derhalve dat bedrijven het faillissement niet in groten getale gebruiken, laat staan, misbruiken, om zich van de werknemers te ontdoen zoals uit eerder onderzoek van het Sinzheimer Instituut uit 1996 werd gesuggereerd en zoals wellicht de verwachting was, gelet op het feit dat er in het huidige faillissementsrecht geen sprake is van automatische overgang van werknemers. Uit het onderzoek blijkt het probleem misbruik van faillissementsrecht kleiner te zijn dan we veronderstelden.” (Luttkhuis, a.w., p. 67).

⁴ Het feit dat in de media termen als ‘flitsfaillissement’ worden gebruikt, wekt reeds op zichzelf de indruk dat er sprake is van misbruik, terwijl het enkele feit dat er kort na faillissement een doorstart wordt



doorstarts echt sprake geweest van misbruik. Deze waarneming sluit aan bij de bevindingen van de onderzoekers van het WODC dat inzet van een faillissement voor een doorstart als paardenmiddel wordt beschouwd (zie nr. 15). De NVB meent dat het risico op misbruik nog het grootst is als de onderneming na de doorstart wordt voortgezet door een partij die gelieerd is aan de aandeelhouder van de failliete vennootschap of de eigenaar van de failliete personenvennootschap of eenmanszaak. De wetgever motiveert de keuze om WOVOF II niet alleen voor een gelieerde partij te laten gelden door te stellen dat het definiëren van een “gelieerde partij” ingewikkeld zou zijn en makkelijk tot ontwijking zou kunnen leiden⁵. De NVB is daar niet van overtuigd.

22. De NVB heeft de indruk dat tussen de diverse actoren die werkzaam zijn in de insolventiepraktijk (o.a. curatoren, insolventierechtadvocaten en -adviseurs, rechters-commissarissen, banken, vakcentrales etc.) brede consensus bestaat dat misbruik door middel van zogenoemde draaideurfaillissementen voorkomen moet worden en dat ieder misbruikgeval er één te veel is. Vindt er toch misbruik plaats, dan zou het recht moeten voorzien in effectieve sancties. De NVB is het met deze visie graag eens.
23. Misbruikbestrijding is het doel van de regeling opgenomen in artikel 13a Fw.⁶ Een faillissement kan na het instellen van een rechtsmiddel (bijvoorbeeld verzet) worden vernietigd op grond van misbruik van recht. De verzetprocedure van artikel 10 Fw kan in zijn algemeenheid als een effectief rechtsmiddel worden aangemerkt omdat in een procedure met een korte doorlooptijd de gedupeerde werknemer een rechterlijk oordeel kan verkrijgen over de vraag of zijn werkgever jegens hem misbruik heeft gemaakt van faillissementsrecht.

Van misbruik van faillissementsrecht is sprake wanneer het faillissement wordt gebruikt als middel tot oneigenlijke beëindiging van arbeidsovereenkomsten. Oneigenlijk houdt in dat de werkgever de verplichtingen die normaal gesproken aan het beëindigen van arbeidsovereenkomsten zijn verbonden, ontloopt door het aan te laten komen op een faillissement terwijl de werkgever de reguliere ‘beëindigingsverplichtingen’ had kunnen dragen zonder de continuïteit van de onderneming in gevaar te brengen.

Artikel 13a Fw bepaalt dat de vernietiging van een faillietverklaring tot gevolg heeft dat de opzegging van een arbeidsovereenkomst door de curator met terugwerkende kracht wordt beheerst door de wettelijke of overeengekomen regels die van toepassing zijn buiten faillissement. In de praktijk zal dit met name meebrengen dat de opzegging door de curator op grond van artikel 7:681 BW vernietigd kan worden wegens het ontbreken van de vereiste instemming van de werknemer alsmede het ontbreken van toestemming van het UWV, of dat een billijke vergoeding kan worden toegekend.⁷

gerealiseerd niet betekent dat dat faillissement is ingezet om op oneigenlijke wijze het personeelsbestand in te krimpen. Zie ook hetgeen hierna over het Estro/Smallsteps faillissement wordt opgemerkt.

⁵ Pag 7 MvT

⁶ Artikel 13a Fw is gebaseerd op de richtlijn inzake overgang onderneming (Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, *Pb EG L 82/16*). Ook lid 2 van artikel 67 Fw alsmede het tweede lid van artikel 72 Fw zijn gebaseerd op deze richtlijn.

⁷ Enkele voorbeelden: Rechtbank Overijssel 11 april 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:2031 en Rechtbank Den Bosch 27 augustus 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:420 en Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6884. Uit de uitspraak van de Rechtbank Den Bosch volgt dat de rechtbank (in een andere procedure dan die waarop de genoemde uitspraak ziet) oordeelde dat het faillissement was aangevraagd om op goedkope manier van een werknemer af te komen. In de verzetsprocedure tegen de faillietverklaring ingesteld door de werknemer wordt het faillissement vernietigd.



24. Of de regeling van artikel 13a Fw voldoende soelaas biedt om misbruik zoveel als mogelijk te voorkomen en indien nodig te bestrijden, staat niet vast. De NVB is niet bekend met empirisch onderzoek naar de effectiviteit van artikel 13a Fw.
25. In dit kader merkt de NVB op dat de positie van werknemers een omstandigheid is die de curator altijd in de besluitvorming over een doorstart betreft (zie ook nr. 20). Voorts geldt dat de curator in het kader van het door de wet voorgeschreven oorzakenonderzoek (zie artikel 68 lid 2 onder a Fw) naar de mening van de NVB gehouden is te onderzoeken of er misbruik is gemaakt van de bevoegdheid tot eigen aangifte van faillissement. Derhalve zou misbruik aan het licht moeten komen. De werknemers van een gefailleerde onderneming zijn voor het voorkomen of bestrijden van misbruik van het faillissement om 'personeel te lozen' derhalve niet enkel aangewezen op de bescherming van artikel 13a Fw.

§ 6. Voorgeschiedenis van een regeling voor de rechtspositie van werknemers bij een doorstart: rechtspraak

26. De doorstartpraktijk vanuit faillissement bestaat al lang⁸ en kreeg jarenlang nauwelijks aandacht van politiek en media. De doorstart van kinderdagverblijf Estro door Smallsteps vestigde hun aandacht op deze praktijk. Deze doorstart was geen 'klassieke doorstart' maar een doorstart die was voorbereid met gebruikmaking van de in 2011 in Nederland geïntroduceerde pre-pack.

In een pre-pack is er voorafgaand aan het uitspreken van een faillissement contact met (een) in een overname geïnteresseerde kandidaat/kandidaten. Voorbereiding van een mogelijke doorstart vóór faillissement maakt het mogelijk de exploitatie van de onderneming na faillietverklaring (nagenoeg) zonder onderbreking voort te zetten. Dat is in sommige branches (denk bijvoorbeeld aan de leveringen van versproducten aan supermarkten) nodig om de onderneming in stand te kunnen houden. Zou de levering van een product of dienst ook maar een moment onderbroken worden, dan zal de afnemer diens leverancier onmiddellijk inwisselen voor een ander. Bij een pre-pack blijven in de meeste gevallen meer klanten en banen behouden in vergelijking met de situatie waarin pas in faillissement wordt gestart met voorbereiding van de doorstart. In (bijvoorbeeld) de zorgsector is een voorbereiding van een faillissement – al dan niet met inzet van een pre-pack – zelfs noodzakelijk met het oog op de zorgverlening aan patiënten en andere (maatschappelijke) gevolgen van het faillissement. Ook levert een doorstart gerealiseerd na toepassing van een pre-pack vaak een hogere opbrengst op dan een klassieke doorstart. Het proces van voorbereiding van de doorstart tijdens een pre-pack wordt begeleid door degene die door de rechtbank is aangewezen als beoogd curator, op wiens functioneren de beoogd rechter-commissaris toezicht houdt.

Enkele oudere voorbeelden van misbruik waarover geprocedeerd is: Hof 's Gravenhage 10 januari 1996, *JOR* 1997/75 (Ammerlaan), HR 29 juni 2001, *JOR* 2001/169 (MTW), Rechtbank Amsterdam 6 februari 2002, *JOR* 2002/90 (Toonder Facilitair) en HR 28 mei 2004, *NJ* 2006/4 (Digicolor).

⁸ In 1937 oordeelde de Hoge Raad dat een verkoop van een onderneming door de curator de toets aan het destijds geldende artikel 101 Fw – dat verkoop van goederen vóór het intreden van de staat der insolventie alleen toestond in twee (uitzonderings)gevallen – kon doorstaan (HR 27 augustus 1937, *ECLI:NL:HR:1937:126*, *NJ* 1938/9, arrest Nieuw Plancius). Het huidige artikel 101 Fw zoals dat is gewijzigd door de Wet modernisering faillissementsprocedure (*Stb.* 2018, 299) beperkt de bevoegdheid van de curator om goederen te vervreemden niet meer. Wijziging van deze bepaling was (enkel) codificatie van de bestaande (doorstart)praktijk.



27. Bij de doorstart van Estro verloren van de ongeveer 3.800 personeelsleden ongeveer 1.200 werknemers hun baan. De FNV bepleitte dat artikel 7:666 onder a BW in strijd was met Europees recht⁹ en dat de 1.200 personeelsleden aan wie Smallsteps geen baan had aangeboden automatisch bij Smallsteps in dienst waren getreden op basis van met Estro overeengekomen (arbeids)voorwaarden.
28. Het Hof van Justitie stelde de FNV in het gelijk.¹⁰ Het oordeelde dat de gevolgde procedure niet voldeed aan de Europese voorwaarden voor het buiten toepassing laten van de regels omtrent overgang van onderneming. Het Hof van Justitie oordeelde dat de in Europese richtlijn inzake overgang van onderneming opgenomen regels omtrent overgang van onderneming¹¹ alleen buiten toepassing kunnen worden gelaten als:
- a. sprake is van een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure,
 - b. die is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, en
 - c. die onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie.
29. Deze voorwaarden worden aangeduid als de 'faillissementsexceptie'. Uit het oordeel van het Hof lijkt te volgen dat onder andere van belang is met welke intentie het faillissement is voorbereid en vervolgens aangevraagd. Als het faillissement is voorbereid met als voornaamste doel de activiteiten voort te kunnen zetten, dan kan dat een indicatie zijn dat de procedure niet is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. In het geval van Smallsteps oordeelde het Hof dat de pre-pack niet aan de vereisten voldoet om de faillissementsexceptie in te kunnen roepen. Het Hof wijst erop dat volgens hem de procedure was bedoeld om het operationele karakter van de onderneming (kinderdagverblijven) of van de levensvatbare onderdelen daarvan veilig te stellen. Verder wordt een pre-pack feitelijk grotendeels voorbereid door de onderneming zelf zonder enig toezicht vanuit de overheid. Weliswaar wordt een beoogd curator (en beoogd rechter-commissaris) aangewezen, maar zij beschikken formeel gezien niet over enige bevoegdheid omdat de pre-pack niet wettelijk is geregeld. Van het onder 'toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie' kon (in deze zaak) dan ook dus niet (zonder meer) worden gesproken. De Nederlandse pre-pack praktijk voldeed daarom niet aan de tweede en derde eis, aldus het Hof van Justitie. De faillissementsexceptie kon dus niet worden toegepast en de werknemers behielden hun rechten.
30. De uitspraak inzake Smallsteps leerde dat de regeling inzake overgang van onderneming – anders dan de (letterlijke) tekst van artikel 7:666 onder a BW suggereert – tóch van toepassing kan zijn op sommige doorstarts vanuit faillissement.
31. Zoals geconstateerd was de doorstart van Estro voorbereid met een pre-pack. Niet duidelijk wordt in hoeverre het Hof voor zijn beslissing dat de faillissementsexceptie niet van toepassing was relevant achtte dát de doorstart – die een overgang van (een groot deel van) de onderneming inhield – vanuit een pre-pack was voorbereid. Ook wordt niet duidelijk of en in hoeverre de omstandigheid dat de koper (Smallsteps) was gelieerd aan de gefailleerde (Estro) een rol speelt. Het was daarom onzeker of een doorstart vanuit

⁹ Artikel 7:666 onder a BW is gebaseerd op de richtlijn inzake overgang onderneming en moet daarom richtlijnconform worden uitgelegd.

¹⁰ HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489.

¹¹ Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, Pb EG L 82/16.



faillissement waaraan geen pre-pack voorafgaat en/of waarin de onderneming wordt verkocht aan een 'buitenstaander', óók is onderworpen aan de regeling inzake overgang onderneming, of dat in dat geval de faillissementsexceptie wél geldt. De uitspraken van Nederlandse rechters die werden gedaan in zaken die speelden na de uitspraak van het Hof van Justitie laten dan ook een wisselend beeld zien:

- Doorstart van modewinkel Tuunte vanuit faillissement: de regeling inzake overgang van onderneming is volgens de rechtbank niet van toepassing. Aan het faillissement was geen pre-pack voorafgegaan, wel waren er voorbereidingen getroffen om een doorstart te vergemakkelijken.¹² De praktijk leert overigens dat dergelijke voorbereidingen geen garantie zijn voor een doorstart. In sommige gevallen zijn vóór het faillissement weliswaar voorbereidingen getroffen om een na faillissement te realiseren doorstart te faciliteren, doch komt het niet tot een doorstart.
 - In een andere procedure werd de regeling inzake overgang onderneming wél toegepast. In deze zaak was de doorstart met een pre-pack voorbereid.¹³
 - De doorstart van Bogra (producent van uitvaarkisten) leidde tot een geschil dat in hoger beroep door het gerechtshof Amsterdam in het voordeel van de doorstarter is beslecht. Dragend voor het oordeel van het hof lijkt dat de gerealiseerde doorstart niet – althans: niet in detail – vóór faillissement is voorbereid en tijdens faillissement meerdere gegadigden – dus niet alleen de oud-eigenaar van de onderneming – in de race waren voor een doorstart.¹⁴
 - De doorstart van bakkerij Vleems betrof een vanuit faillissement gerealiseerde doorstart door middel van een activatransactie tussen de curator en een nieuwe onderneming. Er was geen pre-pack en de rechter oordeelde dat de doorstart evenmin vóór faillissement was voorbereid, hoewel de mogelijkheid van een doorstart wel was besproken met adviseurs. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat het faillissement niet was ingeleid met het oog op voortzetting van de onderneming en dat de koper zich daarom kon beroepen op de faillissementsuitzondering.¹⁵
32. De lagere rechtspraak maakt duidelijk dat niet iedere doorstart uit faillissement die een overgang van onderneming inhoudt, leidt tot een automatische indiensttreding van de werknemers van gefailleerde bij de koper/doorstarter. Anders gezegd: ook na het Smallsteps-arrest is diverse malen met succes een beroep gedaan op de faillissementsexceptie door de doorstarter. Anderzijds was het na het Smallsteps-arrest zo dat niet helemaal duidelijk was in welke gevallen de regeling van overgang van onderneming niet van toepassing is op een doorstart die vanuit faillissement wordt gerealiseerd en in welke gevallen (mogelijk) wel.

¹² Rechtbank Gelderland (sector kanton Zutphen) 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447.

¹³ Rechtbank Limburg (sector kanton Roermond) 26 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9137. De uitspraak was welbeschouwd een pyrrusoverwinning voor de betrokken werknemers, omdat zij de vernietigbaarheid gegrond op artikel 7:670 lid 8 BW (oud) van de door de curator gedane opzegging van de arbeidsovereenkomsten niet (tijdig) hadden ingeroepen. Dit bracht de kantonrechter tot de conclusie dat de werknemers enkel voor de duur van de opzegtermijn mee over waren gegaan op de nieuwe onderneming en slechts over die periode een loonaanspraak hebben.

¹⁴ Gerechtshof Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2339.

¹⁵ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 30 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9900.

33. Om meer duidelijkheid te krijgen over de toepasselijkheid van de regeling van overgang van onderneming op een doorstart vanuit faillissement, heeft de Hoge Raad in een geschil naar aanleiding van de doorstart van het bedrijf Heiploeg prejudiciële vragen gesteld aan het Hof over de interpretatie van de Richtlijn inzake overgang van onderneming.¹⁶ Heiploeg was marktleider in Europa op het gebied van import, verwerking en verkoop van garnalen. Het faillissement van Heiploeg werd uitgesproken in dezelfde periode als het faillissement van Estro. Directe aanleiding voor het faillissement was een forse boete die aan Heiploeg was opgelegd wegens schending van mededingingsregels. Heiploeg kon deze boete niet betalen. Net als bij Estro werd vanuit faillissement een doorstart gerealiseerd. Deze doorstart was eveneens voorbereid in een pre-pack. De curator heeft 'de onderneming' (lees: alle voor overdracht vatbare onbezwaarde én bezwaarde activa) overgedragen aan de koper/doorstarter. De koper is een partij die niet aan de failliete vennootschap was gelieerd. De curator ontsloeg alle werknemers. De koper van de activa nam 210 van de 300 ontslagen werknemers in dienst.
34. De vragen die de Hoge Raad stelde aan het Hof van Justitie, waren erop gericht duidelijkheid te verkrijgen of de Nederlandse pre-pack (i) gericht kan zijn op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en (ii) of de pre-pack onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staat. Met andere woorden: of de pre-pack bij nader inzien in bepaalde gevallen toch onder de faillissementsexceptie zou kunnen vallen. Uit de vraagstelling van de Hoge Raad blijkt dat hij meent dat het Hof van Justitie in de Smallsteps-procedure onvolledig geïnformeerd is en dat, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, ook in een pre-pack-situatie voldaan kan zijn aan de voorwaarden voor toepassing van de faillissementsexceptie.
35. In zijn uitspraak volgt het Hof van Justitie de Hoge Raad en beantwoordt het Hof de vragen bevestigend.¹⁷ Een pre-pack kan gericht zijn op de liquidatie van het vermogen als de pre-pack ertoe strekt in de faillissementsprocedure een liquidatie van de draaiende onderneming te vergemakkelijken, waarbij een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers wordt bereikt en de werkgelegenheid zo veel mogelijk wordt behouden. Verder kan een pre-pack ook onder bevoegd overheidstoezicht vallen, mits een dergelijke pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen. Hieruit volgt dat een (wettelijk) geregelde pre-packprocedure, zoals neergelegd in het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I, toepassing van de faillissementsexceptie toestaat in gevallen waarin het faillissement gericht is op de liquidatie van het vermogen. Hoe dat laatste – het doel van het faillissement – moet worden vastgesteld, blijkt niet uit het arrest. Dat laat het Hof van Justitie aan de Nederlandse rechter over.
36. Het Heiploeg-arrest betekent in de eerste plaats dat een klassieke doorstart – dus: een doorstart die niet met een pre-pack is voorbereid – onder de faillissementsexceptie valt. Om met hoogleraar arbeidsrecht Verburg te spreken: de klassieke doorstart is 'buutvrij'.¹⁸ Het Hoge Raad-arrest inzake de doorstart van de industriële bakkerij Vleems biedt steun aan deze opvatting. De Hoge Raad verwierp namelijk in een artikel 81 RO-arrest de

¹⁶ HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753.

¹⁷ HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321.

¹⁸ Noot onder het Heiploeg-arrest van het Hof van Justitie: *JOR* 2022/219.



cassatieklachten van FNV tegen het arrest waarin het hof tot het oordeel kwam dat de doorstarter zich kon beroepen op artikel 7:666 onder a BW.¹⁹

37. In de tweede plaats maakt het Heiploeg-arrest een *comeback* van de pre-pack mogelijk. Daarvoor is wel vereist dat de pre-pack wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zoals bedoeld door het Hof van Justitie in het Heiploeg-arrest.

§ 7. Voorgeschiedenis van een regeling van een regeling voor de rechtspositie van werknemers bij een doorstart: concept-wetgeving

38. Het Smallsteps-arrest was aanleiding voor de lancering van een tweetal wetsontwerpen: WOVOF I (2019) en de Novelle voor de Wet Continuïteit Ondernemingen I (2021). Vervolgens deed zich de Heiploeg-procedure voor. Deze was aanleiding om het wetsontwerp WOVOF I vooralsnog niet om te zetten in een wetsvoorstel. De wetgever wilde de uitkomst van de Heiploeg-zaak afwachten.
39. De uitkomst van de Heiploeg-zaak is bekend en beschreven in de vorige paragraaf. Het Heiploeg-arrest maakt duidelijk dat de Nederlandse wetgever niet verplicht is tot het van toepassing verklaren van de regeling overgang van onderneming op doorstarts vanuit faillissement. Wel moet een doorstart – al dan niet voorbereid met een pre-pack – voldoen aan de voorwaarden die in de Richtlijn en door het Hof van Justitie worden gesteld om onder de faillissementsexceptie te vallen (artikel 7:666 onder a BW).
40. In Europa is het Heiploeg-arrest niet onopgemerkt gebleven. Het op 7 december 2022 gepubliceerde voorstel voor een richtlijn die strekt tot harmonisatie van regelgeving van EU-lidstaten op het terrein van het insolventierecht (het 'Richtlijnvoorstel') bevat een concept voor een regeling voor de pre-pack die uitgaat van juistheid van het Heiploeg-arrest van het Hof van Justitie. De Europese Commissie is namelijk van oordeel dat een doorstart uit een faillissement dat is voorafgegaan door een pre-pack onder de faillissementsexceptie valt. In het op 7 december 2022 gepubliceerde voorstel voor een richtlijn die strekt tot harmonisatie van regelgeving van EU-lidstaten op het terrein van het insolventierecht (het 'Richtlijnvoorstel') maakt de Commissie dienaangaande de volgende inleidende opmerking:

“Het voorstel is volledig in overeenstemming met deze bepaling bij de regeling van ‘pre-packprocedures’. In overeenstemming met het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak-Heiploeg verduidelijkt dit voorstel met name dat de vereffeningfase van een pre-packprocedure voor de toepassing van artikel 5, lid 1, van Richtlijn 2001/23/EG moet worden beschouwd als een faillissements- of insolventieprocedure met het oog op de vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.”

41. De Europese Commissie verstaat onder een met behulp van een pre-pack voorbereide doorstart het volgende:

“In een pre-packprocedure wordt de onderneming van de schuldenaar of een deel daarvan als going concern verkocht op grond van een contract waarover vóór de aanvang van een insolventieprocedure vertrouwelijk wordt onderhandeld onder toezicht van een door een gerecht aangewezen toezichthouder en gevolgd door

¹⁹ HR 14 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1446.

een korte insolventieprocedure waarin de vooraf overeengekomen verkoop formeel wordt toegestaan en uitgevoerd.”²⁰

In lijn met deze inleidende observatie bepaalt het Richtlijnvoorstel in het tweede lid van artikel 20:

“Voor de toepassing van artikel 5, lid 1, van Richtlijn 2001/23/EG van de Raad wordt de vereffeningfase beschouwd als een faillissements- of insolventieprocedure met het oog op de vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.”

De ‘vereffeningfase’ is het faillissement dat volgt op de pre-pack; zo volgt uit artikel 19 lid 1 van het richtlijnvoorstel.

42. Het richtlijnvoorstel biedt derhalve de ruimte om de *deal uncertainty* bij doorstarts die zijn voorbereid met een pre-pack te beëindigen. Het voorstel bepaalt namelijk expliciet en zonder voorbehoud dát een faillissement volgend op een pre-pack onder de faillissementsexceptie valt (‘wordt beschouwd als’). Wat de NVB betreft, zou de meest logische stap daarom zijn de behandeling van de Wet Continuïteit Ondernemingen I in de Eerste Kamer te hervatten. Het is wenselijk de pre-pack zo snel mogelijk van een wettelijke basis te voorzien, omdat door ondernemingen die in de kern nog gezond zijn, de pre-pack kan worden ingezet om vanuit faillissement met zo min mogelijk waarde- en banenverlies door te starten.

DEEL II – WOVOF II

§ 8. Beleidskompas WOVOF II

43. Het ‘Beleidskompasformulier voor internetconsultatie’ bij WOVOF II geeft informatie over de vraag welke problemen de wetgever met invoering van WOVOF II beoogt op te lossen. In dit document staat hierover het volgende:

“Doordat de verkrijger vrij is om te kiezen welke werknemers hij mee overneemt, is vaak niet transparant welke criteria de verkrijger hanteert bij de selectie van personeel. Dit geeft onduidelijkheid bij de werknemers, omdat aan hen niet goed uit te leggen valt waarom bepaalde collega’s wel mee overgaan en anderen niet. Het verschil in bescherming tussen werknemers binnen en buiten faillissement geeft ook een zeker concurrentievoordeel aan de verkrijger bij een doorstart in faillissement. Na een faillissement kan de verkrijger met de onderneming in afgeslankte vorm verder, met werknemers die hij zelf heeft uitgekozen. Zijn concurrenten zijn echter gebonden aan het reguliere arbeidsrecht en zullen bij een reorganisatie wegens bedrijfseconomische redenen het afspiegelingsbeginsel moeten toepassen.”

44. De NVB merkt op deze plaats op dat het argument van de concurrentievervalsing niet overtuigt. Als er een doorstart wordt gerealiseerd, is er op de markt kennelijk ruimte voor de doorstartende onderneming. Dan is er ook ruimte voor de start van een nieuwe onderneming, waarbij óók een vrije personeelskeuze mogelijk is. De overige ondernemingen op die markt ondervinden daarvan ook concurrentie. Dat is een onderdeel van de marktwerking.
45. Wat hiervan verder zij: WOVOF II beoogt dus de positie van werknemers in faillissement te verbeteren, met name bij doorstarts (zie onderdeel 2.a Beleidskompas en p. 3 MvT: *“Doel van dit wetsvoorstel is om te zorgen voor een betere bescherming van werknemers*

²⁰ Voorstel voor een richtlijn die strekt tot harmonisatie van regelgeving van EU-lidstaten op het terrein van het insolventierecht d.d. 7 december 2022, COM/2022/702 final, p. 4 en voetnoot 13.

bij een overgang van onderneming in faillissement.”). WOVOF II tracht dat doel te realiseren door de regeling voor overgang van onderneming die buiten faillissement van toepassing is, toe te passen op een doorstart vanuit faillissement, aanpassingen en uitzonderingen daargelaten.

46. De vraag rijst wat ‘verbetering van de positie van werknemers’ moet inhouden. De vakbonden hebben in procedures over doorstarts aandacht gevraagd voor ‘behoud van arbeid’ bij doorstarts vanuit faillissement. Er werd gewag gemaakt van gevallen waarin de doorstarter voor het ‘overgenomen werk’ andere personeelsleden in dienst nam dan personeelsleden van de gefailleerde werkgever, terwijl die laatste geschikt én bereid waren om de werkzaamheden te (blijven) verrichten in dienst van de doorstarter. Ziet NVB het goed, dan is ‘behoud van arbeidsplaatsen’ een doel dat de vakbonden nastreven bij aanpassing van het ‘insolventierechtelijke arbeidsrecht’.
47. Een aanpassing van de regels voor een doorstart vanuit faillissement die de keuzevrijheid van de doorstarter aangaande het al of niet overnemen van personeelsleden van de gefailleerde werknemer verminderen, zal bij doorstarts kunnen resulteren in hogere lasten voor de koper. Deze aanpassing kan zelfs betekenen dat doorstarts niet meer haalbaar zijn. De NVB heeft begrip voor de wens om banenverlies bij werknemers van gefailleerde onderneming te beperken. Zo een beperking dient het maatschappelijk belang en kan bijdragen aan het vergroten van begrip en draagvlak voor doorstarts vanuit faillissement. Naar de mening van de NVB moet een wettelijke regeling die de arbeidsrechtelijke aspecten van een doorstart vanuit faillissement regelt, bijdragen aan het verminderen van onnodig banenverlies bij werknemers van failliete ondernemingen. Tegelijkertijd moet een verkrijger zo min mogelijk door de wettelijke bepalingen gehinderd worden om te voorkomen dat de verkrijger van de doorstart afziet. Tegen die achtergrond beoordeelt de NVB WOVOF II.

§ 9. WOVOF II: de voorgestelde regeling inzake overgang onderneming

48. Op hoofdlijnen ziet de voorgestelde regeling in WOVOF II er als volgt uit:
 - Bij een overgang van onderneming in faillissement gaan de arbeidsovereenkomsten van werknemers die ten tijde van het faillissement in dienst zijn bij de gefailleerde werkgever en in de onderneming werken, op het moment van de doorstart van rechtswege over op de verkrijger (artikelen 7:663, eerste volzin, en 666 lid 5 (nieuw) BW).
 - Heeft de curator de arbeidsovereenkomsten ten tijde van de doorstart al opgezegd (artikel 40 Fw), dan is de verkrijger verplicht aan de werknemers een nieuw dienstverband aan te bieden per het moment van de overgang (artikel 7:666b lid 1 (nieuw) BW). Deze situatie zal zich in de praktijk het meest voordoen.
 - Zijn er bedrijfseconomische omstandigheden waardoor arbeidsplaatsen moeten verdwijnen, dan is de verkrijger niet gehouden om aan alle werknemers een dienstverband aan te bieden. Via een objectieve selectiemethode wordt dan bepaald welke werknemers al dan niet een dienstverband krijgen aangeboden door de verkrijger (artikel 7:666b lid 2 (nieuw) BW).
 - De selectiemethode die in beginsel gebruikt moet worden, is de inspiegelingsmethode. Deze methode is gebaseerd op het afspiegelingsbeginsel zoals neergelegd in de Ontslagregeling. Hierbij geldt wel een 10% bandbreedte van het aantal werknemers wiens arbeidsplaats vervalft. De verkrijger mag dit aantal werknemers buiten de toepassing van de inspiegelingsmethode houden en



- dus zelf uitkiezen (artikel 7:666b lid 3 (nieuw) BW en artikel 2 ontwerp-ministeriële regeling).
- Als alternatief voor de inspiegelingsmethode kan een andere objectieve selectiemethode worden toegepast (artikel 7:666b lid 3 (nieuw) BW). Voor die toepassing is toestemming van de rechter-commissaris vereist.
 - Bestaande schulden die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomsten en zien op de periode voor de overgang, gaan niet mee over op de verkrijger (artikel 7:666b lid 11 (nieuw) BW). Het gaat hierbij o.a. om achterstallig loon, opgebouwde maar nog niet genoten vakantiedagen en nog niet uitbetaalde vakantietoelage.
 - De arbeidsvoorwaarden kunnen in een overleg tussen de verkrijger en de vakbonden onder bepaalde voorwaarden worden aangepast als dit nodig is voor het behoud van de werkgelegenheid binnen de onderneming (artikel 7:666b lid 10 (nieuw) BW).
 - Indien binnen 26 weken na de overgang een vacature ontstaat voor werk dat eerder werd uitgevoerd door werknemers die geen dienstverband hebben aangeboden gekregen, is de verkrijger verplicht om aan een van deze oud-werknemers alsnog een arbeidsovereenkomst aan te bieden (artikel 7:666b lid 5 (nieuw) BW).
49. De hiervóór kort omschreven voorschriften gelden niet als de gefailleerde onderneming minder dan 20 werknemers in dienst heeft. In plaats daarvan wordt aan de verkrijger van een dergelijke onderneming de verplichting opgelegd voorafgaand aan de overname te onderbouwen hoe hij te werk gaat bij de selectie van personeel, welke arbeidsvoorwaarden hij daarbij wil hanteren en hoe hij het personeel hierover informeert. De rechter-commissaris geeft alleen toestemming voor de overgang wanneer aan deze voorwaarden is voldaan (artikel 176a leden 1 en 3 (nieuw) Fw).
50. Daarnaast is de verkrijger verplicht om een arbeidsovereenkomst aan te bieden aan een van de oud-werknemers van de gefailleerde, indien er binnen 26 weken na de overgang een vacature ontstaat voor werkzaamheden die eerder door deze oud-werknemers werden verricht (artikel 7:666 lid 3 (nieuw) BW). Ook bij kleine ondernemingen wordt daarmee uitgangspunt dat de bestaande werknemers als eerste in aanmerking dienen te komen voor een functie bij de verkrijger.
51. De wetgever erkent dat de voorgestelde regeling de transactiekosten van doorstarts vanuit faillissement doet stijgen en dat er meer tijd nodig zal zijn om doorstarts vanuit faillissement te realiseren.²¹ NVB voegt hieraan toe dat ook de *deal certainty* zal afnemen (zie hierna voor een toelichting). Dit betekent dat alle voordelen die verbonden zijn aan een doorstart vanuit faillissement (zie nr. 17 van deze reactie), sterk zullen afnemen of zelfs verdwijnen. Gezien de risico's en nadelen die thans reeds verbonden zijn aan een doorstart vanuit faillissement (zie nr. 13 e.v. van deze reactie) is de verwachting van NVB dat implementatie van WOVOF II zal resulteren in een substantiële afname van het aantal doorstarts vanuit faillissement.²² Voor een verkrijger zullen de voordelen in veel gevallen niet meer opwegen tegen de nadelen. De verwachting is daarom gerechtvaardigd dat implementatie van WOVOF II niet resulteert in een afname van banenverlies bij doorstarts

²¹ Concept-MvT WOVOF II, p. 5.

²² Hierbij dient bedacht te worden dat het aantal faillissementen de laatste jaren historisch laag is geweest. Dat had te maken de economische omstandigheden en (later) met de corona-maatregelen die gericht waren op het voorkomen van faillissementen van ondernemingen. Omdat er relatief weinig faillissementen waren, waren er ook relatief weinig doorstarts uit faillissement. De NVB ziet dit echter als een momentopname. Het aantal faillissementen is gedurende het laatste jaar flink gestegen.

vanuit faillissement, maar juist leidt tot verlies van meer arbeidsplaatsen dan bij een voortzetting van de bestaande doorstartpraktijk. Als deze verwachting juist is, zullen ook de kosten die de overheid moet maken (denk met name aan uitgaven voor werkloosheidsuitkeringen) stijgen, zeker indien er een overschot op de arbeidsmarkt zou ontstaan.

De in de ontwerp-memorie van toelichting uitgesproken verwachting dat invoering van WOVOF II erin resulteert dat meer werknemers hun baan behouden, acht de NVB dan ook niet realistisch.

De concept-MvT bevat een rekenvoorbeeld (p. 22-23). Uit data van het CBS zou volgen dat bij doorstarts 40% van de personeelsleden in dienst treedt bij de verkrijger. Volgens de concept-MvT stijgt dat percentage naar 60% als WOVOF II wordt ingevoerd en blijft het aantal doorstarts per jaar gelijk, namelijk 1.930. Er wordt derhalve geen rekening gehouden met vermindering van het aantal doorstarts als gevolg van de invoering van WOVOF II. Bovendien wordt niet duidelijk gemaakt waarom het aantal personeelsleden dat hun baan behoudt met maar liefst de helft stijgt als WOVOF II zou worden ingevoerd. Aan de cijfermatige onderbouwing die in de concept-MvT is opgenomen, kan wat de NVB betreft daarom geen belangrijke betekenis worden toegekend.

52. Het is de inschatting van de NVB dat WOVOF II niet het belang van behoud van arbeidsplaatsen van gefailleerde ondernemingen dient. Daarom bepleit de NVB WOVOF II niet in te voeren. In deel III van deze consultatiereactie zal de NVB de contouren schetsen van een regeling die naar de inschatting van de NVB wel zou kunnen bijdragen aan het behoud van arbeidsplaatsen van gefailleerde ondernemingen.
53. De NVB licht haar verdere bezwaren tegen de voorgestelde regeling hierna toe. De observaties van NVB bij WOVOF II zijn voornamelijk ingestoken vanuit een bedrijfseconomisch-insolventierechtelijke invalshoek. De beoordeling van de details van de ingewikkelde regeling vergt arbeidsrechtelijke expertise, een specialisme dat buiten het werkkterrein van de NVB ligt. De NVB maakt de volgende kanttekeningen:
 - Welbeschouwd dringt WOVOF II aan de verkrijger een bepaald businessmodel op, terwijl er juist goede redenen kunnen zijn om met het verleden te breken. Hiermee wordt de bedrijfseconomische realiteit en de noodzaak tot sanering miskend. De kandidaat-verkrijger zal allereerst bepalen (i) welke doelstelling(en) hij beoogt te realiseren met de doorstart en (ii) hoe zijn onderneming er na 'adoptie' van de doorgestarte onderneming moet worden ingericht. Pas daarna (iii) bepaalt de kandidaat-verkrijger hoeveel personeelsleden hij nodig heeft en over welke kwalificaties zij moeten beschikken. WOVOF II draait de zaken om. Die verplicht namelijk tot het creëren van een bedrijfsmodel dat gebaseerd moet zijn op een bestaand personeelsbestand. Dit is problematisch, omdat de door te starten onderneming vóór faillissement niet zelden te weinig heeft geïnvesteerd in automatisering en efficiency en/of afzetmogelijkheden weg heeft zien vallen waardoor die onderneming haar personeelsbestand zou moeten inkrimpen. Kortom, het personeelsbestand kan (mede) de oorzaak van de financiële problemen zijn. De verkrijger kan dan geen nieuwe start maken.²³

²³ In de concept-MvT wordt gesteld dat van de verkrijger "niet [wordt] verwacht dat hij deze onderneming [de onderneming die de gefailleerde dreef] met verliezen voortzet en deze verliezen compenseert met de winsten van de eigen, al bestaande onderneming" (concept-MvT, p. 11). De NVB is het hiermee eens,



- De curator en de (kandidaat-)koper(s) moeten beoordelen of een voorgenomen verkoop van boedelactiva kwalificeert als overgang van onderneming. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie is beslissend of de identiteit van de betrokken onderneming bewaard blijft (gecodificeerd in artikel 7:662 lid 2 BW). Men dient vast te stellen of een lopend bedrijf wordt verkocht, hetgeen met name kan blijken uit het feit dat de exploitatie ervan door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet of hervat met dezelfde of soortgelijke activiteiten. Om te bepalen of aan deze voorwaarde is voldaan, moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken. In het bekende Spijkers-arrest²⁴ somt het Hof van Justitie zeven mogelijk relevante factoren op, waarbij geldt dat de opsomming niet limitatief is en geen van de factoren op zichzelf beslissend is. Uitgaande van de identiteit die de oude onderneming feitelijk had, moet aan de hand van alle omstandigheden worden beoordeeld of die identiteit in de nieuwe situatie is behouden.²⁵

Uit het voorgaande volgt dat beantwoording van de vraag of sprake is van overgang van onderneming, tijd en geld kost omdat een grondige beoordeling van de voorliggende casus is vereist (toename transactiekosten, langere doorlooptijd om doorstart te realiseren). De uitkomst van de beoordeling is bovendien soms onzeker, met name als niet alle activiteiten van de gefailleerde worden voortgezet (*deal uncertainty*).

Door het tijdsverloop zal de waarde die de activa van de gefailleerde vertegenwoordigen, in bijna alle gevallen dalen, vaak significant. Die waardedaling wordt veroorzaakt doordat de onderneming na faillissement in rap tempo 'ontbindt': leveranciers, klanten en andere stakeholders haken af. De waardedaling zal zich vertalen in lagere verhaalsopbrengsten voor schuldeisers (waaronder banken) waardoor de primaire doelstelling van het faillissement – het realiseren van een zo hoog mogelijke verhaalsopbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers – in het gedrang komt. In de concept-MvT wordt aan dit gevolg geen aandacht besteed, laat staan dat hiervoor een (goede) rechtvaardiging wordt gegeven.

- De rollen van de curator en de rechter-commissaris worden uitgebreid. De curator moet (i) toetsen of de beoogde verkoop van boedelactiva een overgang van onderneming inhoudt, (ii) de ondernemingsraad om advies vragen over de beoogde bedrijfsovername, (iii) aan de beoogd verkrijger(s) personeelsgegevens aanleveren en daarbij voldoen aan de AVG en daarop gebaseerde (uitvoerings)regeling, (iv) toestemming vragen aan de rechter-commissaris voor het aangaan van de koopovereenkomst waarbij de onderneming overgaat op de verkrijger en (v) gehoord worden door de rechter-commissaris alvorens laatstgenoemde kan beslissen op het verzoek tot goedkeuring van de beoogde overname en over de vraag aan welke werknemers om bedrijfseconomische redenen geen nieuw dienstverband hoeft te worden aangeboden. Waar de curator reeds in 1996 als octopus werd aangeduid, dringt met deze voorgenomen taakuitbreiding zich meer en meer het beeld op van een duizendpoot.²⁶

doch vreest dat toepassing van WOVOF II wel degelijk het effect heeft dat de wetgever onwenselijk acht, ondanks de mogelijkheid om werknemers te ontslaan op grond van ETO-redenen. Bij die ontslagbeoordeling fungeert namelijk het personeelsbestand van de gefailleerde als vertrekpunt, niet het businessplan van de (beoogd) koper.

²⁴ HvJ 18 maart 1986, ECLI:EU:C:1986:127.

²⁵ HR 24 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:792 – Arubaans Casino.

²⁶ In haar reactie op het Consultatiedocument betreffende het insolventierecht heeft INSOLAD terechte zorgen geuit over de reeds gerealiseerde taakuitbreidingen van de curator. INSOLAD bepleit voorts dat de primaire taak van de curator beheer en vereffening van de boedel moet blijven (zie p.7-8 van de reactie

Het komt de NVB voor dat de curator arbeidsrechtelijke expertise moet inhuren. Bovendien zal hij zelf de nodige tijd moeten spenderen om de hem opgedragen taken uit te voeren.

- Ook van de kandidaat-verkrijger wordt (te) veel gevraagd. Hiervoor heeft de NVB al gesignaleerd dat de regeling van WOVOF II aan de verkrijger een bepaald businessmodel ‘opdringt’. Daarnaast levert het feit dat alle werknemers, met inbegrip van de werknemers die geen arbeidsovereenkomst aangeboden krijgen, overgaan op de verkrijger extra administratieve en andere lasten voor de verkrijger op. De verkrijger zal immers ook de werknemers die geen arbeidsovereenkomst aangeboden krijgen toch in zijn loonadministratie moeten opnemen en de loonkosten over de opzegtermijn en de kosten van ziekte moeten betalen en belastingen en premies voor die werknemers moeten afdragen. Daarbij komt dat de verkrijger ook nog extra kosten zal moeten maken om de operationele en financiële consequenties te beoordelen van de overgang van werknemers van de gefailleerde werkgever naar zijn eigen onderneming en om de curator en de rechter-commissaris te informeren omtrent de selectie van het over te nemen personeel als niet alle werknemers kunnen worden overgenomen. Onder meer de volgende vragen moet worden beantwoord: is er voldoende werk voor de werknemers van de gefailleerde werkgever en beschikken die werknemers over de benodigde competenties? Welke arbeidsvoorwaarden hebben de werknemers van de gefailleerde werkgever? Hoe groot zijn de (maandelijks) terugkerende uitgaven die met de overgang van deze werknemers zijn gemoeid? Kunnen die uitgaven worden opgebracht uit de exploitatie van de overgenomen onderneming of moet er financiering worden aangetrokken om die uitgaven te betalen? Zo ja: op welke termijn en onder welke voorwaarden (financieringsvorm, looptijd, rente etc) kan de financiering worden verkregen? Als er niet voldoende werk is voor alle werknemers van de gefailleerde werkgever: hoe moet de inspiegelingsmethode (inclusief 10%-margeregeling) worden toegepast? Hoe moeten de ETO-redenen voor ontslag van overvloedige werknemers worden onderbouwd? Voor die onderbouwing kan niet worden aangesloten bij een reeds ontwikkelde praktijk. In de concept-MvT wordt gesteld dat “*de voorbeelden beperkt zijn*” (concept-MvT, p.10). Deze stelling volgt op de vaststelling dat er slechts twee voorbeelden zijn van toepassing van ETO-redenen op een ontslag na doorstart. Wat de NVB betreft, rechtvaardigt dit veeleer de vaststelling dat de kandidaat-verkrijger niet met een acceptabele mate van zekerheid kan voorspellen welke door hem voorgenomen ontslagen de toets aan de ETO-redenen kunnen doorstaan. Volgens de concept-MvT kan worden aangesloten bij het begrip ‘bedrijfseconomische omstandigheden’ – een ontslaggrond die zich in de jurisprudentie ontwikkelt – maar de NVB begrijpt dat dit niet zeker is omdat er richtlijnconform moet worden uitgelegd (concept-MvT, p. 11). *Last but not least* moet de kandidaat-verkrijger de overgenomen werknemers vaak ‘inpassen’ in zijn eigen organisatie om bepaalde synergievoordelen te behalen. Dat

van INSOLAD d.d. 28 februari 2022). Uit de brief van 15 april 2024 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer waarin minister Weerwind ingaat op ontwikkelingen in het insolventierecht (kenmerk 5373344), maakt de NVB op dat de minister begrip heeft voor de zorgen van INSOLAD. In de brief staat: “*Ik wil mij er sterk voor maken om, als er toekomstige wetgeving komt waarbij de curator een bepaalde rol vervult of er taken bijkrijgt, er ook middelen of ‘tools’ beschikbaar worden gesteld om deze rol waar te kunnen maken ...*” (p. 10 van de brief). Uit de concept-memorie van toelichting bij WOVOF II kan de NVB niet opmaken of – indachtig de opmerking van minister Weerwind – is onderzocht of de curator de hiervóór opgesomde arbeidsrechtelijke taken kan verrichten en welke middelen of ‘tools’ hem daarvoor ter beschikking moeten staan.



- zal niet altijd eenvoudig zijn. Het is te verwachten dat er fricties gaan ontstaan als de arbeidsvoorwaarden van de overgenomen werknemers beter zijn dan de arbeidsvoorwaarden van de ‘eigen’ werknemers van de verkrijger. Het wegnemen van die fricties zal tijd en geld kosten en in sommige gevallen zelfs druk zetten op de continuïteit van de onderneming die de verkrijger exploiteert. De verkrijger zal alle hiervoor bedoelde extra kosten in mindering brengen op de te betalen koopprijs of, als de risico’s te groot worden, van de overname en doorstart afzien.
- Een ander bezwaar voor de verkrijger is dat deze op grond van WOVOF II aan werknemers die buiten de selectie vallen een dienstverband moet aanbieden indien er binnen 26 weken na de overgang een vacature ontstaat. In de eerste plaats zal de verkrijger die werknemers, die al een andere baan kunnen hebben gevonden, moeten zien te traceren. Daar kan veel kostbare tijd in gaan zitten. In de tweede plaats betekent deze “erfenis” dat de verkrijger over een relatief lange periode in onzekerheid blijft over de optimale bezetting van de verschillende functies, juist in een periode waarin de onderneming moet aantonen na de doorstart levensvatbaar te zijn.
 - Bij een doorstart is *time of the essence*. De beoordelingen en beslissingen waartoe WOVOF II noodzaakt (beschreven onder de vorige drie gedachtestreepjes) kosten tijd waaraan het in doorstarts vaak ontbreekt. Een belangrijk voordeel van het doorstarttraject tijdens faillissement – een relatief korte looptijd van het transactietraject – zal vervallen.
 - Doorstarts worden niet zelden gerealiseerd door een partij die gelieerd is aan de gefailleerde. Zo een gelieerde partij heeft een informatievoorsprong waardoor zij minder tijd nodig heeft en minder (transactie)kosten hoeft te maken om een doorstart te realiseren dan een externe partij. Een doorstarter die gelieerd is aan de gefailleerde, is veel beter in staat dan een niet-gelieerde verkrijger om te beoordelen wat de gevolgen en risico’s zijn van de overgang van werknemers naar de (rechts)persoon die de activa van de curator koopt. De ‘gelieerde doorstarter’ heeft daarom een concurrentievoordeel ten opzichte van de niet-gelieerde doorstarter (*geen level playing field*) Een (economische) rechtvaardiging voor dit concurrentievoordeel ontbreekt naar de mening van de NVB.
 - Invoering van WOVOF II betekent dat Nederland Europees uit de pas gaat lopen. Zoals eerder gesignaleerd (zie nr. 40), wordt op het niveau van de Europese wetgever uitgegaan van de juistheid van het Heiploeg-arrest van het Hof van Justitie. Dit betekent dat zowel een onvoorbereide/klassieke doorstart als een doorstart die is voorbereid tijdens een pre-pack onder de faillissementsexceptie toegestaan door de richtlijn overgang onderneming valt. De concept-MvT licht niet de noodzaak toe om in Nederland af te wijken van de koers die Europa vaart.

§ 10. WOVOF II: de voorgestelde aanpassing voor regels over concurrentiebedingen

54. Het wetsvoorstel bevat een aangepaste regeling voor de werking van het concurrentiebeding bij de overgang van onderneming in faillissement. Daarnaast loopt er een moderniseringsprogramma voor het arbeidsrecht waarbij ook het concurrentiebeding in het algemeen aan revisie wordt onderworpen.²⁷ De wetgever geeft aan dat beiden trajecten op elkaar zullen worden afgestemd. WOVOF II voegt aan artikel 7:653 BW een zesde lid toe waarin wordt bepaald dat het concurrentiebeding in geval van faillissement

²⁷ Consultatie Wijziging van artikel 653 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en van de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek in verband met de modernisering van het concurrentiebeding (internetconsultatie.nl).



onder omstandigheden komt te vervallen. Kern van die omstandigheden is het feit dat de curator de arbeidsovereenkomst met de werknemer opzegt en het beding vervalt op het moment wanneer de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 40 lid 1 Fw eindigt. Treedt de opgezegde werknemer binnen de opzegtermijn in dienst bij de doorstarter dan is dat dus een overgang inclusief concurrentiebeding. Accepteert een werknemer het door de overnemer gedane voorstel om in dienst te treden niet, dan blijft het concurrentiebeding van kracht.

De NVB vindt de regeling zoals die in WOVOF II is opgenomen en die de curator de mogelijkheid geeft een beroep te doen op een concurrentiebeding om de doorstartkansen te vergroten door specifieke kennis en vaardigheden in de doorstart betrokken te houden afgewogen en kan instemmen met de belangenafweging die de wetgever hier gemaakt heeft.

§ 11. WOVOF II: de voorgestelde regeling inzake het adviesrecht van de ondernemingsraad

55. De Hoge Raad heeft in zijn DA-beschikking bepaald dat art 25 WOR ook geldt in faillissement, tenminste voor zover de activiteiten van de curator gericht zijn op het voortzetten van de onderneming.²⁸ De Hoge Raad motiveert zijn oordeel – dat afwijkt van dat van de Ondernemingskamer – met verwijzing naar het doel van het instellen van de ondernemingsraad zoals dat in artikel 2 van de WOR is geformuleerd. In het belang van goed functioneren van de onderneming in al haar doelstellingen dient er een ondernemingsraad te zijn waarmee de ondernemer (degene die de onderneming in stand houdt) overleg voert. Waar de Ondernemingskamer nog het primaat gaf aan het faillissement als procedure gericht op de liquidatie van het vermogen van de failliet ten faveure van de schuldeisers, nuanceert de Hoge Raad deze beoordeling door aan te geven dat er ook in die situatie sprake kan zijn van de situatie dat “de curator de bevoegdheden van de ondernemer uitoefent” en wanneer dat impliceert dat de curator “alleen of samen met anderen in de onderneming rechtstreeks de hoogste zeggenschap uitoefent bij de leiding van de arbeid” concludeert de Hoge Raad dat de curator kwalificeert als ondernemer in de zin van de WOR waardoor die wet dus ook tijdens faillissement van toepassing kan zijn. Dat is volgens de Hoge Raad anders wanneer de curator die bedrijfsactiviteiten niet voortzet en enkel het vermogen van de failliet liquideert ten behoeve van de crediteuren. In dat geval acht de Hoge Raad de WOR in faillissement niet van toepassing.
56. Uit het voorgaande volgt dat de Hoge Raad de factor arbeid bij een doorstart een plaats “aan tafel” geeft. De DA-beschikking wordt gecodificeerd in (nieuw) lid 7 van artikel 25 WOR, waarin het adviesrecht van de WOR nader wordt aangepast aan de specifieke situatie met name doordat de termijnen waarbinnen de curator advies moet vragen respectievelijk de ondernemingsraad advies moet uitbrengen worden aangepast én doordat de curator de uitvoering van zijn besluit niet met een maand hoeft op te schorten mocht hij van het advies van de ondernemingsraad afwijken. De ondernemingsraad kan niet bij de Ondernemingskamer in beroep tegen een afwijkend besluit van de curator maar wordt daartoe naar de rechter-commissaris in het faillissement geleid.²⁹ Van belang is verder dat de rechter-commissaris de ondernemingsraad moet horen vóór hij beslist over het verzoek van de curator tot verkoop van (een deel) van de onderneming. Dit stelt de

²⁸ HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982. Naast de WOR gelden overigens ook de SER Fusiegedragsregels in faillissement.

²⁹ Zie het voorgestelde lid 2 van art 69 Fw.



rechter-commissaris in staat eventuele bezwaren van de ondernemingsraad in zijn beslissing mee te wegen. Tevens zal de rechter-commissaris toetsen of de overgang van onderneming voldoet aan de eisen die WOVOF II daaraan stelt.³⁰

57. Mocht een werknemer buiten de boot vallen, dan kan hij, ondanks het fiat van de rechter-commissaris zich toch tot de kantonrechter wenden wanneer hij van mening is dat de selectiemethode niet juist is toegepast. De werknemer kan de kantonrechter verzoeken de verkrijger te veroordelen hem alsnog in dienst te nemen of, als dat niet mogelijk is hem ten laste van de verkrijger een vergoeding toe te kennen in het geval de verkrijger ernstig verwijtbaar heeft gehandeld bij de selectie. De MvT betoogt dat de kantonrechter minder dan de rechter-commissaris, die onder tijdsdruk het volledige plaatje dient te bezien, meer gelegenheid heeft naar het individuele geval te kijken, wat hem de ruimte moet bieden van het oordeel van de rechter-commissaris waar nodig af te wijken. De MvT ziet hier vooral een aansporing voor de verkrijger in om de rechter-commissaris juist en volledig te informeren zodat het risico dat de kantonrechter zich genoodzaakt ziet een afwijkend besluit te nemen geminimaliseerd wordt.

De NVB waardeert het dat de wetgever zich het werknemersbelang aantrekt maar is geen voorstander van de 'correctiemogelijkheid' bij de kantonrechter. Die veroorzaakt *deal uncertainty* ten laste van de verkrijger die bij een doorstart 'zijn nek moet uitsteken' om de gefailleerde onderneming aan de praat te krijgen/houden. Het belang van de verkrijger om dit te doen zonder het risico te lopen achteraf (proces)kosten te moeten maken om de bij de doorstart onder tijdsdruk gemaakte keuzes en genomen beslissingen te nemen vindt de NVB zwaarder wegen dan het belang van een individuele werknemer om via een nieuwe rechtsgang de bij de doorstart gemaakte personeelsselectie aan te vechten. Daarbij neemt de NVB in aanmerking dat de betrokkenheid van de curator en rechter-commissaris – professionals met doorgaans doorstartervaring – de werknemers voldoende garantie biedt dat hun belangen op de juiste wijze worden meegenomen bij de doorstart.

§ 12. WOVOF II: de voorgestelde introductie van de verplichting de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging in te lichten over de aankomende surseance van betaling of faillissement

58. Surseance van betaling is een maatregel die in eerste instantie is gericht op rust in de onderneming om de onderneming de gelegenheid te geven orde op zaken te stellen en weer in het reine te komen met haar schuldeisers. Dat hangt nauw samen met wel en wee van de onderneming zoals dat in artikel 2 van de WOR wordt gedefinieerd. Een surseance van betaling is in beginsel niet gericht op een overgang van een onderneming of een deel daarvan. Het is een reorganisatiemaatregel waarvan de inzet in beginsel een autonome bevoegdheid van het bestuur is en waarbij de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging wordt betrokken conform de regels die de WOR daar al voor geeft. Aanvullende bepalingen lijken daartoe niet nodig.
59. De ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging informeren over een faillissement lijkt minder voor de hand te liggen. De onderneming waarvan de ondernemingsraad deel uitmaakt, houdt immers in de vóór faillissement bestaande vorm

³⁰ De toets van de rechter-commissaris zal in elk geval moeten inhouden of er terecht een beroep op bedrijfs-economische omstandigheden is gedaan; of de personeelsselectiemethode juist is toegepast en of de beoogd verkrijger zich aan de WOVOF zal houden door bijvoorbeeld geen arbeidsovereenkomsten tegen mindere voorwaarden aan te bieden. Ook de beoogd verkrijger moet dus in deze toets betrokken worden.



op te bestaan. In dat kader komt het de NVB merkwaardig voor de ondernemingsraad van de failliet een rol te geven in een doorstart die wellicht zal resulteren in een nieuwe onderneming met een naar de regels van de WOR in te richten ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging.

DEEL III – ‘Handleiding’
voor de wijze waarop moet worden omgegaan met de positie van werknemers bij doorstarts vanuit faillissement

60. Thans is de doorstart vanuit faillissement het enige instrument voor voorzetting van een onderneming met onoverkomelijke financiële problemen maar met toekomstperspectief waarbij ook een sanering van het personeelsbestand mogelijk is. Bij zowel informele reorganisaties/herstructurerings als reorganisaties/herstructurerings waarbij de WHOA of de surseance van betaling wordt ingezet, blijft de rechtspositie van werknemers buiten schot. Invoering van WOVOF II betekent dat er geen enkel instrument meer is om te snijden in het personeelsbestand van een onderneming met onoverkomelijke financiële problemen maar met toekomstperspectief. Het faillissement is nauwelijks meer inzetbaar als *ultimum remedium* om de activiteiten van een levensvatbare onderneming met een te zware schuldenlast en een probleem met betrekking tot het personeelsbestand te behouden.
61. De NVB is van mening dat de doorstart vanuit faillissement als *ultimum remedium* voor voortzetting van een onderneming met onoverkomelijke financiële problemen maar met toekomstperspectief behouden moet blijven. Echter, de NVB heeft ook begrip voor de zorgen van de vakbonden over het gebrek aan transparantie bij doorstarts en de wens om arbeidsplaatsen te behouden (zie nr. 46 van deze consultatiereactie). Veel curatoren begrijpen deze zorgen en wens. Banken die met doorstarts te maken krijgen ervaren namelijk al jaren de aandacht van curatoren voor de (rechts)positie van werknemers van de gefailleerde en zien dat veel curatoren zich inspinnen om zoveel mogelijk arbeidsplaatsen te behouden.
62. Wat de NVB betreft worden de spelregels die nu reeds als *good practice* lijken te gelden, voortaan in beginsel bij alle doorstarts vanuit faillissement toegepast. Daardoor wordt duidelijk wat de werknemers van een gefailleerde van een curator mogen verwachten (een afname van de rechtsonzekerheid waaraan in het Beleidskompas wordt gerefereerd). Tevens wordt een knelpunt dat in het Beleidskompas en de concept-MvT (p. 4) genoemd – gebrek aan transparantie – weggenomen door de doorstarter verantwoordelijkheid af te laten leggen over de gehanteerde selectiemethode ten aanzien van werknemers die betrokken zijn bij de doorstart.
63. Het voorgaande indachtig, schetst de NVB de spelregels die bij doorstarts in acht genomen zouden moeten worden, waarbij de NVB herhaalt dat dit bij veel doorstarts reeds gebeurt.
 - Het uitgangspunt is dat er ruimte voor maatwerk moet zijn, hetgeen betekent dat het mogelijk moet zijn per individuele casus te bepalen welke personeelsleden mee overgaan naar de doorstarter en onder welke voorwaarden. Alleen op die wijze kunnen de snelheid en transactie zekerheid voor doorstarts vanuit faillissement behouden blijven. WOVOF II voorziet niet in maatwerk maar hanteert een benadering die te veel abstraheert van de (economische) werkelijkheid, de concrete casus én te weinig flexibiliteit biedt.



- Het ‘schone lei’-principe, de transactie zekerheid, de relatief lage transactiekosten en de snelheid waarmee een doorstart gerealiseerd kan worden zijn factoren die relevant zijn voor de kansen op doorstarts vanuit faillissement. Wordt aan die randvoorwaarden niet (langer) voldaan, dan zullen doorstarts vanuit faillissement nog nauwelijks plaatsvinden en schakelt de praktijk over op *piecemeal*-verkoop van activa. Daarmee is de werkgelegenheid niet gediend en de verhaalsopbrengsten zullen lager zijn dan bij een goed functionerende doorstartpraktijk.
- Als de verkrijger transactie zekerheid heeft en een doorstart zo snel als redelijkerwijs mogelijk na de faillietverklaring kan realiseren, kunnen zoveel mogelijk banen behouden blijven en een zo hoog mogelijke verhaalsopbrengst worden gerealiseerd uit de verkoop van de activa die in het kader van de doorstart worden verkocht. Van de verkrijger kan – gezien het ‘schone lei’-principe en de transactie zekerheid – welbeschouwd niet worden verwacht dat hij personeelsleden in dienst neemt die ziek zijn op het moment van de doorstart of die een arbeidsconflict met de failliet hebben. Dit gegeven moet in de beoordeling van de rechtmatigheid van de selectie van de overgenomen personeelsleden worden betrokken (zie hierna).
- Op de verkrijger gaan geen (arbeidsrechtelijke) schulden over, hij is slechts aansprakelijk voor nakoming van verplichtingen jegens de overgenomen personeelsleden (zoals het aanbieden van de overeengekomen werkzaamheden, betaling van salaris en pensioenpremies etc.) vanaf hun datum van indiensttreding.
- Bij een doorstart vanuit faillissement geldt als uitgangspunt dat werk dat behouden blijft, moet worden verricht door personeelsleden die bij de gefailleerde onderneming in dienst waren. De verkrijger moet voor de werkzaamheden die behouden blijven, werknemers van gefailleerde in dienst nemen.
- De ‘hoeveelheid werk’ die behouden blijft bij de doorstart, moet worden getoetst door de curator en vervolgens door de rechter-commissaris. Ten behoeve van die toetsing levert de (beoogd) verkrijger een *business plan* aan, dat uit de aard der zaak en gezien de beperkt beschikbare tijd beknopt kan zijn maar wel (cijfermatig) onderbouwd dient te worden. De (beoogd) verkrijger(s) en de curator worden door de rechter-commissaris gehoord opdat deze hen kan bevragen over de beoogde doorstart en de personele gevolgen daarvan.
- De doorstarter is in beginsel vrij in de selectie van de personeelsleden die hij moet overnemen, doch zijn selectie dient (a) gebaseerd te zijn op zo veel mogelijk objectieve criteria die (b) worden getoetst door de rechter-commissaris.
- Bij doorstarts van kleine ondernemingen – waarbij het aantal personeelsleden maatgevend dient te zijn – vindt geen toetsing plaats van de ‘hoeveelheid werk’ die behouden blijft bij de doorstarter. Wel gelden de regels opgenomen onder het vorige gedachtestreepje.
- Indien de eigen aangifte van een faillissement plaatsvond met de uitsluitende of hoofdzakelijke bedoeling om werknemers op eenvoudige wijze te ontslaan, dient aan het eventueel door de curator aangezegde ontslag geen werking toe te komen. Misbruik moet effectief worden bestreden. Aanvullende sancties moeten worden ingevoerd als de huidige sancties onvoldoende effectief (b)lijken te zijn. Onderzoek kan hierover wellicht duidelijkheid verschaffen.
- De NVB is van mening dat bovenstaande spelregels niet in een wettelijke regeling maar in beleidsregels voor curatoren en rechters-commissarissen moeten en kunnen worden opgenomen. Wettelijke regels zullen te veel als een keurslijf



fungeren. Zoals betoogd is de NVB van mening dat in de doorstartpraktijk maatwerk mogelijk moet blijven.

64. Toepassing van de genoemde spelregels op doorstarts zal kunnen resulteren in een lagere (verhaals)opbrengst van de activa die de curator verkoopt. Dit betekent dat de *recovery rate* van banken en andere schuldeisers van de gefailleerde schuldenaar-werkgever kunnen verlagen. Daar staat tegenover dat een verbetering van de rechtspositie van werknemers bij doorstarts vanuit faillissement kan leiden tot een vermindering van banenverlies (een maatschappelijk belang) en het vergroten van begrip en draagvlak voor doorstarts vanuit faillissement. Om die reden meent de NVB er goed aan te doen handvaten te formuleren voor de omgang met werknemers bij doorstarts vanuit faillissement.



Internetconsultatie

Datum: 29 augustus 2019

Referentie: CONS111

Betreft: Consultatiereactie NVB *'Wet overgang van onderneming in faillissement'*

Geachte heer/mevrouw,

De Nederlandse Vereniging van Banken ("NVB") heeft met veel belangstelling kennisgenomen van het wetsontwerp voor de Wet overgang van onderneming in faillissement ("WOVO") en de bijbehorende toelichting. De WOVO is erop gericht om de Faillissementswet te wijzigen in verband met de invoering van wettelijke bepalingen die erop gericht zijn dat indien er een zogenaamde doorstart plaatsvindt al het personeel – behoudens ETO of bedrijfseconomische redenen – overgaat naar de onderneming van de overnemende partij.

De NVB maakt graag gebruik van de mogelijkheid om te reageren op de WOVO.

De visie van de NVB is samengevat als volgt.

- de NVB ziet de noodzaak voor de wetgever om een visie te ontwikkelen over de positie van werknemers (onder meer ter zake van ontslagbescherming) in dienst van ondernemingen met financiële problemen teneinde ter zake van de positie van werknemers samenhangende regelingen te treffen in de diverse bestaande en toekomstige insolventieprocedures, alsmede de Wet homologatie onderhands akkoord ("WHOA"). Die regelingen dienen op hetzelfde moment in te gaan. De NVB bepleit om de WOVO niet in te voeren en in plaats daarvan een samenhangend pakket aan wetgeving en maatregelen te introduceren voor de positie van werknemers in dienst bij bedrijven in financiële moeilijkheden; dat wil zeggen bij de WHOA, de surseance van betaling, de pre-pack en het faillissement (§ 2 en § 3.4);
- het belangrijkste doel dat de WOVO zou moeten dienen – behoud van meer werkgelegenheid bij doorstarts vanuit faillissement dan thans het geval is – zal naar verwachting van de NVB niet worden bereikt met de WOVO; integendeel (§ 3.1);
- de WOVO biedt niet de voordelen die in de toelichting worden genoemd (althans: niet in de volle omvang) (§ 3.1);
- als toch besloten wordt om met het in consultatie gegeven wetsvoorstel, de WOVO, verder te gaan dient de reikwijdte te worden beperkt tot doorstarts vanuit faillissement die in een surseance van betaling of pre-pack zijn voorbereid en dienen drempels te worden ingevoerd om doorstarts van MKB-ondernemingen vanuit faillissement mogelijk te blijven maken (§ 3.5).

§ 1. Vooraf: context WOVO succesvolle informele reorganisatiepraktijk

Nederland kent een relatief succesvolle informele reorganisatiepraktijk waarbij banken in veel gevallen – naast de onderneming met (financiële) problemen zelf – een rol spelen, in de eerste plaats al door te trachten die problemen in een zo vroeg mogelijk stadium te signaleren. Banken

proberen de ondernemer die met (financiële) problemen kampt te stimuleren om de financiële problemen te overwinnen; bijvoorbeeld door de kosten te reduceren, bepaalde activiteiten te staken of in te perken of door bepaalde bedrijfsonderdelen af te stoten. In sommige gevallen verstrekt de betrokken bank extra geld of worden bijvoorbeeld aflossingsverplichtingen tijdelijk opgeschort om dat doel te kunnen bereiken. Het streven is er in het belang van alle belanghebbenden op gericht om bedrijven die in financiële moeilijkheden verkeren zo snel mogelijk weer in het commerciële traject te laten terugkeren. Banken hebben daar, mede vanuit hun bredere verantwoordelijkheid als kredietverstrekker, uiteraard ook zelf een belang bij.

De slagingspercentages van informele reorganisaties/herstructureringen zijn (zeer) aanzienlijk. Mede afhankelijk van de conjunctuur liggen de succesratio's tussen 63 en 80%, zo blijkt uit onderzoek.¹

§ 2. Gewenste samenhang van regelingen inzake positie werknemers van ondernemingen met financiële problemen

Als een informele reorganisatie niet slaagt of niet mogelijk is, is een samenhangend pakket van wet- en regelgeving nodig om de schade voor alle betrokken partijen zo klein mogelijk te houden. In dit verband wijst de NVB op de al langer bestaande discussie over de verschillen van de positie van de werknemers voor en na een faillissement. Op grond van de wet en jurisprudentie is duidelijk dat indien tijdens de surseance van betaling delen van de onderneming worden overgedragen het personeel mee overgaat, terwijl bij een doorstart tijdens faillissement de werknemers van gefailleerde nooit mee overgaan op de verkrijger – dat was althans de uitleg die aan artikel 7:666 BW werd gegeven vóór de uitspraak van het Hof van Justitie in de Smallsteps-zaak.²

Die uitspraak heeft voor onzekerheid gezorgd over de toepasselijkheid van artikel 7:666 BW – al lijkt die onzekerheid (sterk) verminderd, waarover hierna in § 3.5 meer. De WOVO lijkt voornamelijk een reactie op de Smallsteps-uitspraak. Echter, in plaats van uitsluitend nu incidentele wetgeving te introduceren naar aanleiding van de Smallsteps-uitspraak voor de situatie dat in faillissement een doorstart wordt gerealiseerd, is er in de visie van de NVB nu aanleiding voor de wetgever om een samenhangende visie te ontwikkelen over de vraag hoe om te gaan met de factor arbeid indien een onderneming in financiële moeilijkheden verkeert. De insolventiepraktijk zou wat de NVB betreft gediend zijn met een afgewogen pakket aan maatregelen dat betrekking heeft op de positie van werknemers. De WHOA, de surseance van betaling, de pre-pack en faillissement hebben (in het geval van de WHOA: krijgen) alle een eigen plek in het economisch bestel en elke regeling kent ook een andere wijze waarop de schulden van een onderneming kunnen worden geherstructureerd. Het is dan ook zaak om ook de positie van werknemers, die ook schuldeisers van de onderneming zijn, in de diverse herstructureringstrajecten te betrekken.

§ 3. Bespreking van WOVO

§ 3.1. Vraagtekens bij (gestelde) voordelen van WOVO

In de toelichting bij de WOVO (“MvT”) wordt een opsomming gegeven van de voordelen voor de betrokken belanghebbenden.

1. De nieuwe regeling biedt een potentiële verkrijger zekerheid omtrent de kosten van de overgang en stelt hem in staat een verantwoord bod te doen.
2. De wettelijke regeling vergroot de voorspelbaarheid van het verkoopproces dat aan de overgang vooraf gaat. Dit bevordert dat partijen zich aan een overname van de onderneming willen wagen. Crediteuren hebben daar baat bij, omdat met een onderhandse verkoop van de

¹ J.A.A. Adriaanse, *Restructuring in the Shadow of the Law*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 5; zie ook Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS 2006-5.

² HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, «JOR» 2017/184, m.nt. Schaink.



onderneming die door de failliet werd gedreven in de regel meer opbrengst te realiseren is dan bij een veiling van de afzonderlijke activa.

3. Voor de betrokken werknemers is van belang dat de wettelijke regeling ervoor zorgt:
 - a. dat alle werknemers die ten tijde van de faillietverklaring in dienst zijn bij de gefailleerde werkgever, in principe onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst komen bij de verkrijger,of
 - b. dat als dit niet mogelijk is – omdat er bij de overgang arbeidsplaatsen verdwijnen en dit het gevolg is van bedrijfseconomische omstandigheden – op een objectieve en transparante manier wordt bepaald welke werknemers wel en welke niet in de gelegenheid worden gesteld om bij de verkrijger in dienst te komen.
4. Met de gefailleerde onderneming concurrerende ondernemers hebben baat bij meer aansluiting van de arbeidsrechtelijke positie van werknemers binnen en buiten faillissement dan thans het geval is. Dit leidt tot verkleining van het concurrentievoordeel dat nu bestaat bij een doorstart in faillissement.
5. Ook werpt de wettelijke regeling een extra drempel op tegen misbruik van het faillissement met als doel om de regels betreffende ontslagbescherming te omzeilen en werknemers op die manier rechten te ontnemen. Dit komt omdat er meer eisen gesteld worden met betrekking tot de overname van personeel bij een bedrijfsovername in faillissement.

De NVB deelt de analyse van de voordelen op diverse punten niet, althans niet in volle omvang.

1. In de eerste plaats geldt dat – anders dan waarvan de MvT kennelijk uitgaat – de verkrijger uit faillissement exact weet wat de kosten van de overname van de (activa van de) onderneming zijn als er geen sprake is van een overgang van onderneming. Zijn investering bedraagt namelijk de koopsom van de activa en een eventueel aan de boedel te betalen bijdrage voor de overname van handelsnaam, IE rechten et cetera.

Voor de verkrijger is die duidelijkheid en zekerheid er niet ingeval de WOVO ingevoerd zal worden. De voorgestelde regeling om het personeel te laten ontslaan door de curator, het in dienst nemen van het personeel door de verkrijgende partij ingeval van faillissement is (te) kostbaar en tijdrovend. Op grond van de voorgestelde regeling gaan – naar analogie van de complexe regelgeving die geldt voor het ontslaan van grote(re) groepen werknemers buiten faillissement via het zogenaamde afspiegelingsbeginsel – de werknemers over naar de verkrijger. Dat heet dan in de WOVO terminologie inspiegelen. De oude personeelslasten worden achtergelaten bij de oude onderneming.

Het afspiegelen vraagt in de situaties buiten faillissement al veel van de onderneming, de betrokken werknemers en hun belangenvertegenwoordigers (OR, vakbonden en/of advocaten); en dan is er relatief gezien vaak nog voldoende tijd en rust omdat de onderneming voldoende solvabel en liquide is.

In faillissement ontbreekt die tijd en rust. Dan hebben we te maken met een niet solvabele onderneming waar voldoende liquiditeit nu juist een van de grootste problemen is en snel handelen het devies is om snel optredend waardeverlies te voorkomen.

De voorgestelde procedure zal niet alleen relatief veel tijd vragen en zorgen voor meer onrust bij het personeel met alle gevolgen van dien voor de onderneming, maar zal ook gepaard gaan met relatief hoge kosten en werkdruk. Extra kosten en werkdruk voor de curator, maar ook bij de potentiële overnemer. Daarnaast wordt de rechterlijke macht (rechter-commissaris en na een eventueel beroep de rechtbank) met de nodige extra taken en werkzaamheden opgezadeld. Dat curatoren en rechters-commissarissen reeds gewend zijn om onder hoge druk tot afwegingen en beslissingen te komen moge zo zijn, maar betekent nog niet dat die extra taken en werkzaamheden ook goed en



tijdig kunnen worden verricht. Dit is een veelomvattend en complex systeem. Weliswaar lijkt de mogelijkheid om voor 10% van de aan te bieden arbeidsplaatsen af te wijken van het inspiegelingsbeginsel een aardige tegemoetkoming te zijn, maar dat roept ook gelijk weer andere afgrenzingsproblemen op. En ook daar kan tegen opgekomen worden.

Tot slot kunnen werknemers die via het afspiegelingsbeginsel “buiten de boot zijn gevallen” ook via een beroep op de kantonrechter proberen alsnog hun gelijk te halen. Ook dat creëert onzekerheid voor de kandidaat-koper die er mogelijk toe leidt dat hij van de transactie afziet. In bepaalde situaties zal het zo zijn dat de door de failliete onderneming bediende klanten vanzelf naar de concurrenten verdwijnen zonder dat deze concurrenten de onderneming van de failliet overnemen.

Kortom: uit arbeidsrechtelijk oogpunt lijkt de WOVO gunstig voor werknemers, maar voor de kandidaat-kopers zitten hier veel nadelen in die kandidaat-kopers kunnen doen besluiten om van een overname af te zien. Kort en goed: de WOVO biedt een kandidaat-koper niet de *deal certainty* die nodig is om een doorstart te realiseren. Bij gebrek aan *deal certainty* bestaat het risico dat het aantal doorstarts vanuit faillissement (sterk) zal afnemen en dat afwikkeling van het faillissement zal plaatsvinden door de executoriale verkoop van (afzonderlijke) activa.

De met deze oplossing van inspiegelen en voorgestelde bezwaar- en beroepsmogelijkheden zullen dus kostenverhogend werken vanwege de extra advieskosten bij de verkrijger en de kosten van de boedel. De boedel zal daar op enige wijze in gecompenseerd willen worden door een betaling van de verkrijgende partij of een extra boedelbijdrage van de zekerheidsgerechtigden.

Uiteindelijk zal de kopende partij niet meer dan een bepaald bedrag willen betalen voor de overname van de (activa van de) onderneming. Anders gezegd: de extra kosten en een inschatting van de kosten die samenhangen met de onzekerheid over procedures, toch nog meer werknemers in dienst moeten nemen dan gedacht et cetera, zullen worden ingeprijsd en komen ten laste van de zekerheidsgerechtigden respectievelijk de schuldeisers in het faillissement.

Voor zover de kosten ten laste van de zekerheidsgerechtigden komen zal dat leiden tot lagere uitwinpercentages. Dit zal invloed hebben op de bereidheid tot financieren en resulteren in hogere kosten van financiering.

Voor de schuldeisers leidt dit ook tot een nog lagere opbrengst en daarmee tot een nog mindere bereidheid om leverancierskrediet ter beschikking te stellen.

Zeker voor de ondernemingen in het MKB segment zal een doorstart minder dan nu en zeker minder dan van vóór de Smallsteps uitspraak tot de mogelijkheden behoren. De potentieel geïnteresseerde partij is of niet in de markt of wacht af tot hij de activa die hij echt nodig heeft voor een nieuwe onderneming of het uitbreiden van zijn bestaande onderneming *piecemeal* kan kopen.

De NVB komt op grond van het voorgaande tot de inschatting dat het gevolg van de WOVO niet is dat er meer werkgelegenheid ontstaat of wordt behouden, maar dat er juist meer werkgelegenheid verloren zal gaan.

2. De NVB is van mening – anders dan het hiervoor verwoorde standpunt in de MvT – dat de voorspelbaarheid van het verkoopproces dat aan de overgang vooraf gaat niet wordt vergroot. De onvoorspelbaarheid wordt juist groter. Het gevolg hiervan zal naar de overtuiging van de NVB voorts zijn dat gelieerde partijen bij een potentiële doorstart in het voordeel zijn omdat zij per definitie meer kennis hebben van de onderneming en het personeelsbestand en meer tijd van voorbereiding hebben dan een niet gelieerde partij. Een dergelijke (extra) voorsprong is naar de mening van de NVB niet wenselijk en verkleint voorts de kans op een doorstart door een onafhankelijke partij.

De argumenten zijn verder feitelijk dezelfde als hierboven onder punt 1 verwoord.

3. Dat een deel van de werknemers dat ten tijde van de faillietverklaring in dienst is bij de gefailleerde werkgever, in principe onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst komt bij de

verkrijger is op zich op het eerste gezicht vanuit het perspectief van de werknemers als voordeel te benoemen. Hier staat echter tegenover dat indien er sprake is van boven-marktconforme arbeidsvoorwaarden bij de gefailleerde, kandidaten om de onderneming door te starten eerder zullen afhaken dan in het geval zij vrijstaan om nieuwe arbeidscontracten te sluiten met werknemers van de gefailleerde.

4. Dat concurrerende ondernemers belang hebben bij de WOVO regeling ingeval van een faillissement omdat de arbeidsrechtelijke positie van werknemers binnen en buiten faillissement meer op elkaar aansluit is niet juist, althans lang niet in alle gevallen. In de huidige doorstartpraktijk is het zo dat de verkrijger marktconforme arbeidsvoorwaarden zal moeten bieden aan de werknemers van gefailleerde die hij in dienst wil nemen. Doet hij dat niet, dan zullen zij uitzien naar een andere baan. De doorstart met toepassing van de regels van de WOVO leidt derhalve niet tot een verkleining van het concurrentievoordeel dat nu bestaat bij een doorstart in faillissement. Het concurrentievoordeel heeft een andere oorzaak, namelijk het feit dat de activa van de failliete onderneming in een *distressed* situatie worden verkregen tegen een lagere waarde dan de verkrijger zou moeten betalen in normale omstandigheden. Daarbij komt dat de failliete ondernemer in tegenstelling tot een financieel gezonde onderneming de afvloeiingskosten van het overtoollige personeel niet hoeft te betalen. Denkbaar is zelfs dat de failliete onderneming door onjuiste calculatie tegen te lage prijzen in de markt opereerde en daardoor juist sterk concurrerend was, maar uiteindelijk daaraan bezweek. Die nadelige concurrentie valt dan weg.

5. Dat de wettelijke regeling een extra drempel opwerpt tegen misbruik van het faillissement met als doel om de regels betreffende ontslagbescherming te omzeilen en werknemers op die manier rechten te ontnemen is op zich juist. Het spreekt voor zich dat iedere vorm van misbruik van het faillissement volstrekt ongewenst is en bestreden moet kunnen worden door gedupeerden. De leden van de NVB kennen uit hun eigen praktijk slechts enkele incidentele gevallen waarin getracht wordt misbruik te maken van het faillissement. De NVB is niet bekend met (empirisch) onderzoek naar misbruik van faillissementen met als (voornaamste) doel benadeling van werknemers. Bij de omvang van het misbruik heeft de NVB daarom geen beeld. Wel constateert de NVB dat er thans al diverse (rechts)middelen zijn die tegen misbruik van het faillissement kunnen worden ingezet en is de NVB niet bekend met signalen dat dit soort incidenten niet met de bestaande juridische middelen bestreden kunnen worden.³

§ 3.2. De systematiek van de WOVO

De WOVO werkt als volgt:

- (i) de curator ontslaat alle werknemers,
- (ii) alle ontslagen werknemers gaan mee over naar de verkrijger,
- (iii) de verkrijger hoeft op grond van ETO redenen (ook wel bedrijfseconomische redenen genoemd) niet alle werknemers in dienst te nemen,
- (iv) de in dienst te nemen werknemers gaan via een inspiegelingsmethode mee over,

³ Op grond van vaste jurisprudentie kan er sprake zijn van misbruik van faillissementsrecht indien de eigen faillissementsaangifte uitsluitend of hoofdzakelijk ten doel heeft goedkoop van de verplichtingen jegens werknemers af te komen (HR 29 juni 2001, «JOR» 2001/169 – Multi Terminals Waalhaven/FNV Bondgenoten) Werknemers hebben verschillende wettelijke middelen om misbruik of oneigenlijk gebruik van het faillissement dat gebruikt is voor een (voorbereide) doorstart te bestrijden, zoals het verzet tegen de faillietverklaring (artikel 10 Fw – slaagt verzet dan is ontslag door de curator ex artikel 40 Fw doorgaans ongeldig, zie artikel 13a Fw), een schadevergoedingsvordering gegrond op kennelijk onredelijk ontslag (HR 12 januari 1990, I 1990/662, Van Gelder Papier), een actie uit onrechtmatige daad tegen de bestuurder(s) van gefailleerde (HR 28 mei 2004, JAR 2004/166 en bijv. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6534, «JOR» 2019/17) en een schadevergoedingsvordering op grond van onbehoorlijke taakvervulling die ter verificatie wordt ingediend bij de curator (P.R.W. Schaik, 'Misbruik van faillissementsrecht: pro's en contra's', *ArbeidsRecht* 2013/39).



- (v) in de inspiegelingsmethode zit een marge van 10%,
- (vi) de werknemers die mee over gaan behouden dezelfde arbeidsvoorwaarden en
- (vii) alle oude schulden van die werknemers en de werknemers die niet mee overgaan blijven bij de boedel achter.

Uitgangspunt zou wat de NVB betreft moeten zijn dat door de curator alle werknemers worden ontslagen op grond van ETO redenen/bedrijfseconomische redenen. Op grond van het faillissement is dat een zeer valide grond. De wettelijke regeling zou dan zo moeten luiden dat de verkrijger de werknemers die hij nodig heeft via het afspiegelings-/ inspiegelingsbeginsel in dienst dient te nemen. Zo ontstaat er niet een bijzondere structuur dat alle werknemers van gefailleerde mee overgaan naar de verkrijger (in opgezegde toestand) en een deel feitelijk ontslagen is en blijft en het andere deel ontslagen is en geacht wordt min of meer "automatisch" overgegaan te zijn na een ontslag. De in de WOVO voorgestelde structuur betekent dat in beginsel ook de kosten van het opgezegde personeel nog tijdens de resterende periode voor rekening van de verkrijger zijn. Dat lijkt niet de bedoeling te zijn maar lijkt wel het gevolg te zijn van de voorgestelde regeling, althans zo kan het uitgelegd worden. Minst genomen dient in de memorie van toelichting een verduidelijking plaats te vinden.

§ 3.3. Verdere uitwerking arbeidsrechtelijke vragen/onzekerheden

Ondanks een grondige voorbereiding biedt dit concept wetsvoorstel nog wel de nodige ruimte voor opmerkingen ter verbetering en/of verduidelijking op onderdelen die belangrijk zijn voor de betrokken verkrijger of werknemer. De opmerkingen hebben vooral betrekking op opvolgend werkgeverschap, zieke werknemers et cetera. De NVB zal daar niet verder op ingaan omdat (i) in de visie van de NVB dit wetsvoorstel niet aan het beoogde doel voldoet en (ii) de NVB – indien het consultatievoorstel een vervolg krijgt – het aan de arbeidsjuristen overlaat om verdere verbeteringen aan te brengen.

§ 3.4. Conclusie

De WOVO introduceert een complexe set aan regels in faillissement om werknemers over te laten gaan naar een nieuwe onderneming waarbij het bestaande personeelsbestand via een geobjectiveerde methode wordt aangepast ('gedownsized') naar een personeelsbestand dat behoort bij de activiteiten van de onderneming. De NVB is van mening dat de voordelen van de WOVO niet opwegen tegen de nadelen en dat de WOVO niet in het belang is van de werknemers.

De NVB bepleit een samenhangend systeem aan regelingen inzake de positie van werknemers van ondernemingen met financiële problemen waarbij niet alleen tijdens faillissement maar ook voorafgaand aan faillissement via de WHOA of de surseance van betaling het personeelsbestand kan worden gereorganiseerd.

Tijdens een WHOA traject zal er ook meer tijd beschikbaar zijn en kan veel beter afgewogen en besloten worden welke werknemers wel of niet behouden kunnen blijven. In een dergelijk WHOA traject ligt de bestaande afspiegelingsmethode ook meer voor de hand omdat het nog steeds om de voortzetting van dezelfde onderneming gaat.

Als in het kader van het WHOA traject of de surseance blijkt dat er geen bestaansrecht meer is voor een onderneming in haar huidige vorm, dan is een vereffening van het vermogen van de onderneming een logisch gevolg daarvan. Dat een verkrijgende partij met delen van de activa van de oude onderneming een nieuwe onderneming kan gaan opzetten, is een zaak die vooral hem aangaat. Wat de NVB betreft dient de verkrijger vrij te zijn in het kiezen van de partijen die hij nodig heeft voor de (beoogde) exploitatie. Dat geldt voor de financiering en de toeleveranciers van goederen en diensten, maar zou ook voor de werknemers moeten gelden.

De NVB is van mening dat ook bij bedrijven in financiële moeilijkheden waarvoor een wettelijk herstructureringsregime van toepassing is de personeelskosten (neerwaarts) moeten kunnen worden bijgesteld. Dat zou derhalve mogelijk moeten zijn tijdens een WHOA traject of de surseance. De voorstellen gedaan door N.W.A. Tollenaar kunnen als inspiratie dienen.⁴

Ondertussen onderkent de NVB uiteraard dat bij doorstarts vanuit faillissement belangen van werknemers in het geding kunnen zijn. De NVB is echter ook van oordeel dat er vanuit economisch perspectief de hiervoor genoemde bezwaren tegen de WOVO bestaan en dat als gevolg daarvan mogelijk de individuele belangen van sommige (groepen van) werknemers die bij een doorstart vanuit faillissement betrokken zijn wel worden gediend, maar in macro-economisch opzicht zal de werkgelegenheid naar verwachting van de NVB eerder afnemen dan op eenzelfde niveau blijven, laat staan verbeteren.

§ 3.5. Twee noodzakelijke wijzigingen in de WOVO

De NVB is van mening dat indien de WOVO toch zonder (of vooruitlopend op) een structurele aanpak waarop een onderneming haar personeelsbestand tegen aanvaardbare kosten kan aanpassen aan de gewijzigde omstandigheden dient te worden ingevoerd, er ten minste op twee wezenlijke punten wijzigingen moeten worden aangebracht in de thans voorgestelde complexe regeling.

1. De WOVO zou alleen van toepassing moeten zijn indien er sprake is van een doorstart die is voorbereid in een pre-pack of in een surseance van betaling. Het gaat dan om gevallen waarbij voordat het faillissement is uitgesproken, reeds duidelijkheid bestaat dat er een doorstart zal plaatsvinden. Naar de mening van de NVB wordt hiermee de Smallsteps-uitspraak – zoals geïnterpreteerd in nadien gedane uitspraken van Nederlandse rechters – gecodificeerd.
2. Er dient meer flexibiliteit te komen om met name de doorstarts van MKB bedrijven te faciliteren.

Ad 1

Na de Smallsteps-uitspraak zijn door Nederlandse rechters diverse uitspraken gedaan waarin is bepaald dat op een doorstart vanuit faillissement de regels van overgang van onderneming niet van toepassing zijn conform artikel 7:666 BW.⁵ De aanvankelijk kort na het wijzen van de Smallsteps-uitspraak gevoelde rechtsonzekerheid, lijkt daarmee sterk verminderd. Tevens tonen de aangehaalde uitspraken aan dat de beperking van de reikwijdte van de WOVO zoals voorgesteld door de NVB rechtens mogelijk is.

Ad 2

De door de NVB voorgestane flexibiliteit kan langs een aantal wegen worden bereikt. Gedacht zou kunnen worden om de WOVO van toepassing te verklaren indien er sprake is van een WOR-plichtige onderneming. Dat wil zeggen indien er meer dan 50 werknemers in dienst zijn van de onderneming (artikel 2 lid 1 WOR).

Indien de wetgever van oordeel is dat deze grens te hoog is en/of niet voldoet aan de eisen van de Richtlijn ter zake van overgang onderneming⁶ zou gedacht kunnen worden aan meer flexibiliteit in het aantal personeelsleden dat conform het 'inspiegelingsbeginsel' moet worden overgenomen. Gedacht zou kunnen worden aan een ondergrens van 15 of 20 personen en bij ondernemingen met een grotere personeelsomvang dan 15 of 20 personen conform de navolgende systematiek.

⁴ N.W.A Tollenaar, 'Aanpassing van het ontslagrecht in insolventie – slaan wij de juiste weg in?' *TvI* 2019/20.

⁵ Zie bijv. Rb. Gelderland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447 (Tuunte), Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (Bogra) en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6539, «JOR» 2018/265, m.nt. E. Loesberg (Heiploeg).

⁶ Richtlijn 2001/23/EG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen.



- a. Onderneming tot en met 100 personen: minimaal 15 of 20 en daarenboven 10 of 15% van het aantal werknemers. Voorbeeld stel 100 werknemers en minimum van 20 en 15% voor het meerdere betekent 20 plus 15% van 80 (=12) = 32; bij 15 met een 10% betekent dit dus $15 + 8,5 = 23,5$.
- b. Onderneming vanaf 100 personen: aantal dat volgt uit a. plus 5 of 10% van het aantal werknemers boven 100.

De NVB heeft geen bezwaar tegen de openbaarmaking van deze reactie op de consultatie.

Wij zijn vanzelfsprekend graag tot een nadere toelichting bereid.