

Amsterdam
Parnassusweg 803-805a
1082 LZ Amsterdam
The Netherlands
Tel +31 (0)88 0243 020
Fax +31 (0)88 0243 003
amsterdam@taylorwessing.com

Eindhoven
Kennedyplein 201
5611 ZT Eindhoven
P.O. Box 3
5600 AA Eindhoven
The Netherlands
Tel +31 (0)88 0243 000
Fax +31 (0)88 0243 001
eindhoven@taylorwessing.com

www.taylorwessing.com

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Zijne Excellentie de Minister voor Rechtsbescherming
De heer D.M. van Weel
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Eindhoven, 29 augustus 2024

Consultatiereactie Wet overgang van onderneming in faillissement (WVOF)

Hooggeachte heer Van Weel,

Inleiding

1. Taylor Wessing is een internationaal advocatenkantoor met twee Nederlandse vestigingen, in Amsterdam en in Eindhoven. Het Restructuring and Insolvency-team van Taylor Wessing heeft uitgebreide ervaring met het begeleiden van doorstarts in faillissement, zowel als advocaat van de verkrijgende partij als in hoedanigheid van curator. Naast expertise op het gebied van insolventierecht, beschikt Taylor Wessing ook over een grote arbeidsrechtpraktijk, waarbij met name (grote) werkgevers worden bijgestaan.
2. Taylor Wessing gaat in deze consultatiereactie niet in op de vraag of het wenselijk is om de regeling van overgang van onderneming mede van toepassing te laten zijn in faillissement, maar met name op de gevolgen van die keuze voor de praktijk. Ook wenst Taylor Wessing te wijzen op enkele onduidelijkheden in de Ontwerptoelichting die een nadere toelichting behoeven.
3. Aan deze consultatiereactie hebben meegewerkt: Ilona van de Klundert (advocaat Restructuring and Insolvency en curator), Bob Rikkert (advocaat Restructuring and Insolvency en curator), Inge Tan-Beulen (advocaat Restructuring and Insolvency), Bart Hunnekens (advocaat Employment) en Juultje van der Zanden (advocaat Employment).

Algemeen commentaar

De taak van de curator en de rol van maatschappelijke belangen in faillissement

4. De kerntaak van de curator is het beheren en vereffenen van de failliete boedel (artikel 68 Fw). Uit vaste rechtspraak blijkt dat de curator bij het te gelde maken van het boedelactief een grote mate van beleidsvrijheid toekomt. De curator dient zich te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn eigen inzicht overgelaten op welke wijze en langs welke weg dat belang het beste kan worden gediend.¹
5. Primair komt de curator op voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. De curator mag echter ook belangen van maatschappelijke aard, zoals het behoud van werkgelegenheid, bij zijn oordeel betrekken.²
6. In het geval de curator van meerdere partijen biedingen ontvangt die geïnteresseerd zijn in het realiseren van een doorstart, moet de curator de biedingen tegen elkaar afwegen. Het is voorzienbaar dat de curator voor de keuze komt te staan tussen (1) een partij die bereid is om veel voor de activa te betalen, maar bij wie bedrijfseconomische omstandigheden het maken dat er slechts een deel van de werkgelegenheid behouden kan blijven en (2) een partij die minder voor de activa wenst te betalen, maar bij wie er meer werkgelegenheid behouden blijft. Er kan zelfs sprake zijn van een oorzakelijk verband: hoe hoger de koopsom, des te minder (financiële) ruimte overblijft om werknemers aan te houden. Op deze wijze kan de verkrijger het aantal over te nemen arbeidsplaatsen in zekere mate regisseren. Hier dreigt een spanningsveld te ontstaan, dat de curator voor ingewikkelde afwegingen kan plaatsen. Taylor Wessing mist in de Ontwerptoelichting aandacht voor dit spanningsveld en voor de door de curator te maken afweging.
7. De rol van pand- en hypotheekhouders met een separatistenpositie dient in dit verband niet te worden onderschat. De curator verkoopt goederen waarop een pand- of hypotheekrecht rust in de regel ten behoeve van de separatist. De separatist ontvangt rechtstreeks de opbrengst, onder inhouding van een boedelbijdrage. In dat geval is de toestemming van de separatist vereist om de zaken vrij van pand- of hypotheekrecht te kunnen verkopen. Het spreekt voor zich dat de separatist (veelal een professionele financier) zich met name zal richten op de hoogst mogelijke opbrengst en in veel mindere mate op maatschappelijke belangen zoals het behoud van werkgelegenheid. Ook dit aspect blijft in de Ontwerptoelichting onderbelicht.

¹ HR 16 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4204 (Prakke/Gips).

² HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (Maclou), HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643 (Sigmacon II) en HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN7817 (Curatoren Mobell/Interplan).

Het wetsvoorstel leidt naar verwachting tot hogere kosten

8. Daarnaast is voorzienbaar dat de (advies)kosten als gevolg van de nieuwe regeling aanzienlijk zullen toenemen. Een partij die een doorstart uit faillissement wenst te maken, zal zich immers moeten laten adviseren over de arbeidsrechtelijke gevolgen daarvan, meer specifiek over de (eventuele) aanwezigheid van bedrijfseconomische omstandigheden die noodzakelijkerwijs leiden tot verlies van arbeidsplaatsen en de (eventuele) toepassing van de inspiegelingsmethode. De te maken kosten zullen een negatief effect hebben op de hoogte van het bod dat de betreffende partij bereid is uit te brengen.
9. Ook de kosten voor de faillissementsboedel zullen toenemen. De curator zal zich immers over de genoemde aspecten van de doorstart een oordeel moeten vormen en dat oordeel aan de rechter-commissaris moeten motiveren. Naast de uren die de curator daar zelf aan besteed, moet wellicht ook advies ingewonnen worden van een arbeidsrechtsspecialist.
10. Het voorgaande brengt mee dat zowel het bod van de verkrijger lager kan uitvallen (doordat de verkrijger hogere transactiekosten moet maken) als de kosten voor de boedel hoger kunnen uitvallen (doordat het doorstartproces bewerklijker is). Beide gaan ten koste van de opbrengst die ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers resteert. Bovendien worden de mogelijkheden voor een succesvolle doorstart in veel gevallen waarschijnlijk beperkter, doordat de risico's die daaraan voor de doorstarter verbonden zijn, toenemen. Dit heeft uiteraard een negatief effect op de mogelijkheden om werkgelegenheid te behouden, en de opbrengsten die door vereffening van het boedelactief worden gerealiseerd.
11. Waar uit de voornoemde jurisprudentie blijkt dat de curator primair het belang van de gezamenlijke schuldeisers behartigt, maar ook belangen van maatschappelijke aard in zijn oordeel mag betrekken, lijkt de wetgever hier een belang van maatschappelijke aard (namelijk het behoud van werkgelegenheid) boven het belang van de gezamenlijke schuldeisers te stellen. Taylor Wessing vraagt zich af hoe de wetgever hier tegenaan kijkt en geeft in overweging hier in de toelichting aandacht aan te schenken. Er wordt in de toelichting immers wel onderkend dat de nieuwe regeling ertoe kan leiden dat er van het uitbrengen van een bod wordt afgezien, maar er wordt geen aandacht besteed aan het feit dat het bod (en daarmee de opbrengst voor de boedel) aanzienlijk lager kan zijn.

Artikelsgewijs commentaar

Artikel I, onderdeel A

12. Het wetsvoorstel bepaalt dat aan artikel 7:653 BW een zesde lid wordt toegevoegd, op grond waarvan het concurrentiebeding komt te vervallen als de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd door de curator en de verkrijger geen arbeidsovereenkomst aanbiedt

voordat de opzegtermijn is verstreken. Slechts wanneer de verkrijger wel een aanbod doet voordat de opzegtermijn is verstreken, blijft het concurrentiebeding in stand. Taylor Wessing begrijpt het wetsvoorstel zo dat indien het aanbod tijdig wordt gedaan, maar de werknemer het aanbod niet aanvaardt, het concurrentiebeding in stand blijft.

13. Indien de werknemer het aanbod niet aanvaardt en er geen arbeidsovereenkomst met de verkrijger tot stand komt, zal het slechts de vervreemder zijn die een beroep op het concurrentiebeding toekomt. De verkrijger zal er in dat geval alsnog nadeel van ondervinden als de (key) werknemer die beschikt over bedrijfsgevoelige informatie – en mogelijk juist daarom een aanbod heeft ontvangen – vrij is om bij een concurrent in dienst te treden. Taylor Wessing ziet dat als een prijs verlagend gevolg en vraagt zich af of hiermee rekening is gehouden.
14. Ook vraagt Taylor Wessing zich af hoe dit zich verhoudt tot de mogelijkheid van een gang naar de rechter door een werknemer die van mening is dat de objectieve selectiemethode niet juist is toegepast. In dat geval kan de kantonrechter op grond van het voorgestelde artikel 7:666b lid 6 BW de verkrijger veroordelen om aan de werknemer alsnog een dienstverband aan te bieden. Omdat in dat geval het aanbod niet is gedaan voordat de opzegtermijn is verstreken, is het concurrentiebeding komen te vervallen. De verkrijger wordt dan feitelijk dus dubbel gestraft, tenzij het concurrentiebeding onderdeel is van het aanbod en de werknemer dat aanbod accepteert. Taylor Wessing geeft in overweging deze situatie te verduidelijken in de Ontwerptoelichting.
15. Hetzelfde geldt ten aanzien van de voorwaarde uit het nieuwe artikel 7:666b lid 5 BW op grond waarvan de verkrijger alsnog een arbeidsovereenkomst dient aan te bieden indien binnen 26 weken na de doorstart blijkt dat er toch werk is voor meer werknemers en er een vacature ontstaat.
16. Ten slotte vraagt Taylor Wessing zich af of er voldoende rekening is gehouden met de belangen van de werknemer die in sommige gevallen plausibele redenen kan hebben om het aanbod van de verkrijger niet te aanvaarden. Mogelijkerwijs is sprake van aanzienlijk langere reistijd of andere soms urgente persoonlijke redenen om niet op het aanbod in te gaan. Naast het feit dat die werknemer dan geen recht heeft op transitievergoeding en in potentie ook geen recht heeft op WW-uitkering, wordt deze werknemer wél aan het concurrentiebeding gehouden. Mogelijk ontstaat daarbij dus de praktijk dat een medewerker weliswaar met tegenzin het aanbod aanvaardt, terwijl deze geen toekomst meer ziet bij de verkrijger. Gevolg is dat mogelijk niet de juiste arbeidskrachten op de juiste plek terecht komen. Immers, de kans bestaat dat bepaalde medewerkers wel de WW zijn ingestroomd omdat zij geen aanbod hebben ontvangen, terwijl de medewerker die zich juist graag zou oriënteren op de arbeidsmarkt 'vast komt te zitten' bij de verkrijger. Taylor Wessing vraagt zich af of in dit kader voldoende rekening is gehouden met de verschillende scenario's die zich in de praktijk voor kunnen doen.

Artikel I, onderdeel D

17. Het nieuwe artikel 7:666b lid 1 BW regelt de situatie dat de bestaande arbeidsovereenkomsten van de werknemers reeds zijn opgezegd op grond van artikel 40 Fw en vervolgens een overgang van onderneming plaatsvindt. In dat geval moet de verkrijger de werknemer een aanbod doen tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst *“op basis waarvan de werknemer op het moment van overgang bij de verkrijger in dienst treedt”*.
18. Hoewel een doorstart doorgaans binnen enkele weken na de faillietverklaring wordt gerealiseerd (en de curator ernaar streeft om de doorstart zo spoedig mogelijk rond te krijgen), is de situatie denkbaar dat de doorstart (en daarmee de overgang van onderneming) pas plaatsvindt op het moment dat de arbeidsovereenkomsten als gevolg van een opzegging op de voet van artikel 40 Fw reeds zijn geëindigd. Omdat de verplichting uit artikel 7:666b lid 1 BW (nieuw) tot het aanbieden van een arbeidsovereenkomst geldt voor alle werknemers die op de dag van de faillietverklaring voor de onderneming werkzaam waren, gaat Taylor Wessing ervan uit dat ook aan de werknemers wiens arbeidsovereenkomst inmiddels is geëindigd, een aanbod moet worden gedaan. Dat aanbod geldt echter pas vanaf de dag van de overgang. Er valt dus een gat tussen de einddatum van de arbeidsovereenkomst met de gefailleerde en de startdatum van de nieuwe arbeidsovereenkomst met de verkrijger. Taylor Wessing vraagt zich af of deze situatie is onderkend en geeft in overweging om hier in de Ontwerptoelichting aandacht aan te besteden.
19. In het algemene deel van de Ontwerptoelichting wordt beschreven aan welke situaties er kan worden gedacht bij ‘bedrijfseconomische omstandigheden’ die onder de nieuwe regeling leiden tot het verlies van arbeidsplaatsen. Een van de situaties die wordt genoemd is werkvermindering, bijvoorbeeld doordat klanten in de hectiek van het faillissement zijn weggelopen. Taylor Wessing vraagt zich af of (de omvang van de) werkvermindering op het moment van de doorstart al beoordeeld kan worden. In zijn algemeenheid geldt dat een faillissement een negatieve impact heeft op (de waarde van) de onderneming, doordat er klanten weglopen, leveranciers afhaken of aanvullende voorwaarden stellen en belangrijke contracten of vergunningen worden beëindigd, welke impact in de regel alleen maar groter wordt naar mate het langer duurt voordat een doorstart wordt gerealiseerd. De verkrijger zal per definitie stellen dat de negatieve impact van het faillissement zeer groot is geweest, alleen al om de prijs te drukken. Taylor Wessing voorziet dat een praktijk zal ontstaan waarbij standaard een afslag wordt genomen op het aantal over te nemen arbeidsplaatsen, vanwege (gestelde) werkvermindering. In de optiek van Taylor Wessing is het niet bezwaarlijk, en wellicht zelfs noodzakelijk, om de verkrijger op deze wijze enigszins tegemoet te komen, maar wellicht kan daar in de Ontwerptoelichting op gereflecteerd worden.
20. Het nieuwe artikel 7:666b lid 2 bepaalt dat er aan de hand van een objectieve selectiemethode wordt bepaald aan welke werknemers van de failliet een aanbod moet worden gedaan. Dat kan aan de hand van de daar toegelichte inspiegelingsmethode of aan de hand van een alternatieve objectieve selectiemethode, als de rechter-

commissaris daarvoor toestemming verleend. Die toestemming zal slechts worden verleend indien aannemelijk wordt gemaakt dat de alternatieve selectiemethode noodzakelijk is voor efficiënte bedrijfsvoering na de overgang en de voorgestelde selectiecriteria transparant, proportioneel, objectief en niet-discriminerend zijn. Taylor Wessing geeft in overweging om in de Ontwerptoelichting mee te nemen hoe die alternatieve selectiemethode zich verhoudt tot de mogelijkheid van de uitzondering voor 10% bandbreedte ten aanzien van het inspiegelingsbeginsel. Taylor Wessing begrijpt het voorstel zo, dat die 10% bandbreedte niet mag worden toegepast bij de alternatieve selectiemethode?

21. Het nieuwe artikel 7:666b lid 4 BW bepaalt dat ten behoeve van de ketenregeling als bedoeld in artikel 7:668a BW, de door de curator opgezegde arbeidsovereenkomst en de door de verkrijger aangeboden arbeidsovereenkomst als één moeten worden beschouwd. Stel dat de werknemer uit dienst gaat vanwege de opzegging door de curator en later als gevolg van het aanbod alsnog sprake is van één arbeidsovereenkomst. Onduidelijk is of de tussenperiode tussen het moment van opzegging door de curator en de ingangsdatum van de nieuwe arbeidsovereenkomst meetelt voor de totale duur van de (opvolgende) arbeidsovereenkomsten. Hoe langer de tussenperiode heeft geduurd, hoe eerder immers de grens van 36 maanden zal worden bereikt waarin de arbeidsovereenkomst wordt geacht te zijn aangegaan voor onbepaalde tijd. Hetzelfde geldt in het kader van de anciënniteitsopbouw voor berekening van de transitievergoeding; daarover is niets bepaald. In artikel 7:673c lid 1 BW is bepaald dat de transitievergoeding niet verschuldigd is wanneer de werkgever failliet wordt verklaard. Die situatie blijft onveranderd. Wanneer er een doorstart wordt gemaakt, dan zal de verkrijger worden aangemerkt als opvolgend werkgever.
22. Bij de berekening van de transitievergoeding dient door de verkrijger dus rekening te worden gehouden met de dienstjaren bij de failliet. De opbouw van de transitievergoeding loopt na een doorstart van de onderneming door, terwijl de failliete werkgever ex artikel 7:673c lid 1 BW geen transitievergoeding is verschuldigd. Het is niet duidelijk of de eventuele tussenliggende periode (na opzegging curator en voor aanbod door de verkrijger) net zoals ten aanzien van de nieuwe ketenregeling dient te worden meegenomen bij het berekenen van de transitievergoeding. Taylor Wessing geeft in overweging dit te verduidelijken in de Ontwerptoelichting.
23. Taylor Wessing vraagt zich in dat kader dan ook af in hoeverre rekening gehouden is met het feit dat de verkrijger die een verplichting opgelegd krijgt om werknemers een dienstverband aan te bieden, ook geconfronteerd wordt met de anciënniteit van de overgenomen werknemers ten behoeve van het berekenen van de transitievergoeding bij het nemen van afscheid op een later moment. Met de overname zal dan ook een grote kostenpost qua anciënniteit op zich genomen worden in het geval op een later moment alsnog blijkt dat er overgegaan dient te worden tot personeelsreductie of het niet verlengen van bepaalde tijd contracten. Dat zal over het algemeen leiden tot een lagere koopsom.

Artikel III, onderdeel B

24. Op grond van artikel 69 lid 2 Fw (nieuw) kan de OR een bevel uitlokken van de rechter-commissaris. Dat is het geval als de curator een adviesplichtig besluit niet aan de OR heeft voorgelegd, als de curator na advies van de OR een besluit neemt dat niet in overeenstemming is met het advies, of als na het uitbrengen van het advies nieuwe feiten of omstandigheden bekend zijn geworden, waardoor de OR een andere zienswijze ontwikkelt of zou kunnen ontwikkelen ten aanzien van het (voorgenomen) besluit. Indien de OR echter door de rechter-commissaris is opgeroepen om te worden gehoord in verband met een verzoek ingevolge artikel 176a Fw (nieuw), dan wordt de OR in haar verzoek ex artikel 69 lid 2 Fw niet-ontvankelijk verklaard.
25. Taylor Wessing meent dat de gevallen waarin artikel 69 lid 2 Fw (nieuw) in de praktijk van toepassing zal zijn, zich beperken tot het (voorgenomen) besluit als bedoeld in artikel 25 lid 1 WOR dat de curator in het kader van de tijdelijke voortzetting van de activiteiten van gefailleerde wenst te nemen.
26. Als de curator voornemens is om een doorstart te realiseren (de tweede situatie die adviesplichtig is ex artikel 25 lid 7 WOR (nieuw)), dan dient de curator de OR in de gelegenheid te stellen om advies uit te brengen (art. 25 lid 7 WOR (nieuw)). Doet de curator dat niet, dan is de OR bevoegd een bevel ex artikel 69 lid 2 Fw uit te lokken. Het is echter de vraag of hier aanleiding toe zal zijn. Als de curator zich immers tot de rechter-commissaris wendt om toestemming te verkrijgen voor de voorgenomen doorstart, dan zal de rechter-commissaris de OR alsnog moeten oproepen om te worden gehoord (art. 176a Fw (nieuw)). Komt het niet tot een toestemmingsverzoek van de curator, dan vindt de doorstart blijkbaar geen doorgang en heeft de OR er ook geen belang bij om via de rechter-commissaris af te dwingen dat zij een zienswijze kan geven over de (inmiddels niet meer) voorgenomen doorstart.
27. Als de OR negatief over een voorgenomen doorstart adviseert en de curator de rechter-commissaris toch vraagt om goedkeuring aan de doorstart te verlenen, dan zal de rechter-commissaris de OR in het kader van een toestemmingsverzoek moeten horen (art. 176a lid 5 Fw (nieuw)). Als de OR door de rechter-commissaris is oproepen om te worden gehoord, dan wordt het verzoek ex artikel 69 lid 2 Fw (nieuw) niet-ontvankelijk verklaard.
28. Als de OR positief over een voorgenomen doorstart adviseert en de curator de rechter-commissaris vraagt om goedkeuring aan de doorstart te verlenen, dan hoeft de OR niet (nogmaals) door de rechter-commissaris te worden gehoord (art. 176a lid 5 Fw (nieuw)). In dit geval komt de OR evenmin beroep op artikel 69 lid 2 Fw toe, tenzij *“feiten en omstandigheden bekend zijn geworden, die, waren zij aan de ondernemingsraad bekend geweest ten tijde van het uitbrengen van zijn advies, aanleiding zouden kunnen zijn geweest om dat advies niet uit te brengen zoals het is uitgebracht.”*

29. Doorgaans zal de doorstart direct nadat er toestemming van de rechter-commissaris is verkregen, worden geëffectueerd, al dan niet doordat er voorafgaand aan het verzoek om toestemming te verlenen reeds een overeenkomst met de verkrijger is gesloten onder voorbehoud van die toestemming. De vraag is dan ook wat een beroep op artikel 69 lid 2 Fw in die situatie nog kan uithalen. De overdracht van activa aan de verkrijger heeft dan immers al plaatsgevonden.
30. Bovendien voorziet het wetsvoorstel reeds in een andere 'escape'. Uit artikel 7:666b BW (nieuw) volgt immers dat de kantonrechter kan terugkomen op het oordeel van de rechter-commissaris in het kader van artikel 176a Fw (nieuw) indien de toestemming van de rechter-commissaris "*berust op onjuiste of onvolledige informatie en de rechter-commissaris, bij de juiste kennis van zaken, zijn toestemming niet had verleend.*" Met andere woorden: als na de verleende toestemming informatie bekend wordt die een wezenlijk ander licht schijnt op de situatie, dan kan de gang naar de kantonrechter uitkomst bieden. Volgens de Ontwerptoelichting is er bewust voor gekozen om deze bevoegdheid aan de kantonrechter toe te kennen, omdat hiermee een balans wordt getroffen tussen het belang van rechtsbescherming voor de werknemers en het belang van alle betrokkenen om snel duidelijkheid is over een overgang van onderneming. Het openen van de gang naar de rechter-commissaris op grond van artikel 69 lid 2 Fw lijkt deze balans te doorkruisen en voorkomt dat er snel duidelijkheid is over de overgang van onderneming.
31. Als de curator de onderneming na de faillietverklaring tijdelijk voortzet en hij in dat kader een besluit als bedoeld in artikel 25 lid 1 WOR wil nemen, dan dient de curator daarover eveneens advies van de OR te vragen (artikel 25 lid 7 WOR (nieuw)). Het besluit om de onderneming tijdelijk voort te zetten als zodanig is - zo begrijpt Taylor Wessing - niet adviesplichtig. Indien de curator de OR niet om advies vraagt of dat advies niet opvolgt, dan zou de OR zich op grond van artikel 69 lid 2 Fw (nieuw) tot de rechter-commissaris kunnen wenden.
32. De voortzetting door de curator is per definitie tijdelijk van aard en duurt voort totdat er een doorstart wordt gerealiseerd, totdat duidelijk is dat er geen doorstart kan worden gerealiseerd of (in sommige gevallen) totdat de specifieke orders c.q. projecten die de curator nog ten behoeve van de boedel wilde uitleveren c.q. voortzetten, zijn afgerond. Taylor Wessing neemt aan dat de op de voortzetting volgende beëindiging van werkzaamheden niet adviesplichtig is, tenzij de voortzetting eindigt doordat de curator een doorstart heeft bewerkstelligd.

Artikel III, onderdelen C en E

33. Het nieuwe artikel 176a Fw (nieuw) geldt in het geval de curator een toestemmingsverzoek doet als bedoeld in artikel 176 Fw. Een dergelijk verzoek heeft per definitie betrekking op een onderhandse verkoop; voor een openbare verkoop door de curator is immers geen toestemming van de rechter-commissaris vereist. In de Ontwerptoelichting is opgenomen dat, in de uitzonderlijke situatie van een overgang van onderneming als gevolg van een openbare veiling, de rechter-commissaris met overeenkomstige toepassing van de artikelen 176 en 176a Fw om toestemming

gevraagd moet worden. Aangenomen mag worden dat de curator die de mogelijkheid heeft om de gehele onderneming van de schuldenaar ineens te verkopen, dit zal doen door middel van een onderhandse verkoop. Als er een openbare veiling plaatsvindt die een overgang van onderneming tot gevolg heeft, dan is dat waarschijnlijk omdat er sprake is van een executoriale verkoop door een separatist. De Ontwerptoelichting geeft niet aan of de curator ook in een dergelijke situatie – waarin de separatist buiten de curator om tot executoriale verkoop overgaat (artikel 58 Fw) – met overeenkomstige toepassing van de artikelen 176 en 176a Fw om toestemming moet vragen. Voor zover het antwoord bevestigend luidt, geldt als belangrijk verschil dat – anders dan bij een onderhandse verkoop waarvoor op voorhand toestemming wordt gevraagd – de toetsing door de rechter-commissaris in geval van een openbare veiling achteraf zal plaatsvinden. De overgang van onderneming is dan al een feit. Daarbij klemt dat de curator geen partij is bij de executoriale verkoop door een separatist. Een vergelijkbare situatie doet zich voor wanneer de curator overgaat tot veiling van de voorraad en inventaris, en een koper via de veiling een groot aantal zaken verwerft met het doel om de onderneming voort te zetten. De curator heeft geen betrokkenheid bij het verloop van de veiling en wordt in de regel ook niet op de hoogte gesteld van de identiteit van de kopers. De vraag is wat in deze situatie van de curator verwacht mag worden, en welke invloed de plicht om toestemming te vragen, en het eventuele ontbreken daarvan, heeft op de reeds tot stand gekomen verkoop. Taylor Wessing vraagt om hier in de toelichting nadere aandacht aan te besteden.

34. Volgens het algemene deel van de Ontwerptoelichting is het aan de verkrijger om de rechter-commissaris te voorzien van de informatie die nodig is om te toetsen of er wordt voldaan aan de nieuwe regeling van overgang van onderneming in faillissement. Taylor Wessing constateert dat dit een uitzondering vormt op de bestaande praktijk, in die zin dat thans de curator alle informatie aan de rechter-commissaris presenteert die benodigd is voor de beoordeling van een toestemmingsverzoek. Binnen deze praktijk past het beter dat de curator de benodigde informatie opvraagt bij de verkrijger en deze informatie vervolgens tezamen met het toestemmingsverzoek aan de rechter-commissaris overlegt. De suggestie dat RECOFA instrumenten kan ontwikkelen waarin nader wordt aangegeven welke informatie er wordt verlangd, onderschrijft Taylor Wessing. Op die wijze heeft de curator immers op voorhand een overzicht van de informatie die er aan de rechter-commissaris moet worden overlegd, wat (onnodige) vertraging kan voorkomen.

Artikel III – Onderdeel D

35. Uit het wetsvoorstel volgt dat het toestemmingsvereiste van artikel 176a Fw (nieuw) ook geldt wanneer de waarde van de zaken die onderhands worden verkocht, minder dan € 2.000 bedraagt. Gelet op het reeds genoemde uitgangspunt dat de curator primair opkomt voor de belangen van de schuldeisers, valt niet goed in te zien hoe de boedel gebaat zou zijn bij een verkoop die een overgang van onderneming tot gevolg heeft en die minder dan € 2.000 opbrengt. Immers zullen de met de verkoop gemoeide kosten (waaronder de kosten van de onderhandelingen en van het opstellen van de koopovereenkomst) en de kosten van het verzoek ex artikel 176a Fw (nieuw) de

opbrengst dan al snel overstijgen. Taylor Wessing stelt dan ook dat het nieuwe onderdeel D in de praktijk weinig of geen toegevoegde waarde zal hebben.

Afronding

Taylor Wessing hoopt dat deze bijdrage aanleiding geeft om enkele punten uit het wetsvoorstel te verduidelijken en de praktijk daarmee handvaten te bieden om deze wet op de juiste wijze te interpreteren en toe te passen.

Tot het geven van een nadere toelichting zijn wij graag bereid.

Hoogachtend,

Taylor Wessing N.V.

Ilona van de Klundert
Bob Rikkert
Inge Tan-Beulen
Bart Hunnekens
Juultje van der Zanden