

**Ingediend via e-mail**

Staatssecretaris voor rechtsbescherming  
Ministerie van Justitie en Veiligheid  
t.a.v. de heer dr. T.H.D. Struycken

Den Haag, 30 augustus 2024

dossiernummer: 205301  
uw kenmerk: n.v.t.  
telefoonnummer: +31 (0)70 335 35 35  
e-mail: secretariaat@advocatenorde.nl

**Betreft: Wet overgang van onderneming in faillissement**

Geachte staatssecretaris,

Op 27 mei 2024 heeft de Nederlandse orde van advocaten (NOvA) de internetconsultatie 'Wet overgang van onderneming in faillissement'. De NOvA heeft zijn adviescommissie insolventierecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,  
namens de algemene raad,



mr. drs. W.M. van Tellingen  
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie insolventierecht

Bezoekadres  
Prinses Beatrixlaan 5  
2595 AK Den Haag  
Tel. 070 - 335 35 35

Postadres  
Postbus 30851  
2500 GW Den Haag

## ADVIES

---

Aan:	algemene raad
Van:	wetgevingsadviescommissie insolventierecht
Datum:	25 augustus 2024
Betreft:	<b>Wet overgang van onderneming in faillissement</b>

---

### Inleiding

De adviescommissie insolventierecht van de Nederlandse Orde van Advocaten (“NOvA”) is, net als vijf jaar geleden, tijdens de eerste consultatie van de WOVOF, de mening toegedaan dat de positie van werknemers in faillissement verbeterd dient te worden, zeker indien deze wordt afgezet tegen de ontslagbescherming die een werknemer geniet buiten faillissement. De NOvA is echter kritisch ten aanzien van een aantal (nieuwe) punten in de voorgestelde regeling (“regeling”). Dit zal hieronder nader worden toegelicht. De NOvA zou er voorstander van zijn indien de wetgever de betreffende punten heroverweegt en vervolgens nader aanscherpt, alvorens verder te gaan in het wetgevingstraject. De WOVOF heeft immers het risico in zich dat het de doodsteek wordt voor menige doorstart. Dit zou in de ogen van de NOvA een zeer ongewenste ontwikkeling zijn voor die praktijk.

### Toepassingsgebied: uitzondering voor kleine ondernemers

In de regeling onder art. 7:666 lid 1 BW (nieuw) is opgenomen dat de artikelen 7:662 tot en met 7:665 en 7:670 lid 8 BW niet van toepassing zijn indien:

- de werkgever in staat van faillissement is verklaard met het oog op liquidatie van het vermogen van de werkgever;
- de onderneming tot de boedel behoort;
- de onderneming een kleine werkgever is.

Om onder de uitzondering te vallen, is allereerst van belang dat de onderneming tot de boedel behoort. Daar zal in de regel snel sprake van zijn.

### **Kleine werkgever**

Het volgende criterium betreft dat het moet gaan om een kleine werkgever. Wat een kleine werkgever is, kan aan de hand van AMvB worden vastgesteld. Thans is het zo dat het plan is ondernemingen met 20 of minder werknemers onder de uitzondering te laten vallen. De NOvA zou graag duidelijkheid krijgen over de vraag of het de bedoeling is om het getal van 20 op enig moment te evalueren (en pleit overigens voor ophoging van dit getal naar 50 FTE, zie hieronder). Daarbij is van belang wat volgens de wetgever criteria zullen zijn voor die evaluatie. Immers, ondanks het feit dat de regeling met enige onderbouwing komt voor “20” lijkt dit getal toch vrij willekeurig gekozen. Wat is de achtergrond van het aanhaken bij de verplichting tot melding van een collectief ontslag? In de regeling wordt weliswaar ook nog verwezen naar het advies van de commissie Insolventierecht, maar daar staat geen enkele andere onderbouwing vermeld van 20 dan dezelfde verwijzing naar de wet melding collectief ontslag.

Een invoering van de WOVOF zal ontegenzeggelijk tot een toename van werkzaamheden voor de curator leiden. Immers, in plaats van een “van scratch situatie” aangaande de werknemers, die allen op grond van art. 40 Fw zullen worden ontslagen, waarna een eventuele doorstarter aan de hand van “cherry picken” kan kijken óf, aan welke en hoeveel werknemers hij een nieuwe

betrekking zal aanbieden, hebben curator én doorstarter allerlei regels te volgen zoals die voortvloeien uit de WOVOF.

Het is de NOvA niet duidelijk of de uitzondering ziet op ondernemingen met 20 werknemers of 20 FTE. De NOvA pleit ervoor om de grens te leggen op 50 werknemers en niet op 20. Op die wijze kan wel bij een meer objectief criterium – namelijk de ondergrens voor het instellen van een OR – worden aangesloten. De uitzondering zou kunnen zien op ondernemingen met minimaal 50 FTE of ondernemingen met minder werknemers, maar waar wel een OR is.

Reden om voor FTE te kiezen en niet sec voor hoeveel werknemers, deeltijd of voltijd, zit in het feit dat er binnen veel ondernemingen part-time wordt gewerkt en er daarmee vaak al snel sprake is van 50 werknemers, maar niet van 50 FTE. Wanneer bij FTE wordt aangesloten, draagt dat bij aan een bredere inzetbaarheid van de uitzondering.

### Liquidatie of doorstart

Het eerste criterium om art. 7:662 e.v. zoals hiervoor genoemd buiten beschouwing te laten is dat het faillissement moet zijn gericht op een liquidatie van het vermogen van de werkgever en niet op een doorstart.

Hierbij lijkt art. 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG van belang, namelijk dat de faillissementsprocedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Ook in geval van een kleine onderneming, zal volgens de regeling aan dat criterium getoetst moeten worden, wil er gebruik gemaakt kunnen worden van de uitzondering van art. 7:666 lid 1 BW. In de memorie van toelichting is hierover opgenomen dat:

*“voor kleine ondernemingen (minder dan 20 werknemers) gaan de hierboven beschreven nieuwe regels voorlopig alleen gelden als de verkrijger hiervoor kiest (zie het voorgestelde artikel 7:666 lid 1 onderdeel a en lid 4 BW). Voorwaarde voor het buiten toepassing laten van de nieuwe regels is wel dat de faillissementsprocedure is gericht op de liquidatie van het vermogen van de werkgever. Deze eis vloeit voort uit de richtlijn en de uitleg die het EU-Hof hieraan heeft gegeven. Aan deze voorwaarde is niet voldaan als de procedure de voortzetting van de activiteit van de onderneming beoogt. Uit de rechtspraak van het EU-Hof blijkt dat in elke afzonderlijke situatie zal moeten worden nagegaan of aan deze voorwaarde is voldaan.”*

De NOvA voorziet dat dit tot bijzonder lastige discussies<sup>1</sup> kan leiden. Die zullen er bovendien toe leiden dat een snelle voortzetting van activiteiten, waarbij zowel crediteuren van de failliete onderneming, werknemers, als een doorstarter bij gebaat zijn, niet snel tot de mogelijkheden zal behoren. Vraag is immers in hoeverre het voor betrokken partijen eenvoudig kenbaar is of het faillissement op liquidatie of doorstart gericht is geweest.<sup>2</sup> Discussies over dit onderwerp zouden tot gevolg kunnen hebben dat een uitzonderingspositie voor kleine ondernemers – daarmee – feitelijk worden tot een loze letter. De charme van de initiële gedachte van de wetgever aangaande de uitzonderingspositie was immers de volgende:

*“hoewel de nieuwe regeling is ontworpen zodat deze snel en efficiënt kan worden toegepast, is niet uit te sluiten dat de nieuwe regeling voor sommige overnamekandidaten reden zal zijn om af te zien van het uitbrengen van een bod en er hierdoor minder doorstarts tot stand zullen komen. In de consultatie is erop gewezen dat dit risico met name groot is bij kleinere ondernemingen. Deze ondernemingen zullen namelijk minder vaak al voorafgaand aan het faillissement voorbereidingen*

<sup>1</sup> Vgl. advies commissie Insolventierecht 2019, randnummer 16 e.v.

<sup>2</sup> Vgl. advies commissie Insolventierecht 2019, randnummer 13 e.v.

*kunnen treffen voor de bedrijfsovername, o.a. omdat de kosten die hieraan verbonden zijn voor hen zwaarder wegen: zij zullen de benodigde kennis minder vaak zelf in huis hebben en ook minder snel de kosten voor extern advies kunnen dragen. Daar komt nog bij dat de precieze samenstelling van het personeel bij kleine ondernemingen nauwer steekt, omdat sprake is van een klein team waarin de verschillende werknemers vaak veel met elkaar te maken zullen hebben. Niet ondenkbaar is dat een potentiële verkrijger afziet van een overname als een belangrijke oorzaak van het faillissement is dat binnen een klein team bepaalde werknemers niet met elkaar overweg kunnen, terwijl de nieuwe regeling ertoe verplicht om juist deze werknemers mee over te nemen. Om deze reden zal de nieuwe regeling voor kleinere ondernemingen voorlopig alleen facultatief gelden.”*

Met het criterium dat het dient te gaan om het gericht zijn op liquidatie, wordt met de ene hand weggenomen, wat met de andere hand gegeven wordt. De NOvA is er dan ook, met in het achterhoofd het grotere risico bij kleine ondernemingen dat er minder doorstarts tot stand zullen komen, een voorstander van de uitzonderingspositie voor kleine ondernemingen van toepassing te laten zijn, zonder additionele toets gericht op de vraag of er sprake is van oogmerk van liquidatie of doorstart. Dit laat volgens de NOvA onverlet dat wanneer er evident sprake zou zijn van misbruik van faillissementswetgeving, de algemene middelen, zoals onrechtmatige daadsvorderingen, nog steeds openstaan om misbruik aan te pakken.

Het té veel dicht willen timmeren van alle potentiële openingen en gaten met de regeling zal anders alleen maar leiden tot verliezen en juist verlies van werkgelegenheid en (verdere) aantasting van enige recovery voor schuldeisers van de failliete onderneming. Die in de regel voor wat betreft mogelijke recovery met name aangewezen zijn op actief dat wordt gegenereerd met een doorstart.

## **Medezeggenschap**

### **Artikel 25 lid 7 WOR**

#### Algemeen

De regeling voorziet in een toevoeging van een zevende lid aan artikel 25 Wet op de Ondernemingsraden (**WOR**). Op grond van dit artikellid wordt de curator verplicht om de ondernemingsraad (**OR**) van de failliet in de gelegenheid te stellen een advies uit te brengen over:

1. elk (voorgenomen) besluit als bedoeld in artikel 25 lid 1 WOR dat door hem wordt voorgenomen in het kader van de voortzetting van de onderneming in faillissement; ofwel,
2. een overdracht van de zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan in faillissement.<sup>3</sup>

De termijn waarbinnen de OR in de gelegenheid wordt gesteld om advies uit te brengen wordt door de curator bepaald, maar mag niet korter zijn dan drie werkdagen.

<sup>3</sup> memorie van toelichting Wetsvoorstel overgang van onderneming in faillissement (**MvT**), p. 7. De tekst van artikel 25 lid 7 WOR loopt overigens niet gelijk met de tekst in de MvT aangezien op grond van de regeling nu ook adviesplichtig is elk (voorgenomen) besluit als bedoeld in artikel 25 lid 1 WOR dat wordt genomen in het kader van een overdracht van de zeggenschap over de onderneming of een onderdeel daarvan in faillissement (hierna aangeduid als **doorstart**). Naast het feit dat een dergelijke situatie niet goed voorstelbaar is, biedt naar het oordeel van de NOvA het adviesplichtig stellen van enkel het (meer omvattende) besluit dat leidt tot een doorstart werknemers voldoende bescherming.

### Niet geheel juiste codificatie van de *DA-beschikking* van de Hoge Raad

Uit de MvT blijkt dat met de invoering van artikel 25 lid 7 WOR beoogd is de *DA-beschikking* van de Hoge Raad<sup>4</sup> te codificeren.<sup>5</sup> De NOvA is van mening dat met de regeling de *DA-beschikking* niet geheel juist is gecodificeerd.

#### *Oordeel Hoge Raad*

In relatie tot de verplichting van de curator om de voorschriften van de WOR in acht te nemen overwoog de Hoge Raad in zijn *DA-beschikking* dat de WOR en de daarin opgenomen bepalingen (in beginsel) verenigbaar zijn met het faillissementsrecht. Voor zover het faillissementsrecht dat meebrengt, valt de curator op één lijn te stellen met de ondernemer in de zin van de WOR en kan hij worden aangemerkt als bestuurder in de zin van de WOR. Dit betekent dat de curator verplicht is om ervoor te zorgen dat de bij of krachtens de WOR gestelde voorschriften tijdens faillissement worden nageleefd. Het aan de OR toekomende adviesrecht van artikel 25 WOR ziet in beginsel niet op (besluiten tot) verkoop van goederen op de voet van artikel 176 Fw en op (besluiten tot) ontslag van werknemers op de voet van artikel 40 Fw, ook niet als zodanige verkoop of zodanig ontslag tot gevolg heeft dat de onderneming wordt beëindigd. De handelingen van de curator zijn dan gericht op de liquidatie van het (ondernemings)vermogen en de belangen die artikel 25 WOR beoogt te beschermen moeten dan wijken voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers bij een voortvarende afwikkeling van het faillissement. Alleen dan wanneer de verkoop van de activa plaatsvindt in het kader van een voortzetting of doorstart van (delen van) de onderneming waarbij het vooruitzicht bestaat van behoud van arbeidsplaatsen, is een daarop gericht besluit adviesplichtig op grond van artikel 25 lid 1 WOR, aldus de Hoge Raad.

#### *Op liquidatie gerichte besluiten versus op continuering van de onderneming gerichte besluiten*

Uit de *DA-beschikking* wordt afgeleid dat de Hoge Raad een onderscheid heeft aangebracht tussen besluiten van de curator die gericht zijn op enerzijds de liquidatie van het (ondernemings)vermogen (die niet adviesplichtig zijn) en anderzijds op de continuering van de onderneming (die wel adviesplichtig zijn).<sup>6</sup> Met continuering van de onderneming wordt bedoeld op het slot van r.o. 3.4.4 van de *DA-beschikking* waarin de Hoge Raad oordeelt dat het voorgenomen besluit tot verkoop van de activa alleen dan adviesplichtig is indien met het (voorgenomen) besluit het vooruitzicht bestaat op behoud van arbeidsplaatsen. Het door de Hoge Raad gemaakte onderscheid komt echter niet geheel terug in de regeling of in de MvT.<sup>7</sup> Artikel 25 lid 7 WOR bepaalt dat adviesplichtig is (i) elk besluit als bedoeld in artikel 25 lid 1 WOR dat door de curator wordt voorgenomen in het kader van een voortzetting van de onderneming of (ii) het besluit dat leidt tot een doorstart.<sup>8</sup> Deze laatste categorie is evident gericht op de continuering van de onderneming en daarmee is de regeling op dit punt in overeenstemming met de *DA-beschikking*. Dat kan echter niet worden gezegd van de eerste categorie (voorgenomen) besluiten (elk besluit als bedoeld in artikel 25 lid 1 WOR dat door de curator wordt genomen gedurende de voortzettingsperiode). Dergelijke (voorgenomen) besluiten hoeven namelijk niet altijd gericht te zijn op de continuering van de onderneming en zouden, in navolging van de *DA-beschikking*, aldus ook niet adviesplichtig moeten worden gesteld. Ter verduidelijking zal de NOvA hierna een aantal voorbeelden schetsen van besluiten die de curator gedurende de

<sup>4</sup> HR 2 juni 2017, NJ 2017/453 (DA).

<sup>5</sup> MvT, p. 8.

<sup>6</sup> Zie onder andere: P. Huffman, 'Adviesrecht voor de ondernemingsraad in faillissement', *TvI* 2017/27 en I. Zaal, 'Consultatiewetsvoorstel wet overgang van onderneming in faillissement: de rol van de OR', *TvI* 2020/8.

<sup>7</sup> Het eerdergenoemde onderscheid komt terloops ter sprake in de MvT, maar wordt niet overgenomen, zie MvT, p. 7.

<sup>8</sup> De NOvA gaat uit van de tekst zoals opgenomen in de MvT, zie ook voetnoot 1.

voortzettingsperiode kan nemen die niet (enkel) op continuering van de onderneming zijn gericht. Ten eerste komt het voor dat een curator tijdens een voortzettingsperiode een boedelkrediet aantrekt om de kosten van de voortzetting te kunnen bekostigen. Dit (voorgenomen) besluit kan binnen de reikwijdte van artikel 25 lid 1 onder i WOR vallen. Ten tweede kan het voor een curator noodzakelijk zijn om een externe financieel adviseur in te schakelen die de curator assisteert bij het opstellen en bijhouden van een boedeladministratie en de financiële prognoses en resultaten. Dit (voorgenomen) besluit kan binnen de reikwijdte van artikel 25 lid 1 onder g WOR vallen. Ten derde zal de curator elke voortzetting ook weer moeten staken.<sup>9</sup> Dit besluit kan binnen de reikwijdte van artikel 25 lid 1 onder c WOR vallen.<sup>10</sup> Deze voorbeelden maken duidelijk dat niet elk besluit van de curator, dat valt binnen de reikwijdte van artikel 25 lid 1 WOR, dat wordt genomen gedurende de voortzettingsperiode, gericht hoeft zijn op de continuering van de onderneming. Uit de *DA-beschikking* volgt dat alleen op continuering gerichte besluiten adviesplichtig zijn. Andersoortige besluiten niet maar worden dat met de regeling wel gemaakt zonder dat in de MvT nader wordt toegelicht waarom de regeling op dit punt afwijkt van de *DA-beschikking*.

De NOvA pleit er voorts tegen om elk besluit dat binnen de reikwijdte van artikel 25 lid 1 WOR valt en dat gedurende de voortzettingsperiode wordt genomen adviesplichtig te maken omdat dit een voortvarende en zo voordelig mogelijke afwikkeling van het faillissement in de weg staat. De adviesaanvraag en de mogelijkheid dat de OR bij de rechter-commissaris kan opkomen tegen het besluit (artikel 69 lid 2 (nieuw) Fw) leiden per definitie tot onwenselijke vertraging van het voortzettingsproces terwijl op voorhand niet goed valt in te zien welke belangen worden beschermd met het adviesplichtig stellen van alle (voorgenomen) besluiten als bedoeld in artikel 25 lid 1 WOR gedurende de voortzettingsperiode. De NOvA pleit er daarom voor om artikel 25 lid 7 WOR in overeenstemming te brengen met het oordeel van de Hoge Raad zoals volgt uit zijn *DA-beschikking* door in de MvT te verduidelijken dat een (voorgenomen) besluit als bedoeld in artikel 25 lid 1 WOR alleen dan adviesplichtig is indien met het (voorgenomen) besluit het vooruitzicht bestaat dat arbeidsplaatsen behouden blijven.<sup>11</sup>

#### Verruiming van het adviesrecht naar het (voorgenomen) besluit als bedoeld in art. 98 Fw of 173a Fw

Uit de regeling (artikel 25 lid 7 WOR) en de MvT<sup>12</sup> volgt dat een curator de OR om advies moet vragen voordat hij een besluit als bedoeld in artikel 25 lid 1 WOR wenst te nemen indien hij de onderneming tijdelijk voortzet. Het gaat dus niet om het besluit van de curator tot voortzetting van de onderneming zelf (als bedoeld in artikel 98 Fw of artikel 173a Fw).<sup>13</sup> Toch kan de vraag worden opgeworpen of het besluit tot voortzetting van de onderneming zelf ook adviesplichtig moet worden gesteld.

Op het eerste gezicht lijkt het adviesplichtig stellen van het besluit tot voortzetting zich moeilijk met de taak van de curator en de belangen van de gezamenlijke schuldeisers te verdragen. Daarnaast zou het adviesplichtig stellen van het voortzettingsbesluit ook niet in lijn zijn met het oordeel van de Hoge Raad uit de hiervoor besproken *DA-beschikking* en het daarin vervatte onderscheid tussen besluiten gericht op de continuering van de onderneming (die adviesplichtig zijn) en besluiten gericht

<sup>9</sup> De NOvA gaat ervan uit dat de staking niet het gevolg is van een doorstarttransactie (met behoud van arbeidsplaatsen). Zou dat wel het geval zijn dan is het besluit dat leidt tot de doorstart adviesplichtig.

<sup>10</sup> Overigens valt het besluit tot voortzetting zelf geen weer niet onder het adviesrecht van de OR, waarover hierna meer.

<sup>11</sup> Net zoals alleen de verkoop van activa adviesplichtig is indien met het daarop gerichte besluit het vooruitzicht bestaat van behoud van arbeidsplaatsen, zie r.o. 3.4.4 slot *DA-beschikking*.

<sup>12</sup> Zie bijvoorbeeld MvT p. 7: "De curator moet de OR – kort gezegd – wel advies vragen als hij: - de onderneming in faillissement tijdelijk voortzet en in dat kader een besluit wil nemen als bedoeld in artikel 25, eerste lid, WOR [...]"

<sup>13</sup> Er bestaat thans ook geen mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep tegen de beschikking van de rechter-commissaris waarin de machtiging voor de voortzetting wordt gegeven (artikel 98 Fw jo 67 lid 1 Fw).

op de liquidatie van het (ondernemings)vermogen (die niet adviesplichtig zijn). De voortzetting van de onderneming kwalificeert immers als een op liquidatie van het (ondernemings)vermogen gericht besluit: de onderneming wordt voortgezet om het onderhanden werk af te maken<sup>14</sup> en/of om de kansen op een doorstart te vergroten.<sup>15</sup> Voor beide gevallen geldt dat de curator uiteindelijk door middel van de voortzetting het faillissementsvermogen liquideert.

Daarentegen gebeurt het niet zelden dat de curator de onderneming voortzet met het oog op een eventuele doorstart. Werknemers (en met hen bijvoorbeeld familieleden die afhankelijk zijn van het inkomen van een werknemer) kunnen hieruit hoop putten. Het is bovendien niet goed voorstelbaar dat een curator een voortzetting weet te bewerkstelligen zonder hierover eerst met het personeel en/of de OR te hebben gesproken. Vanuit die optiek is het adviesplichtig stellen van het (voorgenomen) besluit tot voortzetting niet bezwaarlijk voor de curator. Zou het besluit tot voortzetting adviesplichtig worden gesteld, dan acht de NOvA het wel van belang dat nader gepreciseerd wordt wanneer sprake is van een voortzetting van de onderneming.<sup>16</sup>

#### Procedurele aspecten

Komt de curator de verplichting tot het vragen om advies niet na, dan kan de OR op grond van artikel 69 lid 2 Fw (nieuw) de rechter-commissaris verzoeken de curator te bevelen een adviesplichtig besluit alsnog voor te leggen aan de OR. Indien de curator een besluit neemt nadat hij daartoe advies heeft ingewonnen bij de OR en dit besluit niet in overeenstemming is met het advies van de OR, dan kan de OR tegen dit besluit opkomen bij de rechter-commissaris op grond van artikel 69 lid 2 Fw (nieuw). De OR kan ook opkomen tegen een besluit van de curator indien het besluit wel overeenkomstig het advies is maar de OR na het uitbrengen van het advies met nieuwe feiten of omstandigheden bekend is geworden, waardoor de OR een andere zienswijze ontwikkelt of zou kunnen ontwikkelen ten aanzien van het besluit.

Ingeval van een (voorgenomen) besluit dat leidt tot een doorstart wordt een verzoek van de OR op grond van artikel 69 lid 2 Fw (nieuw) niet-ontvankelijk verklaard indien de OR reeds door de rechter-commissaris is opgeroepen te worden gehoord. Aangezien de rechter-commissaris op grond van artikel 176a Fw (nieuw) geen beslissing neemt dan nadat de OR is verhoord of daartoe behoorlijk is opgeroepen, zal naar de verwachting van de NOvA artikel 69 lid 2 Fw (nieuw) alleen van toepassing zijn indien de curator gedurende een voortzettingsperiode een besluit wenst te nemen als bedoeld in artikel 25 lid 1 WOR. De enige uitzonderingssituatie is het geval dat (i) de curator de onderneming wenst door te starten (i) met betrekking tot dit voorgenomen besluit de OR in de gelegenheid heeft gesteld advies te geven en (iii) de curator dit advies heeft gevolgd. In dat geval hoeft de OR niet door de rechter-commissaris te worden gehoord of daartoe worden opgeroepen (artikel 176a lid 1 sub c Fw (nieuw)). Zou de OR zich toch tot de rechter-commissaris willen wenden, dan kan dat alleen indien na de advisering nieuwe omstandigheden bekend zijn geworden op grond waarvan de OR zijn standpunt over de voorgenomen overgang heeft herzien.<sup>17</sup> Deze situatie zal zich naar de overtuiging van de NOvA niet snel voordoen.

Indien de rechter-commissaris zijn toestemming verleent aan een doorstart, dan kan tegen die beschikking geen hoger beroep worden ingesteld (vergelijk artikel 67 Fw). De NOvA ondersteunt deze keuze mede gelet op het feit dat alle betrokkenen bij een doorstart (de curator, de koper, de werknemers maar ook toeleveranciers) groot belang hebben bij *deal certainty*. Bovendien biedt

<sup>14</sup> Hiermee wordt beoogd het boedelactief te vergroten.

<sup>15</sup> Een stilgelegde onderneming levert in de regel minder op dan een draaiende.

<sup>16</sup> Dat is naar huidig recht niet duidelijk, zie B. Rikkert, 'Een voorstel tot herijking van de voortzetting in faillissement', in: Ph.W. Schreurs, L.J.J. Kersten en B. Rikkert (red.), *De curator en het faillissementsproces(recht)* 2020, p. 291-294.

<sup>17</sup> MvT, p. 40.

artikel 7:666b BW (nieuw) volgens de NOvA voldoende bescherming voor de belangen van individuele werknemers die niet mee overgaan in de beoogde doorstart.

### **Artikel 31a WOR**

De NOvA ondersteunt de invoering van dit wetsartikel.

### **Concurrentiebeding**

#### **Wetsvoorstel overgang van onderneming in faillissement**

Met het voorgestelde artikel 7:653 BW komt een concurrentiebeding te vervallen wanneer een arbeidsovereenkomst eindigt als gevolg van opzegging op grond van artikel 40 Fw, tenzij de werknemer een arbeidsovereenkomst krijgt aangeboden van de verkrijger. De NOvA is het in essentie eens met deze bepaling, aangezien daarmee duidelijkheid wordt verschaft over het concurrentiebeding aan zowel de curator, de (potentiële) koper als de werknemers.

#### **Wetsvoorstel Modernisering van het concurrentiebeding**

Het gebruik van concurrentiebedingen in algemene zin wordt daarnaast (aanzienlijk) beperkt in het voorontwerp van de Wet Modernisering van het concurrentiebeding. In dit voorontwerp is opgenomen dat tijdig – dat wil zeggen: *uiterlijk* op de datum van opzegging van de arbeidsovereenkomst – een beroep kan worden gedaan op een concurrentiebeding.<sup>18</sup> Dat lijkt niet te stroken met de regeling. Op grond van het voorgestelde artikel 7:653, zesde lid BW komt het concurrentiebeding immers te vervallen op het moment dat de arbeidsovereenkomst eindigt als gevolg van opzegging door de curator. Als *op een later* moment een doorstart wordt gerealiseerd, komt het concurrentiebeding echter niet te vervallen. Kan de beoogd verkrijger van de onderneming dan nog tijdig – in de zin van het voorgestelde artikel 7:653, derde lid BW – een beroep doen op het concurrentiebeding? De NOvA verzoekt de wetgever om beide voorontwerpen op dit punt beter op elkaar af te stemmen.

Daarnaast is de werkgever op grond van het Voorontwerp van de Wet Modernisering van het concurrentiebeding een vergoeding verschuldigd aan de werknemer voor elke maand dat hij een beroep doet op het concurrentiebeding, ter hoogte van de helft van het maandloon.<sup>19</sup> Hoewel dat niet geheel duidelijk is, gaat de NOvA ervan uit dat deze vergoeding in het geval van een doorstart dient te worden voldaan door de beoogd verkrijger. De NOvA verwacht dat een dergelijke verplichting voor de beoogd verkrijger de kans op een doorstart niet ten goede komt. Bovendien bestaat de kans dat de beoogd verkrijger een arbeidsovereenkomst aanbiedt aan een werknemer die dit aanbod niet aanvaardt. Die werknemer is op grond van de regeling wel gebonden aan het concurrentiebeding. De beoogd verkrijger zal dus ook aan deze werknemer een vergoeding dienen te betalen. Dit acht de NOvA onwenselijk. Zij verzoekt de wetgever daarom te overwegen om aan artikel 7:653, zesde lid BW toe te voegen dat de bepalingen ten aanzien van de verschuldigde vergoeding niet van toepassing zijn indien sprake is van een overgang van een onderneming uit faillissement.

Hoewel de NOvA begrijpt dat beide voornoemde wetsvoorstellen op elkaar zullen worden afgestemd – en zij dit ook toejuicht – stelt zij het toch op prijs als door de wetgever wordt stilgestaan bij het scenario dat één van de twee voornoemde wetten niet zal worden ingevoerd. Met name wanneer onderhavige regeling niet wordt ingevoerd – en het concurrentiebeding dus *niet*

<sup>18</sup> Zie het voorgestelde artikel 7:653, derde lid BW.

<sup>19</sup> Zie het voorgestelde artikel 7:653, zesde tot en met negende lid, BW.



van rechtswege komt te vervallen na opzegging door de curator – houdt het Wetsvoorstel Modernisering van het concurrentiebeding nog te weinig rekening met het faillissement.

### **Misbruik**

In andere reacties op de internetconsultatie wordt naar voren gebracht dat partijen zullen trachten onder de werking van de WOVOF uit te komen door verschillende trucs. Zo zijn onder meer genoemd:

- een doorstart zonder dat sprake is van overgang van onderneming, bijvoorbeeld wanneer alleen de activiteit overgaat en niet het personeel;
- ontbinding of liquidatie van de vennootschap waarbij daarna een nieuwe vennootschap wordt opgericht die vacatures plaatst;
- een afslanking voor faillissement met als doel onder de 21 werknemers uit te komen, zodat onder de uitzondering van art. 7:666 lid 1 BW kan worden gevallen.

De NOvA onderkent dat er ongetwijfeld partijen zullen zijn, die zullen trachten zoveel mogelijk onder het regime van de WOVOF uit te komen. En een mogelijkheid daartoe biedt art. 7:666 BW, met een uitzondering voor ondernemingen met 20 of minder werknemers. De opzet van de wetgever voor een uitzonderingspositie voor kleine ondernemers, juicht de NOvA, zoals hiervoor reeds uiteen is gezet, in beginsel toe.

Wanneer te geforceerd zal worden getracht om alle mogelijke vormen van misbruik te ondervangen in de regeling, dan zal een onwerkbaar situatie ontstaan. Als voorbeeld schetst de NOvA de situatie dat als toetsmoment zou moeten worden gekeken naar een moment dat maanden voor het faillissement ligt, om te bepalen of er sprake is van een kleine onderneming of niet, zoals door één van de partijen die heeft gereageerd in de internetconsultatie is gesuggereerd. Dat leidt tot praktische onmogelijkheden, waarbij een curator nauwgezet onderzoek zal moeten doen naar het personeelsbestand voor datum faillissement, mogelijk in discussies terecht zal komen omtrent de hoeveelheid werknemers voor datum faillissement.

Uit de toelichting op de regeling lijkt te volgen dat de angst voor misbruik met name is ingegeven door enige ervaringen rondom de pre-pack. Wat niet vergeten mag worden is, dat de situatie rondom een faillissement – waarbij openbaar is dat de onderneming failliet is en in beginsel alle geïnteresseerde partijen hun belangstelling kenbaar kunnen maken – een wezenlijk andere is dan in geval van een pre-pack.

### **Een alternatieve op een ondernemingsplan gebaseerde objectieve selectiemethode: de “snelle” procedure bij de rechter-commissaris**

De nieuwe wettelijke regeling neemt bij de selectie van de werknemers die in aanmerking komen voor een dienstverband bij de verkrijger de inspiegelingsmethode als uitgangspunt, maar biedt ook ruimte om een alternatieve selectiemethode toe te passen. Voorwaarde is dat de rechter-commissaris toestemming geeft om deze alternatieve methode te hanteren.

De rechter-commissaris zal toestemming geven als:

- a. voldoende aannemelijk is gemaakt dat het hanteren van deze alternatieve selectiemethode noodzakelijk is om na de overgang tot een doelmatige bedrijfsvoering te komen, en
- b. de voorgestelde selectiecriteria transparant, proportioneel, objectief en niet-discriminerend zijn.

Om de rechter-commissaris in staat te stellen hierover een beslissing te nemen zal de verkrijger een ondernemingsplan moeten overleggen waarin hij:

- beschrijft welke doelstelling hij heeft met de onderneming en welke ontwikkeling de onderneming naar zijn verwachting gaat doormaken;
- welke werkzaamheden na de overgang in de onderneming zullen worden verricht en in hoeverre deze wel of niet vergelijkbaar zijn met de werkzaamheden van voor het faillissement;
- toelicht hoeveel arbeidsplaatsen er na de overgang – als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden – binnen de onderneming verdwijnen en hoeveel arbeidsplaatsen er overblijven;
- beschrijft wat de alternatieve selectiemethode inhoudt; d.w.z. welke criteria daarbij worden gehanteerd en hoe deze worden gewogen, en
- aannemelijk maakt dat het nodig is om deze alternatieve selectiemethode toe te passen om de bedrijfsvoering na de overgang – zoals beschreven in het ondernemingsplan – doelmatig te laten zijn.

Ook voor de alternatieve selectiemethode geldt dat deze gebaseerd moet zijn op objectieve criteria. Dit betekent in ieder geval dat het moet gaan om selectiecriteria die:

- *transparant* en *proportioneel* zijn: Dit laatste betekent dat de selectiecriteria in verhouding moeten staan tot datgene wat nodig is om de bedrijfsvoering – zoals beschreven in het ondernemingsplan – na de overgang doelmatig te laten zijn;
- *meetbaar* en *controleerbaar* zijn: Dit is bijvoorbeeld het geval bij criteria zoals opleidingsniveau, het hebben van een bepaald aantal jaren werkervaring in een specifieke sector of in een specifieke functie of het al dan niet in bezit zijn van een rijbewijs;
- op alle werknemers die in dienst waren bij de gefailleerde werkgever *op dezelfde manier worden toegepast*, en
- als *doel* hebben *om op objectieve wijze de werknemers te selecteren* die na de inkrimping van het personeelsbestand – die nodig is omdat er als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden arbeidsplaatsen verdwijnen – door de verkrijger een arbeidsovereenkomst aangeboden krijgen.<sup>20</sup>

Verder mag de alternatieve objectieve selectiemethode uiteraard niet in strijd komen met hogere regelgeving, in het bijzonder de richtlijn en de gelijke-behandelingswetgeving.

Volgens de memorie van toelichting wordt beoogd om de rechter-commissaris in een “snelle en efficiënte” procedure te laten toetsen of de overgang van de onderneming voldoet aan de genoemde voorwaarden.<sup>21</sup> De regeling neemt tot uitgangspunt dat de rechter-commissaris binnen drie dagen beslist, *nadat* het verzoek is gedaan. Van deze beslissing staat geen hoger beroep open (zie artikel 67, eerste lid, tweede zin, Fw).

---

<sup>20</sup> In dit kader is inspiratie opgedaan bij de artikelen 2.99 en 2.100 van de Aanbestedingswet.

Overheidsinstellingen die bedrijven een opdracht willen laten uitvoeren, moeten zich houden aan wettelijke aanbestedingsprocedures waarbinnen potentiële gegadigden in staat worden gesteld om mee te dingen naar de opdracht. Als gekozen is voor een niet-openbare aanbestedingsprocedure, mag de overheidsinstelling het totaal aantal geschikte gegadigden dat zich heeft gemeld, met behulp van selectiecriteria terugbrengen tot een kleinere groep. Deze groep krijgt vervolgens gelegenheid om een meer gedetailleerde offerte uit te brengen. De Aanbestedingswet stelt hieraan wel als voorwaarde dat de selectie van de gegadigden moet plaatsvinden op een objectieve en non-discriminatoire wijze.

<sup>21</sup> p. 7 MvT.

In de memorie van toelichting wordt in hoofdstuk twee geconstateerd dat het denkbaar is dat potentiële verkrijgers door toepassing van deze regels worden weerhouden van het overnemen van de onderneming uit een failliete boedel, waardoor het niet lukt om een doorstart tot stand te brengen en alle arbeidsplaatsen in de onderneming verloren gaan. Ook door de Nederlandse regering is dit indertijd naar voren gebracht.<sup>22</sup> Gelet op het verschil in inzicht over de wenselijkheid van toepassing van de beschermingsregels in geval van faillissement, is het aan de lidstaten gelaten om hierin een eigen afweging te maken.<sup>23</sup>

De NOvA vreest dat de invloed van de WOVOF en de (voorbereiding van) deze procedure bij de rechter-commissaris in de praktijk daadwerkelijk zal leiden tot substantieel minder doorstarts en diensgevolge een substantieel verlies van arbeidsplaatsen die in de huidige praktijk wel behouden blijven.

De stakeholders worden in staat geacht om de benodigde informatie snel genoeg te vergaren en, in het verlengde daarvan, snel genoeg na datum faillissement het verzoek aan de rechter-commissaris voor te leggen, waarbij de rechter-commissaris vervolgens in staat is c.q. in staat geacht wordt om binnen de termijn van drie dagen te beslissen. De NOvA juicht de poging van de wetgever toe om een efficiënte en snelle procedure te creëren om af te kunnen wijken van het inspiegelingsbeginsel, maar ziet in de praktijk wel de nodige obstakels voor partijen om een doorstart te kunnen realiseren. Met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zullen er veel gevallen zijn waarin thans een doorstart plaatsvindt, maar die met toepassing van de WOVOF niet zou plaatsvinden.

### **Efficiëntie en snelheid van de voorgestelde procedure**

Zoals in de inleiding van dit advies naar voren is gebracht heeft de WOVOF het risico in zich dat het de doodsteek voor menige doorstart wordt. Door de dynamiek en tijdsdruk die na de faillietverklaring ontstaat is het realiseren van een (niet voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide) doorstart in de regel voor alle betrokkenen een huzarenstuk. De WOVOF maakt een doorstart nog (veel) lastiger.

Vanaf het moment dat een curator wordt benoemd, komt er veel op hem af. Hij moet zo snel mogelijk feiten en omstandigheden van het faillissement in kaart zien te brengen. Dat kost de nodige tijd, terwijl het proces omgeven is met onzekerheid en risico's.

De curator gaat allereerst in overleg met het bestuur, maar dient tegelijkertijd de goederen die tot de boedel behoren te lokaliseren en veilig te stellen tegen verduistering of diefstal, en de administratie veilig te stellen.<sup>24</sup> De curator zal proberen om een indruk te krijgen van de financiële en feitelijke bedrijfsvoering,<sup>25</sup> hij brengt de financiering en zekerheidsposities in kaart en wordt geconfronteerd

<sup>22</sup> HvJ EG 7 februari 1985, nr. 135/83, ECLI:EU:C:1985:55 (*Abels/Bedrijfsvereniging MEI*), r.o. 21.

<sup>23</sup> Zie HvJ EG 7 februari 1985, nr. 135/83, ECLI:EU:C:1985:55 (*Abels/Bedrijfsvereniging MEI*), r.o. 19-24.

Artikel 5 lid 1 van de richtlijn vormt de codificatie van deze rechtspraak.

<sup>24</sup> Hierbij dient in aanmerking te worden genomen dat administraties van ondernemingen sterk kunnen variëren in omvang en complexiteit. De tijd dat de curator zich kon beperken tot het ophalen van enkele multomappen met contracten en facturen is definitief voorbij: administraties zijn gewoonlijk (geheel of grotendeels) digitaal en bestaan op zijn minst uit een boekhoudpakket en mailboxen + documentopslag in een mappenstructuur op eigen computers van de gefailleerde. Vaker bestaat de administratie echter uit meerdere gecombineerde boekhoudpakketten en een *content management system* + mailboxen die op een of meer externe servers ('in de *cloud*') draaien. Wanneer er betalingsachterstanden bestaan bij de *providers* van dit soort diensten – in faillissementen eerder regel dan uitzondering – is de bereidheid van deze providers om mee te werken aan export van de daarin vervatte gegevens vaak laag. Het kost dan de nodige aandacht en tijd om hen (met toepassing van tact, overredingskracht en waar nodig: een beroep op art. 105a Fw) tot medewerking te bewegen.

<sup>25</sup> Afhankelijk van de aard van de onderneming kan dat vereisen dat bedrijfslocaties worden bezocht, met medewerkers en andere betrokkenen wordt gesproken, en dergelijke.

met lopende verplichtingen (contractueel en/of wettelijk) waarvan moet worden beoordeeld of deze kunnen/moeten worden nagekomen of beëindigd. Als de vorderingen van onderneming op debiteuren niet verpand zijn (of de pandhouder besluit om de inning niet zelf ter hand te nemen) is vlotte inning van de debiteuren een belangrijk aandachtspunt in de eerste fase van het faillissement, omdat langer tijdsverloop in de regel ongunstig is voor de betalingsbereidheid van de debiteuren. De curator is daarnaast het aanspreekpunt voor alle *stakeholders* bij het betreffende faillissement; leveranciers, klanten, werknemers, soms: overheden en/of toezichthouders, enzovoort. Allemaal partijen die zich vooral ook in de eerste dagen na de faillietverklaring met allerlei vragen tot de curator richten. Als het gefailleerde bedrijf enige naamsbekendheid heeft, wordt de curator doorgaans ook benaderd door de (lokale) pers.

De curator dient zich binnen deze hectiek gedurende een extreem korte periode een beeld te vormen van de levensvatbaarheid van (delen van) de onderneming. Ziet de curator doorstartmogelijkheden, dan zal hij deze zo snel mogelijk moeten zien af te stemmen met alle stakeholders om de rust te bewaren en te voorkomen dat waardevolle relaties en contracten stuklopen. Hij zal tegelijkertijd alle relevante informatie moeten verzamelen voor potentiële doorstarters.

De curator moet daarbij werken met wat er is. Hij is afhankelijk van onder meer informatie vanuit het bestuur en de volledigheid en kwaliteit van de door dit bestuur gevoerde administratie. Niet zelden wordt een curator niet of niet volledig geïnformeerd door het bestuur en blijkt de administratie onvolledig of -al dan niet opzettelijk- recent niet meer te zijn bijgewerkt. De administratie kan bijvoorbeeld achterlopen omdat de boekhouder al een tijd niet werd betaald.

De eerste tijd heeft de curator dus zijn handen vol aan veiligstellen van de boedel, onderzoek, het verzamelen van informatie, et cetera. Om een doorstart te beproeven moet de curator de verzamelde -vaak dus onvolledige- informatie/administratie verwerken in een informatiememorandum voor geïnteresseerde partijen.<sup>26</sup> Onder de WOVOF moet een potentiële doorstarter vervolgens met dat informatiememorandum aan de slag om niet alleen, zoals nu, een bod te doen, maar ook de gevolgen van de WOVOF door te rekenen. Het "inspiegelen" van personeel kan - afhankelijk van het aantal personeelsleden - al lastig zijn. De potentiële doorstarter die wenst af te wijken van het inspiegelen dient onder de WOVOF een ondernemingsplan te schrijven en een complexe selectieanalyse uit te voeren, zodat dit aan de rechter-commissaris kan worden voorgelegd. In situaties waarin thans wel een bod wordt gedaan, zal daar onder de WOVOF naar alle waarschijnlijkheid worden afgezien. In ieder geval zullen de aanvullende kosten en risico's worden verdisconteerd in het bod, waardoor de opbrengst lager zal zijn.

Overnamekandidaten zullen zich immers (nog) minder onzekerheid kunnen veroorloven met betrekking tot de bedrijfsvoering, met als gevolg dat zij hogere eisen zullen stellen aan het informatiememorandum, waar de curator veelal niet aan zal kunnen voldoen.<sup>27</sup> Dit verhoogt de kans

---

<sup>26</sup> Het informatiememorandum dient niet alleen de verzamelde informatie over de onderneming te bevatten, maar ook uitleg over te volgen biedingsprocedure. Om concurrentievervalsing te voorkomen moeten vóór verstrekking van het informatiememorandum NDA's (geheimhoudingsovereenkomsten) gesloten worden met de geïnteresseerden.

<sup>27</sup> Hierbij verdient nog opmerking dat bij het verstrekken van informatie voor het faciliteren van de inspiegelings- dan wel de alternatieve selectiemethode de Algemene Verordening Gegevensbescherming (AVG) nog een complicerende factor kan zijn. De veronderstelling bij de WOVOF is dat de curator op grond van art. 6 lid 1 sub e AVG gerechtigd is om de voor het inspiegelen en de eventuele alternatieve selectiemethode benodigde persoonsgegevens van werknemers aan de geïnteresseerden voor een doorstart te verstrekken. Op grond van art. 21 AVG hebben werknemers bij verstrekking van hun persoonsgegevens aan doorstartkandidaten op de e-grond het recht om daartegen bezwaar te maken, hetgeen impliceert dat zij – wil dat recht niet illusoir zijn – zouden moeten worden geïnformeerd over de gegevensverstrekking. De vraag is of de curator de werknemers vooraf zou moeten informeren over de voorgenomen gegevensverstrekking op grond van art. 13 lid 3 AVG, of dat de doorstartkandidaten dit kort na ontvangst van de persoonsgegevens zouden moeten doen op grond van art. 14 AVG. Mogelijk is het antwoord: beide. Hierdoor vindt er een extra complicatie plaats op het gebied van

dat een doorstart uiteindelijk alsnog mislukt. Potentiële kopers zullen meer voorbehouden maken, wanneer zij een bod doen. Ook ter zake de uitkomst van de procedure bij de rechter-commissaris. Alle gesignaleerde risico's drukken uiteindelijk ook de prijs.

Voor een doorstart is ook de welwillendheid/medewerking nodig van de diverse stakeholders. Dat zijn onder meer leveranciers, klanten en ook werknemers. Die moeten allemaal wel vertrouwen houden in de doorstart, anders lopen ze weg en vindt er geen doorstart plaats. Naarmate het proces langer duurt wordt het risico groter dat stakeholders afhaken. De NOvA merkt op dat de langere tijdsbesteding die noodzakelijkerwijs gepaard zal gaan met de voorbereiding van de procedure bij de rechter-commissaris dat risico vergroot.

### **Een verzoek in de zin van art. 176a Fw**

Bij de toets die de rechter-commissaris verricht in het kader van het verlenen van toestemming voor een onderhandse verkoop, past een zekere mate van terughoudendheid.<sup>28</sup> Dit geldt ook waar het een onderhandse verkoop betreft die leidt tot een bedrijfsovername die aangemerkt moet worden als een overgang van onderneming.

Als het komt tot een verzoek in de zin van art. 176a dient de rechter-commissaris eerst de betrokkenen te horen en in ieder geval behoorlijk daartoe op te roepen, alvorens er een "kort, maar kritisch inhoudelijk onderzoek" zal plaatsvinden. De rechter-commissaris toetst ten eerste of, en in hoeverre, sprake is van een overgang van onderneming.

Een kort, maar kritisch inhoudelijk onderzoek verricht door de rechter-commissaris lijkt gegeven de hiervoor genoemde eisen slechts haalbaar na een uitvoerige afstemming tussen de curator en de beoogd koper, zodat de laatste zijn plan kan presenteren. Die tijd is er meestal niet in de eerste fase van een faillissement, waardoor de kans op een geslaagde doorstart en dus overgang van de onderneming zal afnemen.

De voorzieningen die in de regeling zijn opgenomen ter bespoediging van de procedure, zoals (i) afwijking van de reguliere termijn waarbinnen het advies van een ondernemingsraad kan worden uitgebracht, (ii) buiten toepassing verklaring van art. 25 lid 6 (verplichte opschorting van een maand bij afwijking van het advies van de ondernemingsraad) en art. 26 WOR (de beroepsmogelijkheid bij de Ondernemingskamer) en (iii) beslissing van de rechter-commissaris binnen drie dagen, leveren weliswaar een beperking van de vertraging in het proces op maar voorkomen niet dat curatoren in veel gevallen onvoldoende tijd zullen hebben om die procedure te doorlopen. Zoals gesignaleerd gaat het niet alleen om de procedure bij de rechter-commissaris zelf, maar met name ook om de noodzakelijke voorbereiding van het verzoek aan de rechter-commissaris die meer tijd zal vragen.

---

tijdsverloop (informerende van de medewerkers vereist een extra tussenstap) en ten aanzien van de vertrouwelijkheid van de biedingsprocedure. Hoe gevoelig de vertrouwelijkheid van de biedingsprocedure ligt, kan van geval tot geval verschillen, maar in het algemeen wordt betrokkenheid bij de onderhandeling omtrent een doorstart beschouwd als concurrentiegevoelige informatie. Het zij opgemerkt dat voor werknemers het faillissement van hun werkgever doorgaans een spannende en emotioneel geladen gebeurtenis is, waardoor er onderling veel gepraat wordt en soms wilde verhalen de ronde gaan doen. Er kan niet op gerekend worden dat de identiteit van geïnteresseerden voor een doorstart door alle werknemers vertrouwelijk gehouden wordt, als zij op grond van de AVG moeten worden geïnformeerd over de identiteit van de ontvangers van hun persoonsgegevens. Wellicht dat informatieverstrekking aan de werknemers achterwege gelaten kan worden op basis van de uitzondering van art. 41 lid 1 onder j UAVG (bescherming van de rechten en vrijheden van anderen), maar dat is geenszins zeker.

<sup>28</sup> HR 7 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3546 (*Mayr-Melnhof/Spliet q.q.*). Zie ook de noot van B. Wessels bij deze uitspraak, *JOR* 2001/244, nr. 2.

Voor de rechter-commissaris zal het vervolgens nog een stevige opgave zijn om een en ander te toetsen. De rechter-commissaris moet vaststellen of:

- voldoende aannemelijk is gemaakt dat er sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden die het noodzakelijk maken om maatregelen te treffen waardoor er arbeidsplaatsen verloren gaan;
- de selectiemethode op basis waarvan bepaald wordt welke werknemers in aanmerking komen voor een dienstverband bij de verkrijger in overeenstemming is met de nieuwe wettelijke regeling, en
- voldoende aannemelijk is dat de beoogd verkrijger ook overigens zal voldoen aan de nieuwe wettelijke regeling, door bijvoorbeeld geen arbeidsovereenkomsten te sluiten tegen voor de werknemers minder gunstige arbeidsvoorwaarden.

En dat binnen drie dagen. Hij is daarbij afhankelijk van wat hij aan informatie krijgt aangeleverd. De rechter-commissaris kan ook pas over het toestemmingsverzoek beslissen nadat hij de direct belanghebbenden – dat wil zeggen niet alleen de curator, maar ook de beoogd verkrijger en de OR of de personeelsvertegenwoordiging – heeft gehoord of daartoe in ieder geval heeft opgeroepen (artikel 176a, eerste en tweede lid, Fw). Drie dagen lijkt in dat licht wel erg kort.

Om een beslissing te kunnen nemen, heeft de rechter-commissaris naast informatie van de curator in ieder geval ook - of vooral - informatie nodig van de verkrijger over de bedrijfseconomische omstandigheden en selectiemethoden.<sup>29</sup> De rechter-commissaris moet vaststellen of bedrijfseconomische redenen resulteren in verval van arbeidsplaatsen en of de selectiemethoden voldoen aan de nieuwe wettelijke regeling.<sup>30</sup> Het is maar de vraag of de verkrijger in staat zal zijn om dit aan te tonen. Zo niet, dan zal de rechter-commissaris geen toestemming kunnen verlenen.

Het is volgens de NOvA maar zeer de vraag of het partijen in alle gevallen lukt om in de onzekerheid en hectiek van een faillissementssituatie de rechter-commissaris (afdoende) van informatie te voorzien.<sup>31</sup> In ieder geval is voorzienbaar dat het aantal doorstarts zal afnemen, opbrengsten minder zullen zijn - omdat kopers risico's verdisconteren - en derhalve arbeidsplaatsen die thans in doorstarts behouden blijven, juist zullen verdwijnen.

### **Positie curator**

De NOvA verwacht ook dat het zwaartepunt van de werkzaamheden en toetsing bij de curator komt te liggen. De curator is immers de centrale figuur in de doorstart. Die zal de doorstart willen laten slagen en er dus voor willen zorgdragen dat aan de voorwaarden wordt voldaan. Om het korte maar kritisch inhoudelijke onderzoek door de rechter-commissaris mogelijk te maken ligt het op de weg van de curator om allereerst de potentiële kopers van informatie te voorzien alvorens zij een bieding kunnen doen. Daarnaast zal de curator de biedingen al vooraf extensief dienen te onderzoeken op conformiteit aan de regeling, aldus inclusief toetsing van bedrijfseconomische gronden, toetsing van de voorgenomen inspiegelingsmethode of alternatieve selectiemethode (met bijbehorend ondernemingsplan) en het vragen van advies aan een ondernemingsraad.

---

<sup>29</sup> p. 19 MvT.

<sup>30</sup> p. 19 MvT.

<sup>31</sup> Art. 176a regeling.

### **Hogere kosten door de WOVOF en de voorgestelde procedure en lagere opbrengsten**

De voorgestelde procedure brengt extra werkzaamheden met zich voor alle stakeholders; de rechter-commissaris, de curator en dus ook extra (boedel)kosten. Ook een potentiële doorstarter ziet zich geconfronteerd met meer werkzaamheden en dus meer kosten. Daarnaast staat dan het gesignaleerde risico dat de voorgestelde procedure de kans vergroot dat een bedachte doorstart uiteindelijk geen doorgang vindt ('afbreukrisico'). Dit samenstel van factoren zal vermoedelijk leiden tot relatief lagere (netto) opbrengsten bij de doorstarts die wel doorgaan, maar ook tot gevallen waarin door een poging om een doorstart te realiseren is ingeteerd op het boedelactief, terwijl de poging uiteindelijk strandt. In zoverre creëert de bewerkelijkheid en complexiteit van zowel de inspiegelingsmethode als de voorbereiding van een alternatieve selectiemethode een risico op lagere uitkeringspercentages in het algemeen.

In dat kader is het volgende relevant. Veelal zal er bij een doorstart sprake zijn van de verkoop van verpande/verhypothekeerde activa, waarbij de curator met de financier/zekerheidsgerechtigde (pandhouder/hypotheekhouder) afspraken maakt over een boedelbijdrage; meestal wordt die vastgesteld op een percentage van de opbrengst. De boedelbijdrage dient ter dekking van de kosten van de curator.

Slaagt de doorstart niet, is er - tenzij de curator erin slaagt om daarover vooraf andere afspraken te maken met zekerheidsgerechtigden - ook geen opbrengst en dus in de regel ook geen boedelbijdrage. De curator ziet zich door de regeling dus niet alleen geconfronteerd met meer werk en een lagere slagingskans van de doorstart, maar bij het niet slagen van de doorstart blijft de curator ook nog eens met de -ten gevolge van zijn door de procedure toegenomen werkzaamheden- hogere boedelkosten zitten. Dit is in alle opzichten nadelig voor de gezamenlijke crediteuren.

De WOVOF maakt dat er meer risico's en onzekerheden kleven aan een doorstart. Een en ander zal er volgens de NOVA toe kunnen leiden dat curatoren bij voorbaat minder geneigd zullen zijn om zich in te zetten voor een doorstart, zeker als zij voorzien dat de opbrengst bij een succesvol doorstarttraject grotendeels naar de zekerheidsgerechtigde gaat, maar de kosten bij afbreuk van het traject voor rekening van de gezamenlijke crediteuren (of bij een zogeheten 'negatieve' boedel: voor de curator zelf) komen. Het faillissement verwordt daarmee dan tot zuivere liquidatieprocedure, zoals men die bijvoorbeeld in Frankrijk kent.

Van de met de WOVOF beoogde bescherming van belangen van werknemers en continuïteit van werkgelegenheid is dan geen sprake meer. Dat is in de optiek van de NOVA zonde, omdat in de huidige praktijk ongeveer 40% van het ontslagen personeel in dienst treedt bij het doorgestarte bedrijf, zo valt ook in de memorie van toelichting terug te lezen.

### **Kleinere ondernemingen**

Alleen als er bij de overgang arbeidsplaatsen verdwijnen en dit het gevolg is van bedrijfseconomische omstandigheden, is het de verkrijger toegestaan minder werknemers over te nemen. In dat geval wordt volgens de memorie van toelichting op een objectieve en transparante manier bepaald welke werknemers wel en niet meegaan. Voor kleinere ondernemingen (minder dan 20 werknemers) gaan de nieuwe regels voorlopig alleen facultatief gelden. Als een doorstart plaatsvindt zonder toepassing van de inspiegelings- of alternatieve methode, geldt dat in dat geval voldaan moet zijn aan de in het Heiploeg-arrest besproken voorwaarde dat het faillissement - niettegenstaande de doorstart - gericht dient te zijn geweest op een liquidatie.

Het facultatieve karakter van de WOVOF bij kleinere ondernemingen kan tot tamelijk cynische kansenafwegingen leiden. De vraag of het 'Heiploeg-*risico*' van een 'ouderwetse' doorstart (dat wil

zeggen: een doorstart waarbij alleen aan de meest aantrekkelijke medewerkers een geheel nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangeboden) te prefereren is boven de kosten en het afbreukrisico van een vrijwillige toepassing van de WOVOF, is mede afhankelijk van (de perceptie van) de assertiviteit en zelfredzaamheid van de werknemers van de gefailleerde onderneming. Dat een vrijwillige toepassing van de WOVOF kostbaar is vanwege de noodzaak tot het maken van een inspiegelingsplan of een ondernemingsplan met alternatieve selectiecriteria en dat het minder vrijheid geeft om alleen de meest aantrekkelijke werknemers te behouden, is een zekerheid. Of een ouderwetse doorstart tot problemen leidt, valt nog te bezien. Bij ondernemingen met werknemers waarvan het onwaarschijnlijk is dat zij voldoende kennis van hun rechten, assertiviteit en financiële middelen hebben om een gerechtelijke procedure te starten, zal sneller voor het terzijde leggen van de WOVOF worden gekozen. Het facultatieve karakter bergt dus het risico in zich dat de WOVOF juist bij ondernemingen met meer kwetsbare werknemers minder zal worden toegepast.

### **Gegevensverwerking door de curator**

#### **Verstreking persoonsgegevens aan geïnteresseerde partijen**

Als gevolg van de invoering van de regeling zullen de personeelsgegevens een belangrijk onderdeel vormen van het bidboek van de curator in het kader van een doorstart. Niet alleen het aantal werknemers zal van invloed zijn op de hoogte van de biedingen door geïnteresseerde partijen, maar ook de arbeidsvoorwaarden van de werknemers, hun leeftijd en ervaring.

Wanneer de curator deze personeelsgegevens deelt met een geïnteresseerde partij, verwerkt hij persoonsgegevens. Op grond van de Algemene Verordening Gegevensbescherming ('AVG') is een rechtmatige verwerking van persoonsgegevens slechts mogelijk op basis van de in artikel 6 AVG genoemde grondslagen.

In het vorige voorontwerp werd daarom voorgesteld een (nieuw) artikel 101a Fw in te voegen, waarin werd geëxpliciteerd dat de curator aan geïnteresseerde partijen persoonsgegevens *kan* verstrekken. Deze formulering was volgens de Autoriteit Persoonsgegevens ('AP') onvoldoende om als grondslag te dienen voor de verwerking van (bijzondere) persoonsgegevens door de curator.<sup>32</sup> De AP stelde zich op het standpunt dat uit de '*kan*-bepaling' volgt dat geen sprake is van een wettelijke *verplichting* als bedoeld in artikel 6, eerste lid, onder c AVG. Daarnaast kon naar het oordeel van de AP ook niet worden gezegd dat sprake is van een vervulling van een taak van algemeen belang in de zin van artikel 6, eerste lid, onder e van de AVG.

Terecht overweegt de wetgever in haar toelichting bij de regeling dat de curator *wel* bevoegd is om persoonsgegevens te verwerken op grond van artikel 6, eerste lid, onder e van de AVG. De curator heeft immers een wettelijke taak waarmee hij het algemeen belang dient. Bovendien, zo overweegt de wetgever, is de Verzamelwet gegevensbescherming op dit moment in behandeling bij de Tweede Kamer. In het voorgestelde artikel 68a, tweede lid, onder i Fw, wordt de bevoegdheid geregeld van de curator om persoonsgegevens te verwerken in het kader van onder meer (de voorbereiding voor) een doorstart.<sup>33</sup> Die wet moet wel nog worden ingevoerd dus niet zeker is dat deze grondslag er komt.

Wanneer de curator aan de geïnteresseerde partij(en) persoonsgegevens verstrekt, dient hij daarbij in acht te nemen dat hij niet meer gegevens verstrekt dan noodzakelijk is.<sup>34</sup> De curator zal

<sup>32</sup> Autoriteit Persoonsgegevens, '*Advies over het voorontwerp voor een Wet overgang van onderneming in faillissement*', 28 augustus 2019.

<sup>33</sup> Zie het voorgestelde artikel 68a lid 2 onder i Fw.

<sup>34</sup> Artikel 5, eerste lid, onder c AVG.



dus (steeds) moeten afwegen welke informatie – en dus welke personeelsgegevens – hij noodzakelijkerwijs moet delen met geïnteresseerde partijen. De kans bestaat dat een geïnteresseerde partij meer informatie wenst dan de curator noodzakelijk acht. Ook bestaat de kans dat de AP een andere afweging maakt dan de curator. In het korte tijdsbestek van een doorstart heeft de curator baat bij praktische richtlijnen over de persoonsgegevens die hij wel en niet aan geïnteresseerde partijen mag verstrekken. De NOvA verzoekt de wetgever hier in het verdere verloop van het wetgevingstraject aandacht aan te besteden.

De curator zal de personeelsgegevens in ieder geval moeten pseudonimiseren. Naar aanleiding van het vorige voorontwerp heeft de AP geadviseerd om de wettekst aan te vullen met concrete verplichtingen tot pseudonimisering. Vooralnog blijkt noch uit de regeling noch uit de bijbehorende toelichting dat dit advies ter harte is genomen. Hoewel de NOvA betwijfelt of een dergelijke aanvulling noodzakelijk is, lijkt het haar raadzaam als de curator de te verstrekken personeelsgegevens pseudonimiseert. Doet de curator dat niet, dan handelt hij immers in strijd met artikel 5, eerste lid, onder c AVG. Zeker in het geval van een onderneming met een omvangrijk personeelsbestand, zal de pseudonimisering ten koste gaan van de snelheid van de doorstart.

### **Verstrekking persoonsgegevens aan beoogd verkrijger**

De beoogde verkrijger van de onderneming zal de werknemers die op grond van de regeling in aanmerking komen voor een dienstverband een nieuwe arbeidsovereenkomst moeten aanbieden. Hiervoor is noodzakelijk dat de beoogd verkrijger de beschikking krijgt over *alle* personeelsgegevens. Omdat ook gegevens over gezondheid en vakbondslidmaatschap van belang zijn, zal de curator dus ook bijzondere persoonsgegevens verwerken.

Verwerking van bijzondere persoonsgegevens is op grond van artikel 9 AVG verboden, tenzij de verwerking noodzakelijk is met het oog op de uitvoering van verplichtingen en de uitoefening van specifieke rechten van de verwerkingsverantwoordelijke of betrokkene op het gebied van het arbeidsrecht en het socialezekerheids- en socialebeschermingsrecht (artikel 9 tweede lid, onderdeel b, AVG). In het vorige voorontwerp werd om die reden in het (nieuwe) artikel 101a Fw opgenomen dat het verbod om gegevens over de gezondheid en het lidmaatschap van een vakbond te verwerken niet van toepassing is als de verwerking geschiedt door de curator of de verkrijger en de verwerking noodzakelijk is in het kader van de aanbidding van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:666b BW.

Als gezegd is artikel 101a Fw in de regeling weggelaten. De wetgever verwijst in haar toelichting bij de regeling slechts naar het wetsvoorstel Verzamelwet gegevensbescherming. In het voorgestelde artikel 68a, derde lid, onder a t/m c Fw is bepaald dat de curator, voor zover dit noodzakelijk is voor de uitoefening van de in artikel 68a, eerste lid Fw genoemde taak, bijzondere persoonsgegevens *kan* verwerken "*voor zover het verwerken betrekking heeft op de in het tweede lid, onder a, c, f, h en j, genoemde gespecificeerde taken of de overdracht van de gegevens, genoemd in het tweede lid, onder f, voor zover dat in het kader van een dringend maatschappelijk belang is vereist*". De NOvA constateert dat – zoals reeds eerder opgemerkt – de verwerkingsgrondslag van de curator is gelegen in het voorgestelde artikel 68a, tweede lid, onder i Fw. Verwerking van bijzondere persoonsgegevens in het kader van een doorstart is onder de regeling en het huidige wetsvoorstel van de Verzamelwet gegevensbescherming dus niet mogelijk. De NOvA doet derhalve een aanbeveling aan de wetgever om in de Verzamelwet gegevensbescherming, onder artikel 68a, derde lid Fw op te nemen dat de verwerking van bijzondere persoonsgegevens ook mogelijk is voor zover het verwerken betrekking heeft op de taak van de curator als bedoeld in artikel 68a, tweede lid, onder i Fw.

### **Het idee om de regeling alleen van toepassing te laten zijn bij de pre-pack methode**

Uit de memorie van toelichting volgt dat alternatieve mogelijkheden voor het wetsvoorstel zijn onderzocht.<sup>35</sup> In de eerste plaats is gekeken naar een regeling die enkel zou gelden voor doorstarts die voorafgaand aan het faillissement zijn voorbereid. Immers, juist bij voorbereide doorstarts ontstaat snel het beeld dat het faillissement eigenlijk niet nodig was en vooral is gebruikt om afscheid te kunnen nemen van een deel van het personeel. Deze alternatieve mogelijkheid kent echter twee nadelen blijkens de memorie van toelichting. Ten eerste valt niet altijd gemakkelijk na te gaan of er voorafgaand aan een faillissement al voorbereidingen zijn getroffen voor de overgang van de onderneming. Als sprake is geweest van toepassing van de 'pre-pack methode' zal dit vast te stellen zijn, maar ook buiten de gevallen van inzet van de 'pre-pack methode' kunnen voorafgaand aan het faillissement voorbereidingen voor een overgang zijn getroffen. Daarmee rijst de vraag welke mate van voorbereiding vereist zou zijn voor toepassing van het nieuwe regime. Een voor de praktijk hanteerbaar criterium is hier niet gemakkelijk te formuleren. Ten tweede stimuleert deze optie bedrijven mogelijk om geheel onvoorbereid een faillissement in te gaan, terwijl het voor alle betrokkenen juist wenselijk is dat de bestuurders met verschillende scenario's rekening houden, waaronder dat van faillissement.

Uit het voorgaande herleidt de NOvA de navolgende vragen:

- i. In hoeverre zou een regeling uitsluitend dienen te gelden voor doorstarts die voorafgaand aan het faillissement zijn voorbereid?
- ii. Is er een voor de praktijk hanteerbaar criterium te formuleren voor de kwalificatie van een doorstart als 'voorbereid faillissement'?
- iii. In hoeverre zou een regeling uitsluitend dienen te gelden voor doorstarts via de 'pre-pack methode', aangezien daarvoor wél een criterium bestaat?

#### **i. In hoeverre zou een regeling uitsluitend dienen te gelden voor doorstarts die voorafgaand aan het faillissement zijn voorbereid?**

##### Voorargumenten

###### *a. Essentie van de problematiek*

De behoefte aan het gelijktrekken van de bescherming van werknemers binnen en buiten faillissement speelt met name in de gevallen waarin al voorafgaand aan het faillissement voorbereidingen voor de overgang van de onderneming zijn getroffen en de doorstart kort na het uitspreken van het faillissement wordt aangekondigd.<sup>36</sup> Juist in die gevallen bestaat een beeld dat het faillissement eigenlijk niet nodig was en vooral is gebruikt om afscheid te kunnen nemen van een deel van het personeel.<sup>37</sup>

De essentie van de problematiek zit derhalve bij de voorbereide doorstarts en misschien wel nog meer specifiek bij de 'pre-pack methode'. Voor die gevallen dient regelgeving te komen en niet voor alle overige situaties.

---

<sup>35</sup> Pagina 6 en 7 MvT.

<sup>36</sup> Pagina 3 MvT.

<sup>37</sup> Pagina 6 MvT.

*b. Beperking succeskans doorstart niet-gelieerde partij*

Door het wetsvoorstel van toepassing te verklaren op alle gevallen van een doorstart in faillissement, neemt de kans op een succesvolle doorstart door een niet-gelieerde partij aanzienlijk af.

Ten eerste heeft een niet-gelieerde partij een informatieachterstand ten opzichte van de gelieerde potentiële doorstarter. Als de niet-gelieerde partij deze achterstand al zou willen en kunnen dichten, zal door haar meer onderzoek dienen te worden verricht. Dit leidt tot hogere kosten en een tijdsintensiever traject. De voorbereidingstijd neemt aanzienlijk toe en die tijd is er in een faillissementssituatie vaak maar beperkt. Voor een niet-gelieerde partij is een doorstart aldus risicovoller en dat zal – ongetwijfeld – haar weerslag vinden in de (eventuele) bieding die door haar zal worden uitgebracht.

In vervolg op het voorgaande heeft een niet-gelieerde partij per definitie een beperktere kans op het realiseren van een doorstart. Wanneer je de regelgeving beperkt tot een voorbereide doorstart, trek je het speelveld voor de gelieerde en niet-gelieerde partij weer enigszins gelijk. Dit pleit voor een beperking van de regelgeving tot een voorbereide doorstart.

Tegenargumenten

*a. Doel van de regeling*

Doel van de regeling is om te zorgen voor een betere bescherming van werknemers bij een overgang van onderneming in faillissement. Daarmee wordt het huidige verschil aangepakt tussen de bescherming van werknemers binnen en buiten faillissement. Dit verschil leidt ertoe dat bij een doorstart gemakkelijk het beeld kan ontstaan dat het faillissement met name is gebruikt om op een eenvoudige manier te kunnen reorganiseren en van (bepaald) personeel afscheid te nemen. Dit speelt zeker in gevallen waarin al voorafgaand aan het faillissement voorbereidingen voor de overgang van de onderneming zijn getroffen en de doorstart daarom kort na het uitspreken van het faillissement wordt aangekondigd.<sup>38</sup>

Als het doel van de regeling is werknemers beter te beschermen en de situatie tussen de bescherming binnen en buiten faillissement gelijk te trekken, dan is daarmee niet verenigbaar dat een regeling wordt beperkt tot doorstarts die voorafgaand aan het faillissement zijn voorbereid.

*b. Beperking succeskans doorstart door gelieerde/voorbereidende partij*

Het voorbereiden van een doorstart kan de succeskans aanzienlijk vergroten. Wanneer je de regelgeving uitsluitend van toepassing zou verklaren op een voorbereidende partij en niet op een niet-voorbereidende partij, is het gevolg dat een *level playing field* ontbreekt. Dit is te meer onwenselijk omdat een doorstart vaak door de voorbereidende partij wordt gerealiseerd en als je die nu gericht gaat beperken, is dat voor de boedelmaximalisatie en de kans op een succesvolle doorstart niet optimaal.

*c. Afzien van een voorbereiding*

In lijn met de memorie van toelichting acht de commissie het voorstelbaar dat bedrijven – om de regelgeving te omzeilen – geheel onvoorbereid een faillissement ingaan. Dit is niet wenselijk, want

---

<sup>38</sup> Pagina 3 MvT.

door een zorgvuldige voorbereiding kan de schade voor betrokkenen aanzienlijk worden beperkt en de kans op een succesvolle doorstart worden vergroot. Voorbereiden is een goed iets en dat behoort niet gericht 'gestraft' te worden.

De NOvA acht het van belang dat de wetgever bovenstaande argumenten goed tegen elkaar afweegt alvorens tot een definitieve beslissing te komen over het toepassingsbereik van de regeling. In dit verband benadrukt de NOvA dat zij de wetgever aanbeveelt nader onderzoek te laten verrichten naar het doorstartlandschap in Nederland.<sup>39</sup> Daarnaast zou een rechtsvergelijkend onderzoek (denk bijvoorbeeld aan de ovo-regeling in Frankrijk) waardevolle inzichten kunnen geven.

**ii. Is er een voor de praktijk hanteerbaar criterium te formuleren voor de kwalificatie van een doorstart als 'voorbereid faillissement'?**

De NOvA is van oordeel dat dit lastig zal zijn. Het kwalificeren van een doorstart als 'voorbereid faillissement' is namelijk zeer afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Dat blijkt met name uit de jurisprudentie over de voorbereide doorstart die verscheen sinds het *Smallsteps*-arrest (met als inzet een reflexwerking van *Smallsteps* te realiseren).<sup>40</sup>

**iii. In hoeverre zou een regeling uitsluitend dienen te gelden voor doorstarts via de 'pre-pack methode', aangezien daarvoor wél een criterium bestaat?**

De bezwaren zoals genoemd onder i. zijn hier onverkort van toepassing en bovendien is het eveneens twijfelachtig of voor de 'pre-pack methode' een bruikbaar criterium bestaat. Dit laatste volgt met name uit de *Smallsteps* en *Heiploeg* jurisprudentie.

---

<sup>39</sup> Bijvoorbeeld naar: in hoeveel van de doorstarts zijn er voorbereidingen getroffen, wat voor voorbereidingen zijn dit geweest en vallen die voorbereidingen nader te kwalificeren, in hoeveel procent van de gevallen maakte een niet-gelieerde partij een doorstart?

<sup>40</sup> Ktr. Rb. Alkmaar 14 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (Bogra Uitvaartkisten B.V.), Ktr. Rb. Zutphen 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447 (Tuunte), HR 14 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1446 (FNV/Vleems Bakery), Ktr. Rb. Midden-Nederland, zp. Utrecht, 11 november 2022, ECLI:NL:RBMNW:2022:4889, (X/Y).