

Ministerie van Justitie en Veiligheid  
Zijne Excellentie de Staatssecretaris voor Rechtsbescherming  
De weledelzeergeleerde heer mr. dr. T.H.D. Struycken

Atrium | Parnassusweg 737  
NL-1077 DG Amsterdam  
Postbus 94700  
NL-1090 GS Amsterdam

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid  
Zijne Excellentie de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid  
De weledelzeergeleerde heer dr. Y.J. van Hijum

**Betreft:** Consultatiereactie CMS -  
Wet overgang van onderneming in faillissement

30 augustus 2024

## **WVOF: WET OVERGANG OF ONDERGANG VAN ONDERNEMING IN FAILLISSEMENT?**

### **1. INLEIDING**

#### **Internetconsultatie**

- 1.1 Op 27 mei 2024 is het concept wetsvoorstel Wijziging van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (**BW**) en enige andere wetten in verband met de introductie van een regeling betreffende de rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement (Wet overgang van onderneming in faillissement) (het **Wetsvoorstel**) ter consultatie voorgelegd.
- 1.2 CMS neemt graag deel aan deze internetconsultatie en zal in deze brief reageren op het Wetsvoorstel.

#### **Wetsvoorstel leidt juist tot verslechtering positie werknemers en andere gedupeerden van faillissement**

- 1.3 Uit de Memorie van Toelichting (MvT) volgt dat het doel van het Wetsvoorstel is om de positie van werknemers in faillissement te verbeteren, met name in geval van een overgang

Alle diensten worden verleend op grond van een overeenkomst van opdracht met CMS Derks Star Busmann N.V., statutair gevestigd in Amsterdam. Op deze overeenkomst zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van CMS Derks Star Busmann N.V., welke zijn gedeponneerd bij de griffie van de rechtbank Amsterdam onder nummer 84/2020 en waarin een beperking van aansprakelijkheid is opgenomen. Deze voorwaarden kunnen worden geraadpleegd op [cms.law](http://cms.law) en worden op verzoek verstrekt. CMS Derks Star Busmann N.V. is in Nederland ingeschreven in het handelsregister onder nummer 30201194 en in België in het RPR Brussel onder nummer 0877.478.727. Het BTW-nummer van CMS Derks Star Busmann N.V. in Nederland is NL8140.16.479.B01 en in België BE 0877.478.727.

CMS Derks Star Busmann maakt deel uit van CMS, de organisatie van Europese advocatenkantoren. In bepaalde gevallen wordt CMS gebruikt als een merk of als de bedrijfsnaam van, of om te refereren aan, enkele of alle leden of hun kantoren. Meer informatie vindt u op [www.cms.law](http://www.cms.law).

CMS kantoren en gelieerde kantoren wereldwijd: Aberdeen, Abu Dhabi, Algiers, Amsterdam, Antwerp, Barcelona, Beijing, Beirut, Belgrade, Bergen, Berlin, Bogotá, Bratislava, Bristol, Brussels, Bucharest, Budapest, Casablanca, Cologne, Dubai, Duesseldorf, Edinburgh, Frankfurt, Funchal, Geneva, Glasgow, Hamburg, Hong Kong, Istanbul, Johannesburg, Kyiv, Leipzig, Lima, Lisbon, Ljubljana, London, Luanda, Luxembourg, Lyon, Madrid, Manchester, Mexico City, Milan, Mombasa, Monaco, Munich, Muscat, Nairobi, Oslo, Paris, Podgorica, Poznan, Prague, Reading, Rio de Janeiro, Rome, Santiago de Chile, Sarajevo, Shanghai, Sheffield, Singapore, Skopje, Sofia, Stavanger, Strasbourg, Stuttgart, Tirana, Vienna, Warsaw, Zagreb en Zurich.

van een onderneming in faillissement (ook wel: doorstart).<sup>1</sup> Het Wetsvoorstel heeft tot gevolg dat werknemers die ten tijde van de faillietverklaring in dienst zijn bij de gefailleerde werkgever, op het moment van de overgang van de onderneming in principe onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst komen bij degene die de onderneming in het faillissement overneemt en voortzet (hierna: de **Verkrijger**).

- 1.4 Het Wetsvoorstel streeft een sympathiek doel na. Hierdoor wordt namelijk een einde gemaakt aan het verschil in bescherming van werknemers binnen en buiten faillissement en het Wetsvoorstel dient dan ook de positie van werknemers in faillissement te verbeteren.
- 1.5 CMS verwacht echter dat het Wetsvoorstel in de praktijk allesbehalve goed zal werken. Zowel voor de beoogde doelgroep, namelijk de werknemers, als voor andere gedupeerden van een faillissement. Dit heeft te maken met het veel complexer en duurder worden van doorstarts in faillissement door het Wetsvoorstel.
- 1.6 Het Wetsvoorstel is niet nieuw. In 2019 is al een voorontwerp van het Wetsvoorstel ter consultatie voorgelegd. Wij hebben eerder hier kritisch op gereageerd.<sup>2</sup>
- 1.7 Na 2019 hebben er veel ontwikkelingen plaatsgevonden, zowel nationaal als op Europees niveau. Voor onze reactie op de huidige versie van het Wetsvoorstel vinden wij het belangrijk om eerst stil te staan bij die ontwikkelingen (hoofdstuk 2). In hoofdstuk 3 gaan wij in op de vraag of het doel de invoering van het Wetsvoorstel rechtvaardigt. In hoofdstuk 4 zetten wij uiteen dat de voorgestelde verzachtende maatregelen onvoldoende zijn. In hoofdstuk 5 staan wij stil bij de voorgestelde wijziging met betrekking tot het concurrentiebeding. Wij sluiten af met een korte conclusie in hoofdstuk 6.

## **2. RECHTSONZEKERHEID WAS AANLEIDING VAN HET (EERDERE VOORONTWERP VAN HET) WETSVOORSTEL; NU ALLE SEINEN OP GROEN**

### **Huidige regeling; gebaseerd op bewuste keuze om af te zien van regeling overgang van onderneming bij faillissement**

- 2.1 Op grond van het huidige artikel 7:666, sub a BW, zijn artikelen 7:662 t/m 7:665 en 7:670 lid 8 BW niet van toepassing op de overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Dit artikel is ingevoerd als gevolg van de implementatie van de Richtlijn 2001/23 (de **Richtlijn**), en in het bijzonder artikel 5 van de Richtlijn.<sup>3</sup> In artikel 5 Richtlijn is namelijk een uitzondering opgenomen op de in de artikelen 3 en 4 Richtlijn neergelegde werknemersbescherming bij overgang van onderneming na faillissement. Deze uitzondering is destijds in de Richtlijn bewust opgenomen

---

<sup>1</sup> MvT, p. 1 en p. 3.

<sup>2</sup> Zie onder andere onze publicaties: M.R. van Zanten, 'Voorontwerp wetsvoorstel overgang van onderneming in faillissement', *MvO* 2019, p. 271-278; M.R. van Zanten, 'Wetsvoorstel rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement: over het dichten van de kloof van de arbeidsrechtelijke bescherming in en buiten faillissement', *TvI* 2020/6, p. 34-48 en A. Avci, 'Doorstarters opgelet', *ArbeidsRecht* 2023/6, p. 3-7.

<sup>3</sup> Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen.

om het voortbestaan van insolvente ondernemingen te waarborgen en daarmee na faillissement nog enige werkgelegenheid veilig te stellen.<sup>4</sup>

- 2.2 Ook al zal de regel dat failliete bedrijven al hun werknemers mee moeten nemen bij overgang van onderneming niet onvermijdelijk aan een verkoop in de weg staan, dit zal toch in een belangrijk aantal gevallen een reëel, of in ieder geval een mogelijk risico zijn, zo stelde de Advocaat-Generaal van het HvJ in zijn conclusie voorafgaande aan de Abels zaak<sup>5</sup> (toen nog een eerdere versie van Richtlijn 2001/23 van kracht was). Verder stelde de Advocaat-Generaal dat de toepassing van de richtlijn op ‘going concerns’ op zichzelf al moeilijkheden kan veroorzaken, maar dat het niet waarschijnlijk is dat die zo groot zullen zijn als bij insolvente ondernemingen die failliet zijn verklaard:

*“De averechtse werking van de toepassing van de richtlijn lijkt een reëel gevaar en is zozeer in strijd met de doelstellingen daarvan, dat men bij gebreke van andere duidelijke aanwijzingen, mag concluderen dat het de bedoeling was om de bepalingen niet op failliete ondernemingen toe te passen. Dat de overgang van het bedrijf van dergelijke ondernemingen niet onder de regeling valt, lijkt mij ook in overeenstemming met de omstandigheid dat voor faillissement normaliter bijzondere regels gelden.”<sup>6</sup>*

- 2.3 Vervolgens heeft het HvJ in het Abels arrest onder meer het volgende overwogen:

*“Het faillissementsrecht wordt gekenmerkt door bijzondere procedures die tot doel hebben de diverse belangen, vooral die van de verschillende categorieën schuldeisers, met elkaar in evenwicht te brengen. Daartoe bestaan er in alle lidstaten bijzondere voorschriften, die ertoe kunnen leiden, dat althans gedeeltelijk wordt afgeweken van andere bepalingen van algemene aard, waaronder die van het sociale recht.”<sup>7</sup>*

Ook uit een verslag van de Commissie over Richtlijn d.d. 18 juni 2007<sup>8</sup> blijkt dat artikel 5 van Richtlijn is bedoeld om het voortbestaan van insolvente ondernemingen te verzekeren.

---

<sup>4</sup> Zie ook de voorganger van Richtlijn 2001/23, Richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 tot wijziging van Richtlijn 77/187/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van vestigingen, in de Preambule, onder 7: “Overwegend dat het de lidstaten, teneinde het voortbestaan van insolvente ondernemingen te verzekeren, moet worden toegestaan de artikelen 3 en 4 van Richtlijn 77/187/EEG niet toe te passen op een overgang in het kader van een liquidatieprocedure en dat op de algemene bepalingen van de richtlijn sommige uitzonderingen moeten worden toegestaan in geval van overgang in het kader van insolventieprocedures”.

<sup>5</sup> HvJ EG 7 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:55 (H.B.M. Abels/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie).

<sup>6</sup> HvJ EG 7 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:55 (Abels).

<sup>7</sup> HvJ EG 7 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:55 (Abels), r.o. 15.

<sup>8</sup> Verslag d.d. 18 juni 2007 van de Commissie over Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, [SEC (2007)812], onder 16.

### **Slechts 4 andere lidstaten passen werknemersbeschermingsregels ook toe bij overgang van onderneming in faillissement**

- 2.4 De Commissie heeft een onderzoek verricht naar de implementatie van de Richtlijn. Een van de vragen aan de lidstaten was de volgende: *"Do your national provisions implementing Articles 3 and 4 apply to transfers of undertakings where the transferor is the subject of bankruptcy proceedings or any analogous insolvency proceedings?"* Hierop werd door 17 lidstaten geantwoord dat deze artikelen niet van toepassing zijn bij overgang van onderneming na faillissement.<sup>9</sup> Slechts in 4 van de 28 lidstaten zijn de regels onverkort van toepassing.<sup>10</sup> Andere lidstaten maken gebruik van de mogelijkheden van artikel 5 lid 2 van de Richtlijn. Wij zijn ons bewust dat dit verslag uit 2007 dateert maar wij zijn niet bekend met meer recente onderzoeksgegevens.
- 2.5 Bovendien is van belang dat in sommige Europese landen ontslag van werknemers gemakkelijker en goedkoper is dan in Nederland en regels van overgang van onderneming dan minder knellend voor een overnemende partij kunnen zijn. Kortom, uitzondering van de bescherming bij overgang van onderneming na faillissement is regel. Juist omdat daarmee de doelstellingen van Richtlijn worden gediend. Dat als gevolg van de belangenafweging inbreuk kan worden gemaakt op de belangen van werknemers is nadrukkelijk meegewogen, maar heeft niet geleid tot het weglaten van de uitzondering of in latere jaren aanpassen van de Richtlijn op dit punt.

### **Gebeurtenissen na de vorige consultatie; HvJ en Hoge Raad scheppen benodigde duidelijkheid**

- 2.6 Niet alleen breekt het Wetsvoorstel met de gedachte achter artikel 5 van de Richtlijn, de timing is ook vreemd. De omstandigheden ten tijde van de eerste consultatie in 2019 waren anders dan nu. Naar aanleiding van de in de praktijk ontwikkelde pre-pack, alsmede de in de Tweede Kamer met algemene stemmen aanvaarde WCO I, ontstond een discussie over de positie van werknemers na faillissement. De vraag werd gesteld of wel sprake is van een situatie die valt onder de uitzondering van artikel 5 lid 1 Richtlijn wanneer er sprake is van een doorstart na faillissement, al dan niet voorbereid met een pre-pack. Is dan wel sprake van een procedure gericht op liquidatie of meer van een procedure gericht op voortzetting? In dat laatste geval zouden de beschermende regels van de Richtlijn moeten gelden en is geen sprake van een uitzondering daarop. Toen het HvJ vervolgens in *FNV/Smallsteps*<sup>11</sup> wees ontstond grote onduidelijkheid in de praktijk over de positie van werknemers na een doorstart na faillissement. De Eerste Kamer besloot het aanhangige wetsvoorstel WCO I<sup>12</sup> slechts verder in behandeling te nemen samen met een wetsvoorstel waarin de arbeidsrechtelijke positie van werknemers na faillissement wordt geregeld.

---

<sup>9</sup> Te weten: België, Griekenland, Frankrijk, Ierland, Italië, Cyprus, Letland, Malta, Nederland, Oostenrijk, Slovenië, Slowakije, Finland, Zweden, IJsland, Liechtenstein en Noorwegen.

<sup>10</sup> Te weten: Tsjechië, Denemarken, Hongarije en Portugal. In deze landen kan overigens sprake zijn van een soepeler (goedkoper) ontslagregime buiten faillissement dan in Nederland, waardoor de gevolgen van een onverkorte toepasselijkheid van de bescherming bij overgang van onderneming na faillissement minder groot zijn dan bijvoorbeeld in Nederland het geval zal zijn. Dit blijkt niet uit het onderzoek.

<sup>11</sup> HvJ 21 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV/Smallsteps).

<sup>12</sup> EK 34.218.

2.7 Inmiddels ziet de wereld er op dit punt totaal anders uit. Na het *FNV/Smallsteps* heeft de Hoge Raad in *FNV/Heiploeg*<sup>13</sup> prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ. Het HvJ heeft op 28 april 2022<sup>14</sup> overwogen dat aan het bepaalde in artikel 5 lid 1 Richtlijn is voldaan:

*“wanneer de overgang van (een deel van) een onderneming is voorbereid, voorafgaand aan het inleiden van een faillissementsprocedure die de liquidatie van het vermogen van de vervreemder beoogt en gedurende welke deze overgang plaatsvindt, in het kader van een pre-packprocedure die ertoe strekt in de faillissementsprocedure een liquidatie van de draaiende onderneming te vergemakkelijken waarbij een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers wordt bereikt en de werkgelegenheid zo veel mogelijk wordt behouden, mits een dergelijke pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen”.*

2.8 Uitsluitend door het ontbreken van een wettelijke regeling van de pre-packprocedure (wat een direct gevolg is van het stilleggen van de procedure bij de Eerste Kamer als gevolg van het eerdere *FNV/Smallsteps* arrest van het HvJ) is *FNV/Heiploeg* uiteindelijk niet goed afgelopen voor de doorstarter. Alle andere inhoudelijke argumenten, die de afgelopen jaren werden gebruikt tegen de pre-pack (en de vermeende strijd met het Europese recht) zijn door het HvJ afgewezen. Daarmee is de gewenste duidelijkheid gegeven voor doorstarts in de (pre-pack)praktijk. Wanneer de faillissementsprocedure in het specifieke geval is gericht op liquidatie en de pre-pack is geregeld in een wettelijke of bestuurlijke regeling, geldt de uitzondering van artikel 5 lid 1 Richtlijn. Dan gaat het personeel dus niet van rechtswege over op de doorstarter. Met deze uitleg heeft de praktijk alle benodigde duidelijkheid en is de rechtsonzekerheid die na *FNV/Smallsteps* is ontstaan weggenomen.

### **Resterende onzekerheid waardoor Wetsvoorstel ook voordelen biedt voor potentiële verkrijgers?**

2.9 In de MvT staat dat het Wetsvoorstel voor potentiële verkrijgers meer zekerheid geeft omtrent de kosten van de overgang en hen in staat stelt een verantwoord bod te doen. De bewindslieden vinden dat uit *FNV/Smallsteps* en *FNV/Heiploeg* blijkt dat de beschermingsregels van de Richtlijn niet zonder meer in ieder faillissement buiten toepassing zouden kunnen blijven. Hier trekken zij de conclusie uit dat in elke afzonderlijke situatie dient te worden nagegaan of de faillissementsprocedure gericht is op de liquidatie van het vermogen van de failliete werkgever en niet op een voortzetting van de activiteit van de onder onderneming. Dit zou in een concreet geval onzekerheid meebrengen over de vraag of een beroep op de uitzondering van artikel 7:666 sub a BW al dan niet mogelijk is. Met de nieuwe regeling is het niet langer afhankelijk van een beoordeling van de specifieke omstandigheden van het individuele geval welke rechten werknemers hebben, maar volgt dit rechtstreeks uit de wettelijke regeling.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 en het daarop aanvullende arrest HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954.

<sup>14</sup> HvJ 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321.

<sup>15</sup> MvT, p. 5.

- 2.10 Door *FNV/Smallsteps* was er inderdaad veel onzekerheid ontstaan. Dat kwam ook omdat het HvJ, ten onrechte, had overwogen dat van belang was te onderzoeken of de procedure gericht was op de liquidatie van de onderneming. Als dat niet het geval zou zijn, dan zou er sprake zijn van een procedure gericht op voortzetting en zou de uitzondering van artikel 5 lid 1 Richtlijn niet van toepassing kunnen zijn. Dit leidde tot veel discussie in de literatuur dat het weleens zo zou kunnen zijn dat bij elke doorstart na faillissement, al dan niet voorbereid met een pre-pack, de uitzonderingsbepaling van artikel 5 lid 1 Richtlijn toepassing mist.
- 2.11 Maar hieraan heeft het HvJ een einde gemaakt door in *FNV/Heiploeg* conform het Europees recht te bepalen dat aan het tweede vereiste voor de toepassing van artikel 5 lid 1 Richtlijn (een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder) is voldaan:
- “wanneer de overgang van (een deel van) een onderneming is voorbereid, voorafgaand aan het inleiden van een faillissementsprocedure die de liquidatie van het vermogen van de vervreemder beoogt (en dus niet de liquidatie van de onderneming, opm. CMS) en gedurende welke deze overgang plaatsvindt, in het kader van een pre-packprocedure die ertoe strekt in de faillissementsprocedure een liquidatie van de draaiende onderneming te vergemakkelijken waarbij een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers wordt bereikt en de werkgelegenheid zo veel mogelijk wordt behouden, mits een dergelijke pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.”*
- 2.12 Voor welke onzekerheid moet de doorstarter dan nog behoed worden met het Wetsvoorstel? Verstijlen heeft in zijn noot onder *FNV/Heiploeg* gesteld:<sup>16</sup>
- “in de Nederlandse verhoudingen, waarin de prepack dient ter voorbereiding van het faillissement, zal het liquidatiedoel steeds wel primeren. Het ‘standalone’ faillissement is steeds gericht op liquidatie door het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst, zo blijkt ook uit de verwijzingsbeslissing van de Hoge Raad.”*
- 2.13 De Europese Commissie heeft in het Richtlijnvoorstel van 7 december 2022<sup>17</sup> in Titel IV over de pre-packprocedures voorgesteld in artikel 20 lid 2 dat voor toepassing van artikel 5 lid 1 van Richtlijn, de vereffeningsfase wordt beschouwd als een faillissements- of insolventieprocedure met het oog op de vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.
- 2.14 Ook in het Europese recht wordt dus (in de toekomst) duidelijkheid geboden voor alle partijen die betrokken zijn bij de pre-pack. Het lijkt ons in verband met het vorenstaande niet wenselijk dat Nederland in die zin een stap terug doet en ter vermijding van een slechts theoretische

---

<sup>16</sup> NJ 2022/272, onder 8.

<sup>17</sup> Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot harmonisatie van bepaalde aspecten van het insolventierecht d.d. 7 december 2022, COM (2022) 702 final (het **Richtlijnvoorstel**). In Titel IV zijn bepalingen opgenomen met betrekking tot de pre-packprocedure die in elke Lidstaat moet worden beschouwd als een op liquidatie gerichte insolventieprocedure als bedoeld in artikel 5 lid 1 Richtlijn.



onzekerheid de doorstart zoveel moeilijker en duurder maakt dat die wellicht helemaal niet meer kan plaatsvinden. Gesteld kan worden dat het middel (het Wetsvoorstel) veel erger is dan de kwaal (geringe overblijvende theoretische tijdelijke onzekerheid).

- 2.15 Wij verwachten dat de wetgever het in 2019 niet wenselijk of noodzakelijk voor de bevordering van de rechtspraak had geacht om het Wetsvoorstel te initiëren, wanneer zij met terugwerkende kracht had beschikt over de door de Hoge Raad, het HvJ en de Europese gegeven duidelijkheid en richting van nu. Aan de rechtsonzekerheid is met *FNV/Heiploeg* immers een einde gekomen. Het is nu slechts wachten op de wetgever om de pre-pack (weer) mogelijk te maken. Destijds werd aangegeven dat de WCO I pas verder kon worden behandeld na indiening van het Wetsvoorstel. In de MvT van het Wetsvoorstel wordt echter de mogelijkheid geopend dat het Wetsvoorstel eerst wordt behandeld en de WCO I pas later bij de implementatie van het Richtlijnvoorstel.<sup>18</sup> In dat geval ondervindt de rechtspraak wel het zuur van de beperkingen en de onzekerheden die het Wetsvoorstel met zich brengt voor de doorstart (waarop hierna verder wordt ingegaan), maar niet het zoet van de invoering van een wettelijke bepaling waarmee de pre-packpraktijk ook in Nederland weer kan worden opgestart.
- 2.16 Kortom, nadat Europa alle seinen op groen heeft gezet voor een pre-packprocedure en een doorstart na faillissement waarbij artikel 5 lid 1 Richtlijn geldt, stellen de bewindslieden nu voor terug te gaan in de tijd en de doorstarts in faillissementen complex en onbetaalbaar te maken. Dat is ons inziens een onwenselijke ontwikkeling.
- 2.17 Ten slotte wijzen wij erop dat het Wetsvoorstel mogelijk in strijd komt met (toekomstig) Europees recht. Immers, het Richtlijnvoorstel bepaalt in artikel 28:

*“De lidstaten zorgen ervoor dat de overnemer de onderneming van de schuldenaar of een deel ervan vrij van schulden en verplichtingen overneemt, tenzij de overnemer er uitdrukkelijk mee instemt de schulden en verplichtingen van de onderneming of een deel ervan te dragen.”*

- 2.18 Met deze bepaling wordt dus geregeld dat door de pre-packverkoop het bedrijf of een deel ervan vrij van schulden en verplichtingen wordt overgenomen. Hoewel in het Wetsvoorstel gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid van artikel 5 lid 2 Richtlijn en oude schulden van de failliet werkgever niet overgaan op de doorstarter, is het Wetsvoorstel in strijd met het Richtlijnvoorstel. Ten eerste omdat de vereffeningfase van de pre-packprocedure in artikel 20 lid 2 Richtlijnvoorstel wordt aangemerkt als een faillissements- of insolventieprocedure, waarmee het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie wordt vereffend en het dus de bedoeling dat de bescherming van de artikelen 3 en 4 Richtlijn dus NIET van toepassing is. Ten tweede omdat het Wetsvoorstel wel degelijk een last uit het verleden op de doorstarter legt, namelijk in dienstneming van het voltallige personeelsbestand (met daarmee rechten op basis van anciënniteit en recht op nakoming door de doorstarter van de voor faillissement met de werknemer overeengekomen arbeidsvoorwaarden). Er is dus geen sprake van een in artikel 28 Richtlijnvoorstel bepaalde

---

<sup>18</sup> MvT, p. 6.

overname vrij van verplichtingen. CMS vindt het onverstandig van Nederland om in afwachting van het wetgevingsproces terzake van het Richtlijnvoorstel een wetgevingsproces te starten dat leidt tot een wettelijke regeling die op belangrijke punten in strijd komt met het (mogelijke) Europees recht en tegendraads is aan de Europese wetgevende trend.

### 3. RECHTVAARDIGT HET DOEL DE INVOERING VAN HET WETSVOORSTEL?

#### Doel/aanleiding van het wetsvoorstel

3.1 Uit de eerdere versie van de MvT blijkt dat het belangrijkste doel van het eerdere voorontwerp van het Wetsvoorstel was om “*de hiervoor beschreven onzekerheid (als gevolg van FNV/Smallsteps, opm. CMS) te ondervangen.*”<sup>19</sup> Kennelijk zijn de bewindslieden ook van mening dat deze rechtsonzekerheid inmiddels is opgelost als gevolg van *FNV/Heiploeg* want de achtergrond en doel van het Wetsvoorstel zijn aangepast aan de nieuwe situatie. In de MvT worden nu de navolgende redenen voor Wetsvoorstel aangegeven:

- (a) In de parlementaire behandeling van de Wet Continuïteit Ondernemingen I (WCO I) is de vrees geuit dat de pre-pack methode zou kunnen worden gebruikt om met behulp van een faillissement gemakkelijk personeel te ontslaan, zonder dat daarbij de normale ontslagbescherming hoeft te worden toegepast. In verschillende Kamervragen is aandacht gevraagd voor de positie van werknemers bij een doorstart in faillissement.<sup>20</sup>
- (b) Het verschil in arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer in en buiten faillissement leidt er, volgens de bewindslieden, toe 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. Dat geldt speciaal wanneer de doorstart voorafgaande aan het faillissement is voorbereid of plaatsvindt met gelieerde partijen. In het verleden is door deze perceptie maatschappelijke onrust ontstaan. Doel van het Wetsvoorstel is dan ook misbruik te voorkomen.<sup>21</sup>
- (c) Tenslotte leidt de vrijheid die de doorstarter heeft in de selectie van het personeel dat hij na faillissement overneemt tot onduidelijkheid bij de werknemers, waarbij in de MvT wordt verwezen naar een studie van het CBS uit 2018. Hieruit blijkt dat bepaalde groepen werknemers iets minder vaak mee overgaan bij een doorstart.<sup>22</sup>

3.2 Het huidige verschil in bescherming van werknemers in en buiten faillissement is daarom volgens de bewindslieden onwenselijk en reden om gebruik te maken van de lidstaatoptie om Richtlijn ook toe te passen in geval van faillissement. Deze drie redenen voor het Wetsvoorstel worden hieronder besproken.

---

<sup>19</sup> Zie eerdere versie van de MvT, p. 5, te vinden via de link: [https://www.internetconsultatie.nl/overgang\\_van\\_onderneming\\_in\\_faillissement](https://www.internetconsultatie.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement).

<sup>20</sup> MvT, p. 3.

<sup>21</sup> MvT, p. 3-4.

<sup>22</sup> MvT, p. 4.



### **a. Pre-pack en behoud werkgelegenheid na doorstart**

- 3.3 Op basis van verschillende onderzoeken kan juist gesteld worden dat als gevolg van de met de pre-packmethode voorbereide doorstart na faillissement veel, te weten ongeveer 70%, van de werkgelegenheid behouden blijft.
- 3.4 Hurenkamp en Konings hebben een praktijkonderzoek gedaan naar de 97 surseances en faillissementen in de periode 2012-2024 waarin een beoogd curator is benoemd. Deze resultaten zijn gepubliceerd in hun bijdrage aan de afscheidsbundel voor Willem Jan van Andel.<sup>23</sup> In de MvT op het Wetsvoorstel ontbreken deze empirische onderzoeksgegevens. Deze cijfers geven wel een goed beeld van de (positieve) gevolgen van het gebruik van de pre-packmethode voor het behoud van de werkgelegenheid.
- 3.5 De auteurs, beiden werkzaam als rechter(-commissaris) bij de rechtbank Midden-Nederland, stellen uit hun onderzoek een belangrijke conclusie te kunnen trekken ten aanzien van het behoud van werkgelegenheid bij een met de pre-packmethode voorbereide doorstart.<sup>24</sup> Uit hun onderzoek blijkt dat in de periode 2014-2023 gemiddeld 70% van de werknemers tegen dezelfde of vergelijkbare arbeidsvoorwaarden werd overgenomen door de doorstarter bij een pre-pack. Uit het eerdere onderzoek van Hurenkamp over de periode 2012-2014 bleek dat dit percentage in die periode nagenoeg gelijk was, met gemiddeld 68%.<sup>25</sup>
- 3.6 Uit een praktijkonderzoek van Van Zanten over de periode juli 2012-mei 2017 blijkt dat gemiddeld als gevolg van de met de pre-packmethode voorbereide doorstart 73% van de betrokken werknemers gelijk na faillissement en ontslag weer aan de slag kon.<sup>26</sup>
- 3.7 Uit drie empirische onderzoeken blijkt dus dat het percentage van behoud van werkgelegenheid na een doorstart in faillissement met daaraan voorafgaand de pre-pack maar liefst rond de 70% ligt. Hurenkamp en Konings vinden het percentage van 70% een relatief hoog percentage, afgezet tegen een reguliere doorstart na faillissement, waarbij circa 41% van de arbeidsplaatsen behouden kan blijven.<sup>27</sup> Zij geven aan dat de pre-pack waarschijnlijk vaker wordt ingezet bij ondernemingen waarbij ook in het geval van een reguliere doorstart (dus zonder voorbereiding met de pre-packmethode) méér arbeidsplaatsen behouden zouden blijven, maar zij vinden het verschil van bijna 30% extra zo significant dat zij daaruit met

---

<sup>23</sup> J.R. Hurenkamp & G. Konings, 'Het tienjarig jubileum is een feit! Een analyse van 97 pre-packs in de praktijk', in: N. Zetteler e.a. (red.), *In debat met Van Andel*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 215-235.

<sup>24</sup> Zie op p. 233-234.

<sup>25</sup> J.R. Hurenkamp, *De pre-pack in de praktijk. Een analyse van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden*, Amersfoort: Celsus Juridische Uitgeverij 2014.

<sup>26</sup> M.R. van Zanten, 'It takes Smallsteps to pre-pack', in: E.J.R. Verwey, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (red.), *De Curator en het Personeel* (Insolad Jaarboek 2018), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 47-52.

<sup>27</sup> Zie J.R. Hurenkamp & G. Konings, 'Het tienjarig jubileum is een feit! Een analyse van 97 pre-packs in de praktijk', in: N. Zetteler e.a. (red.), *In debat met Van Andel*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 233-234. Over de periode 2007-2016 heeft in totaal 19.300 keer een doorstart plaatsgevonden waarbij 119.500 van de in totaal 289.000 betrokken werknemers (circa 41%) een arbeidsovereenkomst bij de doorstartende partij hebben gekregen. Zie L. Hoekema, A.P. Alberda en A. Boutorat, *Doorstart na Faillissement fase I*, CBS, 31 oktober 2017 en C. Bloemendal, *Doorstart a faillissement fase II*, CBS, 29 maart 2018. Zie voor het percentage bij een 'gewone' doorstart (zonder pre-pack) ook MvT, p. 22, noot 46.

enige voorzichtigheid concluderen in navolging van andere empirische onderzoekers, dat een pre-pack over het algemeen gunstig(er) is voor het behoud van werkgelegenheid.

- 3.8 Gelet op vorenstaande onderzoeken zou toekomstige wetgeving van de Ministeries van Justitie & Veiligheid en Sociale Zaken en Werkgelegenheid juist gericht moeten zijn op het versterken van de pre-packmethode door het verschaffen van een wettelijke basis hiervan (via de WCO I) en het wegnemen van zoveel mogelijk hindernissen voor een doorstart na faillissement, in plaats van het bemoeilijken van een doorstart en het wachten met het invoeren van de WCO I.

#### **b. Perceptie van misbruik door een doorstart**

- 3.9 Aanleiding van het Wetsvoorstel is de *perceptie* die bestaat dat het faillissement, met name in gevallen van voorbereide doorstarts of doorstarts met gelieerde partijen, wordt misbruikt om zo eenvoudig en goedkoop af te komen van (bepaald) personeel.<sup>28</sup> De vraag is echter of deze perceptie juist is. De perceptie van misbruik wordt in de MvT verder niet onderbouwd met empirische onderzoeksgegevens. Deze gegevens zijn echter wel beschikbaar en geven aan dat de perceptie onterecht is.
- 3.10 Uit onderzoek van het Onderzoekscentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit uit 2016 is gebleken dat in geen van de onderzochte gevallen sprake is van aanvraag van het faillissement met het oog op enkel een sanering van het personeelsbestand. Van misbruik is de onderzoekers niet gebleken. In de 13 onderzochte gevallen waarin een doorstart uit faillissement werd gemaakt bleef een aanzienlijk deel van de werkgelegenheid behouden, zowel in de gevallen waarin sprake was van een stille voorbereidingsfase als in de overige gevallen. Er had volgens de onderzoekers juist meer werkgelegenheid kunnen worden behouden bij die gevallen waarin slechts een gering percentage van de werknemers is overgenomen als de doorstart goed en tijdig was voorbereid.<sup>29</sup>
- 3.11 De conclusies uit dit onderzoek met betrekking tot misbruik zijn in lijn met het eerdere onderzoek dat in 2005 in opdracht van het WODC is verricht door het Hugo Sinzheimer Instituut van de Universiteit van Amsterdam. De onderzoekers hebben onder meer onderzocht, aan de hand van onder andere analyse van faillissementsdossiers en interviews met deskundigen en partijen in het veld, wat de aard en de omvang is van fraude en misbruik in door de Nederlandse rechter uitgesproken faillissementen. Ook op basis van dat onderzoek is geconcludeerd dat van misbruik van faillissement nauwelijks melding valt te maken.<sup>30</sup> Mocht er al sprake zijn van misbruik dan kan de werknemer diverse acties in stellen tegen het faillissement of de bestuurders van de gefailleerde werkgever.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> MvT, p. 3.

<sup>29</sup> L.G. Verburg, P.M. Veder, A.G.J.J. Jansen, A.M. Mennens, A.W. Niebeek, S.C. Pepels & F.M.R. van Wersch, *Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers*, Rapport aan het WODC uitgebracht door Onderzoekscentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit, Nijmegen 5 april 2016, p. 3.

<sup>30</sup> R. Knegt, A.M. Beukelman, J.R. Popma, P. van Willigenburg, I. Zaal, *Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de mogelijkheden van bestrijding*, Rapport aan het WODC uitgebracht door Hugo Sinzheimer Instituut, Universiteit van Amsterdam 2005, p. 109-110.

<sup>31</sup> Zie voor enkele voorbeelden: Rechtbank Den Haag 15 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:14948 (A *c.s./VLG*); HR 29 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2388 (*Multi Terminals Waalhaven/FNV*); HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP0084 (*Dicolor*).

- 3.12 In 2007 heeft Luttikhuis in haar proefschrift op basis van het door haar uitgevoerde onderzoek de conclusie getrokken dat slechts in een enkel geval sprake is van misbruik van faillissementsrecht. Zij stelt dat uit haar onderzoek blijkt dat bedrijven het faillissement niet in groten getale gebruiken, laat staan misbruiken om zich van werknemers te ontdoen zoals eerder door het Hugo Sinzheimer Instituut in 1996 was gesuggereerd en zoals wellicht de verwachting was, omdat in het faillissementsrecht geen sprake is van automatische overgang van werknemers.<sup>32</sup>
- 3.13 Hurenkamp en Konings hebben tijdens hun onderzoek naar de 97 pre-packs geen indicaties voor misbruik gevonden in de periode 2014-2023, daar waar dit in de beginjaren 2012-2014 nog wel ter discussie stond. Zij wijten dit aan het feit dat rechtbanken kritischer zijn geworden aan de poort en beoogd curatoren en beoogd rechters-commissarissen dit met hun werkwijze en toezicht in de praktijk hebben weten te ondervangen. De auteurs zien bovendien voldoende basis om te kunnen concluderen dat ondernemingen die door middel van een pre-pack zijn verkocht over het algemeen meer hebben opgebracht dat bij een ongecontroleerde insolventie het geval zou zijn geweest. De openbare verslagen, die zij voor hun onderzoek hebben bestudeerd, bevatten hiervoor overtuigende aanknopingspunten, omdat beoogd curatoren regelmatig vermelden dat een ongecontroleerd faillissement de concrete activiteiten zou hebben stilgelegd en er minder tijd en ruimte zou zijn geweest voor hetzelfde verkoop -en biedingsproces, althans niet met dezelfde opbrengsten tot gevolg. Bovendien lijkt de gemiddelde behouden werkgelegenheid bij deze pre-packs significant hoger dan bij een reguliere doorstart voorbereid tijdens insolventie.<sup>33</sup>
- 3.14 Een doorstart na faillissement moet naar onze mening juist worden beschouwd als een kans voor de betrokken werknemers toch nog aan de slag te blijven na de insolventie van hun werkgever. Desondanks wordt de doorstart door sommigen vaak gelijkgesteld met misbruik en deze stelling is ook terug te vinden in de MvT bij het Wetsvoorstel. Hier is sprake van perceptie, want feitelijk is deze stelling onjuist. Het misbruik blijkt in ieder geval niet uit de tot nu toe verrichte onderzoeken. Ook INSOLAD wees er in haar consultatiebijdrage op het voorontwerp in 2019 op dat het beeld van misbruik niet als een breed in de praktijk levend probleem wordt gezien.<sup>34</sup>

### **c. Selectie van werknemers**

- 3.15 In de MvT wordt aangegeven dat het vaak niet transparant is welke criteria de Verkrijger hanteert bij de selectie van personeel omdat de Verkrijger niet gebonden is aan het afspiegelingsbeginsel. Dit geeft onduidelijkheid bij de werknemers, omdat aan hen niet goed uit te leggen valt waarom bepaalde collega's wel mee overgaan en anderen niet.<sup>35</sup> Om deze

---

<sup>32</sup> A.P.K. Luttikhuis, *Corporate Recovery- De weg naar effectief insolventierecht*, (diss. Tilburg 2007).

<sup>33</sup> J.R. Hurenkamp & G. Konings, 'Het tienjarig jubileum is een feit! Een analyse van 97 pre-packs in de praktijk', in: N. Zetteler e.a. (red.), *In debat met Van Andel*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 234-235.

<sup>34</sup> Consultatiebijdrage INSOLAD d.d. 9 augustus 2019, p. 8.

<sup>35</sup> MvT, p. 4.

stelling te onderbouwen wordt vervolgens verwezen naar het CBS onderzoek uit 2018<sup>36</sup> waaruit blijkt dat jongeren (15 tot 25 jaar) en ouderen (55 jaar of ouder) iets minder vaak overgaan naar het doorgestarte bedrijf. Ook zwangere vrouwen en laagopgeleide werknemers worden iets minder vaak in dienst genomen bij het doorgestarte bedrijf.<sup>37</sup> Deze informatie is afkomstig uit het rapport van het CBS waarin het volgende staat vermeld:

Ongeveer 40 procent van de werknemers die in dienst waren bij een bedrijf dat tussen 2007 en 2015 een doorstart heeft gemaakt, komt in dienst van het doorgestarte bedrijf. De groep die het minst vaak mee gaat naar het doorgestarte bedrijf betreft de jongeren: van de 15 tot 25-jarigen gaat 34 procent over. Ouderen van 55 jaar of ouder gaan met 36 procent iets vaker mee. 35- tot 45-jarigen gaan met 42 procent het vaakst mee. Deze verhoudingen zijn niet voor elk jaar gelijk. Zo worden er in 2007 en 2008 en ook in 2015 relatief weinig jongeren overgenomen, terwijl er in 2013 en 2014 relatief weinig ouderen over worden genomen. Dit wordt gedeeltelijk verklaard door de samenstelling van het personeelsbestand van de bedrijven die in de betreffende jaren failliet gingen. In 2015 gingen relatief veel bedrijven failliet met een hoog percentage jongeren in dienst (zie onder meer UWV, 2016).

- 3.16 Met betrekking tot zwangere werkneemsters blijkt dat het CBS van mening is dat door de kleine aantallen weinig conclusies kunnen worden verbonden aan het onderzoek:<sup>38</sup>

Slechts een zeer klein deel van de werkneemsters die hun baan verloor vanwege faillissementsontslag, was zwanger ten tijde van het ontslag (1480 van de 140.530 vrouwen over de gehele onderzoeksperiode). Zwangere werkneemsters gaan iets minder vaak over naar het doorgestarte bedrijf dan werkneemsters die niet zwanger zijn. Dit geldt in alle jaren, behalve 2009. Het verschil bedraagt 6 procentpunten over de gehele periode 2007 t/m 2015. Door de kleine aantallen kunnen hier echter weinig conclusies aan verbonden worden.

- 3.17 In het rapport van het CBS wordt dan ook geconcludeerd dat uit het onderzoek van het CBS is gebleken dat de personeelskenmerken van groepen personen die weer bij doorgestarte bedrijven in dienst komen verschillen van de groepen personen die niet opnieuw worden aangenomen binnen doorgestarte bedrijven. Maar deze verschillen in personeelskenmerken zijn over het algemeen echter beperkt tot enige procentpunten en worden deels veroorzaakt door de samenstelling van het personeelsbestand van de bedrijven die in de betreffende jaren failliet gingen:<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> C. Bloemendal, *Doorstart na faillissement fase II*, CBS, 29 maart 2018.

<sup>37</sup> MvT, p. 4.

<sup>38</sup> C. Bloemendal, *Doorstart na faillissement fase II*, CBS, 29 maart 2018, p. 11.

<sup>39</sup> C. Bloemendal, *Doorstart na faillissement fase II*, CBS, 29 maart 2018, p. 15.

Het CBS heeft in opdracht van SZW onderzocht wat de baangevolgen zijn voor werknemers die in dienst waren bij bedrijven die failliet gingen en een doorstart maakten. Onderzocht werd of er bij de doorstart van een bedrijf selectief groepen van werknemers of bepaalde contractvormen overgenomen worden door het doorgestarte bedrijf.

De cijfers laten zien dat de personeelskenmerken van groepen personen die weer bij doorgestarte bedrijven in dienst komen verschillen van de personeelskenmerken van groepen personen die niet opnieuw worden aangenomen binnen doorgestarte bedrijven. Deze verschillen in personeelskenmerken zijn over het algemeen echter beperkt tot enige procentpunten en worden deels veroorzaakt door de samenstelling van het personeelsbestand van de bedrijven die in de betreffende jaren failliet gingen. Jongeren (15 tot 25 jaar) en ouderen (55 jaar of ouder) gaan iets minder vaak over naar het doorgestarte bedrijf, evenals personeel dat korter dan twee jaar in dienst was. Ook zwangere vrouwen en laagopgeleide werknemers worden iets minder vaak in dienst genomen bij het doorgestarte bedrijf. Oproepkrachten gaan juist iets vaker mee dan werknemers met een andere contractvorm.

- 3.18 Naar onze mening biedt het onderzoek van het CBS dan ook onvoldoende grond om te staven dat de doorstart in faillissement wordt misbruikt door de Verkrijger om bepaald personeel te selecteren.

**Redenen Wetsvoorstel zijn gebaseerd op onjuiste beeldvorming en rechtvaardigen dus niet het invoeren van de regeling van overgang van onderneming in faillissement**

- 3.19 CMS betreurt het dat bij de voorbereiding van het Wetsvoorstel en in de MvT geen aandacht is besteed aan de diverse empirische onderzoeken. Vooral omdat uit deze onderzoeken blijkt dat de percepties, die juist aanleiding zijn geweest voor het Wetsvoorstel, feitelijk onjuist zijn. Dit maakt dat het Wetsvoorstel met name beeldvorming bestrijdt, maar dat de positie van werknemers niet wordt verbeterd omdat er nagenoeg geen sprake is van misbruik. CMS meent dat de positie van werknemers daarentegen juist zal verslechteren door het Wetsvoorstel omdat de doorstart onnodig complex en duur wordt gemaakt. Hierdoor zullen potentiële kopers vaker afzien van het uitbrengen van een bieding en zal minder werkgelegenheid behouden blijven.

**Wetgeving zou juist gericht moeten zijn op ondersteunen van doorstarts, niet het belemmeren ervan**

- 3.20 Naast het ontbreken van een noodzaak voor het Wetsvoorstel, is ook sprake van onwenselijkheid van het wetsvoorstel. Met de in de consultatie van het eerdere voorstel geuite kritiek op de regeling vanuit insolventierechtelijke hoek is niet veel gedaan, anders dan het opnemen van een uitzondering van kleine ondernemingen tot 20 werknemers.
- 3.21 Het Wetsvoorstel vindt zijn rechtvaardiging in de (politieke) wens van verbetering van de positie van werknemers na faillissement.<sup>40</sup> Maar geconstateerd moet worden dat bij de afweging van alle belangen (schuldeisers, leveranciers, verhuurders, financiers, klanten, gedupeerden, belangen van maatschappelijke aard en werknemers) nu door de bewindslieden zonder enige, danwel overtuigende, motivering het belang van werknemers op vergroting van de arbeidsrechtelijke bescherming ook na faillissement voorop wordt gesteld. De (puur politieke) keuze voor nu juist een versterking van de positie van werknemers na faillissement is des te opmerkelijk (en onwenselijk) omdat de positie van werknemers in faillissement al in zoveel opzichten sterker is dan alle andere niet-gesecureerde crediteuren. Zo kan de met de

---

<sup>40</sup> MvT, p. 3.

werknemers gesloten overeenkomst slechts met toestemming van de rechter-commissaris worden beëindigd, en dan nog wel met een opzegtermijn van maximaal 6 weken (terwijl andere overeenkomsten gelijk eindigen of niet meer worden nagekomen door de boedel), levert de vordering ter zake van loon over de opzegtermijn een *boedelvordering* op,<sup>41</sup> neemt het UWV op grond van de Loongarantieregeling alle verplichtingen over tot 13 weken voorafgaande van het faillissement en over de opzegtermijn (en ontvangt de werknemer dus betaling van deze vordering los van een uitdeling in het faillissement) en is de vordering ter zake van al hetgeen de werknemer over het lopende jaar en het voorafgaande kalenderjaar in geld op grond van de arbeidsovereenkomst te vorderen heeft van zijn werkgever een *preferente* vordering.<sup>42</sup>

3.22 Vrijwel alle andere niet-gesecureerde crediteuren hebben te maken met omgaande beëindiging van de gesloten overeenkomsten, en blijven over met (op z'n best) concurrente vorderingen voor de schade die het faillissement oplevert en hebben niet het voordeel van een derde partij die openstaande vorderingen voor hen betaalt. Het enige dat de werknemer met die andere contractpartijen gemeen heeft is dat uiteindelijk wel de (arbeids)overeenkomst eindigt (op enig moment) na faillissement. Maar er is wettelijk veel geregeld waardoor de schade als gevolg van het faillissement verder voor de werknemer volledig wordt vergoed. Dat geldt voor geen andere niet-gesecureerde crediteur. Door nu juist voor deze (sterke) crediteur nog een laatste verbetering van de positie wettelijk vast te leggen (in strijd met de het algemene beginsel van uitzondering van de bescherming van de Richtlijn en de ontwikkeling in het Europese recht) wordt ten koste van de andere gedupeerden in een faillissement gehandeld.

3.23 Een voorbereide doorstart verdient voor alle betrokkenen dan ook de voorkeur. Advocaat Generaal Drijber heeft in zijn conclusie voorafgaande aan *FNV/Heiploeg* het volgende gesteld:

*“3.10 Zoals ook uit het arrest naar voren komt, kan met een verkoop going concern de insolvente onderneming (grotendeels) in tact blijven. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kunnen meer arbeidsplaatsen behouden blijven dan wanneer de onderneming in delen wordt opgeknipt, die apart worden verkocht of worden afgewikkeld. (...)*

*3.14 Een ‘pre-packaged’ doorstart kan, gelet op de betrokkenheid van de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris en de tijd die wordt genomen om een doorstart goed voor te bereiden, tot het grootste waardebewoud voor de grootste groep stakeholders leiden: schuldeisers, kapitaalverstrekker én werknemers.”<sup>43</sup>*

3.24 Een doorstart is dus goed voor alle betrokkenen, inclusief de werknemers. Wij zijn van mening dat wetgevingsinitiatieven dan ook gericht zouden moeten zijn op bevordering van de mogelijkheden van een doorstart. Het Wetsvoorstel bevordert de doorstart geenszins. Wanneer de invoering van de WCO I niet kan zonder het Wetsvoorstel dan is het voor de rechtspraak, de gezamenlijke crediteuren en overige betrokkenen bij een faillissement beter als zowel het

---

<sup>41</sup> Art. 40 Fw.

<sup>42</sup> Art. 3:288 sub e BW.

<sup>43</sup> Conclusie AG Drijber d.d. 31 maart 2023, ECLI:NL:PHR:2023:368, onder 3.10, voorafgaande aan het arrest HR 6 2023, ECLI:NL:HR:2023:1372.



Wetsvoorstel als de WCO I niet verder worden gebracht. In dat geval is het beter dat wordt gewacht op invoering van het Richtlijnvoorstel, waarmee de pre-pack procedure in heel Europa een wettelijke basis moet krijgen. Dan kunnen tot en na die tijd in Nederland doorstarts nog zonder belemmering plaatsvinden. De in het Wetsvoorstel voorgestelde verzachtende maatregelen zijn slechts een (klein) doekje voor het bloeden. Voor het bevorderen van een doorstart is het uiteraard beter dat de huidige uitzonderingsbepaling van artikel 5 lid 1 Richtlijn van kracht blijft.

- 3.25 Wanneer het Wetsvoorstel ertoe leidt dat de mogelijkheid van een doorstart kleiner is,<sup>44</sup> is de kans groot dat de opbrengst van de verkoop van het boedelactief lager is en daarmee de kans op uitkering aan de schuldeisers ook kleiner wordt. Behalve voor de werknemers, die vanwege de hiervoor genoemde wettelijke regelingen (het grootste gedeelte van) hun vordering betaald krijgen. De bewindslieden geven geen enkele rechtvaardiging voor deze bevoordeling van nu juist deze betrokkenen bij faillissement ten koste van de andere schuldeisers en betrokkenen. Dat is een onwenselijke en onnodige ontwikkeling.

#### **4. WETSVOORSTEL ONWERKBAAR IN DE PRAKTIJK**

- 4.1 Op grond van het Wetsvoorstel gaan bij een overgang van onderneming in faillissement alle arbeidsovereenkomsten met werknemers die op datum faillissement in dienst zijn bij de failliet, van rechtswege over op de Verkrijger in de stand waarin die overeenkomsten zich op dat moment bevinden.<sup>45</sup>
- 4.2 Bij een faillissement van een onderneming, worden de arbeidsovereenkomsten meestal kort na de faillietverklaring op grond van artikel 40 Fw opgezegd door de curator. Voor zover de opzegtermijn op het moment van de overgang van de onderneming nog niet is afgelopen, heeft dat tot gevolg dat deze arbeidsovereenkomsten op dat moment in ‘opgezegde status’ overgaan op de Verkrijger.<sup>46</sup> De insteek van het Wetsvoorstel is juist dat de werknemers die in dienst zijn bij de failliet op het moment van faillietverklaring, bij een doorstart in beginsel onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst komen bij de Verkrijger. Daarom is in het voorgestelde artikel 7:666b lid 1 BW bepaald dat de Verkrijger alle werknemers ten aanzien van wie de arbeidsovereenkomst is opgezegd, een nieuwe arbeidsovereenkomst moet aanbieden op basis waarvan zij op het moment van de overgang bij hem in dienst treden.
- 4.3 In de MvT wordt erkend dat de omstandigheden bij een overgang van een onderneming in faillissement anders zijn dan bij een reguliere overgang van onderneming buiten faillissement, en dat dus daarom het eenvoudigweg schrappen van de uitzonderingsregel in artikel 7:666, sub a BW geen geschikte oplossing is.<sup>47</sup> Daarom is ervoor gekozen de door de Richtlijn

---

<sup>44</sup> In de MvT, p. 6 staat dat hoewel de nieuwe regeling is ontworpen zodat deze snel en efficiënt kan worden toegepast, niet is 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.

<sup>45</sup> Artikel 7:663 BW, eerste volzin en artikel 666 lid 5 BW en MvT, p. 31.

<sup>46</sup> MvT, p. 31.

<sup>47</sup> MvT, p. 4.

geboden keuzes te benutten “om de gevolgen van de toepassing van de richtlijn te verzachten”.<sup>48</sup> Dit betreffen kort gezegd de volgende maatregelen:

- (d) schulden die verschuldigd waren voor overgang gaan niet mee;
- (e) onder strikte voorwaarden is aanpassing van de arbeidsvoorwaarden mogelijk;
- (f) als er bij de overgang arbeidsplaatsen verdwijnen en dit het gevolg is van bedrijfseconomische omstandigheden, is het de Verkrijger toegestaan minder werknemers een aanbod te doen;
- (g) snelle procedure bij de rechter-commissaris in plaats van het UWV; en,
- (h) voorlopige *carve out* voor ondernemingen met minder dan 20 werknemers.

4.4 Hierna zullen wij ingaan op een aantal van deze verzachtende maatregelen en onze stelling onderbouwen dat ze ontoereikend zijn en dat door de bewindslieden onvoldoende rekening is gehouden bij het opstellen van het Wetsvoorstel met de praktische uitwerking daarvan en de gevolgen voor alle betrokkenen.

#### **Bedrijfseconomische omstandigheden en inspiegelingsmethode**

4.5 Op de regel dat de Verkrijger een arbeidsovereenkomst moet aanbieden aan alle werknemers die in de onderneming werkzaam zijn, wordt één uitzondering gemaakt.<sup>49</sup> Als er bij de overgang arbeidsplaatsen verdwijnen en dit het gevolg is van bedrijfseconomische omstandigheden als bedoeld in artikel 7:669 lid 3, onderdeel a, BW is het de Verkrijger toegestaan minder werknemers een aanbod te doen. De achtergrond van deze uitzondering is volgens de MvT dat bij een overname vanuit faillissement het voor de Verkrijger over het algemeen noodzakelijk zijn om te reorganiseren om de onderneming weer financieel gezond te maken en dergelijke noodzakelijke reorganisaties moeten mogelijk blijven.<sup>50</sup>

4.6 Bij het doen van een aanbod aan de werknemers moet de Verkrijger een objectieve en transparante methode, zoals de inspiegelingsmethode, gebruiken. De Verkrijger moet in dat kader tijdig inzicht krijgen in het personeelsbestand van de failliet om tijdig te kunnen inspiegelen. Immers, peildatum voor het inspiegelen is de dag van faillietverklaring. De Verkrijger moet de werknemers tijdig informeren over de selectieprocedure en voortgang. Uit het Wetsvoorstel blijkt niet duidelijk wat er wordt verstaan onder "tijdig" en welke concrete informatie dan moet worden gedeeld.

4.7 In de MvT staat dat de bedrijfseconomische omstandigheden vergelijkbaar zijn met de ETO-redenen van artikel 4 lid 1 Richtlijn. Voor de uitleg van de bedrijfseconomische omstandigheden wordt verwezen naar de uitleg van het UWV. Omdat de praktijk al bekend is met het begrip ‘bedrijfseconomische omstandigheden’ is besloten om in het Wetsvoorstel daarbij aan te sluiten. Dit heeft volgens de MvT als voordeel dat de jurisprudentie die op basis van artikel 7:669 lid 3 onderdeel a BW tot ontwikkeling is gekomen en nog komt, ook illustratief is in het kader van de toepassing van het Wetsvoorstel. De vraag kan worden gesteld

---

<sup>48</sup> MvT, p. 4.

<sup>49</sup> MvT, p. 9 en voorgestelde artikel 666b lid 2 BW.

<sup>50</sup> MvT, p. 4.

of dit daadwerkelijk het geval is. Uit Europese rechtspraak volgt in ieder geval dat aannemelijk moet worden gemaakt dat niet alleen de overgang zelf leidt tot verval van de arbeidsplaatsen, maar dat *bijkomende omstandigheden* als ETO-redenen kunnen worden aangenomen. Verder beperkt bestaande Europese rechtspraak ten aanzien van ETO-redenen, zich tot een reguliere overgang van onderneming en ziet deze rechtspraak niet op een faillissement situatie. Gelet op het voorgaande zouden de ETO-redenen moeten worden aangetoond aan de hand van omstandigheden in de onderneming van de Verkrijger en de omstandigheden bij de gefailleerde, terwijl nu in het Wetsvoorstel (bij de toepassing van het inspiegelingsbeginsel) slechts wordt uitgegaan van het personeelsbestand van de gefailleerde. Het Wetsvoorstel moet op dit punt meer duidelijkheid geven.

- 4.8 De individuele werknemer kan bij de kantonrechter een verzoek indienen als de Verkrijger geen aanbod tot arbeid heeft gedaan zoals vereist door artikel 7:666b leden 1, 2 en 5 BW. Verzoeken moeten binnen twee maanden na de overname of beëindiging van de arbeidsovereenkomst worden ingediend. De kantonrechter kan de Verkrijger bevelen om een aanbod tot arbeid te doen of een billijke vergoeding te betalen als arbeid niet redelijkerwijs mogelijk is door ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de Verkrijger. De kantonrechter gaat ervan uit dat de Verkrijger niet verplicht was om een aanbod te doen als de Verkrijger heeft gehandeld volgens de uitgangspunten waarvoor toestemming is verleend door de rechter-commissaris, tenzij de toestemming is gebaseerd op onjuiste of onvolledige informatie of is verleend met een kennelijk onjuiste toepassing van de wettelijke regeling. In het Wetsvoorstel is onvoldoende toegelicht wat hier wordt bedoeld met een 'kennelijk onjuiste toepassing'. Er wordt niet nader in gegaan op hoe de kantonrechter dit zou moeten toetsen en beoordelen, waardoor onduidelijkheid bestaat over de exacte omvang van de toets van de kantonrechter.

**Verkrijger draait op voor administratieve en financiële lasten van werknemers aan wie hij om bedrijfseconomische redenen geen aanbod hoeft te doen**

- 4.9 De geformuleerde uitzondering in artikel 7:666b lid 2 BW lijkt te impliceren dat de Verkrijger niets van doen heeft met de werknemers aan wie vanwege bedrijfseconomische omstandigheden geen arbeidsovereenkomst wordt aangeboden omdat er arbeidsplaatsen bij de overgang verdwijnen. Dat is niet het geval.
- 4.10 In de MvT wordt echter aangegeven dat:
- "werknemers aan wie vanwege bedrijfseconomische omstandigheden geen aanbod wordt gedaan tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst, kunnen in sommige gevallen op grond van artikel 7:663 BW wel tijdelijk in dienst komen van de verkrijger, namelijk gedurende de opzegtermijn van de arbeidsovereenkomst met de gefailleerde werkgever."*<sup>51</sup>
- 4.11 Hiermee wordt de verzachtende maatregel van artikel 7:666b lid 2 BW op grond waarvan afscheid kan worden genomen van personeel als dit wegens bedrijfseconomische omstandigheden noodzakelijk is, volledig teniet gedaan.

---

<sup>51</sup> MvT, p. 32.

- 4.12 Zoals in het Beleidskompasformulier terecht wordt opgemerkt, is bij een doorstart in faillissement van belang dat deze zo snel mogelijk kan plaatsvinden.<sup>52</sup> Hoe langer de onzekerheid van een doorstart duurt, hoe meer betrokkenen (waaronder klanten, leveranciers én werknemers) voor een alternatief zullen kiezen. De Verkrijger zal dan ook een zo snel mogelijke doorstart beogen zodat hij de klanten, leveranciers en andere betrokkenen kan informeren dat de continuïteit van de geleverde diensten en/of goederen is geborgd om daarmee zoveel mogelijk waarde te behouden.
- 4.13 Als gevolg van het Wetsvoorstel, wordt de Verkrijger dus ook belast met de salariskosten over de (resterende) opzegtermijn van de werknemers aan wie hij geen aanbod hoeft te doen. Naast het kostenplaatje dat bij deze nieuwe regeling komt kijken, moet ook de administratieve last die op de Verkrijger komt te rusten niet worden onderschat. Hieronder valt onder meer:
- (a) opnemen in het personeelsinformatie systeem van de organisatie;
  - (b) aanmelden bij het pensioenfonds (afhankelijk van de branche);
  - (c) aanmelden bij de Arbodienst;
  - (d) aanmelden bij de verschillende verzekeringen waaronder ongevallen- en arbeidsongeschiktheidsverzekering;
  - (e) aanmelden in verband met de loonaangifte; en
  - (f) het verstrekken van salarisstroken en een jaaropgave
- 4.14 Dit allemaal voor slechts een zeer korte periode, terwijl er geen arbeid tegenover staat voor de Verkrijger omdat er simpelweg geen arbeidsplek is. Hiermee wordt op geen enkele wijze rekening gehouden in het Wetsvoorstel.
- 4.15 Maar niet alleen de Verkrijger wordt benadeeld door toenemende kosten en administratieve lasten. Ook de werknemer aan wie geen aanbod wordt gedaan omdat arbeidsplaatsen verdwijnen als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden, is slechter af onder het Wetsvoorstel. Waar hij eerst een beroep kon doen op de loongarantieregeling bij het UWV, krijgt hij daarvoor een loonvorderingsrecht jegens een commerciële partij, namelijk de Verkrijger, uit hoofde van een arbeidsovereenkomst. Aanvaardt de werknemer de nieuwe arbeidsovereenkomst niet, dan zal dit over het algemeen betekenen dat hij verwijtbaar werkloos wordt of is in de zin van artikel 24 van de Werkloosheidswet. Hij kan dan geen aanspraak maken op een WW-uitkering.<sup>53</sup> Er kunnen voor de werknemer genoeg redenen zijn om het aanbod van een nieuwe arbeidsovereenkomst niet te accepteren. Sterker nog, naar onze mening moet het de werknemer vrij staan al dan niet mee te gaan met de doorstarter. Aangezien er geen arbeidsplek is, staat vast dat de werknemer op zoek moet naar een andere baan. Het is dan ook onbegrijpelijk dat hij eerst een zeer korte periode zijn opzegtermijn bij de Verkrijger “moet uitzitten” omdat hij anders zijn recht op een WW-uitkering verliest. Als gevolg van het Wetsvoorstel wordt de positie van de werknemer die niet mee over gaat, dan ook aanmerkelijk verslechterd.

---

<sup>52</sup> Beleidskompasformulier voor internetconsultatie, paragraaf 5b

<sup>53</sup> MvT, p. 32.

### **Onvoldoende aandacht voor werknemers met een verblijfs- en tewerkstellingsvergunning**

- 4.16 Een ander cruciaal aandachtspunt is dat als de failliete onderneming kennismigranten (non-EU/EEA werknemers met een verblijfs- en tewerkstellingsvergunning) in dienst heeft, dit gevolgen heeft voor de geldigheid van hun vergunningen. Het werkzaam zijn bij een erkend referent is namelijk een vereiste voor de geldigheid van de verblijfs- en tewerkstellingsvergunning van de kennismigrant. Indien de Verkrijger niet erkend is als referent bij de IND, kan de kennismigrant niet in dienst treden of op een andere wijze werkzaam zijn bij de Verkrijger. Dit betekent dat de Verkrijger geen aanbod tot arbeid kan doen zoals omschreven in het Wetsvoorstel en de werknemer geen aanbod tot arbeid kan aanvaarden. Het Wetsvoorstel houdt dan ook geen rekening met non-EU/EEA werknemers. Hierbij moet worden meegenomen dat de aanvraagprocedure voor erkend referentschap lang kan duren. Indien de onderneming langer dan drie jaar bestaat, geldt een beslistermijn van drie maanden. Bestaat de onderneming korter dan drie jaar, dan kan de aanvraagprocedure bij de IND tot wel zes maanden duren. Gezien de snelheid waarmee gehandeld moet worden bij een overgang van onderneming na faillissement, maken deze termijnen het voor de kennismigrant onmogelijk om in dienst te treden. Dit kan leiden tot een ongerechtvaardigd onderscheid.

### **Voorgestelde procedure bij de rechter-commissaris leidt tot onwenselijke vertraging en uitbreiding takenpakket voor rechtbanken**

- 4.17 Hoewel het primair niet aan CMS is om te reageren op de voorstelde uitbreiding van het takenpakket voor de insolventieteams van de rechtbanken, vragen wij toch graag aandacht voor het volgende.
- 4.18 Op grond van het Wetsvoorstel neemt de werklast en -druk voor de insolventieteams van de rechtbanken in een faillissement in onevenredige mate toe. Die toename is dusdanig, dat wij ons afvragen in hoeverre de wetgever onderzoek heeft gedaan naar de haalbaarheid van zijn voorstel. Wij lichten dat toe.
- 4.19 Het takenpakket wordt door het Wetsvoorstel aanzienlijk vergroot. Het Wetsvoorstel en de MvT laten bovendien veel in het midden over de invulling van de nieuwe taken die de rechter-commissaris krijgt en de toetsen die de rechter-commissaris zal moeten uitvoeren. De rechter-commissaris zal moeten toetsen of er bedrijfseconomische omstandigheden zijn die rechtvaardigen dat niet alle werknemers worden overgenomen. Deze toets moet nog worden ingevuld in context van een faillissement. De rechter-commissaris zal moeten toetsen of er een objectieve inspiegelingmethode is gebruikt die in lijn is met het nieuwe artikel 7:666b lid 3 of dat – indien van toepassing – een alternatieve selectiemethode kan worden toegepast. Hij moet toetsen of de nieuwe arbeidsovereenkomsten onder dezelfde voorwaarden worden aangeboden en zal erop moeten toezien dat de (beoogd) verkrijger aan alle vereisten heeft voldaan die het nieuwe artikel 7:666b voorschrijven. Hij zal de curator, de (beoogd) verkrijger en de ondernemingsraad moeten horen. De rechter-commissaris dient dit alles te doen in niet meer dan drie dagen. Dat is wat ons betreft onrealistisch en zijn bovendien toetsen die inhoudelijk grotendeels buiten het insolventierecht liggen.

- 4.20 Daar komt nog bij dat een doorstart vaak valt of staat met de doorloopsnelheid. Een faillissement richt grote schade aan bij een onderneming. Niet voor niets won de pre-pack zo aan populariteit, omdat hiermee die schade zoveel mogelijk kon worden beperkt en daarmee zoveel mogelijk waarde werd behouden. Met waardebehoud is elke *stakeholder* van een onderneming gebaat, juist ook de werknemers. Een doorstart staat dus vaak onder hoge druk en dient doorgaans in een periode van maximaal vier tot zes weken te worden gerealiseerd. Daarna lopen de opzegtermijnen van de arbeidsovereenkomsten af, hebben klanten een alternatief gevonden en zijn leveranciers weggelopen de onderneming stil komt te liggen en niet meer *going concern* kan worden verkocht.
- 4.21 De beoogde uitbreiding van de taak van de rechter-commissaris zet dit ernstig onder druk en vertraagt dat proces dusdanig, dat wij er serieuze twijfels bij hebben of ook om die reden het Wetsvoorstel niet elke doorstart bij voorbaat in de kiem smoort. Wij zullen dit illustreren aan de hand van een voorbeeld.
- 4.22 Zowel wanneer de onderneming dient te worden voortgezet als wanneer *mogelijk* sprake is van overgang van onderneming, zal de ondernemingsraad om advies moeten worden gevraagd. De curator zal zijn bericht aan de ondernemingsraad moeten voorbereiden en de ondernemingsraad vervolgens minimaal drie dagen moeten geven om te reageren op zijn voornemen. Wat er in afwachting van het advies dient te gebeuren is onduidelijk. Bijvoorbeeld ten aanzien van de voortzetting heeft een curator behoefte aan duidelijkheid over de mogelijke gevolgen van de voortzetting, wanneer achteraf het advies van de ondernemingsraad negatief blijkt te zijn.
- 4.23 Doorgaans hebben de leden van een ondernemingsraad geen juridische achtergrond. Om advies te kunnen geven, moet de ondernemingsraad zich dus laten informeren. Allereerst is dus de kans groot dat het voor een ondernemingsraad heel krap is om een deskundige in te schakelen en binnen de gestelde termijn van drie dagen advies en informatie in te winnen en vervolgens advies te geven, waarbij wij opmerken dat een langere termijn onwenselijk is in verband met de vereiste snelheid die nodig is om een doorstart te kunnen realiseren. Daarnaast is het de vraag door wie de (advies)kosten van de ondernemingsraad dienen te worden betaald. De in de boedel beschikbare middelen zijn doorgaans beperkt.
- 4.24 Vervolgens zal de curator een toestemmingsverzoek zoals bedoeld in het nieuwe artikel 176a Fw moeten voorbereiden, waarin hij moet uitleggen waarom aan de vereisten uit artikel 7:666b BW is voldaan. Vanwege de complexiteit van dit voorstel, zal de curator hier ook de nodige tijd voor moeten uittrekken. De rechter-commissaris zal vervolgens de curator, de Verkrijger en – indien de ondernemingsraad negatief heeft geadviseerd – de ondernemingsraad moeten oproepen én horen. Ook hier zal enige tijd overheen gaan. De rechter-commissaris heeft daarna maximaal drie dagen om een oordeel te vellen. In een gunstig scenario komt er dus zomaar een week bij voordat een doorstart kan worden gerealiseerd. In de praktijk zal de periode waarschijnlijk langer duren. Bovendien wordt de werklast van de curator behoorlijk vergroot terwijl die bij een doorstart doorgaans al maximaal is. Dat drukt ook op het boedelactief ten



behoefte van de gezamenlijke schuldeisers. Uit de MvT blijkt nergens dat met de hiervoor geïllustreerde elementen rekening is gehouden.

- 4.25 Nog los van de vraag of gevraagd kan worden van rechters-commissarissen dat zij zulke omvangrijke toetsen in zulke korte tijd uitvoeren, is het de vraag in hoeverre de rechtbanken over voldoende logistieke en personele capaciteit beschikken om een behandeling van een verzoek op basis van het nieuwe artikel 176a Fw toe te laten. Zonder voor de rechters-commissarissen te willen spreken, zouden wij het aanmoedigen als de wetgever onderzoek zou verrichten naar de daadwerkelijke haalbaarheid van de voorgestelde regeling in het Wetsvoorstel.

#### ***Carve out* voor kleine ondernemingen is onvoldoende**

- 4.26 Het Wetsvoorstel bevat een *carve out* voor kleinere ondernemingen indien de faillissementsprocedure het oog heeft op de liquidatie van het vermogen van de werkgever. Dit vereiste heeft geen enkele toegevoegde waarde omdat dit al uitvoerig aan de orde is gekomen in *FNV/Heiploeg*<sup>54</sup> waarin het HvJ uitdrukkelijk heeft overwogen dat aan het vereiste van artikel 5 lid 1 Richtlijn (er moet sprake zijn van faillissementsprocedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder) is voldaan.
- 4.27 Bovendien schept de MvT verwarring, omdat daarin meermaals wordt geschreven dat aan dat vereiste in ieder geval niet is voldaan indien de procedure de voortzetting van de activiteit van de onderneming beoogt. Zoals eerder aangegeven heeft het HvJ hierover de benodigde duidelijkheid verschaft en past dit vereiste niet (meer) bij de recente jurisprudentie van het HvJ en de Hoge Raad. Naar wij aannemen zijn dat zo goed als alle doorstarts, zodat daarmee de *carve out* voor kleine ondernemingen vooral een wassen neus lijkt.
- 4.28 De grens voor de mogelijkheid om de *carve out* is nu gesteld op 20 werknemers. Dit betekent dat slecht een heel beperkt aantal ondernemingen onder de *carve out* vallen aangezien een onderneming al snel meer dan 20 werknemers heeft. Zeker wanneer daar ook parttime en nul-urencontracten tussen zitten. De beperking van 20 werknemers is dan ook veel te laag om daadwerkelijk als een verzachtende maatregel te kunnen dienen.

## **5. CONCURRENTIEBEDING**

- 5.1 Volgens artikel 37 Fw blijven bestaande overeenkomsten, waaronder concurrentiebedingen, geldig in geval van faillissement. De curator heeft de bevoegdheid werknemers aan een concurrentiebeding te houden om de belangen van een koper, die een doorstart met de onderneming wil maken, te beschermen. Met de invoering van artikel 7:653 lid 6 BW in het Wetsvoorstel ontstaat echter een belangrijke wijziging: het concurrentiebeding vervalt zodra de arbeidsovereenkomst eindigt door opzegging door de curator, of als de verkrijger geen aanbod aan de werknemer doet. Het concurrentiebeding blijft van kracht indien er geen

---

<sup>54</sup> HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753 en het daarop aanvullende arrest HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954.

doorstart tot stand komt, maar ook indien de verkrijger wél een aanbod doet, maar de werknemer het aanbod weigert.

- 5.2 Deze wijziging is bedoeld om de belemmering voor de werknemer om na het einde van de arbeidsovereenkomst elders werkzaam te zijn, te verminderen. Echter, bij de formulering van het Wetsvoorstel lijkt geen rekening te zijn gehouden met de voorgestelde Wet modernisering concurrentiebeding, die eveneens beoogt het gebruik van concurrentiebedingen aanzienlijk te beperken en eveneens een voor de werknemer beschermend en gelijk effect nastreeft. Dat hier geen rekening mee is gehouden, blijkt expliciet uit de MvT op het Wetsvoorstel, waarin wordt gesteld dat het concurrentiebeding gebaseerd blijft op het huidige wettelijk kader en dat afstemming met toekomstige wetgeving nog zal plaatsvinden. Tegelijkertijd vermeldt het wetsvoorstel Wet modernisering concurrentiebeding dat eventuele wijzigingen met betrekking tot de overgang in faillissement en het concurrentiebeding juist via het Wetsvoorstel zullen worden geïnitieerd.
- 5.3 Nu de beide wetsvoorstellen volledig los van elkaar staan en niet op elkaar zijn afgestemd, blijven er belangrijke onduidelijkheden bestaan. In algemene zin rijst de vraag of extra waarborgen in het Wetsvoorstel voor werknemers met een concurrentiebeding wel noodzakelijk zijn indien de Wet modernisering concurrentiebeding van kracht wordt. De Wet modernisering concurrentiebeding legt namelijk al beperkingen op aan de duur van het concurrentiebeding en introduceert een verplichting voor werkgevers om compensatie te betalen indien een beroep wordt gedaan op het beding. Deze bepalingen zijn expliciet en verstrekkend in het voordeel van de werknemer, waardoor het aannemelijk is dat het concurrentiebeding reeds aanzienlijk aan kracht zal inboeten vanuit het perspectief van de werkgever.
- 5.4 In het bijzonder wordt dit duidelijk in de situatie waarin een werknemer het aanbod van de Verkrijger afwijst en het concurrentiebeding van kracht blijft. Op grond van de Wet modernisering concurrentiebeding zou de werknemer in deze situatie alsnog recht kunnen hebben op een vergoeding, terwijl het concurrentiebeding bovendien beperkt is tot een maximale duur van één jaar, indien de Verkrijger het beding handhaaft. Dit legt (nog weer) een aanzienlijke last op de Verkrijger, die geconfronteerd wordt met zowel de verplichting tot het betalen van een vergoeding als met de beperking van de geldigheid van het concurrentiebeding. Dit alles terwijl de Verkrijger handelt in overeenstemming met het doel van de faillissementsregeling: het faciliteren van een doorstart en het behouden van werkgelegenheid. Er ontstaat hier een duidelijke onevenwichtigheid tussen de twee wetsvoorstellen, en daarmee ook tussen de positie van de verkrijger en de werknemer. De Verkrijger, die in feite bijdraagt aan de doorstart én het maatschappelijke doel van de faillissementsregeling (behoud van werkgelegenheid), wordt door deze regels zwaarder belast, terwijl de werknemer, die geen bijdrage levert aan de doorstart en deze mogelijk zelfs bemoeilijkt, juist in een betere positie komt te verkeren.
- 5.5 Tot slot rijst nog een praktische vraag. De Wet modernisering concurrentiebeding voorziet in een overgangsregeling, waarbij bestaande concurrentiebedingen rechtsgeldig blijven zonder

dat zij hoeven te voldoen aan de nieuwe vereisten, zoals de verplichting om de geografische reikwijdte en zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen van de werkgever te specificeren. De vraag is of deze overgangsregeling eveneens van toepassing is in faillissementssituaties, met name wanneer het Wetsvoorstel eerder in werking treedt dan de Wet modernisering concurrentiebeding.

## **6. CONCLUSIE**

- 6.1 CMS verzoekt de bewindslieden af te zien van het indienen van het Wetsvoorstel en zich juist te richten op het voortzetten van de aangekondigde wetgevingstrajecten als de WCO I en de WCO III waarmee het reorganiserend vermogen van een onderneming wordt bevorderd.

Met vriendelijke groet,

Ayşegül Avcı  
Esra Beelen  
Jonathan van Ee  
Marlous de Groot  
Luca Keuben  
Hidde Tiesinga  
Marc van Zanten