



VERENIGING  
JONGE  
INSOLVENTIERECHT  
ADVOCATEN.

**Vereniging JIRA**

Postbus 253

5680 AG BEST

T : 085 – 2010 010

E : [info@verenigingjira.nl](mailto:info@verenigingjira.nl)

Ministerie van Justitie en Veiligheid  
Zijne Excellentie de staatssecretaris Rechtsbescherming,  
de weledelzeergeleerde heer T.H.D. Struycken

Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid  
Zijne Excellentie de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid,  
de weledelzeergeleerde heer Y.J. van Hijum

30 augustus 2024

**Betreft: Consultatiereactie vereniging JIRA op Wetsvoorstel van de Wet overgang van onderneming in faillissement (Wovof)**

Excellenties,

Met deze brief reageert de vereniging voor Jonge Insolventierecht Advocaten (“**JIRA**”) op het Wetsvoorstel van de Wet overgang van onderneming in faillissement (de “**Wovof**”) en de bijbehorende ministeriële regeling, die op 27 mei 2024 in consultatie zijn gebracht via: [internetconsultatie.nl](https://internetconsultatie.nl).

JIRA is de landelijke vereniging voor jonge advocaten die affiniteit hebben met het insolventierecht en minder dan zeven jaar staan ingeschreven als advocaat. Naast advocaat is een groot aantal JIRA-leden ook curator in faillissementen en zijn zij betrokken in faillissementen waarin hun kantoorgenoten curator zijn. JIRA biedt haar ruim 250 leden een platform om hun kennis van het insolventierecht te vergroten en hun deskundige beroepsuitoefening te bevorderen. Tevens is JIRA betrokken bij stakeholdersoverleggen van onder meer het ministerie van Justitie en Veiligheid, bijvoorbeeld via de klankbordgroep Goederen- en insolventierecht.

**Inleiding, algemene opmerkingen**

1. In deze consultatiereactie zet JIRA haar bezwaren en aandachtspunten uiteen, in de volgorde van de voorgestelde artikelen en onderdelen van de Wovof. Onderdelen waarbij JIRA geen opmerkingen heeft worden niet behandeld. Aan die bespreking voorafgaand, wenst JIRA aandacht te vragen voor drie overkoepelende bezwaren tegen de Wovof. Dat zijn: (i) het (onterechte) daglicht waarin de doorstart uit faillissement wordt gezet, (ii) dat onvoldoende is onderzocht welke effecten de voorgestelde regeling zal hebben op de doorstartpraktijk (iii) de vrees dat de Wovof niet het beoogde doel van behoud van werkgelegenheid kan waarmaken. Deze bezwaren kennen ook onderlinge samenhang, maar worden hierna desondanks apart besproken.

*(i) De doorstart uit faillissement in een onterecht daglicht*

2. De toepassing van de doorstart uit faillissement wordt op meerdere plekken in de Wovof (zie p. 3-4 van de memorie van toelichting (de “**MvT**”) en het Beleidskompas) neergezet als methode die gevoelig is voor misbruik of zou dienen als eenvoudige manier om werknemers te ontslaan. Een feitelijke of

cijfermatig onderbouwing daarvan wordt niet gegeven. Het onderzoek dat hiernaar is verricht in opdracht van het WODC, ontkracht deze aanname juist. Uit dat onderzoek bleek dat het faillissement in geen van de onderzochte gevallen was aangevraagd met enkel het oog op de sanering van het personeelsbestand.<sup>1</sup> In de MvT wordt weliswaar gewezen op maatschappelijk onrust, maar die onrust betekent nog niet dat feitelijk sprake is van misbruik of oneigenlijke toepassing van het faillissement. Recente voorbeelden van faillissementen die dergelijke onrust veroorzaakten worden overigens niet genoemd. Bovendien wordt gewezen op de voordelen die een doorstarter geniet of zou genieten (onder meer concurrentievoordeel, een lage koopprijs en verminderde ballast), terwijl de werknemers de dupe zijn en voor hen nauwelijks bescherming bestaat. Volgens JIRA is het geschetste *frame* grotendeels onterecht.

3. Enerzijds worden de rechten van werknemers gewaarborgd door de loongarantieregeling, de toekenning van een WW-uitkering en bij een doorstart wordt doorgaans een aanzienlijk deel van het personeel een nieuwe baan aangeboden. Zij zijn één van de best beschermde stakeholders zonder (formele of informele) zekerheid in een faillissement. Uit de praktijk blijkt ook dat curatoren bijzondere aandacht hebben voor de positie van werknemers.<sup>3</sup>
4. JIRA erkent dat er een groot verschil is in werknemersrechten buiten en binnen faillissement, maar daarmee worden werknemers niet zonder meer benadeeld. Dát er een verschil bestaat is volgens JIRA overigens niet onterecht. Een onderneming in faillissement heeft bewezen financiële problemen.<sup>4</sup> Vrijwel alle betrokkenen – met name schuldeisers en aandeelhouders – ondervinden daarvan de gevolgen. Dat ook de werknemers gevolgen ondervinden van een faillissement, is in dat licht niet vreemd.
5. Anderzijds is onjuist dat een doorstarter alle voordelen meepikt. Onderkend moet worden dat de bedrijfsovername door een doorstarter in faillissement een hoger risicoprofiel kent dan een ‘reguliere’ bedrijfsovername buiten faillissement. In vrijwel alle doorstartgevallen gaat het om een overname van (een deel van) een financieel onrendabele onderneming, waarvan de toekomstige prestaties ongewis zijn en die reputatieschade heeft opgelopen vanwege het faillissement. De doorstarter heeft geen tijd om een uitgebreid *due diligence*-onderzoek te verrichten en doet zijn bieding daarom op basis van beperkte informatie.

*(ii) De effecten zijn onvoldoende onderzocht*

6. Ten aanzien van verschillende onderwerpen geeft de MvT ervan geen blijk dat is onderzocht wat de effecten in de praktijk zullen zijn van de voorgestelde regeling. Naar verwachting van JIRA pakken enkele effecten negatief uit voor de doorstartpraktijk. JIRA meent daarom dat die onderwerpen (nader) moeten worden onderzocht, althans dat meer inzage moet worden gegeven in (eventueel al verricht) onderzoek. De bedoelde onderwerpen zijn als volgt.

---

<sup>1</sup> “Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers”, Rapport Onderzoekcentrum Onderneming & Recht (Radboud Universiteit), WODC-kenmerk: 599/624436/15, p. 95. Ook komt in het rapport naar voren dat (i) het faillissement als zeer onwenselijk wordt gezien en ondernemers er veel voor over hebben dit te vermijden (zie p. 92) en (ii) financiële problemen zelden worden veroorzaakt door (enkel het) personeel, waardoor de arbeidsrechtelijke positie van werknemers over het algemeen ook niet van invloed is op het specifieke vervolg van de procedure d door de onderneming wordt gekozen (zie p. 92).

<sup>3</sup> Bij wijze van voorbeeld wordt gewezen op het faillissement van de B.V. Fabriek van Diastatische Producten te Leiden (insolventienummer F.09/22/171), waarin de bewindvoerder in surseance (tevens de latere curator) ten behoeve van het personeel heeft bedongen dat, indien zou blijken van een surplus in het faillissement, dit surplus pas toekomt aan de aandeelhouders van de vennootschap nadat aan de werknemers de transitievergoeding wordt betaald, die zij doorgaans hadden ontvangen bij een regulier ontslag (buiten faillissement). Zie het faillissementsverslag in voornoemd faillissement, par. 2.1, raadpleegbaar via het Centraal Insolventieregister.

<sup>4</sup> Enkele faillissementen daargelaten, waarin bijvoorbeeld operationele oorzaken aan het faillissement ten grondslag liggen, zoals het faillissement van de Amsterdam Trade Bank N.V. in 2022.

7. Ten eerste volgt uit de MvT niet dat bij de rechtbanken – meer specifiek de insolventieteams – is nagegaan of zij over voldoende personele en logistieke middelen en capaciteit beschikken om deze nieuwe taak op zich te nemen. Hetzelfde geldt voor de curator. Jaren geleden is de curator al omschreven als octopus<sup>6</sup>, maar is inmiddels verworpen tot duizendpoot. Het Wetsvoorstel noch de MvT geven aan hoe een nieuwe toename van het takenpakket van de curator wordt meegewogen in de effectiviteit en (werkelijke, maatschappelijke) kosten van de voorgestelde regeling.
8. Een tweede aspect is de introductie van nieuwe termijnen in het doorstartproces. Dat het Wetsvoorstel de Algemene termijnenwet van toepassing verklaart op de Wovof is enerzijds begrijpelijk, onder meer om weekend- en feestdagen te respecteren en vanwege de betrokkenheid van overheidsinstanties. Anderzijds strookt die toepassing niet met de praktijk. Daarbij komt dat de Wovof nieuwe (beslis)termijnen introduceert, bijvoorbeeld om machtiging van de rechter-commissaris (“r-c”) te verzoeken of om de ondernemingsraad (“OR”) om advies te vragen.
9. Ten derde meent JIRA dat een zittende eigenaar van de onderneming of gelieerde partij een (nog) groter voordeel krijgt bij het realiseren van een doorstart ten opzichte van andere, externe kandidaten. De zittende ondernemer kent de onderneming, haar financiële prestaties en het personeel door en door (als het goed is). Andere kandidaten hebben dat voordeel niet, of in elk geval in mindere mate. Dat is ook het geval in de huidige situatie, maar door de voorgestelde regeling wordt inzage in het personeelsbestand, het functioneren van het personeel, et cetera, van groter gewicht. Dat komt omdat in principe al het personeel mee over gaat, tenzij sprake is van ETO-redenen. Een gevolg daarvan kan zijn dat externe doorstartkandidaten minder geneigd zijn een scherpe bieding (aan de bovenkant van hun *range*) uit te brengen, mede vanwege de (onzekerheid omtrent) personele verplichtingen die worden overgenomen. Dit onbedoelde gevolg van de voorgestelde regeling verdient aandacht, mede omdat de wetgever met de Wovof nu juist probeert misbruik van doorstarts tegen te gaan en een risico signaleert bij doorstarts aan gelieerde partijen.<sup>7</sup> Als de wetgever de bestrijding van dit misbruik voorstaat, dan zou regelgeving die zich specifiek daartegen richt een logischere keuze – en bovendien effectiever – zijn.
10. In faillissementen waarin wordt gepoogd een doorstart te realiseren is snelheid geboden. Er bestaat dan geen verschil tussen week- en weekenddagen. De curator, de doorstarter en hun teams werken in de huidige doorstartpraktijk vaak non-stop om een doorstart te realiseren. Er moet veelal snel worden beslist en daarmee strookt niet dat nieuwe, bijkomende termijnen het proces vertragen of verlengen. Het leidt ook tot minder efficiënte benutting van de – sowieso al schaarse – tijd. De verlenging van het proces scheidt onzekerheid en het maakt een doorstart (dus) minder aantrekkelijk, zo niet simpelweg ondoenlijk.  
  
*(iii) De vrees dat werkgelegenheid juist verloren gaat*
11. In het verlengde van het vorige algemene bezwaar, ligt dat volgens JIRA de Wovof mogelijk eerder zal leiden tot verlies van werkgelegenheid, dan het behoud daarvan. Dit komt voornamelijk omdat de Wovof een doorstart uit faillissement (zeer) onaantrekkelijk maakt.
12. Door de voorgestelde regeling wordt de doorstarter geconfronteerd met (veel) hogere personeelslasten en onzekerheden die hij zal verdisconteren in de koopprijs. Daarmee neemt het te verdelen actief over de gezamenlijke schuldeisers af. Vanaf een bepaald bedrag zal een *piece meal*-liquidatie zelfs een hogere opbrengst realiseren dan een doorstart. In dat geval zal er geen doorstart meer plaatsvinden en gaat alle werkgelegenheid verloren.

---

<sup>6</sup> S.C.J.J. Kortmann et al., *De curator, een octopus*, Deventer: Tjeenk Willink 1996.

<sup>7</sup> Zo volgt uit de toelichting op p. 7 MvT.

13. Ook wijst JIRA erop dat het waarschijnlijk is dat een curator (veel) meer tijd kwijt is aan het realiseren van een doorstart. Nu de tijdsbesteding van de curator wordt betaald uit de opbrengst van een doorstart (en de overige gelden die de curator in de boedel weet te brengen), zal een doorstart bij een hogere tijdsbesteding door de curator ook om die reden onder de streep minder opbrengst genereren voor de gezamenlijke schuldeisers. De rekening van deze regeling komt dus uiteindelijk grotendeels terecht bij de gezamenlijke schuldeisers. Daarnaast kan sneller sprake zijn van een negatieve waarde voor de boedel. Dat gebeurt wanneer de kosten van een doorstart niet opwegen tegen de baten. De curator zal dan in de regel afzien van pogingen om een doorstart te realiseren.
14. Verder geldt dat hoe langer het realiseren van een doorstart duurt, hoe langer de curator genoodzaakt zal zijn de onderneming voort te zetten, zodat die *going concern* kan worden verkocht. Een langere voortzettingsperiode betekent ook dat de curator meer middelen nodig heeft om de onderneming voort te zetten. Als de exploitatie negatief is, kan dat (verlenging van) de voortzetting belemmeren. Dat geldt te meer bij faillissementen van kleine(re) ondernemingen. Aangezien de faillissementen van kleine ondernemingen veelal worden behandeld door curatoren in de achterban van JIRA, vraagt JIRA voor dit punt bijzondere aandacht.
15. Bepaalde effecten van de voorgestelde regeling werken volgens JIRA dus contraproductief. Hoewel het voorstel behoud van werkgelegenheid nastreeft, werkt de regeling die dat mogelijk probeert te maken dat juist tegen. JIRA verwacht dat de regeling averechts zal werken. Kort gezegd: geen doorstart betekent geen baanbehoud. Dat met het voorstel werknemers worden beoogd te worden beschermd, ziet ook JIRA. Echter, zal het naar verwachting betekenen: meer bescherming, voor minder werknemers. Het is een politieke keuze of dat resultaat wordt nagestreefd.

### **Consultatiereactie per artikel en onderdeel**

In dit deel van onze consultatiereactie zet JIRA per artikel en onderdeel van de Wovof haar gedachten en bezwaren uiteen.

#### **Artikel I**

##### *Onderdeel A: 7:653 BW*

16. In de MvT merkt de wetgever op dat thans het Wetsvoorstel modernisering concurrentiebedingen in voorbereiding is en dat, volgens de MvT van de Wovof, artikel I A Wovof inhoudelijk aansluit bij dat Wetsvoorstel modernisering concurrentiebedingen. JIRA heeft beide wetsvoorstellen bekeken en deelt die mening van de wetgever niet. De situatie zou zich in de praktijk voor kunnen doen dat de curator de medewerkers ex artikel 40 Faillissementswet (Fw) ontslaat en formeel geen overgang van onderneming wordt gerealiseerd, maar er wel rechtens een belang is voor de curator om een oud-werknemer aan zijn/haar concurrentiebeding te houden. Op basis van de Wovof komt het concurrentiebeding dan te vervallen. Op basis van het Wetsvoorstel modernisering concurrentiebedingen komt het concurrentiebeding pas te vervallen wanneer de curator geen vergoeding betaalt. De regelingen sluiten hier dus niet bij elkaar aan.
17. Wat JIRA betreft is de regeling die is voorgesteld in het Wetsvoorstel modernisering concurrentiebedingen beter, omdat de curator dan nog een keuzemogelijkheid heeft om de werknemer aan zijn/haar concurrentiebeding te houden en de werknemer mogelijk nog een vergoeding ontvangt wanneer hij/zij aan zijn/haar concurrentiebeding wordt gehouden. JIRA stelt dan ook voor om artikel I A Wovof aan te laten sluiten bij de regeling uit het Wetsvoorstel modernisering concurrentiebedingen. Anders zal, indien twee verschillende wettelijke bepalingen van kracht worden, rechtsonzekerheid worden gecreëerd voor de werknemer. En juist dat is niet de bedoeling.

### *Onderdeel C*

18. Met onderdeel C beoogt de wetgever de introductie van een verlicht regime voor kleine ondernemingen. Het verlichte regime is van toepassing indien een werkgever in staat van faillissement is verklaard met het oog op de liquidatie van het vermogen van de werkgever, de onderneming tot de boedel behoort en de onderneming een kleine onderneming is.
19. JIRA zet een tweetal kritische kanttekeningen bij dit onderdeel van de Wovof. Allereerst bij de definitie van de kleine onderneming. Die wordt vastgesteld bij algemene maatregel van bestuur. De MvT spreekt nu van ondernemingen met maximaal 20 werknemers. JIRA vraagt zich af of is onderzocht hoe vaak een doorstart wordt gerealiseerd van een onderneming met 20 of minder werknemers en schat in dat dit niet vaak voorkomt. Als die aanname juist is, heeft het verlicht regime maar een beperkt effect.
20. Wanneer de grens te laag ligt en het standaardregime alsnog moet worden toegepast, kan dit als ongewenst effect hebben dat de vaak toch al beperkte verkoopopbrengst nog beperkter zal worden. De verkrijger zal immers meer mensen in dienst moeten nemen dan nu het geval is en bovendien reserves moeten aanhouden voor eventuele na-ijlende claims van werknemers die de Wovof met zich brengt, bijvoorbeeld omdat die werknemers menen recht te hebben op een aanbod van een arbeidsovereenkomst bij de verkrijger. Daar komt bij dat de curator meer werkzaamheden krijgt en dus ook meer kosten zal moeten maken. Die kosten drukken relatief zwaar op de netto-opbrengst van een doorstart van een kleine onderneming. Zo krijgt een doorstart snel een negatieve waarde, hetgeen contraproductief is voor de doorstartpraktijk en daarmee voor het behoud van werkgelegenheid. Dat laatste is nu juist het doel van de Wovof, zodat JIRA er graag voor pleit om de ondergrens van het verzwaarde regime in ieder geval te verhogen naar 50 werknemers. Dit zorgt ervoor dat een groter aantal doorstarts onder het verlichte regime zal vallen en sluit bovendien aan bij de ondergrens voor het instellen van personeelsvertegenwoordigingen (en dus ook voor hun betrokkenheid bij bedrijfsovernames buiten faillissement). Op die manier wordt beter gewaarborgd dat doorstarts van kleine ondernemingen überhaupt nog mogelijk blijven.
21. Tot slot valt JIRA op dat ten aanzien de regeling voor kleine ondernemingen in de MvT telkens wordt geschreven over een *voorlopige* regeling. JIRA vraagt de wetgever te verduidelijken hoe voorlopig de regeling wat de wetgever betreft is. Als hier onduidelijkheid over bestaat werkt dit rechtsonzekerheid in de hand.

### *Onderdeel D 7:666b – leden 1 en 2*

22. De Wovof staat ontslag van werknemers vanwege de overgang van een onderneming niet toe, behalve om economische, technische of organisatorische (ETO) redenen (lid 1 en lid 2). Dit houdt in dat het ten tijde van de doorstart duidelijk moet zijn dat binnen 26 weken na de overgang arbeidsplaatsen noodzakelijkerwijs vervallen door maatregelen die vanwege bedrijfseconomische omstandigheden worden getroffen voor een doelmatige bedrijfsvoering. In de MvT (p. 11) worden voorbeelden gegeven van dergelijke bedrijfseconomische omstandigheden. Enkele voorbeelden zijn echter niet voorspelbaar of meetbaar bij de doorstart, zoals 'een slechte financiële situatie van de onderneming die ook na de overgang nog steeds een rol speelt'. Vaak is het voor de doorstarter moeilijk om ETO-redenen aan te voeren, onder meer omdat doorgaans geen tijd is om uitgebreid *due diligence*-onderzoek te doen, waardoor hij onvoldoende kennis heeft van de onderneming of inzicht in de financiële vooruitzichten van de door te starten onderneming.

### *Onderdeel D 7:666b – leden 3 en 12*

23. In lid 3 en lid 12 van de voorgestelde wettekst wordt de inspiegelingsmethode en de mogelijkheid van een alternatieve selectiemethode beschreven en geïntroduceerd. Voor de alternatieve selectiemethode is de toestemming van de r-c vereist. Uit lid 3 onder b volgt dat een alternatieve selectiemethode ertoe

moet leiden dat de volgorde waarin de werknemers een arbeidsovereenkomst aangeboden krijgen, bepaald wordt op een transparante, proportionele, objectieve en niet-discriminerende wijze. Ten eerste vraagt JIRA zich af op welke wijze de r-c dit moet toetsen. De Wovof geeft daar geen richtlijnen of gezichtspunten voor. JIRA meent dat dit de rechtszekerheid voor werknemers, doorstarters en curatoren niet ten goede komt. Dat de wetgever het denkbaar acht (zie MvT, p. 18) dat Recofa instrumenten ontwikkelt waarin nader is aangegeven welke informatie van een verkrijger wordt verlangd, is daarvoor volgens JIRA onvoldoende. Voor de betrokken partijen is op voorhand namelijk niet duidelijk op welke manier een alternatieve selectiemethode voldoet aan de gestelde eisen. JIRA acht het zeer wenselijk dat richtlijnen en/of gezichtspunten worden meegegeven, waaraan de alternatieve selectiemethode dient te worden getoetst. Ten tweede verwacht JIRA aanzienlijke bijkomende werkzaamheden voor de rechter-commissaris. De Wovof geeft er geen blijk van dat de rechterlijke macht (afdoende) is geraadpleegd om te onderzoeken of de insolventieteams van de rechtbanken over voldoende logistieke en personele middelen en capaciteit beschikken om deze bijkomende werkzaamheden te verrichten binnen het korte tijdsbestek waarin een doorstart moet worden gerealiseerd. JIRA pleit ervoor om dergelijk onderzoek alsnog te verrichten.

*Onderdeel D 7:666b – lid 5*

24. In lid 5 van artikel 7:666b van de Wovof is opgenomen dat, indien binnen 26 weken na de overgang van onderneming een vacature ontstaat bij de verkrijger voor vergelijkbare werkzaamheden, de verkrijger een aanbod moet doen aan de werknemer. JIRA heeft (praktische) bezwaren tegen deze bepaling. JIRA raadt aan om in de Wovof nader te verduidelijken op welke grond een curator en/of verkrijger de benodigde persoonsgegevens kunnen verwerken.
25. Vanuit praktisch oogpunt tekent JIRA aan dat het na 26 weken benaderen van een oud-werknemer voor de curator/verkrijger uitdagend zal zijn. Verder vraagt JIRA zich af wanneer sprake is van vergelijkbare werkzaamheden bij de verkrijger en op welke wijze de oud-werknemer dat zou kunnen laten toetsen door de kantonrechter. Er bestaat een risico dat de voorgestelde regeling leidt tot rechtsonzekerheid, omdat er een reële kans bestaat dat verschillende kantonrechters verschillende beslissingen kunnen nemen bij vergelijkbare werknemers over de vraag of zij wel of niet mee overgenomen hadden moeten worden naar de verkrijger. De bezwaren van JIRA zijn dan ook gestoeld op de vraag of de relevante partijen (kantonrechter, doorstarter, (oud-)werknemer, curator) voldoende duidelijke aanknopingspunten hebben in de Wovof om tot een werkbare regeling te kunnen komen die voldoende rechtszekerheid biedt.

*Onderdeel D 7:666b – lid 7*

26. Lid 7 van artikel 7:666b van de regeling – dat verwijst naar het nieuwe artikel 176a Fw – veronderstelt dat de doorstarter (indirect) een informatiepakket voor de r-c kan samenstellen dat aan de curator wordt verstrekt, op basis waarvan de r-c een beslissing kan nemen. JIRA verwacht echter dat dit voor met name het midden- en kleinbedrijf een uitdaging zou kunnen zijn. In het midden- en kleinbedrijf vindt een doorstart veelal plaats door concurrenten van vergelijkbare omvang, waarbij beperkte bedragen betaald worden en de juridische, financiële en/of fiscale advisering ook relatief beperkt is. Het midden- en kleinbedrijf zal er dus baat bij hebben als de wetgever meer handvatten geeft waaruit het informatiepakket zal moeten bestaan. JIRA stelt daarom voor dat de wetgever in de MvT nader toelicht waaruit een informatiepakket in ieder geval zou moeten bestaan. Bovendien brengt het inwinnen van juridisch of financieel advies hierover hoge kosten met zich mee, wat de transactiekosten aanzienlijk verhoogt of waardoor een doorstart mogelijk afketst.
27. Hoewel JIRA kritisch staat tegenover de Wovof, zou zij bij invoering van de Wovof wel voorstander van de keuzeruimte aan de verkrijger/doorstarter, die wordt geboden door de introductie van de '10%-bandbreedte' als de inspiegelingsmethode wordt toegepast. De 10%-bandbreedte lijkt niet van

toepassing te zijn bij een alternatieve objectieve selectiemethode. JIRA vraagt zich af of dit wenselijk is, omdat daarmee de alternatieve objectieve selectiemethode op dit punt wezenlijk nadeliger is dan de inspiegelingsmethode. JIRA bepleit dat als de wetgever kiest voor een 10%-bandbreedte, deze voor zowel de inspiegelingsmethode als de alternatieve objectieve selectiemethode zou moeten gelden.

28. JIRA merkt op dat die bandbreedte bij de inspiegelingsmethode is vastgelegd in een ministeriële regeling. JIRA betwijfelt of de 10% bandbreedte overeenstemt met de Richtlijn overgang van onderneming.<sup>8</sup> Uit art. 4 lid 1 van die richtlijn volgt dat enkel op grond van ETO-redenen werknemers ontslagen mogen worden nadat deze via art. 3 lid 1 van die richtlijn over zijn gegaan naar de verkrijger. De 10%-bandbreedte is daarop een uitzondering, in aanvulling op de ETO-redenen. JIRA vraagt zich af of de aanvullende uitzondering (de bandbreedte) niet in strijd is met de bedoelde richtlijn. Zou dat het geval zijn, dan is voorzienbaar dat de toepassing van de 10%-bandbreedte zal worden aangevochten in gerechtelijke procedures. Als vervolgens een rechter oordeelt dat de 10%-bandbreedte (inderdaad) strijdig is met EU-recht, dan is de geboden keuzeruimte een wassen neus. De bandbreedte levert zo op voorhand al de nodige (rechts)onzekerheid op. JIRA dringt daarom aan op een nadere juridische beoordeling van de 10%-bandbreedte en een toelichting daarop in het vervolg van het wetgevingsproces.
29. JIRA stelt voor om – als de 10%-bandbreedte wordt doorgezet – om deze bandbreedte op te nemen in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek (BW), aangezien dit de enige werkelijke verzachting is van de gevolgen van de Wovof voor de doorstartpraktijk. In de huidige vorm kan deze regeling zonder betrokkenheid van het parlement worden ingetrokken of gewijzigd. Bovendien is de voorgestelde keuzeruimte van 10% te beperkt. Bij de doorstart van een onderneming van aanzienlijke omvang, bijvoorbeeld met 50 werknemers, zouden slechts vijf werknemers buiten inspiegelingsmethode kunnen worden gehouden. Gezien het voorgaande stelt JIRA voor de bandbreedte op te nemen in de wet (Boek 7 BW), met een *minimum* van 10% en de mogelijkheid om het percentage van de bandbreedte bij ministeriële regeling te verhogen.

*Onderdeel D 7:666b – algemeen*

30. De JIRA verwacht dat voorgestelde regeling ook tot veel onzekerheid zal leiden bij de verkoop van bepaald actief van de onderneming. Vooraf is niet altijd duidelijk of er sprake is van een overgang van onderneming. Het gaat hier immers om de invulling van een open norm. Zelfs bij de verkoop van bepaald actief van de onderneming zal onzekerheid bestaan over de vraag of er niet toch sprake is van een overgang van een onderdeel van de onderneming. Ook hier geldt dat de onzekerheid zal worden ingecalculeerd in de koopprijs, wat ten nadele komt van de gezamenlijke schuldeisers.
31. Een ander nadeel van de voorgestelde regeling is dat alle werknemers overgaan op de doorstarter, ook de werknemers met opgezegde arbeidsovereenkomsten die wegens ETO-redenen geen aanbod van de doorstarter hebben gekregen. Deze werknemers treden dus vanaf het moment van de overgang voor de resterende duur van de opzegtermijn in dienst bij de doorstarter (zie MvT, p. 31). Dit zal een onnodige grote impact hebben op de doorstartpraktijk. Stel immers dat een failliete onderneming 50 werknemers heeft en in de doorstart slechts 10 arbeidsplaatsen behouden blijven. In dat geval dient de doorstarter op grond van de huidige regeling het loon van alle 50 werknemers over de opzegtermijn (maximaal zes weken) te dragen, terwijl al duidelijk is dat hij 40 van de 50 werknemers niet in dienst zal nemen. Naar alle waarschijnlijkheid zullen de 40 werknemers dan ook geen arbeid verrichten voor de doorstarter gedurende de opzegtermijn, terwijl hij wel de lasten heeft. Enige rechtvaardiging ontbreekt waarom niet langer het UWV, maar voorstaan de doorstarter het loon van al het personeel over de opzegtermijn zou moeten voldoen.

---

<sup>8</sup> Richtlijn 2001/23/EG.

## Artikel III

### *Onderdeel A*

32. Het huidige lid 4 van artikel 68 Fw regelt de gevallen waarin er in een andere lidstaat dan Nederland een (hoofd)insolventieprocedure is geopend en de in die andere lidstaat aangewezen insolventiefunctionaris de arbeidsovereenkomsten wil beëindigen van een vestiging in Nederland. In dat geval wordt een r-c aangewezen die het verzoek van de buitenlandse insolventiefunctionaris moet beoordelen. Deze wetsbepaling is een nadere uitwerking van artikel 13 lid 2 van de Insolventieverordening.<sup>9</sup>
33. Met de beoogde wijziging van lid 4 van artikel 68 Fw, wil de wetgever de wetsbepaling uitbreiden tot verzoeken zoals bedoeld in het nieuwe artikel 176a Fw. In de MvT schrijft de wetgever bovendien dat onder omstandigheden de Nederlandse wettelijke regeling rond overgang van onderneming ook zal moeten worden toegepast door de insolventiefunctionaris en rechterlijke instanties van die staat.
34. JIRA vraagt zich af wat de bedoeling van de wetgever is bij deze uitbreiding en de aanvullende toelichting. Dient dan voor de vraag, of sprake is van overgang van onderneming, uitsluitend te worden gekeken naar de Nederlandse delen van de onderneming, of ook naar de buitenlandse onderdelen daarvan? Dezelfde vraag kan worden gesteld ten aanzien van de definitie van bedrijfseconomische omstandigheden. Op welk niveau dient dat te worden bepaald? De wetsbepaling en de memorie van toelichting geven (nog) te weinig handvatten en zijn te onduidelijk om de regeling goed toe te kunnen passen. Nadere invulling en toelichting op deze punten is gewenst.

### *Onderdeel B*

35. Door toevoeging van dit onderdeel wordt artikel 69 Fw zodanig uitgebreid dat ook de OR een beroepsmogelijkheid bij de rechter-commissaris toekomt voor zover het ziet op het nieuwe artikel 25 lid 7 Wet op de Ondernemingsraden ("**WOR**") (zie hierna bij artikel IV).
36. Het nieuwe artikel 69 lid 2 Fw krijgt feitelijk twee onderdelen, te weten (i) de mogelijkheid van de OR om de rechter-commissaris te verzoeken de curator te bevelen artikel 25 lid 7 WOR na te leven en (ii) de mogelijkheid van de OR om bij de rechter-commissaris op te komen tegen een besluit van de curator dat niet in overeenstemming is met het advies van de OR.
37. Artikel 69 lid 2 Fw bevat ook een uitzondering op de hiervoor genoemde mogelijkheden van de OR. Deze uitzondering geldt als het gaat om een overgang van onderneming, waarbij de OR – ingevolge artikel 176a lid 1 Fw – haar zienswijze al bij de r-c heeft gegeven.
38. Bovengenoemde toevoegingen aan artikel 69 Fw zullen – volgens JIRA – in toenemende mate druk leggen op de r-c. Indien toestemming is gegeven voor een overgang van onderneming, maar de OR hiertegen in beroep komt, zal de r-c hierover snel moeten beslissen. Het is echter zeer onwenselijk dat aan een al toegewezen overgang van onderneming nog geen uitvoering kan worden gegeven. De beroepsmogelijkheid creëert zo een vacuüm: een periode waarin onduidelijk is wie (de curator of de doorstarter) verantwoordelijk is voor de onderneming. Bovendien is de beroepsmogelijkheid de zoveelste extra taak voor de rechter-commissaris in de Wovof. Zoals eerder aangegeven, geeft de Wovof er geen blijk van dat de rechtspraak is geconsulteerd over de praktische uitvoerbaarheid van de nieuwe, aanvullende takenpakket van de r-c.

---

<sup>9</sup> Verordening (EU) 2015/848.



*Onderdelen C, D en E*

39. Deze onderdelen zien op de toepasselijkheid van de nieuwe regeling van artikel 176a Fw. Artikel 176a Fw geeft de r-c een uitgebreidere rol wanneer bij de verkoop van activa door de curator *mogelijk* sprake is van overgang van onderneming.
40. JIRA voorziet – zoals hiervoor meermaals is benoemd – een substantiële verzwaring van het takenpakket van de r-c, omdat (i) de door de r-c te verrichten toets wordt uitgebreid, (ii) de r-c de taak krijgt om de curator, de doorstarter en de OR te horen, en (iii) dit uitgebreidere takenpakket onder hoge tijdsdruk moet uitvoeren om de doorstartkansen zo groot mogelijk te houden. Uit de MvT volgt niet of de wetgever bij de rechtbanken heeft geverifieerd of zij over voldoende personele en logistieke middelen en capaciteit beschikken om deze nieuwe taak/taken op zich te nemen. Als daarnaar inderdaad geen onderzoek is gedaan, beveelt JIRA het zeer aan om alsnog dergelijk onderzoek te doen en de uitkomsten daarvan mee te nemen in het vervolg van het wetgevingsproces.
41. JIRA voorziet bovendien dat artikel 176a Fw een onwenselijke vertraging van het doorstartproces met zich zal brengen. Voordat wordt aangekomen bij de r-c, zal eerst de OR om advies moeten zijn gevraagd. De curator zal voorafgaand aan dat adviesverzoek al de nodige voorbereidingstijd nodig gehad hebben. Daar komt vervolgens de procedure uit artikel 176a Fw bij. Die procedure schrijft voor dat bij een overgang van onderneming de curator, de doorstarter en de OR moeten worden gehoord door de r-c. Gelet op de ingewikkelde systematiek en toetsen uit de Wovof (de inspiegelingsmethode, de onderbouwing van de ETO-redenen, de informatieverplichtingen aan de OR en de werknemers, et cetera), zal de curator ook de nodige voorbereidingstijd moeten hebben om het doorstartverzoek voor te bereiden. Vervolgens dient bij de rechtbank op korte termijn fysieke en personele ruimte te worden gemaakt om de curator, de doorstarter en de OR te horen. Deze partijen zullen ook nog moeten worden opgeroepen. De voorgestelde regeling betekent dat de curator en de doorstarter ergens in de – thans bij een doorstart toch al beperkt beschikbare tijd nog meer tijd zal moeten vinden om alle hierboven genoemde stappen te doorlopen. Ter illustratie: veel doorstarts moeten in de eerste 2 tot 3 weken zijn voltooid om de overlevingskansen te maximaliseren. JIRA vraagt zich af hoe realistisch dat is en in welke mate de wetgever heeft onderzocht of dat in praktische zin haalbaar is. Nog daargelaten de extra tijdsbesteding van de curator, welke meer kosten voor de boedel met zich brengt en (dus) een lagere netto-opbrengst van de doorstart. JIRA krijgt de indruk dat hiernaar geen onderzoek is gedaan, althans geeft de MvT daar geen blijk van.
42. JIRA staat ook nog graag stil bij het volgende. In de MvT (p. 41) wordt verduidelijkt dat de regeling omtrent overgang van onderneming alleen van toepassing is op het moment dat bij de overgang arbeidsovereenkomsten betrokken zijn waarop ingevolge artikel 8 Rome I-verordening Nederlands recht van toepassing is. JIRA vraagt zich af hoe de wetgever het voor zich ziet als er slechts enkele arbeidsovereenkomsten zijn waarop Nederlands recht van toepassing is, bijvoorbeeld wanneer een kleine vestiging in Nederland bestaat van een groter internationaal concern. Betekent dit dan dat de volledige regeling moet worden toegepast voor die enkele werknemer, inclusief het horen van de curator, de doorstarter en – indien aanwezig – de OR en hoe verhoudt dit zich tot de regeling voor kleine ondernemingen? JIRA zou graag zien dat de wetgever hier meer duidelijkheid over geeft.
43. In de toelichting bij onderdeel D (p. 43 MvT) wordt een opmerking gemaakt over de thans bestaande uitzondering op artikel 176 Fw. Uit lid 1 van artikel 176 Fw volgt dat de toestemming van de r-c voor de verkoop van activa niet vereist is, zolang de waarde van de te verkopen goederen niet meer bedraagt dan EUR 2.000. In de MvT is opgemerkt dat deze uitzondering niet zal gelden voor een transactie waarbij sprake is van overgang van onderneming. JIRA wijst erop dat bij een doorstarts waarbij de waarde van de activa minder dan EUR 2.000 bedragen zeer onwaarschijnlijk zijn. Ook zonder de Wovof is er in die gevallen geen *incentive* voor de boedel om een doorstart te proberen te realiseren, omdat

de kosten niet opwegen tegen de (zeer) beperkte opbrengst. Dat geldt te meer nu waarschijnlijk de tijdsbesteding voor een curator aan een doorstart zal toenemen na invoering van de Wovof. Dit illustreert wat JIRA betreft de contraproductiviteit van de Wovof: het voorstel streeft behoud van werkgelegenheid na, terwijl het onaantrekkelijker maken van de doorstart juist averechts effect werkt.

## Artikel IV

### *Onderdeel A - artikel 25 WOR: advies OR door curator over voortzetting/doorstart*

44. In het beoogde artikel 25 lid 7 WOR wordt de op 2 juni 2017 gewezen DA-beschikking van de Hoge Raad gecodificeerd.<sup>10</sup> Op grond van artikel 25 WOR dient de ondernemer de OR in de gelegenheid te stellen om advies uit te brengen indien hij voornemens is beleidsmatige veranderingen in de bedrijfsvoering door te voeren. Uit voornoemd arrest blijkt dat de WOR ook van toepassing is in faillissementen. Aan de curator wordt formeel de verplichting opgelegd om bij bepaalde besluiten de OR om advies te vragen, namelijk bij: (i) voortzetting van de activiteiten gedurende het faillissement en verkoop van activa of (ii) een voorgenomen overdracht van de zeggenschap van de onderneming of een onderdeel daarvan in faillissement.
45. De curator mag een reactietermijn bepalen, die niet korter is dan drie dagen zijn (weekend en feestdagen tellen niet mee). JIRA heeft hier praktische bezwaren tegen. Voortzetting van de onderneming geschiedt op initiatief van de curator ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers en om een eventuele doorstart te kunnen realiseren.<sup>11</sup> De OR zou in dat geval minimaal drie dagen de tijd krijgen om over dit voornemen van de curator te adviseren. In de praktijk kunnen dat meer dagen zijn, als de periode wordt doorkruist door een weekend en/of een of meerdere feestdagen. Is het de bedoeling dat gedurende deze tijd de onderneming dan stilligt? Dat lijkt JIRA onwenselijk. Met name ook bijvoorbeeld in retail-faillissementen, waarbij in weekenden en op feestdagen veel omzet wordt gerealiseerd. Bovendien leest JIRA in voornoemde DA-beschikking dat enkel indien de verkoop van activa plaatsvindt in het kader van een voortzetting van de activiteiten (niet door de curator maar door een derde), de curator advies zou moeten vragen aan de OR.<sup>12</sup> De Hoge Raad heeft in dit geval opgemerkt dat indien sprake is van een verkoop van activa gedurende het voortzetten van de onderneming, maar de verkoop van activa in verband met liquidatie van de onderneming plaatsvindt, daarover geen advies hoeft te worden ingewonnen.
46. Hoewel de Wovof grotendeels in lijn is met de DA-beschikking, meent JIRA dat het onwenselijk is dat het adviesrecht van artikel 25 WOR van toepassing is bij voortzetting van de onderneming. Het besluit tot voortzetting van de onderneming wordt doorgaans kort na de faillietverklaring genomen en niet zelden al op de dag van de faillietverklaring. Als de curator dan – met machtiging van de rechter-commissaris – besluit om de onderneming voort te zetten, maar bijvoorbeeld een gedeelte van de filialen/winkels wenst te sluiten, dan dient de curator eerst ex artikel 25 lid 1 sub d WOR de OR om advies te vragen. In de situatie waarbij die beslissing kort na de faillietverklaring dient te worden gemaakt, is het onuitvoerbaar om de OR drie dagen te gunnen om een dergelijk advies uit te brengen. Het voorstel van JIRA is om besluiten in het kader van de voortzetting van de onderneming niet onder de reikwijdte van artikel 25 WOR te brengen.
47. Een volgend vraagpunt voor JIRA betreft de kosten die de OR maakt voor eventuele (juridische) bijstand: wie betaalt die kosten? Buiten faillissement komen de kosten ten laste van de vennootschap, maar vanwege het faillissement is het mogelijk dat de curator deze kosten niet *kan* voldoen. Het niet kunnen voldoen van die kosten is mogelijk gelegen in het gebrek aan middelen (de onderneming is

<sup>10</sup> HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982.

<sup>11</sup> Nadat de rechter-commissaris daartoe machtiging heeft verleend (art. 98 Fw).

<sup>12</sup> HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982, r.o. 3.4.4.

immers niet zomaar failliet), maar ook omdat onduidelijk is welke rand van (boedel)schulden dergelijke kosten zouden innemen. JIRA zou dit punt graag verhelderd zien in het vervolg van het wetgevingsproces.

48. Verder is onder het Wetsvoorstel de mogelijkheid voor de OR om op grond van de artikelen 26 en 36 lid 2 WOR in beroep te gaan tegen het besluit van de curator uitgesloten. Daarnaast hoeft de curator zijn besluit niet met een maand op te schorten als dit afwijkt van het advies van de OR. JIRA begrijpt de noodzaak van het voorgaande en is een voorstander dat de curator bepaalde beleidsvrijheid toekomt. JIRA acht het van belang voor de praktijk om dit punt op te helderen.

*Onderdeel B - artikel 31a WOR: informeren OR door ondernemer indien hij surseance of faillissement voorziet*

49. JIRA meent dat de voorgenomen verplichting voor de ondernemer om de OR te informeren over een aanstaande surseance of faillissement absoluut onwenselijk is. De OR wordt opgedragen met geheimhouding dergelijke informatie te behandelen, maar bestaat het risico dat dergelijke gevoelige informatie uitlekt met alle schadelijke gevolgen van dien. Indien voortijdig uitlekt dat surseance of faillissement aanstaande is, dan is goed denkbaar dat contracten en kredietrelaties opgezegd worden, leveranciers hun spullen komen ophalen, dat werknemers vertrekken, zich ziekmelden en worden de kansen op een succesvolle surseanceperiode of een eventuele doorstart ernstig verminderd.
50. JIRA merkt verder op dat beoordeling van de omstandigheden waarin een meldingsplicht bestaat voor de ondernemer zeer subjectief is. In de memorie van toelichting worden genoemd de situaties waarin de onderneming zelf een surseance- of faillissementsverzoek voorbereidt, maar ook wanneer een schuldeiser een dergelijk verzoek indient (en de ondernemer verwacht dat het zal worden toegewezen). In welke omstandigheden de surseance of faillissement dan is te voorzien, is onduidelijk. De memorie van toelichting noemt zelfs het geval dat de ondernemer op de hoogte is van *het voornemen* van een schuldeiser om het verzoek in te dienen. Het lijkt JIRA moeilijk voor te stellen dat in een dergelijk vroeg stadium het bestuur van een onderneming wordt verplicht om de OR hierover te informeren. Gelet op de hiervoor geschetste (mogelijke) gevolgen van een melding, meent JIRA dat met een (te) vroege melding mogelijk onnodig schade wordt toegebracht aan de onderneming.

## Slotsom

JIRA is, gelet op het voorgaande, kritisch op de voorgestelde regeling. Met name wordt sterk wordt getwijfeld aan de effectiviteit van de regeling in de huidige vorm. De regeling vertraagt het doorstartproces en maakt dit middel tot baanbehoud daarmee minder effectief. Nu de Wovof juist als doel heeft het behoud van werkgelegenheid, beveelt JIRA aan om de regeling aan te passen op een manier die meer in lijn is met de bestaande doorstartpraktijk. JIRA hoopt dat de door haar geuite bezwaren en aangedragen gezichtspunten de Wovof ten goede komen.

Hoogachtend,  
namens de vereniging JIRA,

Jonathan van Ee, voorzitter  
Milou Tiemensma, vicevoorzitter  
Dennis Helmons, secretaris  
Ruben Berghuis, penningmeester  
Sophie Streng, algemeen bestuurslid  
Mary Barsoum, lid