



Nederlandse Vereniging van Participatiemaatschappijen (NVP)  
Noordhollandstraat 71  
1081 AS AMSTERDAM

Ministerie van Justitie en Veiligheid  
Postbus 20301  
2500 EH Den Haag

Amsterdam, 1 september 2024

Betreft: NVP – Consultatiereactie Wet overgang van onderneming in faillissement

De Nederlandse Vereniging van Participatiemaatschappijen (NVP) is de branchevereniging van private equity en venture capital in Nederland. Met ruim 132 leden vertegenwoordigt de NVP de volle breedte van de Nederlandse markt voor private equity (investeerdere in zowel MKB, zo'n 70% van alle investeringen, als grootbedrijf) en venture capital (investeerdere in start- en scale-up bedrijven).

## 1. Inleiding

- 1.1 De leden van de NVP zijn partijen die met regelmaat optreden als kopers van ondernemingen uit faillissement om een doorstart te bewerkstelligen. Aldus heeft de NVP met belangstelling kennisgenomen van het Wetsvoorstel overgang van onderneming in faillissement (hierna: het Wetsvoorstel). De NVP maakt graag gebruik van de mogelijkheid om te reageren op het Wetsvoorstel.
- 1.2 Het Wetsvoorstel bestaat uit drie onderdelen, te weten (i) een nieuwe regeling betreffende overgang van onderneming in faillissement, (ii) codificatie van de medezeggenschapsregeling in faillissement en (iii) een regeling ten aanzien van het concurrentiebeding in faillissement. De NVP staat positief tegenover de onderdelen van het Wetsvoorstel die zien op de medezeggenschapsregeling en het concurrentiebeding. Deze doen recht aan belangen van de betrokken werknemers en, voor wat betreft het concurrentiebeding, van de boedel.
- 1.3 Ten aanzien van het concurrentiebeding heeft de NVP één suggestie. De NVP zou graag zien dat in wet wordt opgenomen dat de failliete boedel de rechten jegens de werknemers ten aanzien waarvan het concurrentiebeding blijft gelden (i.e. de werknemers aan wie de overnemer een dienstverband heeft aangeboden dat door die werknemers is afgewezen) aan de overnemer kan overdragen. Het belang bij het concurrentiebeding ligt bij overgang van onderneming bij de overnemende partij en deze heeft er belang bij dat hij het concurrentiebeding direct kan invoeren (in plaats van via de failliete boedel).
- 1.4 De NVP staat kritisch tegenover het onderdeel van het Wetsvoorstel ten aanzien van de overgang van onderneming in faillissement. Zoals wij hierna nader zullen toelichten, voorziet de NVP dat (ongewijzigde) invoering van het Wetsvoorstel:

- (a) zal leiden tot een vermindering van het aantal doorstarts uit faillissement met als gevolg verlies van werkgelegenheid voor de betrokken werknemers;
  - (b) zal leiden tot een daling van de opbrengsten van een verkoop van ondernemingen uit faillissement voor de betrokken crediteuren, in het bijzonder de opbrengsten van de zekerheden van kredietverleners met als mogelijk gevolg een stijging van de kosten van krediet.
- 1.5 Een en ander is het gevolg van de keuze in het Wetsvoorstel om de uitzondering op de regels van overgang van onderneming die geldt in faillissement (zoals thans neergelegd in art. 7:666, onderdeel a, BW) integraal te schrappen. De NVP is dan ook bezorgd over de implicaties die dit kan hebben. In onze reactie gaan wij achtereenvolgens in het op het volgende:
- (a) de implicaties van het Wetsvoorstel op doorstarts vanuit faillissement, paragraaf 2;
  - (b) de reikwijdte van het Wetsvoorstel afgezet tegen de aanleiding voor het Wetsvoorstel, paragraaf 3;
  - (c) suggesties voor inhoudelijke wijzigingen voor het geval de wetgever mocht besluiten tot handhaving van de integrale schrapping van de uitzondering van art. 7:666 sub a BW, paragraaf 4.

## **2. Implicaties op doorstarts vanuit faillissement**

- 2.1 Het wetsvoorstel gaat ervan uit dat de overnemer bij een overname van een onderneming uit faillissement al het personeel dat in die onderneming werkzaam in een dienstverband moet aanbieden. In veel gevallen is de oorzaak van een faillissement gelegen in de omstandigheid dat operationele kosten te hoog zijn en is een reorganisatie van, onder meer, het personeelsbestand nodig om de onderneming (na doorstart uit faillissement) levensvatbaar te maken. Verder zal de overnemer in veel gevallen de onderneming willen integreren in de bestaande bedrijfsvoering van zijn eigen onderneming om aldus synergie voordelen te realiseren, die integratie zal ook noodzakelijk zijn voor een levensvatbare toekomst van de onderneming. In beide gevallen, zal het een voorwaarde zijn voor een doorstart dat de (potentiële) overnemer niet al het personeel een dienstverband hoeft aan te bieden.
- 2.2 Het Wetsvoorstel biedt daarvoor een mogelijkheid, doch de stappen zijn complex, kostbaar en tijdrovend en houden een rest-risico in, zoals hierna verder uitgewerkt. Samengevat, zijn de stappen als volgt:
- (a) *In kaart brengen huidig werknemersbestand* – Dit omvat onder meer (i) vaststelling welke werknemers werkzaam zijn in "de onderneming" die verkocht wordt, (ii) onderverdeling in uitwisselbare functies, (iii) onderverdeling in groepen o.b.v. AOW leeftijd, type contract (nuluren, bepaalde tijd of onbepaalde tijd), (iv) onderverdeling in leeftijdsgroepen en (v) vaststelling lengte dienstverband.
  - (b) *Vaststelling ondernemingsplan en benodigde werknemers* – Dit vergt onder meer een uitsplitsing per (uitwisselbare) functie.

- (c) *Vaststelling selectiemethode* – Op basis van het Wetsvoorstel moet het selectieproces plaatsvinden aan de hand van (i) een inspiegelingsmethode of (ii) een alternatieve objectieve selectiemethode gebaseerd op een door de (potentiële) overnemer opgesteld en door de rechter-commissaris goedgekeurd ondernemingsplan.
- (d) *Goedkeuring rechter-commissaris* – De rechter-commissaris moet goedkeuring verlenen voor een onderhandse verkoop en toetst daarbij ook in de situatie dat niet al het personeel wordt overgenomen: of (a) voldoende aannemelijk is dat sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden die het noodzakelijk maken om maatregelen te treffen waardoor arbeidsplaatsen verloren gaan en (b) de selectiemethode in overeenstemming is met de nieuwe wettelijke regeling. Volgens het Wetsvoorstel dient de rechter-commissaris op een termijn van maximaal drie dagen te beslissen. In de praktijk zal de procedure bij de R-C aanzienlijk langer duren. Nog afgezien van de tijd die het kost om de relevante informatie te verzamelen, is de R-C volgens het Wetsvoorstel verplicht de curator, de beoogd verkrijger en de OR c.q. personeelsvertegenwoordiging te horen.
- (e) *Beroep bij de kantonrechter* – Individuele werknemers hebben onder het wetsvoorstel de mogelijkheid de kantonrechter te vragen (i) de overnemer te veroordelen de werknemer een aanbod te doen tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst of (ii) de werknemer een vergoeding toe te kennen ten laste van de overnemer. Dat kan op de grond dat de overnemer de inspiegelingsmethode (of alternatieve methode) niet juist heeft toegepast maar ook op dat de R-C zijn toestemming heeft verleend op onjuiste of onvolledige informatie of met een kennelijk onjuiste toepassing van nieuwe regeling.

2.3 Vanuit het perspectief van een (potentiële) overnemer betekent dit het volgende:

- (a) De overnemer moet een tijdrovend proces doorlopen alvorens hij de overname / doorstart uit faillissement kan bewerkstelligen. Onze voorzichtige inschatting is dat dit proces tenminste vier en mogelijk zelfs zes weken in beslag zal nemen (nog afgezien van de fase van biedingen en onderhandelingen in competitie met andere bidders). Zoals de MvT terecht opmerkt, is de beschikbare tijd juist in een faillissement situatie zeer beperkt. In faillissement haken leveranciers en klanten snel af. Ook key-personeel (denk bijvoorbeeld aan technisch personeel) vertrekt tijdens een faillissement snel, al dan niet omdat zij benaderd worden door andere werkgevers.
- (b) De potentiële overnemer moet aanzienlijke kosten maken voor het doorlopen van de formele stappen zoals uiteengezet onder par. 2.2 sub (a) tot en met (d), zonder dat hij zekerheid heeft of de rechter-commissaris goedkeuring geeft.
- (c) Onder het Wetsvoorstel moet de overnemer het over te nemen personeel selecteren conform de inspiegelingsmethode (of een andere

goedgekeurde methode) uit de pool van werknemers die beschikbaar is. In het geval van een faillissement zullen werknemers zo snel als mogelijk op zoek gaan naar een andere baan. Schaars personeel (zoals technisch geschoolde werknemers) wordt vaak actief benaderd door werkgevers. De pool van werknemers waarop de overnemer de objectieve selectiemethode moet toepassen is dus niet gelijk aan de pool van werknemers bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel bij een reorganisatie buiten faillissement. De beste / meest gewilde werknemers zullen het eerste zijn vertrokken. De pool waarop de overnemer de selectie moet toepassen zal dus in verhouding meer bestaan uit werknemers die minder goed in de markt liggen of werknemers die in het geheel niet in staat zijn werkzaamheden te verrichten omdat zij (langdurig) ziek zijn. De tijd die gemoeid is om het proces te doorlopen (zie hierboven onder (a)) vergroot dit probleem.

- (d) Als binnen een periode van 26 weken extra personeel nodig is, is de overnemer volgens het Wetsvoorstel verplicht werknemers die voorheen in dienst waren bij de failliet een dienstverband aan te bieden. De werknemers die dan nog beschikbaar zijn, zijn werknemers die er niet in geslaagd elders een dienstbetrekking te vinden. In veel gevallen zal de reden zijn dat zij – voor wat voor reden dan ook – minder inzetbaar / geschikt zijn voor de functie.
- (e) De overnemer moet de selectiemethode toepassen op basis van de lengte van het dienstverband ook als de betrokken werknemer op dat moment (langdurig) ziek is (zie pag. 15 van de Memorie van Toelichting bij het Wetsvoorstel (hierna: de MvT)). De overnemer loopt dus het risico dat hij een dienstverband moet aanbieden aan werknemers die wegens ziekte niet inzetbaar zijn.
- (f) Het Wetsvoorstel voorziet in integrale schrapping van de uitzondering op de automatische overgang van arbeidsovereenkomsten krachtens artikel 7:663 BW. Dit heeft tot gevolg dat alle arbeidsovereenkomsten met werknemers overgaan op de overnemer, ook arbeidsovereenkomsten met werknemers aan wie de overnemer krachtens art. 7:666b BW geen aanbod hoeft te doen (zie p. 32 van de MvT). Dit leidt ertoe dat de overnemer aansprakelijk is voor de verplichtingen van de werknemers die hij niet verplicht is een aanbod te doen over de periode van de overname tot aan de afloop van de opzegtermijn die geldt krachtens het ontslag door de curator overeenkomstig art. 40 Fw.

2.4 De NVP heeft nota genomen van de voorgestelde ministeriële regeling, krachtens welke de (potentiële) overnemer aan maximaal 10% van het totale aantal werknemers een aanbod mag doen dat afwijkt van de inspiegelingsmethode (of andere goedgekeurde selectie methode). Op zichzelf juicht de NVP deze regeling toe omdat die helpt om bepaald key-personeel te behouden (voorzover die inmiddels niet al elders in dienst is getreden). De regeling kan – zo leest de NVP deze – echter niet worden gebruikt om bepaalde werknemers uit te sluiten. Aldus helpt de regeling niet om te voorkomen dat de pool waarop de selectiemethode moet worden toegepast naar verhouding voor

een groter deel bestaat uit werknemers die minder inzetbaar / geschikt zijn (of langdurig ziek zijn).

- 2.5 Voorgaande factoren maken een koop van een onderneming uit faillissement voor een (potentiële) overnemer complex, kostbaar, risicovol en bedrijfseconomisch onaantrekkelijk. Het is een gerechtvaardigde verwachting dat veel (potentiële) overnemers na het maken van hun bedrijfseconomische afweging afzien van een overname van een onderneming uit faillissement. Aldus zal invoering van het Wetsvoorstel voorzienbaar leiden tot een vermindering van het aantal doorstarts. Voor de betrokken werknemers betekent dit een volledig verlies van arbeidsplaatsen en werkgelegenheid.
- 2.6 Overnemers die wel bieden op een overname uit faillissement, zullen de hiervoor geschetste risico's en nadelen inprijzen. Aldus is ook een gerechtvaardigde verwachting dat opbrengsten van de verkoop van ondernemingen uit faillissement zullen dalen. Die daling komt voor uiteindelijk voor rekening van de crediteuren, waaronder in de eerste plaats de banken en andere gecureerde financiers. Die zullen dit risico / verminderde opbrengst vervolgens doorleggen naar de markt in de vorm van een hogere rente c.q. een lager krediet (vanwege een verminderde executiewaarde van het onderpand).

### **3. De reikwijdte van het Wetsvoorstel afgezet tegen de aanleiding voor het Wetsvoorstel**

- 3.1 De MvT geeft als *aanleiding* voor het Wetsvoorstel de discussie die is ontstaan in het kader van het wetsvoorstel inzake de Wet Continuïteit Ondernemingen I (hierna: de WCO I). De WCO I beoogt een wettelijke basis te geven aan de in de praktijk ontwikkelde pre-packmethode. Als gevolg van de pre-packmethode en het wetsvoorstel inzake WCO I ontstond maatschappelijke onrust. De positie van werknemers zou bij een pre-pack namelijk onvoldoende zijn gewaarborgd. Echter, de *reikwijdte* van het Wetsvoorstel strekt zich niet alleen uit tot de 'pre-pack' faillissementen maar ook tot 'normale' faillissementen.
- 3.2 De MvT geeft aan dat het Wetsvoorstel als *doel* heeft te zorgen voor een betere bescherming van werknemers bij een overgang van onderneming in faillissement én beoogt het huidige verschil aan te pakken tussen de bescherming van werknemers binnen en buiten faillissement.
- 3.3 De NVP constateert dat de *aanleiding* voor het Wetsvoorstel beperkter is dan de *het doel en de reikwijdte* van het Wetsvoorstel. Huidige wet- en regelgeving hebben in de praktijk tot het moment van ontstaan van de figuur van de pre-pack en het wetsvoorstel WCO I niet geleid tot maatschappelijke onrust. Pas met het ontstaan van de pre-packmethode, ook wel "flitsfaillissementen" genoemd, ontstond maatschappelijke onrust over de positie van werknemers in het geval van die pre-packs. De MvT verwijst ten aanzien van de maatschappelijke onrust naar een aantal grote faillissementen, te weten: Neckerman, Estro, Triodus Kinderopvang, Princen Transmission en McGregor. In al deze faillissementen was sprake van een pre-pack en/of een overname door een gelieerde partij.
- 3.4 Gelet op de hiervoor geschetste negatieve gevolgen van het Wetsvoorstel, is de NVP van mening dat de reikwijdte van het Wetsvoorstel ruimer is dan

noodzakelijk of maatschappelijk gewenst. Voor wat betreft de NVP heeft het de voorkeur de werking van het Wetsvoorstel te beperken tot faillissementen die voorafgegaan zijn door een pre-pack (conform de wettelijke regeling zoals neergelegd in WCO I). De NVP geeft daarbij het volgende in overweging:

- (a) Beperking van de regeling tot 'pre-pack' faillissementen adresseert de maatschappelijk zorgen en onrust die zijn ontstaan.
- (b) Bij een faillissement dat niet is voorbereid door middel van een 'pre-pack' worden de curator en de rechter-commissaris pas na faillissement aangesteld. Zij zullen in dat geval pas op dat moment een afweging maken van de biedingen en waarna zij alsnog een nieuw biedingsproces opstarten of met bieders in gesprek gaan. Daarbij komt – zo volgt uit de jurisprudentie van het EU Hof van Justitie – dat de uitzondering op de OvO-regeling niet van toepassing is als het faillissement is ingeleid met het oog op – kort gezegd – reorganisatie in plaats van liquidatie. Dit biedt voldoende bescherming tegen misbruik van de uitzondering.
- (c) Gelet op het voorgaande, kan de nieuwe regeling eenvoudig worden beperkt tot faillissementen die voorafgegaan zijn door een 'pre-pack' conform de WCO I en behoeft de nieuwe regeling niet van toepassing te zijn op een doorstart die anderszins is voorbereid. Dat is eenvoudig vast te stellen en biedt rechtszekerheid.
- (d) Een 'pre-pack' biedt de mogelijkheid en tijd om het proces (bijna) geheel te doorlopen voorafgaand aan het faillissement. Aldus kan de overnemer de werknemers die volgens de goedgekeurde selectiemethode voor een dienstverband in aanmerking komt, (zeer) kort na faillissement een dienstverband aanbieden. Dat ondervangt een aantal van de hiervoor geschetste nadelen in belangrijke mate.

3.5 Naar de mening van de NVP moet het niet zo zijn dat de overnemer de kosten moet dragen het personeel waarvan – door de rechter-commissaris - is vastgesteld dat de overnemer deze om bedrijfseconomische redenen geen aanbod behoeft te doen. Zie par. 2.3 onder (f). In het geval van een pre-pack wordt de overname en het ontslag van de werknemers door curator beiden geïmplementeerd kort na faillietverklaring. Aldus zou de overnemer aansprakelijk zijn voor de betaling van het salaris van werknemers aan wie hij om bedrijfseconomische redenen geen aanbod hoeft te doen over de opzegtermijn van 6 weken. Die kosten horen niet bij de overnemer. De regeling moet derhalve in ieder geval zo worden aangepast dat een uitzondering blijft gelden op de automatische overgang van arbeidsovereenkomsten met werknemers aan wie de overnemer conform art. 7:666b BW geen aanbod hoeft te doen.

#### **4. Suggesties voor het geval de wetgever mocht besluiten tot handhaving van de integrale schrapping van de uitzondering van art. 7:666 sub a BW**

4.1 Voor het geval de Wetgever besluit tot handhaving van de integrale schrapping van de uitzondering van art. 7:666 sub a BW, doet de NVP de volgende suggesties:

De door het Wetsvoorstel veroorzaakte verslechtering van het reorganiserend vermogen maakt een trade-off noodzakelijk

- 4.2 Het Wetsvoorstel brengt vergaande arbeidsrechtelijke bescherming (dus: hoge transactiekosten) met zich mee. Dit zal het reorganiserend vermogen van ondernemingen in Nederland over het algemeen verslechteren. Zoals hiervoor aangegeven, zal de tijd en transactiekosten als gevolg van het nieuwe regime de animo van potentiële kopers van in faillissement geraakte ondernemingen doen verminderen.
- 4.3 Doorstart vanuit faillissement (al dan niet voorafgegaan door een pre-pack) werden - ook vóór het Smallsteps-arrest - juist vaak werden ingezet wegens de beperkende werking die de rigiditeit van het huidige ontslagregime heeft op herstructureringen buiten faillissement. Indien de huidige structurering van het nieuwe regime onder het Wetsvoorstel intact blijft, is het nodig een kritische blik te werpen op het huidige ontslagregime buiten faillissement. Het afschrikkende effect van het nieuwe regime onder het Wetsvoorstel zou wellicht kunnen worden verzacht door een *trade-off* met het huidige ontslagregime buiten faillissement. Indien het huidige ontslagregime buiten faillissement flexibeler wordt ingericht zal er bij diverse *stakeholders* namelijk minder behoefte bestaan om onder het toepassingsbereik van de faillissementsuitsondering van artikel 5 lid 1 richtlijn 2001/23/EG te vallen.

De uitzondering voor kleine ondernemingen moet integraal worden toegepast

- 4.4 De NVP juicht de uitzondering die artikel 7:666 lid 1 onderdeel a en lid 4 BW (nieuw) voor kleine ondernemingen op het nieuwe regime van artikel 7:666 lid 5 BW (nieuw) toe. Het nieuwe regime van artikel 7:666 lid 5 BW (nieuw) brengt naar verwachting aanzienlijk meer kosten met zich wegens de hoge mate van arbeidsrechtelijke bescherming die de wetgever met het Wetsvoorstel beoogt te introduceren. Daarbij komt dat de hiervoor geschetste nadelige effecten voor (potentiële) overnemers zich bij kleinere ondernemingen in versterkte mate voordoen. Zo zal bij ondernemingen met minder werknemers de omstandigheid dat werknemers een of meer zieke werknemers een dienstverband moet aanbieden een relatief grote impact hebben.
- 4.5 Gelet op het voorgaande, komt de voorgestelde grens om te kwalificeren als kleine onderneming (minder dan 20 werknemers) laag voor. De NVP pleit ervoor deze grens op te trekken naar 35 werknemers.

De mogelijkheid voor niet-overgenomen werknemers om naar de kantonrechter te stappen moet worden geschrapt

- 4.6 Werknemers die geen aanbod hebben gekregen tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:666b lid 1, lid 2 en lid 5 BW (nieuw), terwijl zij daar wel voor in aanmerking hadden moeten komen, hebben de mogelijkheid om de kantonrechter te verzoeken de overnemer te veroordelen om alsnog een aanbod tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst te doen. De vervaltermijn hiervoor betreft met betrekking tot artikel 7:666b lid 1 en lid 2 BW (nieuw) twee maanden na de dag van de overgang, dan wel, als dit later is, twee maanden na de dag waarop de

arbeidsovereenkomst is geëindigd. Met betrekking tot artikel 7:666b lid 5 BW (nieuw) is dit twee maanden na de dag waarop de werknemer op de hoogte is of redelijkerwijs had kunnen zijn van het verzuim van de overnemer om een aanbod te doen tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst, maar ten laatste twee maanden na de dag waarop de termijn van 26 weken (bedoeld in artikel 7:666b lid 5 BW (nieuw)) is verstreken.

- 4.7 Volgens het Wetsvoorstel draagt de rechter-commissaris zorg voor het waarborgen van de arbeidsrechtelijke bescherming die aan werknemers wordt geboden. De rechter-commissaris toetst immers of aan de vereisten van het nieuwe regime zal worden voldaan. Toegang van individuele werknemers tot de kantonrechter is niet goed verenigbaar met het uitgangspunt van de wetgever om het nieuwe regime voor de overgang van een onderneming in faillissement efficiënt te structureren. Onder het huidige voorstel kunnen er maanden verstrijken voordat de overnemer zekerheid verkrijgt over welke werknemers in dienst treden na de doorstart. Bovendien kunnen de transactiekosten ex-post aanzienlijk oplopen door mogelijke gerechtelijke procedures. Dat zal een verder afschrikkend effect hebben op potentiële kopers en de noodzaak voor een tweede rechterlijke toetsing lijkt ook te ontbreken. Aldus stelt de NVP voor om de regeling omtrent de toegang tot de kantonrechter te schrappen uit het Wetsvoorstel.

De NVP is vanzelfsprekend graag bereid is om verdere informatie en nadere onderbouwing te verstrekken.