

Van Doorne

Via digitale indiening

Minister van Justitie en Veiligheid
D. van Weel

Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
E. van Hijum

Stefan van Rossum
Joost Volkers
Jelmer Baukema
Steven Sterk

Advocaten I Partners

Datum
1 september 2024

Inzake
Reactie internetconsultatie op
het Voorontwerp Wet overgang
van onderneming in
faillissement

Geachte heer Van Weel en heer Van Hijum,

Van Doorne adviseert met regelmaat partijen die betrokken zijn bij een doorstart vanuit faillissement. Wij maken dan ook graag gebruik van de mogelijkheid te reageren op de internetconsultatie van het voorontwerp van de Wet overgang van onderneming in faillissement en de Ministeriële regeling bij deze wet (het **Voorontwerp**).

Onze reactie richt zich op de voorgestelde regeling ten aanzien van de rechten van werknemers bij de overgang van onderneming in faillissement. Wij beperken onze reactie tot de belangrijkste punten.

Inleiding – kern van de voorgestelde regeling

Het Voorontwerp voorziet in het schrappen van de in faillissement geldende uitzondering op de regel dat dienstbetrekkingen van rechtswege overgaan in het geval van een overgang van onderneming (thans neergelegd in art. 7:666 onderdeel a BW, hierna: de **Uitzonderingsregel**). Het Voorontwerp laat de bevoegdheid van de curator tot opzegging van arbeidsovereenkomsten ex art. 40 Fw ongewijzigd. Als gevolg van het schrappen van de Uitzonderingsregel geldt dat bij elke verwerving van activa die kwalificeert als een overgang van onderneming alle arbeidsovereenkomsten met werknemers werkzaam in die onderneming van rechtswege overgaan, met uitzondering van de arbeidsovereenkomsten die (rechtsgeldig) zijn geëindigd voordat de doorstart wordt geëffectueerd.¹

In de systematiek van het Voorontwerp, zegt de curator eerst (kort na het faillissement) de arbeidsovereenkomsten op overeenkomstig art. 40 Fw.

¹ Daar waar in deze reactie wordt gerefereerd aan “een doorstart” of “een doorstart vanuit faillissement” wordt daarmee bedoeld, een doorstart vanuit faillissement die leidt tot overgang als bedoeld in art. 1, onderdeel b) van 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 (de **Richtlijn**).

Van Doorne N.V.
Jachthavenweg 121
1081 KM Amsterdam

Postbus 75265
1070 AG Amsterdam
KvK Amsterdam 34199342

Van Doorne N.V. is de enige opdrachtnemer van alle werkzaamheden. Op deze werkzaamheden en alle rechtsverhoudingen met derden zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Van Doorne N.V. en haar dochtermaatschappijen, waarin een beperking van aansprakelijkheid is opgenomen. Deze Voorwaarden die zijn gedeponereerd ter griffie van de rechtbank te Amsterdam, kunnen worden geraadpleegd op www.vandoorne.com en worden op verzoek toegezonden.

Vervolgens is de overnemende partij krachtens art. 7:666b BW (voorstel) verplicht alle werknemers een nieuwe arbeidsovereenkomst aan te bieden (lid 1), met uitzondering van werknemers wiens arbeidsplaatsen noodzakelijkerwijs vervallen wegens bedrijfseconomische omstandigheden als bedoeld in art. 7:669 lid 3 BW (lid 2) (voorstel). Op basis van een inspiegelingsmethode of een alternatieve objectieve selectiemethode zal in dat geval worden bepaald aan wie een nieuw dienstverband wordt aangeboden en aan wie niet.

1 Verenigbaarheid met de Richtlijn

Systematiek van het Voorontwerp

- 1.1 Het gevolg van het schrappen van de Uitzonderingsregel is dat art. 3 en 4 van de Richtlijn onverkort gelden. De Richtlijn schrijft dan het volgende voor:
 - 1.1.1 Door de overgang van onderneming gaan alle arbeidsovereenkomsten over op de verkrijger.²
 - 1.1.2 De overgang van onderneming is geen (geldige) reden voor ontslag, met dien verstande dat dit geen beletsel vormt voor ontslag om economische, technische of organisatorische redenen (**ETO Redenen**).³
- 1.2 De systematiek die het Voorontwerp kiest is gebaseerd op het uitgangspunt dat de bevoegdheid van de curator tot opzegging ex art. 40 Fw voorafgaande aan een doorstart uit faillissement niet wordt getroffen door het in paragraaf 1.1.2 genoemde ontslagverbod van art. 4 lid 1 van de Richtlijn. Of dit uitgangspunt klopt, is een vraag van Europees recht. De Nederlandse wetgever heeft niet de mogelijkheid door middel van nationale wetgeving ter zake rechtszekerheid te bieden.
- 1.3 Op basis van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (het **EU Hof**) is het – minst genomen – onzeker of het uitgangspunt van het Voorontwerp juist is. Wij wijzen in dit kader op het volgende:
 - 1.3.1 In de zaak *Bork International* overweegt het EU Hof dat de omstandigheid dat het ontslag kort voor de overgang van de onderneming werd gegeven een belangrijke omstandigheid was om te oordelen dat het ontslagverbod van art. 4 lid 1 Richtlijn van toepassing was.⁴

² Art. 3 Richtlijn

³ Art. 4 lid 1 Richtlijn

⁴ HvJ EU 15 juni 1988, C-1988/308 (*Bork International*)

- 1.3.2 In de zaak *Plessers* overweegt het EU Hof dat:⁵
- a) ontslagen in de context van de overgang van onderneming moeten zijn ingegeven door ETO Redenen op het gebied van tewerkstelling die geen intrinsiek verband houden met deze overgang;
 - b) de toepassing van een wettelijke regeling die erin voorziet dat de keuze van de werknemers door de verkrijger van de onderneming is gebaseerd op ETO Redenen een ernstig gevaar oplevert voor de naleving van het hoofddoel van de Richtlijn, te weten de bescherming van werknemers tegen een ongerechtvaardigd ontslag in het geval van een overgang van onderneming; en
 - c) art. 3 tot en met 5 van Richtlijn aldus moeten worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale wettelijke regeling, die bepaalt dat de verkrijger van de onderneming het recht heeft om te kiezen welke werknemers hij wil overnemen en welke niet.

1.4 Op grond van de hiervoor aangehaalde jurisprudentie, bestaat er ons inziens een gerede kans dat het EU Hof zal oordelen dat de systematiek van het Voorontwerp, waarbij de opzegging door de curator ex art. 40 Fw plaatsvindt voor de doorstart, strijd oplevert met het ontslagverbod van art. 4 lid 1 Richtlijn. De opzegging door de curator wordt immers gegeven kort voor de overgang van onderneming. In het geval van een doorstart die is voorbereid door middel van de zogenaamde *pre-pack methode* (waarover elders in deze reactie meer) zelfs vrijwel onmiddellijk voorafgaand aan de overgang van onderneming. De curator zegt de arbeidsovereenkomsten van alle werknemers op, inclusief de werknemers die de overnemer op grond van art. 7:666b lid 2 BW (voorstel) een aanbod doet tot indiensttreding. Aldus is ook moeilijk verdedigbaar dat het ontslag door de curator is ingegeven door ETO Redenen.

1.5 Zoals gezegd heeft de Nederlandse wetgever niet de mogelijkheid rechtszekerheid te bieden ten aanzien van deze kwestie van Europees recht. Bij invoering van het Voorontwerp lopen verkrijgers dus het risico dat ook de door de curator 'ontslagen' werknemers die de verkrijger overeenkomstig art. 7:666b lid 2 BW (voorstel) geen arbeidsovereenkomst hoeft aan te bieden, met een beroep op de Richtlijn met succes het standpunt innemen dat hun arbeidsovereenkomsten van rechtswege zijn overgegaan op de verkrijger.

⁵ HvJ EU 16 mei 2019, C-509/17 (*Plessers*)

- 1.6 Dit risico wordt veroorzaakt door de systematiek van het Voorontwerp, waarbij de curator alle arbeidsovereenkomsten opzegt en welke opzegging later gevolgd wordt door het opnieuw aanbieden van nieuwe arbeidsovereenkomsten aan de werknemers van de failliet met uitzondering van werknemers die wegens bedrijfseconomische omstandigheden noodzakelijkerwijs boventallig zijn. Deze systematiek komt de facto neer op een selectie van personeel dat mee overgaat op basis van ETO Redenen, zij het met toepassing van het inspiegelingsbeginsel of een andere objectieve selectiemethode. De stelling op pagina 25 van de ontwerp-Memorie van Toelichting bij het Voorontwerp (**Voorontwerp MvT**) dat de bedrijfseconomische omstandigheden het *verval* van arbeidsplaatsen bepalen en niet de keuze welke werknemers overgaan en welke niet kunnen wij daarom niet volgen. Art. 7:666b lid 2 BW (voorstel) bepaalt nu juist welke werknemers de overnemer een aanbod *moet* doen.
- 1.7 Wij betwijfelen hierdoor of de systematiek van het Voorontwerp verenigbaar is met de Richtlijn. Zonder Uitzonderingsregel in nationale wetgeving gaan in het systeem van de Richtlijn bij een overgang van onderneming alle arbeidsovereenkomsten van rechtswege over op de verkrijger. De Richtlijn bepaalt slechts dat overgang van onderneming geen beletsel is voor *ontslag* om ETO Redenen (mits dit ontslag geen intrinsiek verband houdt met de overgang). Anders gezegd, de Richtlijn houdt in het geval van overgang van de onderneming de mogelijkheid van *ontslag* wegens ETO Redenen open (door de vervreemder voorafgaande aan de overgang of door de verkrijger na de overgang). Het EU Hof heeft in de *Plessers* zaak juist overwogen dat wetgeving die voorziet in een keuze van werknemers die mee overgaan op basis van ETO Redenen niet is toegestaan.
- 1.8 De Belgische wetgeving die centraal stond in de *Plessers* zaak legt de keuze welke werknemers op grond van ETO Redenen worden overgenomen bij de verkrijger. Het Voorontwerp verschilt daarvan in die zin dat onder het Voorontwerp de verkrijger verplicht is de werknemers aan wie hij een aanbod doet te selecteren op basis van een *objectieve selectiemethode*. De opstellers van het Voorontwerp lijken ervan uit te gaan dat door dit verschil het Voorontwerp wél verenigbaar is met de Richtlijn. Dat is nog maar de vraag. De jurisprudentie van het EU Hof biedt daarvoor onzes inziens geen aanknopingspunten.
- 1.9 De systematiek van de Richtlijn en die van het Voorontwerp leiden ook tot andere uitkomsten. Neem het geval dat de relevante ETO Reden is het voorkomen van dubbele bezetting die ontstaat na overname en samenvoeging van de overgenomen onderneming met de bestaande onderneming van de verkrijger. Onder het Voorontwerp komt dit verlies van arbeidsplaatsen volledig voor rekening van de werknemers die werkzaam zijn in de onderneming die wordt overgenomen; zij gaan niet mee over terwijl de werknemers werkzaam in de bestaande onderneming hun baan behouden. In de systematiek van de Richtlijn komt dit verlies van arbeidsplaatsen voor rekening van de werknemers in de *samengevoegde* onderneming. Dat kan betekenen dat de verkrijger ter voorkoming van dubbele bezetting – onder toepassing van het huidige afspiegelingsbeginsel van art. 7:671a lid 5 BW – werknemers moet ontslaan die voor de overgang werkzaam waren in zijn bestaande onderneming.

- 1.10 Om de regeling uit het Voorontwerp aan te passen aan de systematiek van de Richtlijn zou deze erin kunnen voorzien dat de curator (i) de opzegging van arbeidsovereenkomsten van werknemers uitstelt tot het moment dat overeenstemming over een doorstart is bereikt en vervolgens (ii) op basis van ETO Redenen en onder toepassing van het afspiegelingsbeginsel bepaalt van welke werknemers de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd. Uitstel van opzegging door de curator verhoudt zich echter niet met de faillissementspraktijk. Opzegging door de curator ex art. 40 Fw is een vereiste voor toepassing van de loongarantieregeling van het UWV. Daarnaast zou een dergelijke opzet leiden tot verhoging van de boedelkosten (vgl. art. 40 lid 2 Fw).

Bedrijfseconomische omstandigheden

- 1.11 Het Voorontwerp wet verwijst voor de *bedrijfseconomische omstandigheden* die een grond zijn voor de uitzondering neergelegd in art. 7:666b lid 2 BW (voorstel) naar onderdeel a van het huidige art. 7:669 lid 3 BW en de jurisprudentie op basis van dit artikel. Volgens de Voorontwerp MvT is dit begrip ‘bedrijfseconomische omstandigheden’ vergelijkbaar met het uit de Richtlijn afkomstige begrip ETO Redenen en dient het begrip ‘bedrijfseconomische omstandigheden’ richtlijnconform te worden uitgelegd, zodat bij de invulling daarvan acht wordt geslagen op de jurisprudentie van het EU-Hof ten aanzien van ‘ETO-redenen’.
- 1.12 Nu in de voorgestelde wettekst voor het begrip ‘bedrijfseconomische omstandigheden’ expliciet wordt verwezen naar bedrijfseconomische omstandigheden als bedoeld in art. 7:669 lid 3 BW vragen wij ons sterk af en is onduidelijk hoe de toets of hier sprake van is uiteindelijk zal worden gemaakt.

10% bandbreedte bij toepassing inspiegelingsmethode

- 1.13 Het is de bedoeling dat onder de nieuwe regeling de verkrijger de mogelijkheid krijgt om 10% van het aantal werknemers van de vervreemder buiten de inspiegelingsmethode (of via een alternatieve objectieve selectiemethode gebaseerd op het ondernemingsplan van de verkrijger) om zelf uit te kiezen.⁶ Die mogelijkheid is voor verkrijgers van belang om bepaald *key personeel* voor de onderneming te behouden. Dit keuzerecht lijkt echter niet verenigbaar met de Richtlijn. In de *Plessers* zaak heeft het EU Hof immers beslist dat de art. 3 tot en met 5 van de Richtlijn zich verzetten tegen een nationale wettelijke regeling, die bepaalt dat de verkrijger het recht heeft om te kiezen welke werknemers hij wil overnemen. Iedere afwijking van dit uitgangspunt, en dus ook de hiervoor bedoelde “10 procent regel” is daarmee strijdig met de Richtlijn.

⁶ Art. 2 lid 2 van de Regeling overgang van onderneming in faillissement (voorstel)

2 Praktische toepassing van de voorgestelde regeling

2.1 In veel gevallen is bij een doorstart uit faillissement een reductie van arbeidsplaatsen nodig om de operationele kosten – waaronder salariskosten – in lijn te brengen met de gerealiseerde omzet. Daarnaast kunnen synergievoordelen of de voortschrijdende stand van de techniek leiden tot een overschot aan arbeidsplaatsen na een doorstart. Vaak zal sprake zijn van een combinatie van deze en andere factoren die ertoe leiden dat de verkrijger niet alle werknemers van de vervreemder in dienst wil nemen.

2.2 Om een beeld te krijgen van de implicaties en praktische uitvoerbaarheid van de voorgestelde regeling zetten wij de stappen uiteen die verkrijger moet doorlopen als hij een doorstart wil realiseren zonder dat hij gehouden is alle werknemers van de vervreemder een aanbod te doen.

N.B. Bij het uitwerken van de stappen nemen wij als uitgangspunt dat de verkrijger gebruik maakt van de inspiegelingsmethode. Het Voorontwerp biedt ook ruimte om een alternatieve selectiemethode toe te passen. Voorwaarde is dat de rechter-commissaris toestemming geeft om deze alternatieve methode te hanteren. Dat leidt tot een extra stap; het opstellen van een objectieve alternatieve methode, die de overnemer (ook) voorlegt aan de rechter-commissaris.

2.3 De stappen onder de voorgestelde regeling zijn als volgt:

2.3.1 Eerste stap – vaststellen toepasselijkheid en toepassingsbereik: Allereerst moet de overnemer vaststellen of sprake is de overname leidt tot een overgang van onderneming / economische eenheid in de zin van art. 7:662 BW en, zo ja, wat deze omvat.

2.3.2 Tweede stap – vaststellen overnameplan: Vervolgens moet de verkrijger een overnameplan opstellen op basis waarvan hij – overeenkomstig art. 7:666b lid 2 BW (voorstel) - kan aantonen dat het wegens bedrijfseconomische omstandigheden noodzakelijk is dat het aantal arbeidsplaatsen binnen de ‘onderneming’ (zoals vastgesteld in stap 1) te reduceren.

2.3.3 Derde stap – in kaart brengen werknemers werkzaam in de ‘onderneming’: De verkrijger inventariseert vervolgens welke werknemers werkzaam zijn binnen de onderneming die een arbeidsovereenkomst hebben die wordt beheerst door Nederlands recht.

2.3.4 Vierde stap – indeling werknemers in categorieën: Nadat de verkrijger in kaart heeft gebracht welke werknemers binnen de onderneming werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst die wordt beheerst door Nederlands recht moet hij, ter voorbereiding voor het toepassen van de inspiegelingsmethode:

- (i) de werknemers indelen in categorieën van uitwisselbare functies.
- (ii) per categorie de werknemers, deze werknemers onderverdelen in de volgende groepen:
 1. externe medewerkers (bijvoorbeeld gedetacheerden en ZZP'ers)
 2. werknemers met AOW-gerechtigde leeftijd
 3. werknemers met nulurencontract
 4. werknemers met bepaalde tijd contract dat eindigt binnen 26 weken na overgang
 5. werknemers met onbepaalde tijd / bepaalde tijd dat eindigt na 26 weken na overgang
- (iii) voor groepen 3, 4 en 5: de werknemers verdelen in leeftijdsgroepen.
- (iv) voor groepen 2, 3, 4 en 5: inzichtelijk maken wanneer de betrokken werknemers in dienst zijn gekomen bij de gefailleerde.

Vervolgens selecteert de verkrijger – door toepassing van de inspiegelingsmethode – welke werknemers hij na goedkeuring door de rechter-commissaris ex art. 176a Fw (voorstel) een aanbod gaat doen.

2.3.5 Vijfde stap – verzoek aan rechter-commissaris ex art. 176a Fw (voorstel): Om te voorkomen dat alle werknemers van rechtswege overgaan naar de verkrijger, moet de rechter-commissaris overeenkomstig art. 176a Fw (voorstel) goedkeuring verlenen voor een onderhandse verkoop door de curator. Daarbij zal de verkrijger – door het overleggen van stukken – onder meer moeten aantonen: (i) wat reikwijdte is van de onderneming die als gevolg van de transactie zal overgaan, (ii) welke werknemers werkzaam zijn in die onderneming, (iii) dat sprake is bedrijfseconomische omstandigheden die noodzaken tot een reductie van arbeidsplaatsen als bedoeld in art. 7:666b lid 2 BW (voorstel), (iv) dat hij een selectiemethode zal toepassen die overeenstemt met de nieuwe wettelijke regeling en (v) dat de verkrijger ook overigens zal voldoen aan de voorgestelde wettelijke regeling. De rechter-commissaris is verplicht de curator en, indien aanwezig, de ondernemingsraad (OR) c.q. de personeelsvertegenwoordiging (PV) van de vervoerder op te roepen om op verzoek te worden gehoord en kan ook nog andere betrokkenen zoals schuldeisers met een zekerheidsrecht horen. De hiervoor bedoelde 'hoorplicht' geldt overigens al zodra er *mogelijk* sprake is van een overgang van onderneming als bedoeld in art. 7:666 lid 5 BW (voorstel). In de praktijk zal de rechter-commissaris een termijn voor oproeping in acht moeten nemen die partijen voldoende tijd geeft het verzoek en de overgelegde stukken inhoudelijk te beoordelen.

- 2.3.6 Zesde stap – beslissing rechter-commissaris – Volgens art. 176a lid 1 BW (voorstel) beslist de rechter-commissaris op het verzoek op een termijn van maximaal drie dagen. Naar wij aannemen is dit een termijn die aanvangt nadat de rechter-commissaris de diverse betrokkenen heeft gehoord.
- 2.3.7 Zevende stap – Aanbod aan geselecteerde werknemers: na het verkrijgen van toestemming van de rechter kan de verkrijger de in stap 4 geselecteerde werknemers een aanbod doen. De termijn voor aanvaarding mag op grond van art. 7:666 lid 3 BW (voorstel) niet korter zijn dan drie dagen. Als een werknemer een aanbod niet accepteert (bijvoorbeeld omdat deze inmiddels een dienstverband met een andere werkgever hebben aanvaard), dan moet de verkrijger de volgende werknemer die overeenkomstig de inspiegelingsmethode voor de betreffende functie in aanmerking komt een aanbod doen (wederom met een termijn voor aanvaarding van maximaal 3 dagen). Als deze daarop (ook) niet ingaat, moet de verkrijger weer de volgende benaderen en zo verder.

2.4 Zoals blijkt uit de uiteenzetting in paragraaf 2.3 hierboven zijn de stappen complex en tijdrovend. De procedure bij de rechter-commissaris kost op zich al de nodige tijd (mede gelet op de oproeping van curator en OR / PV en mogelijke andere betrokkenen). De meeste tijd zal echter zijn gemoeid met het opstellen van de stukken zoals hiervoor omschreven. De arbeidsrechtelijke vraagstukken die de verkrijger daarbij moet beantwoorden (t.a.v. omvang onderneming en bedrijfseconomische omstandigheden) zijn complex. De verkrijger moet hierbij zorgvuldig te werk gaan. Art. 666b lid 8 BW (voorstel) bepaalt immers dat de kantonrechter in een later beroep van werknemers krachtens lid 7 niet gebonden is aan het oordeel van de rechter-commissaris als dat beruiste op onjuiste of onvolledige informatie. Hierbij komt dat de 'hoorplicht' reeds geldt zodra er *mogelijk* sprake is van overgang van onderneming. Onze voorzichtige inschatting is dat de stappen die de verkrijger moet doorlopen om in het kader van een overgang van onderneming een beslissing van de rechter-commissaris ex art. 176 Fw te krijgen in de praktijk 4 – 6 weken in beslag zullen nemen.

2.5 Het is overigens de vraag hoe realistisch het is dat de rechter-commissaris binnen drie dagen een afgewogen beslissing kan geven. De rechter-commissaris moet in het kader van art. 176a Fw (voorstel) bij overgang van onderneming toetsen of:

- (i) sprake is van een overgang van onderneming, wat de onderneming omvat die overgaat (en wat niet) en welke werknemers werkzaam zijn in die onderneming (en welke niet);
- (ii) voldoende aannemelijk is gemaakt dat er sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden die het noodzakelijk maken om maatregelen te treffen waardoor er arbeidsplaatsen verloren gaan;
- (iii) de selectiemethode in overeenstemming is met de nieuwe wettelijke regeling; en
- (iv) voldoende aannemelijk is dat de beoogd verkrijger ook zal voldoen aan de nieuwe wettelijke regeling, door bijvoorbeeld geen arbeidsovereenkomsten te sluiten tegen voor de betrokken werknemers minder gunstige voorwaarden.

Rol rechter-commissaris en kantonrechter

- 2.6 De diverse beoordelingen die de rechter-commissaris dient te maken zijn complex en hebben grote gevolgen voor het betreffende personeel. De rechter-commissaris moet onder hoge tijdsdruk beslissingen nemen. Om de beoogde verkrijger rechtszekerheid te bieden bepaalt de regeling in art. 7:666b lid 7 BW (voorstel) dat de kantonrechter bij een beroep van individuele werknemers in beginsel af dient te gaan op het oordeel van de rechter-commissaris over de hiervoor genoemde punten. De kantonrechter heeft echter ruimte om van het oordeel van de rechter-commissaris af te wijken als naar zijn oordeel sprake is van een evidente schending van de nieuwe wettelijke regeling of de beslissing van de rechter-commissaris berust op onvolledige of onjuiste feiten. De rechter-commissaris heeft zijn beslissing genomen onder hoge tijdsdruk. Het betreft hier bovendien complexe arbeidsrechtelijke vragen (een rechtsgebied dat tot op heden buiten de expertise van rechter-commissarissen valt). Het is de vraag hoe terughoudend de kantonrechter zich opstelt als deze constateert dat de beoordeling van de rechter-commissaris afwijkt van de eigen beoordeling van de kantonrechter (die bij uitstek kennis en ervaring heeft met het arbeidsrecht). De regeling biedt de kantonrechter in ieder geval de ruimte te komen tot een ander oordeel dan de rechter-commissaris en dientengevolge te handelen. Het is dus maar de vraag of de verkrijger echt mag vertrouwen op een wettelijk voorgeschreven beperkte toets door de kantonrechter. Dit levert na goedkeuring door de rechter-commissaris een rest-risico op voor potentiële verkrijgers. Wij verwachten dat zij dit risico in hun afweging al dan niet een doorstart uit faillissement te bewerkstelligen zullen betrekken of zullen verdisconteren in de geboden overnamesom.

3 **Implicaties voor (potentiële) verkrijgers van activa**

Risico t.a.v. vaststelling of verkrijging van activa leidt tot overgang van onderneming

- 3.1 Een (potentiële) verkrijger moet zich na invoering van de nieuwe regeling bij een koop van (bepaalde) activa uit faillissement steeds de vraag stellen of dit leidt tot een overgang van een onderneming / economische eenheid in de zin van art. 7:662 BW. Dit is in een veel gevallen geen eenvoudig te beantwoorden vraag, zo leert ook de bestaande jurisprudentie rond dit leerstuk. Mocht de (kanton)rechter later toch tot het oordeel komen dat sprake was van overgang van onderneming, heeft dat verstrekkende gevolgen. In dat geval zijn de arbeidsovereenkomsten van alle werknemers die in die onderneming werkzaam van rechtswege overgegaan op de verkrijger. De verkrijger kan op dat moment geen beroep meer doen op de uitzondering van art. 7:666b lid 2 BW (voorstel).

- 3.2 Het is op basis van de tekst van het Voorontwerp en Voorontwerp MvT niet duidelijk in hoeverre de overnemer kan vertrouwen op het oordeel van de rechter-commissaris ten aanzien van de vraag of sprake is van overgang van onderneming. Volgens de Voorontwerp MvT moet de rechter-commissaris bij elk toestemmingsverzoek tot onderhandse verkoop ambtshalve toetsen of sprake is van overgang van onderneming.⁷ Als dat naar het oordeel van rechter-commissaris zo is, dient de rechter-commissaris een beslissing te nemen overeenkomstig art. 176a Fw (voorstel). Oordeelt de rechter-commissaris dat geen sprake is van overgang van onderneming, volstaat de rechter-commissaris met een toestemming ex art. 176 Fw. In de beslissing te volstaan met een toestemming ex art. 176 Fw ligt dan het oordeel van de rechter-commissaris besloten dat geen sprake is van overgang van onderneming. Het is echter onduidelijk of de kantonrechter gebonden is aan dit oordeel. De Voorontwerp MvT lijkt dit te suggereren, maar dit volgt niet uit de voorgestelde wettekst zelf. Art. 7:666b lid 7 BW (voorstel) bepaalt dat de kantonrechter alleen het oordeel van de rechter-commissaris bij een beslissing ex art. 176a Fw (voorstel) als uitgangspunt hoeft te nemen. Een dergelijke beslissing is er nu juist niet als de rechter-commissaris tot het oordeel komt dat geen sprake is van overgang van onderneming.
- 3.3 Hierbij komt dat een toestemming van de rechter-commissaris ex art. 176 Fw alleen aan de orde is als sprake is van een onderhandse verkoop door de curator. De verkrijger van activa krachtens openbare verkoop en/of uitwinning van zekerheidsrechten kan onder de voorgestelde regeling dus niet vertrouwen op een (impliciet) oordeel van de rechter-commissaris ten aanzien van de vraag of sprake is van overgang van onderneming.
- 3.4 Om hierin te voorzien, kan de regeling worden aangepast zodat: (i) een overnemer de mogelijkheid krijgt een oordeel te krijgen van de rechter-commissaris ten aanzien van de vraag of sprake is van overgang van onderneming en (ii) de kantonrechter ook aan dit oordeel gebonden is. Echter, ook met deze aanpassing houdt de verkrijger een rest-risico dat de kantonrechter tot een ander oordeel komt omdat de beslissing zou zijn gebaseerd op onvolledige of onjuiste informatie of dat de rechter-commissaris de regeling kennelijk onjuist heeft toegepast. Zie ook onze opmerkingen in paragraaf 2.6 hiervoor ten aanzien van de vraag in hoeverre de kantonrechter zich hier in de praktijk terughoudend zal opstellen.

Tijdsbeslag – verlies waarde en personeelsverloop

- 3.5 Zoals hiervoor uiteengezet in paragraaf 1, zal een overnemer die niet alle werknemers wil of kan overnemen een proces moeten doorlopen dat – naar onze voorzichtige inschatting – 4 tot 6 weken in beslag neemt, bovenop de daaraan voorafgaande periode van biedingen en selectie van bidders. In het geval de doorstart is voorbereid door middel van een door wet gereguleerde pre-pack is voorgegaan door een pre-pack kan dit proces voor een belangrijk deel voorafgaande aan het faillissement worden doorlopen. Is echter geen sprake van een pre-pack, dan moet dit proces worden doorlopen terwijl de onderneming in faillissement verkeert.

⁷ Voorontwerp MvT, p. 42

- 3.6 De onderneming is voor haar voortbestaan na een doorstart vaak afhankelijk van haar relaties met leveranciers en klanten. Die leveranciers en klanten haken na een faillissement snel af. Om die reden worden doorstarts in de praktijk meestal en bij voorkeur gerealiseerd binnen 2 – 3 weken na de datum van faillietverklaring. Het is niet realistisch om te verwachten dat leveranciers en klanten 6 weken zullen wachten. Dat maakt het voor een potentiële overnemer heel oninteressant een doorstart uit faillissement te doen die niet is voorafgegaan door een pre-pack.
- 3.7 Een zelfde en – in de huidige krappe arbeidsmarkt – wellicht nog groter probleem doet zich voor ten aanzien van het personeel. In het algemeen geldt dat werknemers in het geval van een faillissement (en soms zelf in aanloop daar naartoe) zo snel als mogelijk op zoek gaan naar een andere baan, zeker als zij – zoals gebruikelijk – kort na het faillissement door de curator ex art. 40 Fw worden ‘ontslagen’. Schaars personeel – zoals bijvoorbeeld technisch geschoold personeel – wordt vaak actief benaderd door andere werkgevers. De overnemer doet pas een aanbod tot indiensttreding nadat de rechter-commissaris zijn beslissing heeft gegeven ex 176a Fw (voorstel); in de praktijk dus 4 – 6 weken na datum faillissement. Een (potentiële) overnemer moet er rekening mee houden dat de meest gewilde / schaarse werknemers op dat moment al een andere baan hebben gevonden (al dan niet omdat zij zijn benaderd door andere werkgevers). Dat zal op zich voor veel partijen al reden zijn af te zien van een doorstart uit faillissement waarbij een deel van het (key) personeel behouden moet blijven, hetgeen doorgaans het geval is.
- 3.8 Het vertrek van werknemers leidt er bovendien toe dat het werknemersbestand waarop de overnemer het inspiegelingsbeginsel c.q. de alternatieve goedgekeurde selectiemethode moet toepassen niet het zelfde is als het personeel dat op datum faillissement in dienst is. Veel van de meest gewilde werknemers zullen bij toepassing hiervan al elders in dienst getreden zijn. De (potentiële) overnemer zal er dus rekening mee moeten houden dat hij de selectiemethode zal moeten toepassen op een pool van werknemers die in belangrijke mate bestaat of zal kunnen bestaan uit werknemers die – om wat voor reden dan ook – minder gewild zijn of wegens ziekte in het geheel niet in staat zijn werkzaamheden te verrichten (zie hieronder). Daarnaast voorziet het Voorontwerp nog in een verplichting een aanbod te doen volgens aan werknemers volgens de inspiegelingsmethode selectiemethode als binnen 26 weken een vacature ontstaat. Na een dergelijk lang tijdsverloop na faillissement doet dit probleem zich in (zeer) versterkte mate voor.

Verplichting ziek / arbeidsongeschikt personeel aanbod te doen

- 3.9 Onder de voorgestelde regeling moet de overnemer de selectiemethode toepassen op basis van de lengte van het dienstverband, ongeacht of de betrokken werknemer op dat moment (langdurig) ziek of arbeidsongeschikt is.⁸ Aldus loopt de overnemer het risico dat hij een dienstverband moet aanbieden aan werknemers die wegens ziekte / arbeidsongeschiktheid niet inzetbaar zijn. Omdat de werkzaamheden toch verricht moeten worden, zal de verkrijger dan mogelijk meer werknemers in dienst moeten nemen. Als één van partijen eigen risico drager is voor de WGA en de Ziektewet, gaan de daaraan verbonden risico's met betrekking tot die werknemers ook over op de verkrijger.

Reikwijdte uitzondering is beperkt – synergie voordelen

- 3.10 In veel gevallen zal een overnemer de onderneming samen willen voegen met zijn eigen al bestaande onderneming. Daardoor kan voor bepaalde taken een dubbele bezetting ontstaan. Daarnaast zal de overnemer synergie voordelen willen realiseren. Om een dubbele bezetting te voorkomen en om synergie voordelen te realiseren, kan het nodig zijn arbeidsplaatsen te laten vervallen.
- 3.11 Het voorkomen van een dubbele bezetting voor bepaalde taken lijkt in de MvT van het Voorontwerp te worden gezien als een bedrijfseconomische omstandigheid / ETO Reden die noodzaakt tot een verval van arbeidsplaatsen. Zoals hiervoor uiteengezet in paragraaf 1.9, is het echter de vraag of het verenigbaar is met de Richtlijn dat dit verval van arbeidsplaats alleen voor rekening komt van de werknemers van de over te nemen onderneming.
- 3.12 Uit de Uitvoeringsregeling UWV volgt dat het behalen van synergievoordelen *an sich* is op zichzelf geen bedrijfseconomische omstandigheid als bedoeld in art. 7:669 lid 3 sub a BW. Organisatorische of technologische zijn dat wel. Of het behalen van synergievoordelen onder die noemer kan vallen, is afhankelijk van de vraag of de verkrijger aan kan tonen dat het treffen van maatregelen die leiden tot het structureel vervallen van arbeidsplaatsen (bezien over een toekomstige periode van 26 weken) *noodzakelijk* is voor een doelmatige bedrijfsvoering. Dat is een hoge drempel. Synergie voordelen die verder gaan dan het voorkomen van een dubbele bezetting, zullen daar grotendeels buiten vallen.

⁸ Zie Voorontwerp MvT, p. 15

Overgang werknemers die overnemer overeenkomstig art. 7:666b lid 2 BW (voorstel) geen aanbod hoeft te doen

- 3.13 Het schrappen van de Uitzonderingsregel leidt ertoe dat ook de arbeidsovereenkomsten met werknemers overgaan, die de verkrijger overeenkomstig art. 7:666b lid 2 BW (voorstel) geen aanbod hoeft te doen. Ervan uitgaande dat de curator die arbeidsovereenkomst heeft opgezegd overeenkomstig art. 40 Fw, komen die werknemers dan in dienst van de overnemer voor de resterende duur van de opzegtermijn indien die termijn nog loopt op het moment van de doorstart, hetgeen doorgaans het geval is.⁹ In het geval van een doorstart die is voorafgegaan door een pre-pack, wordt de doorstart kort na de datum faillissement en het 'ontslag' door de curator ex 40 Fw geëffectueerd. In dat geval komen de loonkosten van het overtallig personeel over vrijwel de gehele opzegtermijn van 6 weken voor rekening van de overnemer.
- 3.14 Daarbij komt nog dat dit de overnemer bloot kan stellen aan aanzienlijke financiële risico's met betrekking tot de boventallige werknemers. Als sprake is van een volledige overgang van onderneming en één van de partijen eigenrisico drager voor de WGA of de Ziektewet is, gaat immers het risico voor de WGA en Ziektewet over op de verkrijger.

Samenvatting implicaties voor overnemers en doorstarts uit faillissement

- 3.15 Samengevat, heeft de voorgestelde regeling voor overnemers de volgende implicaties:
- 3.15.1 De overnemer loopt het risico dat de (EU) rechter oordeelt dat bij toepassing van de nieuwe regeling de opzegging door de curator ex art. 40 Fw in strijd is met het ontslagverbod van art. 4 lid 1 van de Richtlijn met als gevolg dat – bij ontbreken van de Uitzonderingsregel – ook de arbeidsovereenkomsten met de werknemers die hij overeenkomstig art. 7:666b BW (voorstel) geen aanbod hoeft te doen van rechtswege op hem overgaan.
- 3.15.2 De overnemer moet een complex en tijdrovend proces doorlopen en aanzienlijke kosten maken voor het doorlopen van de formele stappen, zonder dat hij zekerheid heeft dat de rechter-commissaris goedkeuring geeft overeenkomstig art. 176a Fw (voorstel).
- 3.15.3 De overnemer moet er rekening mee houden dat op het moment dat de procedure is doorlopen en de overname wordt gerealiseerd leveranciers en klanten/afnemers van de onderneming inmiddels zijn afgehaakt hetgeen een continuïteitsrisico oplevert.

⁹ Zie Voorontwerp MvT, p. 9

- 3.15.4 De overnemer moet een aanbod aan werknemers doen bij overgang van onderneming of in het geval van een vacature binnen 26 weken na de overgang van onderneming via toepassing van een selectieprocedure op een personeelbestand waar veel van het meest gewilde personeel niet meer toebehoort, omdat die inmiddels elders een dienstbetrekking hebben aanvaard.
- 3.15.5 De overnemer moet ook een aanbod tot indiensttreding doen aan werknemers die wegens ziekte / arbeidsongeschiktheid niet in staat zijn werkzaamheden te verrichten.
- 3.15.6 De overnemer heeft geen rechtszekerheid dat de kantonrechter in een procedure ex art. 7:666b lid 7 BW (voorstel) het oordeel volgt van de rechter-commissaris ex art. 176a Fw (voorstel); komt de kantonrechter tot een ander oordeel, dan kan de overnemer worden verplicht ook een aanbod te doen aan werknemers die hij overeenkomstig art. 7:666b lid 2 BW (voorstel) geen aanbod heeft gedaan c.q. aanbieden hen een billijke vergoeding te betalen.
- 3.15.7 De overnemer die de over te nemen onderneming voegt bij zijn bestaande onderneming kan slechts beperkt synergievoordelen behalen omdat synergievoordelen *an sich* geen reden opleveren om bepaalde boventallige werknemers van de vervreemder niet een aanbod te hoeven doen.
- 3.15.8 De overnemer is aansprakelijk voor de loonkosten van het (bedrijfseconomisch) boventallig personeel gedurende het op het moment van de overname nog resterende deel van de opzegtermijn ex art. 40 Fw.
- 3.16 Voor een potentiële overnemers zijn de hiervoor geschetste risico's en de financiële gevolgen voor de waarde van de over te nemen onderneming niet goed in te schatten en dus ook niet in te prijzen. Er zullen onzes inziens daarom maar weinig verkrijgers zijn die zich bij invoering van het Voorontwerp nog zullen wagen aan een doorstart uit faillissement tegen reële voorwaarden (waaronder de geboden koopsom) die voorziet in behoud van slechts een gedeelte van de arbeidsplaatsen van de over te nemen onderneming. Voorzienbaar gevolg van de invoering van invoering van het Voorontwerp is dat dit naar ons oordeel zal leiden tot een drastische verlaging van het aantal doorstarts uit faillissement.
- 3.17 Dit brengt ons tot de conclusie dat de voorgestelde regeling zijn doel voorbijschiet. Het primaire belang van werknemers is het behoud van werkgelegenheid. Zonder doorstart is er in het geheel geen behoud van werkgelegenheid. Wij pleiten ervoor terug te gaan naar de aanleiding voor het Voorontwerp (zie hierna) om vervolgens na te gaan hoe de betreffende zorgen kunnen worden geadresseerd zonder dat dit leidt tot een significante vermindering van het aantal doorstarts.

4 De aanleiding voor het Voorontwerp – het Voorontwerp gaat verder

De aanleiding voor het Voorontwerp

- 4.1 De huidige regelgeving, inclusief de Uitzonderingsregel, stond lange tijd niet ter discussie. Dat werd anders na de introductie van de voor faillissement in samenspraak met een door de rechtbank aangewezen beoogd curator voorbereide doorstart: de pre-pack methode. In dat kader ontstond discussie over de vraag of de positie van werknemers in het geval van een dergelijke pre-pack voldoende was gewaarborgd. Aanleiding van die discussie was een aantal faillissementen in de jaren 2013 en 2014 waarbij sprake was een doorstart door een gelieerde partij middels een pre-pack met een significante reductie van het personeelsbestand tot gevolg.¹⁰ In die discussie werd toen gesteld dat de pre-pack zou kunnen worden gebruikt om met behulp van een faillissement gemakkelijk personeel te ontslaan, zonder toepassing van de normale ontslagbescherming bij overgang van onderneming. Het zou misbruik van faillissementsrecht opleveren. In het kader van de behandeling van het wetsvoorstel inzake de Wet Continuïteit Ondernemingen I (de WCO I) is in de Tweede Kamer de toezegging gedaan dat aandacht zou worden besteed aan de bescherming van de positie van werknemers in het kader van doorstart uit faillissement.¹¹
- 4.2 In de *Smallsteps*-uitspraak van het EU Hof in juni 2017 besliste het EU Hof dat de arbeidsrechtelijke beschermingsregels bij overgang van onderneming zoals voortvloeiend uit de Richtlijn wel degelijk onverkort van toepassing zijn bij toepassing van de pre-pack methode.¹² Basis voor dit oordeel was dat een dergelijke procedure niet zou zijn gericht op *liquidatie* van de insolvente onderneming – een uit de Richtlijn voortvloeiend vereiste voor invoering en toepassing van de Uitzonderingsregel – maar juist op de *voortzetting* daarvan. Als gevolg van deze uitspraak van het EU Hof is de toepassing van de pre-pack methode in de praktijk nagenoeg stil komen te liggen. Door werknemersorganisaties werd vervolgens opgeroepen de Uitzonderingsregel buiten toepassing te verklaren bij toepassing van de pre-pack methode omdat die in strijd zou zijn met Europees recht.

¹⁰ De Voorontwerp MvT verwijst op pagina 4 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.

¹¹ De WCO I is sinds juni 2016 bij de Eerste Kamer aangehangig.

¹² HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV/Smallsteps*)

- 4.3 In 2019 vond een internetconsultatie van (een eerdere versie van) het Voorontwerp plaats. Het betreffende wetsgevingstraject kwam na de consultatie echter stil te liggen, in afwachting van de beantwoording van de in mei 2020 door de Hoge Raad aan het EU Hof gestelde prejudiciële vragen in de zaak Heiploeg.¹³ In die zaak stond (opnieuw) de vraag centraal hoe de Uitzonderingsregel zich verhoudt ten aanzien van een via de pre-pack methode voorbereide doorstart. Het EU Hof beantwoordde deze vraag in april 2022,¹⁴ waarna de Hoge Raad in oktober 2023 overeenkomstig arrest wees.¹⁵ Hieruit volgt, kort gezegd, dat de Uitzonderingsregel bij een pre-pack van toepassing kan zijn, mits: (a) de betreffende pre-pack als doel heeft de *liquidatie* van het vermogen van de vervreemder, en (b) de pre-pack wordt geregeld in een wettelijke of bestuursrechtelijke regeling om een kader te kunnen bieden voor toepassing van de Uitzonderingsregel om de rechtszekerheid te borgen. Voorwaarde (a) moet per geval worden beoordeeld. Een wettelijke regeling voor de pre-pack methode kent de Nederlandse wet momenteel (nog) niet, waardoor aan voorwaarde (b) thans niet wordt voldaan.

Het Voorontwerp gaat verder dan alleen het adresseren van een door de wetgever gesteld maatschappelijk probleem

- 4.4 De maatschappelijke onrust rond (de voorgenomen codificatie via de WCO I van) de pre-pack methode met handhaving van de Uitzonderingsregel en die de aanleiding heeft gevormd voor het Voorontwerp is de angst dat pre-packs, na eenmaal een wettelijke basis te hebben verkregen, leiden tot misbruik met als doel werknemers achter te laten bij de insolvente onderneming. Aanleiding voor het Voorontwerp was de wens om werknemers te beschermen tegen misbruik van het instrument van de pre-pack. Het Voorontwerp gaat echter veel verder dan dat. Het beoogt werknemers dezelfde bescherming te bieden bij een overgang van onderneming in faillissement als daarbuiten, ongeacht of de overgang van onderneming is voorbereid door middel van een pre-pack. De financiële risico's en financiële gevolgen hiervan legt het Voorontwerp neer bij de overnemer. Zoals hiervoor uiteengezet leidt dit er onzes inziens voorzienbaar toe dat (potentiële) overnemers afzien van doorstarts vanuit faillissement met verlies van werkgelegenheid als gevolg. Daarmee creëert het Voorontwerp een ongewenste situatie in plaats van een probleem op te lossen.

¹³ HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (FNV/Heiploeg)

¹⁴ HvJ EU 28 april 2022, C-237/20, ECLI:EU:C:2022:321 (FNV/Heiploeg)

¹⁵ HR 6 oktober 2023, ECLI:NL:HR:2023:1372 (FNV/Heiploeg)

- 4.5 Het Voorontwerp miskent ook dat de situatie van een overgang van onderneming vanuit faillissement fundamenteel verschilt van een overgang van onderneming buiten faillissement. In onze ervaring, betreft het overgrote deel van de faillissementen gevallen waarin de ondernemer er juist alles aan heeft gedaan dat faillissement te voorkomen en was het faillissement het laatste wat de ondernemer wilde; het wordt over het algemeen helemaal niet gezien als een ‘instrument’ om arbeidsrechtelijke regels te omzeilen, maar als iets dat men te allen tijde wil vermijden. Als gevolg van het faillissement worden alle betrokkenen in meer of mindere mate geraakt: zo worden schuldeisers niet of slechts beperkt voldaan, verliezen wederpartijen (leveranciers, afnemers, (ver)huurders) hun handelspartner en de waarde van de aandelen wordt tot nihil gereduceerd. In de meeste, zo niet bijna alle, faillissementen zal het daarom vrij snel duidelijk zijn dat geen sprake (kan) zijn van het type misbruik dat het Voorontwerp beoogt de voorkomen. Door het uniforme toepassingsbereik van het Voorontwerp zijn al deze faillissementen echter wél onderworpen aan de nieuwe wet- en regelgeving zoals daarin voorgesteld. Dat lijkt ons onwenselijk en overbodig.
- 4.6 Ook de omstandigheid dat een doorstart is voorbereid door middel van een pre-pack, betekent niet automatisch dat sprake is van misbruik of een verhoogde kans daarop. Ook de Europese wetgever geeft Lidstaten de optie om de Uitzonderingsregel toe te (blijven) passen op doorstarts vanuit faillissement die zijn voorbereid door een pre-pack. Op 7 december 2022 publiceerde de Europese Commissie een voorstel voor een Richtlijn Harmonisatie van bepaalde aspecten van het insolventierecht dat een pre-packprocedure in nationale wetgeving moeten verankeren (het **Richtlijnvoorstel**).¹⁶ Die procedure bestaat onder het voorstel uit twee opeenvolgende fasen: de “voorbereidingsfase” en de “vereffeningsfase”. Het Richtlijnvoorstel houdt de optie van toepassing van de Uitzonderingsregel uitdrukkelijk open voor doorstarts vanuit faillissement die zijn voorbereid door middel van een pre-pack die voldoet aan de vereisten uit het Richtlijnvoorstel. Het voorstel bepaalt expliciet dat voor de toepassing van de faillissementsuitsondering als bedoeld in art. 5 lid 1 van de Richtlijn – zoals voor Nederland thans verankerd in de Uitzonderingsregel art. – de vereffening 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 zoals door het EU Hof bedoeld in de hiervoor aangehaalde Heiploeg uitspraak.
- 4.7 De aanleiding voor het Voorontwerp is om de toezegging om misbruik van faillissementsrecht tegen te gaan. Deze toezegging is gedaan in de context van de WCO I. Het heeft ons inziens de voorkeur de Uitzonderingsregel in het BW in stand te laten, ongeacht of de doorstart vanuit faillissement is voorbereid door middel van een pre-pack. De omstandigheid dat – overeenkomstig de jurisprudentie van het EU Hof – de Uitzonderingsregel alleen van toepassing is als het faillissement is ingeleid met het oog op liquidatie biedt op zich zelf al een bescherming tegen misbruik.

¹⁶ Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot harmonisatie van bepaalde aspecten van het insolventierecht, Brussel 7 december 2022, COM(2022) 702 final (het **Richtlijnvoorstel**)

- 4.8 Om misbruik verder tegen te gaan, stellen wij de volgende wijziging van de faillissementswet voor:
- 4.8.1 In het tekstvoorstel voor aanpassing van art. 176 lid 1 Fw wordt toegevoegd dat de rechter-commissaris bij het geven van zijn toestemming ex art. 176 Fw voor verkoop van activa ambtshalve moet toetsen of dit leidt tot een overgang van onderneming.
- 4.8.2 Indien dat het geval is, moet de rechter toetsen of het faillissement is ingeleid met het oog op de reorganisatie in plaats van liquidatie en of dat anderszins de doorstart wordt gebruikt voor misbruik van faillissementsrecht.

5 Alternatief - aanpassing reikwijdte tot (wettelijke) pre-pack

- 5.1 Mocht de wetgever toch besluiten tot invoering van een regeling conform het Voorontwerp, dan pleiten wij ervoor de reikwijdte van die regeling te beperken tot doorstarts die zijn voorbereid door middel van een (wettelijke) pre-pack.
- 5.2 Een pre-pack methode biedt de potentiële overnemer de mogelijkheid en tijd om – in samenspraak met de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris – voorbereidingen te treffen en het proces rond de positie van de werknemers van de vervreemder (bijna) geheel te doorlopen voorafgaand aan het faillissement. Dit proces kan dan synchroon aan de pre-pack procedure worden doorlopen. Dat ondervangt een aantal van de hiervoor geschetste nadelen in belangrijke mate. Het stelt de (potentiële) overnemers veel beter in staat een inschatting te maken of het bedrijfseconomisch interessant is om en doorstart te bewerkstelligen. Dit zal leiden tot een hoger aantal succesvolle doorstarts, met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid.
- 5.3 De Uitzonderingsregel blijft dan van toepassing op doorstarts die niet door middel van een wettelijke pre-pack zijn voorbereid, ongeacht of die feitelijk voor faillissement zijn voorbereid. Of de doorstart is voorbereid door middel van een (wettelijke) pre-pack is eenvoudig vast te stellen en biedt rechtszekerheid, ook voor de doorstarter. Voor een potentiële overnemer heeft een pre-pack andere belangrijke voordelen, zoals *deal certainty*, waarde behoud en behoud van *key personeel*. Het zal van geval tot geval verschillen of deze voordelen voor de doorstarter prevaleren boven het van toepassing zijn van de Uitzonderingsregel.

6 Verhouding tot WCO I

- 6.1 Het wetgevingsproces van de Wet overgang van onderneming in faillissement is middels de onderhavige internetconsultatie weer opgestart; dat van WCO I ligt nog steeds stil. De WCO I bevat specifieke procedurevoorschriften voor het opstarten van de pre-pack en voorziet in een uitwerking van de rol, taken en bevoegdheden van de bij een pre-pack betrokken partijen, waaronder in het bijzonder de betrokken rechtbank, de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris.

6.2 Wij achten het onwenselijk dat de Wet overgang van onderneming in faillissement wordt ingevoerd voordat ook een regeling met betrekking tot de pre-pack op basis van de WCO I of het Richtlijnvoorstel in de Nederlandse wet is geïmplementeerd. Wij zien ook niet in wat de urgentie is deze wet in de Nederlandse wet te implementeren voordat ook de pre-pack in de wet wordt verankerd. De huidige arbeidsmarkt noopt daar in ieder geval niet toe.

7 Overige suggesties voor aanpassing wetsvoorstel

Uitzonderingsregel van toepassing gedurende opzegtermijn boventallig personeel

7.1 Eén van de consequenties van de systematiek van het Voorontwerp is dat de overnemer aansprakelijk is voor de loonkosten van het (bedrijfseconomisch) boventallig personeel gedurende het op het moment van de overname nog resterende deel van de opzegtermijn ex art. 40 Fw. Dit personeel komt als gevolg van het schrappen van de Uitzonderingsregel in geval van een doorstart gedurende de resterende opzegtermijn van rechtswege in dienst van de verkrijger van de failliete onderneming. Wij merkten reeds op dat dit onwenselijk is onder andere omdat deze systematiek leidt tot aanvullende kosten en risico's voor de doorstarter. Wij zien geen rechtvaardiging waarom de overnemer loonkosten moet dragen en andere aansprakelijkheden met riskeren van werknemers die – met inachtneming van de nieuwe regeling – noodzakelijk boventallig worden verklaard. Het betreft hier personeel waarvoor wegens bedrijfseconomische omstandigheden geen plek meer is in de nieuwe organisatie. De voorgestelde regeling kan wat ons betreft niet zo bedoeld zijn en wij zien dit als een punt dat nog nadere uitwerking behoeft in een aangepaste versie van het wetsvoorstel.

7.2 Wij stellen voor om in de Uitzonderingsregel in de definitieve versie van het wetsvoorstel te handhaven voor wat betreft de medewerkers van de failliet die met inachtneming van de nieuwe regeling géén dienstbetrekking bij de doorstarter krijgen aangeboden. Het komt de bescherming toe die art. 40 lid 2 Fw (loon over opzegtermijn is boedelschuld) en, zo nodig, de loongarantieregeling van het UWV thans als biedt.

Verhogen drempel 'kleine ondernemingen' naar 50 werknemers

- 7.3 We wetgever onderkent dat de beoogde nieuwe regelgeving ertoe kan leiden dat dat overnamekandidaten kunnen afzien van het uitbrengen van een bod en er hierdoor minder doorstarts tot stand zullen komen, waarbij wordt onderkend dat dit risico met name groot is bij kleinere ondernemingen.¹⁷ Deze ondernemingen zullen namelijk minder vaak al voorafgaand aan het faillissement voorbereidingen kunnen treffen voor de bedrijfsovername, onder andere omdat ze de kennis minder vaak zelf in huis hebben en de kosten relatief zwaarder wegen. Ook weegt de precieze samenstelling van het personeel bij kleine ondernemingen zwaarder mee.
- 7.4 Het Voorontwerp bepaalt dat de nieuwe regeling voor kleinere ondernemingen voorlopig alleen facultatief geldt.¹⁸ De grens voor de kwalificatie van kleinere onderneming is 20 werknemers, welke grens bij AMvB wordt vastgesteld.¹⁹ Het voorgestelde aantal van 20 werknemers sluit aan bij de verplichting tot melding van een collectief ontslag.
- 7.5 Wij zijn van mening dat de grens van 20 werknemers te laag ligt. Een dergelijke grens heeft tot gevolg dat slecht een beperkt aantal ondernemingen onder deze uitzondering vallen. Wanneer ook andere dienstverbanden dan een fulltime dienstverband worden meegenomen, zoals parttime dienstverbanden en andere vormen van flexibele contracten (zoals nul uren), zal een onderneming al snel meer dan 20 werknemers hebben. Gelet op de complexiteit van de voorgestelde regeling, zullen naar onze inschatting ook ondernemingen met meer dan 20 werknemers ook nog onevenredig door de regeling worden geraakt. De uitwerking daarvan in de praktijk is naar onze inschatting dat onevenredig minder doorstarts voor dergelijke ondernemingen zullen plaatsvinden.
- 7.6 Om deze disbalans te beperken, stellen wij voor de grens voor kleine ondernemingen te verhogen. Wij stellen een verhoging voor naar het aantal werknemers dat de ondernemer verplicht tot het instellen van een OR (50 werknemers). Dat heeft als bijkomstig voordeel dat de curator en de overnemer in de OR een professionele gesprekspartner heeft

¹⁷ Voorontwerp MvT, p. 6

¹⁸ Artikel 7:666 lid 1 onderdeel a en lid 4 BW (voorstel)

¹⁹ Voorontwerp MvT, p. 20. De reden van de wetgever om dit bij AMvB te regelen is dat dit de mogelijkheid biedt de effecten van de nieuwe regeling te monitoren en aan de uitzondering, naar gelang deze effecten, een ruimer dan wel beperkter bereik te geven.

Hoogachtend,

Van Doorne N.V.

Stefan van Rossum
Joost Volkers
Jelmer Baukema
Steven Sterk
Sanne Strijbos
Carlijn Gerritsen