

DE POSITIE VAN WERKNEMERS BIJ DOORSTARTS VANUIT FAILLISSEMENT

J.T. Jol, K.A. Messelink en R.H.W.A. Verhoeven¹

1. INLEIDING

Wij zijn door de redactie van het liber amicorum voor Robert gevraagd om gezamenlijk een bijdrage te schrijven. Dat zal ongetwijfeld komen omdat we werken bij banken en de redactie kennelijk wil dat wij vanuit dat perspectief iets zeggen over de carrière van Robert. Wij zijn vereerd door het verzoek van de redactie en voldoen daar graag aan.²

De eerste contacten van een van de auteurs³ dateren van eind jaren tachtig, begin jaren negentig (de jaren van een vastgoedcrisis). Robert stond toen als jonkie een ervaren bewindvoerder van een onroerendgoedconcern bij in een pauliana-zaak. Een van de auteurs stond eveneens als piepjong broekje de partner van het kantoor bij dat de aandeelhouders van het concern adviseerde. De beide jonkies moesten het uitzoekwerk doen voor een eventuele pauliana-actie tegen een van de financiers van het onroerendgoedconcern. Die kennismaking was prettig, Robert had – als meest ervaren van de twee jonkies – duidelijk de meeste kennis op het terrein van de pauliana in pacht en was coöperatief. De zaak heeft uiteindelijk geleid tot een arrest dat gepubliceerd is in *JOR* 2008/134.⁴ Robert was – inmiddels als curator en advocaat – nog bij de zaak betrokken, die geeft nooit op.

De auteurs zijn Robert – gelukkig, dat was een juridisch gevecht geworden – nooit als curator tegengekomen maar uitsluitend als *trusted advisor*. *Trusted advisor* is nog een te bescheiden aanduiding voor Robert, hij is in bepaalde ingewikkelde zaken – om in het ronkende adviseursjargon te spreken – de *preferred supplier* of eigenlijk meer *the only person to go to*.

-
1. Johan Jol en Rolf Verhoeven zijn beiden als jurist werkzaam bij ABN AMRO Bank N.V. Kaj Messelink is als jurist werkzaam bij ING Bank N.V.
 2. Deze bijdrage geeft de persoonlijke opinie weer van de auteurs die niet noodzakelijkerwijs overeenstemt met de visie van de banken waarvoor zij werkzaam zijn.
 3. We laten in het midden wie. Robert weet vast wie, de andere lezers mogen dat raden.
 4. Let wel, onder andere de “gewone” 1377 BW-Pauliana van voor 1 januari 1992. Het arrest leert ons dat een hypotheekhouder zonder probleem ook een pandrecht kan krijgen op de aandelen van de onroerend goed vennootschap die eigenaar is van het onroerend goed en dat dit niet in strijd is met art. 3:235 BW (toe-eigeningsverbod).

Niet alleen het recht laat de ogen van Robert twinkelen. Hij is een enthousiast vlieger en heeft zelfs een aandeel in een (of wellicht zelfs meer) zweefvliegtuig(en). Soms combineert Robert zijn vlieg hobby met zijn praktijk als advocaat. Zo was hij betrokken bij het faillissement van Fokker als adviseur van een aantal crediteuren.⁵ Hobby en werk kwamen ook bij elkaar toen Robert samen met Henne Damkot in 2011 betrokken raakte bij het faillissement van de Stichting Belang Zweefvliegers Terlet. Dat heeft wel tot de nodige jurisprudentie,⁶ maar niet tot een doorstart van deze stichting geleid. In dit artikel besteden we aandacht aan de doorstart in faillissement. Robert zal beamen dat 'doorstart' eigenlijk gewoon een vliegterm is.⁷

Een landmark in Robert's lange carrière is de *Yukos*-procedure geweest waar Robert jarenlang zijn tanden in heeft gezet en niet heeft losgelaten. Wie is Robert in die procedure niet tegengekomen? Hij speelde een belangrijke rol in de *Yukos*-zaken. De teloorgang van *Yukos* heeft tot belangrijke jurisprudentie geleid over de openbare orde-maatstaf voor erkenning van een Russisch faillissementsvonnis in Nederland.⁸ Deze jurisprudentie is ook relevant voor de erkenning van andere buitenlandse faillissementsvonnissen.

De auteurs kwamen en komen Robert verder tegen bij bijeenkomsten die het Ministerie van Justitie en Veiligheid organiseert om vertegenwoordigers uit de praktijk te consulteren over de faillissementswetgeving, de expertmeetings van de Europese wetgever en bij de internationale overlegstructuren van UNCITRAL en de Wereldbank. En natuurlijk ook tijdens de bijeenkomsten van INSOLAD en de NVR II alsmede bij congressen van Insol Europe. Robert is voorzitter geweest van INSOLAD en Insol Europe. Dat zegt veel over hem en zijn kwaliteiten. Daarbij valt de auteurs op dat Robert met gezag spreekt en respect afdwingt bij zijn toehoorders. Op het internationale vlak mogelijk zelfs nog meer dan in Nederlandse gremia. Zijn kennis met betrekking tot het US-insolventierecht staat niet ter discussie. De auteurs lezen al jarenlang met veel plezier zijn bijdragen voor het tijdschrift *Ondernemingsrecht*.⁹ Ondanks dit alles is hij bescheiden en is hij, vooral in het informele contact, uiterst vermakelijk.

-
5. Zie de *TvI* special over Fokker waarin Robert ook een bijdrage verzorgde, *TvI* 2000/7. Zie voor de bijdrage van Robert: R.J. van Galen, 'De crediteurencommissie in faillissement', *TvI* 2000/7.
 6. Zie Rechtbank Arnhem 22 juli 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BR4764; Hof Arnhem 20 maart 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW0210 (*Stichting Belang Zweefvliegers Terlet/Stichting Nationaal Zweefvliegcentrum Terlet & Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Luchtvaart*).
 7. De Luchtverkeersleiding Nederland definieert een doorstart als "het afbreken van de eindnadering door een vliegtuig. In plaats van te landen, klimt het vliegtuig opnieuw naar een beperkte hoogte, om vervolgens opnieuw volgens de procedures te landen" (zie: <https://www.lvnl.nl/veiligheid/onderzoek-naar-voorvallen/doorstart>).
 8. HR 18 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:54, *JOR* 2019/165 m.nt. P.M. Veder (*Yukos Finance*).
 9. Robert is al jarenlang lid van de redactie. We gaan niet alle publicaties noemen van Robert die we met plezier lezen, maar doe maar eens een *search* in Legal Intelligence naar zijn naam en zie over welke onderwerpen hij allemaal schreef, indrukwekkend.

We leveren graag een bijdrage aan deze welverdiende bundel voor Robert. We kiezen daarbij voor een onderwerp waarvan we weten dat dit de interesse van Robert heeft: hoe om te gaan met werknemers bij doorstart vanuit faillissement? Dit onderwerp heeft bovendien actualiteitswaarde vanwege het voornemen van Den Haag om een Wet overgang van onderneming in faillissement ("WOVOF") in te voeren.¹⁰ Omdat we weten dat Robert ook geïnteresseerd is in het internationale recht bespreken we ook de recente ontwikkelingen op het terrein van het Europese recht.¹¹ Wij namen met veel genoegen kennis van zijn mooie boek over het Europese insolventierecht.¹² In dat boek maakt hij een ook voor dit artikel belangrijke opmerking op pagina 125 die we vast in de inleiding aan de lezer willen meegeven. Robert wijst erop dat je de bescherming van werknemers in het faillissement mede moet zien in het licht van de bescherming van werknemers buiten faillissement. Wij zijn dat met hem eens. Dat mist in de discussie veelal omdat men alleen maar wijst op het feit dat enkele andere landen in Europa de hierna te noemen faillissementsexceptie niet hebben ingevoerd en Nederland wel. Men vergeet dan te melden dat als een onderneming buiten faillissement eenvoudig en tegen acceptabele kosten haar werknemersbestand kan herorganiseren, er aan de faillissementsexceptie nauwelijks behoefte bestaat. Je kunt de bescherming die werknemers genieten in een land dus alleen beoordelen als je beide situaties beoordeelt. Omdat wij geen specialisten zijn in het arbeidsrecht, laten we dit onderwerp in dit artikel verder rusten.

Onze bijdrage is als volgt ingedeeld: paragraaf 2 omvat een korte beschrijving van de context van de doorstartpraktijk, gevolgd door enkele opmerkingen over misbruik en misbruikbestrijding bij doorstarts. Vervolgens gaan we in paragraaf 3 in op de jarenlange voorgeschiedenis van het tweede ontwerp van de Wet overgang van onderneming in faillissement ("WOVOF II"), omdat die naar onze mening relevant is voor een goed begrip van de doelen die men verwacht te realiseren met de introductie van WOVOF II. We besteden ook beperkt aandacht aan de toekomstige ontwikkelingen in Europa op het gebied van de harmonisatie van het insolventierecht omdat deze van belang zijn voor ons onderwerp. In paragraaf 4 van deze bijdrage gaan we in op WOVOF II – dat op 27 mei 2024 ter consultatie is aangeboden – en onze bezwaren daartegen. In paragraaf 4 lichten we ook toe op welke wijze onder de huidige regelgeving reeds kan worden bewerkstelligd

-
10. De auteurs zijn als leden van de juridische werkgroep Corporate van de Nederlandse Vereniging van Banken ("NVB") betrokken geweest bij het opstellen van consultatiereactie van de NVB ten aanzien van WOVOF II. Daardoor zijn er parallellen tussen de NVB-consultatiereactie en deze bijdrage.
 11. Robert heeft in zijn carrière in veel internationale gremia input geleverd op de ontwikkelingen van het internationale faillissementsrecht, onder meer bij de Wereldbank, UNCITRAL en de EU. Hij was de voorzitter van het Committee van Insol Europe dat in 2012 met een voorstel voor aanpassing van de Europese Insolventieverordening kwam, het European Rescue Plan. Zie ook zijn preadvies voor de NVRII van dat jaar over hetzelfde onderwerp.
 12. R. van Galen, *An Introduction to European Insolvency Law*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

dat bij een doorstart een transparante selectie van werknemers plaatsvindt alsmede dat zoveel mogelijk van de bij de doorstart "behouden arbeid" zal worden verricht door werknemers van de gefailleerde. Wij merken daarbij op dat veel curatoren bij doorstarts reeds te werk gaan conform de richtsnoeren die in paragraaf 4 worden gegeven. Paragraaf 5 bevat ten slotte een samenvatting en de conclusie en onze afsluitende woorden voor Robert.

2. DE DOORSTARTPRAKTIJK

2.1 *Korte beschouwing van doorstarts uit faillissement vanuit bedrijfseconomisch en juridisch perspectief | doorstart uit faillissement als ultimum remedium*

Het faillissement is een insolventieprocedure die in beginsel gericht is op liquidatie van het vermogen van de gefailleerde, en is niet vormgegeven als herstructureringsinstrument. De surseance van betaling is wel in het leven geroepen als insolventieprocedure om ondernemingen te reorganiseren en/of hun schulden te herstructureren.¹³ Ook de WHOA is bedoeld als een herstructureringsinstrument dat ondernemingen met een te hoge schuldenlast kunnen inzetten om hun financiële problemen te boven te komen.

Een wettelijke definitie van "doorstart" is er niet. In zijn aan doorstarts gewijde boek verstaat Oosterhout onder doorstart "iedere vorm van voortzetting van een insolvente onderneming nadat de oorzaken van het structureel liquiditeitsstekort zijn opgespoord en weggenomen, een schuldsanering heeft plaatsgevonden en overtollige werknemers zijn afgevoerd".¹⁴ In veel publicaties over doorstarts wordt deze definitie – althans elementen daarvan – als vertrekpunt genomen.¹⁵ Wij doelen met "doorstart" op de verkoop van "de onderneming" uit faillissement. Technisch-juridisch beschouwd is hetgeen wij onder doorstart verstaan dus een vereffening van de activa die de boedel vormen. Voor die verkoop is toestemming van de rechter-commissaris vereist (art. 176 lid 1 Fw). Vaak wordt gesteld dat de

13. De wetsgeschiedenis vermeldt over het doel van de surseance van betaling: "Terwijl bij faillissement de boedel, voor zoverre geen akkoord tot stand gekomen is, door den curator wordt vereffend en onder de crediteuren verdeeld, is juist het behoud van den boedel en de voortzetting der zaak het doel der surséance." Zie S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 336.

14. H.B. Oosthout, *De doorstart van een insolvente onderneming*, Deventer: Kluwer 1998, p. 1.

15. Andere definities van "doorstart" dan die van Oosterhout zijn er ook. Zo komt Grapperhaus – op basis van een analyse van de kenmerken van doorstarts uit faillissement – tot de volgende definitie van zo een doorstart: "een voortzetting van ingrijpend herschikte bedrijfsmiddelen, kapitaal en werknemers die voorheen tezamen een onderneming vormden". Zie F.B.J. Grapperhaus, 'Zin en onzin van de doorstart', in: A.A.M. Deterink, J.J. van Hees, R. Mulder en J.E. Stadig (red.), *Doorstart (INSOLAD Jaarboek 2008)*, Deventer: Kluwer 2008, p. 101. In dezelfde INSOLAD jaarbundel stellen B.P.A. Santen en A. de Bos dat de doorstart zich kenmerkt door "het economisch voortzetten na insolventie van een (deel) van de onderneming door de bestaande rechtspersoon of een andere rechtspersoon" (p. 1).

koper “de onderneming van de gefailleerde voortzet”. Dat gebeurt soms, maar niet altijd. Met de gekochte activa gaat de verkrijger ondernemingsactiviteiten exploiteren. Die activiteiten kunnen overeenkomen met de activiteiten die de gefailleerde onderneming verrichtte, maar die kunnen ook in meer of mindere mate daarvan verschillen.

Een faillissement heeft in de praktijk voor de gefailleerde onderneming bijna altijd negatieve consequenties. Leveranciers van de gefailleerde staken hun leveranties, de uitwinning van zekerheidsrechten dreigt of vindt plaats (terughalen van onder eigendomsvoorbehoud geleverde zaken inbegrepen) en – *last but not least* – het faillissement veroorzaakt onrust onder de werknemers die bij de gefailleerde onderneming in dienst zijn. De ondernemer verliest door de aanstelling van een curator de regie in het (liquidatie)proces. Hierdoor en vanwege de imago schade die aan een faillissement kleeft, proberen ondernemers het veelal te voorkomen.

Volgens Van Hees¹⁶ kan een faillissement alleen voor een doorstart worden ingezet indien aan drie voorwaarden is voldaan:

- a. De onderneming kampt met financiële problemen die een reële bedreiging zijn voor de (continuïteit van de) onderneming.
- b. (Een deel van) de activiteiten die de onderneming verricht, is/zijn levensvatbaar. Dit is het geval indien de onderneming nog enige goodwill vertegenwoordigt: de verkoop van “de onderneming” levert meer op dan de verkoop van de (afzonderlijke) activa.
- c. Het faillissement moet niet tot gevolg hebben dat essentiële delen van de onderneming verloren gaan. Wordt bijvoorbeeld een voor de bedrijfsvoering essentieel contract (bijvoorbeeld een huurcontract, licentiecontract of franchisecontract) beëindigd (of wordt – zo voegen wij eraan toe – een voor de bedrijfsvoering essentieel vergunning ingetrokken), dan zal een doorstart zinloos zijn.

Van Hees stelt – naar onze mening terecht – dat deze voorwaarden dusdanig zwaar wegen dat inzet van het faillissement voor een doorstart als een paardenmiddel moet worden beschouwd.

Empirisch onderzoek naar ondernemingen in financiële problemen en de arbeidsrechtelijke positie van werknemers dat in 2016 in opdracht van het WODC is verricht door onderzoekers verbonden aan de Radboud Universiteit, ondersteunt deze stelling. In hun onderzoeksrapport is hierover het volgende opgetekend:¹⁷

-
16. J.J. van Hees, ‘Herstructurering met behulp van faillissement’, in: G. van Solinge e.a. (red.), *Herstructurering van ondernemingen in financiële moeilijkheden* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 124), Deventer: Wolters Kluwer 2014.
 17. *Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers*, onderzoek uitgevoerd door de Radboud Universiteit onder leiding van prof. mr. L.G. Verburg en prof. mr. P.M. Veder, p. 35. Zie ook p. 41 en 92 over de onwenselijkheid van de inzet van het faillissement voor behoud van ondernemingsactiviteiten. Zie ook *Kamerstukken II* 2015/16, 33 695,

“Uit de interviews komt duidelijk naar voren dat een faillissement door betrokkenen veelal als onwenselijk wordt bestempeld. Betrokkenen geven aan een faillissement liever te vermijden en ook bereid [te] zijn daar veel voor te doen. Overwegingen die in dat kader zijn genoemd, betreffen de vrees bij betrokkenen voor reputatieschade, het risico dat direct verlies aan klanten zal optreden zodra de financiële problemen openbaar worden, zodat het voortbestaan van de onderneming als gevolg daarvan in gevaar komt en het verlies aan waarde waarmee een faillissement gepaard gaat. Ook wijzen betrokkenen op het feit dat een faillissement leidt tot verlies aan controle over de onderneming en dat (ook indien een doorstart uit faillissement wordt voorbereid onder begeleiding van een beoogd curator en rechter-commissaris) allerminst zeker is dat het zittende bestuur of de aandeelhouders in staat zullen zijn de onderneming uit faillissement te verwerven. In sommige gevallen is een doorstart uit faillissement lastig omdat de verschillende onderdelen van de onderneming wegens onderlinge verwevenheid niet goed van elkaar kunnen worden gescheiden (zie bijvoorbeeld case 1), of niet mogelijk, bijvoorbeeld omdat als gevolg van een faillissement voor de bedrijfsvoering noodzakelijke vergunningen vervallen of omdat het vooruitzicht bestaat dat er geen koper gevonden kan worden (zie bijvoorbeeld case 1).”

De bevindingen van de onderzoekers en de observaties van Van Hees sluiten aan bij onze ervaringen met doorstarts uit faillissement. Het faillissement als “doorstartinstrument” wordt als *ultimum remedium* beschouwd, een middel dat alleen wordt ingezet als alle andere opties niet (meer) inzetbaar zijn.

Gezien de beschreven nadelen/risico's die zijn verbonden aan een doorstart vanuit faillissement, dient een doorstart duidelijke voordelen te hebben in vergelijking met de andere instrumenten die kunnen worden ingezet om de levensvatbare activiteiten van een financieel noodlijdende onderneming voort te zetten. Die voordelen dienen “op te wegen” tegen de nadelen. Het betreft de volgende voordelen:

- a. een korte looptijd van het “overnametraject”;
- b. beperkte (transactie)kosten (geen *due diligence* bijvoorbeeld en beperkte kosten van juridisch, financieel en/of fiscaal advies);
- c. *deal certainty*: (i) de verkoop kan niet op grond van de *actio pauliana* worden vernietigd; (ii) de verkrijger verkrijgt alleen de activa die hij uitkiest, (iii) de verkrijger begint met een schone schuldenlei en (iv) de personeelsleden treden niet automatisch in dienst bij de verkrijger, die derhalve kan kiezen welke personeelsleden hij overneemt. Bovendien nemen de overgenomen personeelsleden hun arbeidsvoorwaarden niet automatisch mee naar de verkrijger. De verkrijger start dus eveneens met een “schone personeelslei”.

Bij dat laatste – de “schone personeelslei” – moet wel de kanttekening worden gemaakt dat de selectie- en contractsvrijheid van de verkrijger niet onbegrensd zijn

nr. 11 voor een korte beschrijving van het onderzoek en de belangrijkste conclusies. Het rapport is gepubliceerd op de website van de rijksoverheid (<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/blg-752479.pdf>).

en dat hij rekening moet houden met het arbeidsverleden van de overgenomen werknemers. Zo kunnen de voorschriften inzake gelijke behandeling de selectievrijheid beperken. Voorts kan de ketenregeling (zie art. 7:668a BW) meebrengen dat de verkrijger geen arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan afsluiten. Indien de doorstart opvolgend werkgeverschap¹⁸ omvat – hetgeen bij de meeste doorstarts het geval zal zijn – zal het de verkrijger vaak niet zijn toegestaan een proeftijd te bedingen met overgenomen personeelsleden. Voorts betekent het opvolgend werkgeverschap dat het dienstverband bij de oude (gefaillieerde) werkgever meetelt voor het bepalen van zowel de lengte van de door de werkgever in acht te nemen opzegtermijn als de hoogte van de transitievergoeding. In recente publicaties besteden Schaink¹⁹ respectievelijk Weel en Kreikamp²⁰ aandacht aan voornoemde en andere kwesties van “opvolgend werkgeverschap” waarmee de doorstarter te maken kan krijgen.

Naar onze mening is de doorstart in faillissement – mits aan de eerdergenoemde voorwaarden is voldaan – een effectief middel gebleken waarbij werkgelegenheid behouden is gebleven.

Daarbij moet wel worden bedacht dat in 2021 de WHOA is geïntroduceerd. De WHOA laat het initiatief en de uitvoering van de reorganisatie in beginsel in belangrijke mate bij de onderneming als *debtor in possession*. Als de inzet van een formeel herstructureringsinstrument nodig is om een onderneming met financiële problemen weer gezond te krijgen, dan zal de WHOA het eerste *weapon of choice* zijn, niet het faillissement. De komst van de WHOA heeft het faillissement als “doorstartinstrument” (nog) minder aantrekkelijk gemaakt.

Uit het voorgaande volgt dat het faillissement slechts in een beperkt aantal gevallen zal worden ingezet om de activiteiten van een onderneming met financiële problemen (gedeeltelijk) voort te zetten. Die constatering is van belang voor de beantwoording van de vraag of WOVOF II het geschikte middel is om zoveel mogelijk werkgelegenheid te behouden bij doorstarts vanuit faillissement.

2.2 *Voorkoming en bestrijding van misbruik van faillissement als instrument voor het realiseren van een doorstart*

Een doorstart vanuit faillissement biedt als geconstateerd snelheid en transactie zekerheid. De verkrijger verwerft doorgaans kort na faillietverklaring de door hem geselecteerde activa die hij van de curator koopt. Schulden blijven achter bij de

18. In de arresten *Boekenvoordeel/Isik* (HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY3782, NJ 2007/101 m.nt. E. Verhulp en JOR 2006/227 m.nt. E. Loesberg) en *Van Tuinen/Taxicentrale Wolters* (HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603, NJ 2013/171, m.nt. E. Verhulp; JAR 2012/150, m.nt. R.M. Beltzer) heeft de Hoge Raad criteria geformuleerd voor opvolgend werkgeverschap.

19. P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht (Recht & Praktijk, nr. InsR04)*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 251-260.

20. J.L. Weel en H.H. Kreikamp, ‘Rechten en plichten van werknemer en werkgever na doorstart’, *FIP* 2024/3.

gefaillieerde, overeenkomsten gaan niet automatisch over op de koper en de koper is vrij te bepalen welke personeelsleden van gefaillieerde hij in dienst wil nemen en onder welke voorwaarden. De schone lei-gedachte voor wat betreft schulden en personeel is voor kopers aantrekkelijk. Anderzijds blijken curatoren in de praktijk meestal bereid en in staat te zijn de belangen van de werknemers op dit punt te bewaken. De overgang van werknemers bij de doorstart is doorgaans een kwestie die deel uitmaakt van de onderhandelingen tussen de curator en de koper en vaak bedingt de curator de verplichting om te werven onder de werknemers die niet in de doorstart werden betrokken wanneer de doorstarter meer personeel nodig heeft dan hij bij de doorstart inschatte.

De bedoelde keuzevrijheid brengt evenwel een risico op misbruik mee, namelijk het inzetten van het faillissement om (nagenoeg) kosteloos "personeel te lozen" en/of arbeidsvoorwaarden te versoberen. Artikel 13a Fw is ingevoerd om dit misbruik tegen te gaan/te bestrijden. De schaal waarop het bedoelde misbruik plaatsvindt, is niet bekend. Representatief empirisch/cijfermatig onderzoek is – voor zover ons bekend – de afgelopen jaren niet gedaan.²¹ In het 'Beleidskompasformulier voor internetconsultatie' bij WOVOF II wordt gerefereerd aan onrust die ontstaan zou zijn bij werknemers rond doorstarts en in de concept-MvT worden enkele voorbeelden genoemd (p. 4, voetnoot 9), maar inzicht in de omvang van een mogelijk "misbruikprobleem" wordt niet gegeven.²² Het is onze indruk dat echter maar in een klein aantal doorstarts echt sprake is geweest van misbruik. Deze waarneming sluit aan bij de bevindingen van de onderzoekers van het WODC dat inzet van een faillissement voor een doorstart als paardenmiddel

-
21. In het verleden zijn wel onderzoeken verricht, bijvoorbeeld door Lutikhuis. Zie o.m. A.P.K. Lutikhuis, *Corporate Recovery, de weg naar effectief insolventierecht* (diss. Tilburg), 2007. Lutikhuis concludeert dat haar onderzoek aantoont dat er slechts in een enkel geval sprake is van misbruik van faillissementsrecht: "Uit het onderzoek blijkt derhalve dat bedrijven het faillissement niet in groten getale gebruiken, laat staan, misbruiken, om zich van de werknemers te ontdoen zoals uit eerder onderzoek van het Sinzheimer Instituut uit 1996 werd gesuggereerd en zoals wellicht de verwachting was, gelet op het feit dat er in het huidige faillissementsrecht geen sprake is van automatische overgang van werknemers. Uit het onderzoek blijkt het probleem misbruik van faillissementsrecht kleiner te zijn dan we veronderstelden." (p. 67). Het rapport van het Hugo Sinzheimer Instituut – R. Knegt, R.M. Beltzer & E.C. Mudde (red.), *Faillissementen en selectief ontslag. Een onderzoek naar 'oneigenlijk gebruik' van de Faillissementswet*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 1996 – is kritisch besproken door G.W. van der Voet, *Misbruik van faillissement bij overgang van onderneming*, Erasmus Universiteit Rotterdam 2000, p. 37-45. In 2005 verrichtte het Hugo Sinzheimer Instituut opnieuw onderzoek naar misbruik in faillissementen, ditmaal in opdracht van het WODC. De onderzoekers concluderen dat misbruik nauwelijks voorkomt. Zie R. Knegt, A.M. Beukelman, J.R. Popma, P. van Willigenburg & I. Zaal, *Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de mogelijkheden van bestrijding*, Rapport aan het WODC uitgebracht door Hugo Sinzheimer Instituut, Universiteit van Amsterdam 2005, p. 110: "Van 'misbruik van faillissement' valt nauwelijks melding te maken."
22. Het feit dat in de media termen als "flitsfaillissement" worden gebruikt, wekt reeds op zichzelf de indruk dat sprake is van misbruik, terwijl het enkele feit dat kort na faillissement een doorstart wordt gerealiseerd niet betekent dat dat faillissement is ingezet om op oneigenlijke wijze het personeelsbestand in te krimpen. Zie ook hetgeen hierna over het Estro-faillissement wordt opgemerkt.

wordt beschouwd. Wij menen dat het risico op misbruik nog het grootst is als de onderneming na de doorstart wordt voortgezet door een partij die gelieerd is aan de aandeelhouder van de failliete vennootschap of de eigenaar van de failliete personenvennootschap of eenmanszaak.

Overigens is onze indruk dat tussen de diverse actoren die werkzaam zijn in de insolventiepraktijk (o.a. curatoren, insolventierechtadvocaten en -adviseurs, rechters-commissarissen, banken, vakcentrales etc.) brede consensus bestaat dat misbruik door middel van zogenoemde draaideurfaillissementen voorkomen moet worden en dat ieder misbruikgeval er een te veel is. Vindt toch misbruik plaats, dan zou het recht moeten voorzien in effectieve sancties.

Misbruikbestrijding is het doel van de regeling opgenomen in artikel 13a Fw.²³ Een faillissement kan na het instellen van een rechtsmiddel (bijvoorbeeld verzet) worden vernietigd op grond van misbruik van recht. De verzetprocedure van artikel 10 Fw kan in zijn algemeenheid als een effectief rechtsmiddel worden aangemerkt omdat in een procedure met een korte doorlooptijd de gedupeerde werknemer een rechterlijk oordeel kan verkrijgen over de vraag of zijn werkgever jegens hem misbruik heeft gemaakt van faillissementsrecht.

Van misbruik van faillissementsrecht is sprake wanneer het faillissement wordt gebruikt als middel tot oneigenlijke beëindiging van arbeidsovereenkomsten. Onder "oneigenlijke beëindiging" verstaan wij de situatie waarin de werkgever de verplichtingen die normaal gesproken aan het beëindigen van arbeidsovereenkomsten zijn verbonden, ontloopt door het aan te laten komen op een faillissement terwijl de werkgever de reguliere "beëindigingsverplichtingen" had kunnen dragen zonder de continuïteit van de onderneming in gevaar te brengen. Artikel 13a Fw bepaalt dat de vernietiging van een faillietverklaring tot gevolg heeft dat de opzegging van een arbeidsovereenkomst door de curator met terugwerkende kracht wordt beheerst door de wettelijke of overeengekomen regels die van toepassing zijn buiten faillissement. In de praktijk zal dit met name meebrengen dat de opzegging door de curator op grond van artikel 7:681 BW vernietigd kan worden wegens het ontbreken van de vereiste instemming van de werknemer alsmede het ontbreken van toestemming van het UWV, of dat een billijke vergoeding kan worden toegekend.²⁴

23. Art. 13a Fw is gebaseerd op de richtlijn inzake overgang onderneming (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, *Pb EG L 82/16*). Ook art. 67 lid 2 Fw alsmede art. 72 lid 2 Fw zijn gebaseerd op deze richtlijn.

24. Enkele zijn Rb. Overijssel 11 april 2024, ECLI:NL:RBOVE:2024:2031 (*X/HSPro Hengelo BV*); Rb. Den Bosch 27 augustus 2020, ECLI:NL:RBOBR:2020:4206 (*X/BSH Arbeidsdeskundig Advies BV c.s.*) & Hof Arnhem-Leeuwarden 17 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6884. Uit de uitspraak van de Rb. Den Bosch volgt dat de rechtbank (in een andere procedure dan die waarop de genoemde uitspraak ziet) oordeelde dat het faillissement was aangevraagd om op een goedkope manier van een werknemer af te komen. In de verzetprocedure tegen de faillietverklaring ingesteld door de werknemer wordt het faillissement vernietigd.

Of de regeling van artikel 13a Fw voldoende soelaas biedt om misbruik zoveel als mogelijk te voorkomen en indien nodig te bestrijden, staat niet vast. Wij zijn niet bekend met empirisch onderzoek naar de effectiviteit van artikel 13a Fw. In dit kader merken we op dat de positie van werknemers een omstandigheid is die de curator altijd in de besluitvorming over een doorstart betreft. Voorts geldt dat de curator in het kader van het door de wet voorgeschreven oorzakenonderzoek (zie art. 68 lid 2 onder a Fw) naar onze mening gehouden is te onderzoeken of misbruik is gemaakt van de bevoegdheid tot eigen aangifte van faillissement. Derhalve zou misbruik aan het licht moeten komen. De werknemers van een gefailleerde onderneming zijn voor het voorkomen of bestrijden van misbruik van het faillissement om "personeel te lozen" derhalve niet enkel aangewezen op de bescherming van artikel 13a Fw.

2.3 *Voorgeschiedenis van een regeling voor de rechtspositie van werknemers bij een doorstart: rechtspraak*

De doorstartpraktijk vanuit faillissement bestaat al lang²⁵ en kreeg jarenlang nauwelijks aandacht van politiek en media. In de insolventiepraktijk is het al lang een bekend thema. We spreken hier over de klassieke doorstartpraktijk. Een mooi overzicht van de relevante thema's bij de klassieke doorstart is te vinden in het *INSOLAD Jaarboek* uit 2008 getiteld 'Doorstart'.²⁶ De doorstart van kinderdagverblijf Estro door Smallsteps vestigde de aandacht van media en politiek op deze praktijk. Deze doorstart was geen "klassieke doorstart" maar een doorstart die was voorbereid met gebruikmaking van een pre-pack.²⁷

Enkele oudere voorbeelden van misbruik waarover geprocedeerd is: Hof 's-Gravenhage 10 januari 1996, *JOR* 1997/75, m.nt. B. Wessels (*Ammerlaan*), HR 29 juni 2001, *JOR* 2001/169 en *Tvl* 2001, p. 197 e.v., m.nt. G.W. van der Voet (*MTW*); Rb. Amsterdam 6 februari 2002, *JOR* 2002/90 (*Toonder Facilitair*); HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP0084 NJ 2006/4 (*Digicolor*); Rechtbank Groningen 5 augustus 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BR4240 (*KHE Group*). Schaink bespreekt bijna alle genoemde uitspraken alsmede een aantal uitspraken waarin een beroep op misbruik van faillissementsrecht werd afgewezen. Zie P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht (Recht & Praktijk, nr. InsR04)*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 217-245. Zijn bloemlezing geeft een goede indruk van feiten en omstandigheden die rechters betrekken in de beoordeling van "misbruikclaims" ingesteld door werknemers en/of vakbonden.

25. In 1937 oordeelde de Hoge Raad dat een verkoop van een onderneming door de curator de toets aan het destijds geldende art. 101 Fw – dat verkoop van goederen vóór het intreden van de staat der insolventie alleen toestond in twee (uitzonderings)gevallen – kon doorstaan. Zie HR 27 augustus 1937, ECLI:NL:HR:1937:126, NJ 1938/9 (*Nieuw Plancius*). Het huidige art. 101 Fw, zoals dat is gewijzigd door de Wet modernisering faillissementsprocedure (*Stb.* 2018, 299), beperkt de bevoegdheid van de curator om goederen te vervreemden niet meer. Wijziging van deze bepaling was (enkel) codificatie van de bestaande (doorstart)praktijk.
26. Zie in het bijzonder de bijdrage van Grapperhaus: F.B.J. Grapperhaus, 'Zin en onzin van de doorstart', in: A.A.M. Deterink, J.J. van Hees, R. Mulder en J.E. Stadig (red), *Doorstart (INSOLAD Jaarboek 2008)*, Deventer: Kluwer 2008, p. 99-109.
27. Aan die introductie ging de oproep van Tollenaar vooraf. Zie N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrechters in Nederland; geef ons de pre-pack', *Tvl* 2011/23. Een fraai overzicht van de opkomst,

In een pre-pack is voorafgaand aan het uitspreken van een faillissement contact met (een) in een overname geïnteresseerde kandidaat/kandidaten. Voorbereiding van een mogelijke doorstart vóór faillissement maakt het mogelijk de exploitatie van de onderneming na faillietverklaring (nagenoeg) zonder onderbreking voort te zetten. Dat is in sommige branches (denk bijvoorbeeld aan de leveringen van versproducten aan supermarkten) nodig om de onderneming in stand te kunnen houden. Zou de levering van een product of dienst ook maar een moment onderbroken worden, dan zal de afnemer diens leverancier onmiddellijk inwisselen voor een ander. Wij hebben de ervaring dat bij een pre-pack in de meeste gevallen meer klanten en banen behouden blijven in vergelijking met de situatie waarin pas in faillissement wordt gestart met voorbereiding van de doorstart. In werkelijk spoedeisende gevallen is voorbereiding vóór faillissement noodzakelijk om überhaupt een doorstart te kunnen realiseren. In (bijvoorbeeld) de zorgsector is een voorbereiding van een faillissement – al dan niet met inzet van een pre-pack – noodzakelijk met het oog op de (continuïteit van) zorgverlening aan patiënten en andere (maatschappelijke) gevolgen van het faillissement. Ook levert een doorstart gerealiseerd na toepassing van een pre-pack in onze ervaring vaak een hogere opbrengst op dan een klassieke doorstart. Het proces van voorbereiding van de doorstart tijdens een pre-pack wordt begeleid door degene die door de rechtbank is aangewezen als beoogd curator, op wiens functioneren de beoogd rechter-commissaris toezicht houdt.

Bij de doorstart van Estro verloren van de ongeveer 3800 personeelsleden ongeveer 1200 werknemers hun baan. De FNV spande een procedure aan tegen de doorstarter Smallsteps waarin de vakbond bepleitte dat artikel 7:666 onder a BW niet kon worden toegepast omdat niet voldaan was aan de toepassingsvoorwaarden voor de faillissementsexceptie opgenomen in de richtlijn waarop deze wetsbepaling is gebaseerd.²⁸ Daarom waren de 1200 personeelsleden aan wie Smallsteps geen baan had aangeboden (toch) automatisch bij Smallsteps in dienst getreden en wel op basis van met Estro overeengekomen (arbeids)voorwaarden, aldus FNV.

ontwikkeling en (voorlopige) “ondergang” van de pre-pack geeft P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht (Recht & Praktijk, nr. InsR04)*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, hoofdstuk 11, p. 171 e.v.

28. Art. 7:666 onder a BW is gebaseerd op de Richtlijn inzake overgang onderneming en moet daarom richtlijnconform worden uitgelegd. Zie hierover ook uitgebreid P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht (Recht & Praktijk, nr. InsR04)*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 165 e.v. Ook Verstijlen besteedt in zijn annotatie onder het *Heiploeg*-arrest van de Hoge Raad aandacht aan de problematiek van richtlijnconforme uitleg. Zie NJ 2024/50.

Het Hof van Justitie oordeelde²⁹ dat de in Europese richtlijn inzake overgang van onderneming opgenomen regels omtrent overgang van onderneming³⁰ alleen buiten toepassing kunnen worden gelaten als:

- a. sprake is van een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure,
- b. die is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder, en
- c. die onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie.

Deze voorwaarden worden aangeduid als de “faillissementsexceptie”. Uit het oordeel van het hof lijkt te volgen dat onder andere van belang is met welke intentie het faillissement is voorbereid en vervolgens aangevraagd. Als het faillissement is voorbereid met als voornaamste doel de activiteiten voort te kunnen zetten, dan kan dat een indicatie zijn dat de procedure niet is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Ten aanzien van de pre-pack zoals gehanteerd in de *Smallsteps*-zaak oordeelde het Hof – onder voorbehoud van definitieve beoordeling door de Nederlandse (verwijzings)rechter – dat deze niet voldeed aan het tweede vereiste, met name omdat de tijdens faillissement gerealiseerde overgang van onderneming tot in detail vóór faillissement was voorbereid en omdat het behoud van de operationele continuïteit van de onderneming vooropstond.³¹ Verder signaleert het hof dat de pre-pack feitelijk grotendeels was voorbereid door de onderneming zelf zonder enig toezicht vanuit de overheid. Weliswaar fungeerden een beoogd curator en beoogd rechter-commissaris, maar zij beschikten formeel gezien niet over enige bevoegdheid omdat de pre-pack niet wettelijk is geregeld. Van het onder “toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie” kon (in deze zaak) dan ook dus niet (zonder meer) worden gesproken. De Nederlandse pre-packpraktijk voldeed daarom niet aan het derde vereiste, aldus het Hof van Justitie. Omdat *Smallsteps* geen beroep toekwam op de faillissementsexceptie, was de regeling inzake overgang van onderneming (art. 7:662 e.v. BW) van toepassing op de doorstart.

De uitspraak inzake *Smallsteps* leerde dat de regeling inzake overgang van onderneming – anders dan de (letterlijke) tekst van artikel 7:666 onder a BW suggereert – tóch van toepassing kan zijn op sommige doorstarts vanuit faillissement.

Zoals geconstateerd was de doorstart van *Estro* voorbereid met een pre-pack. Niet duidelijk wordt in hoeverre het hof voor zijn beslissing dat de faillissements-

29. HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489. Bij *Schaink* is een vermelding te vinden van de vele publicaties die aan het *Smallsteps*-arrest zijn gewijd. Zie P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht (Recht & Praktijk, nr. InsR04)*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 178.

30. 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, Pb EG L 82/16. Zie hierover uitgebreid P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht (Recht & Praktijk, nr. InsR04)*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, hoofdstuk 11.

31. HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, par. 48-50.

exceptie niet van toepassing was relevant achtte dát de doorstart – die een overgang van (een groot deel van) de onderneming inhield – vanuit een pre-pack was voorbereid. Ook wordt niet duidelijk of en in hoeverre de omstandigheid dat de koper (Smallsteps) was gelieerd aan de gefailleerde (Estro) een rol speelt. Het was daarom onzeker of een doorstart vanuit faillissement waaraan geen pre-pack voorafgaat en/of waarin de onderneming wordt verkocht aan een “buitenstaander” óók is onderworpen aan de regeling inzake overgang onderneming, of dat in dat geval de faillissementsexceptie wél geldt. Robert omschrijft deze onzekerheid in zijn artikel in het *Insol Europe Year Book 2022* aldus:

“The Smallsteps judgment torpedoed the Dutch asset-transaction practice. The direct effect was that a buyer would not be sure that Article 5(1) of the Directive (Article 7:666 DCC) could be relied upon, because that requires a determination whether the main purpose of the opening of the proceedings was liquidation or continuation. That determination is difficult to make, because usually there is a bit of both. Moreover, there was the perception that the judgment killed the pre-pack. That perception does not seem right to me as the consequence of the ECJ’s judgment with respect to the pre-pack was only that it should be supervised by the court and provided for in the law.”³²

De uitspraken van Nederlandse rechters die werden gedaan in zaken die speelden na de uitspraak van het Hof van Justitie laten dan ook een wisselend beeld zien.³³

- a. Doorstart van modewinkel Tuunte vanuit faillissement: de regeling inzake overgang van onderneming is volgens de rechtbank niet van toepassing. Aan het faillissement was geen pre-pack voorafgegaan, wel waren voorbereidingen getroffen om een doorstart te vergemakkelijken.³⁴ De praktijk leert overigens dat dergelijke voorbereidingen geen garantie zijn voor een doorstart. In sommige gevallen zijn vóór het faillissement weliswaar voorbereidingen getroffen om een na faillissement te realiseren doorstart te faciliteren, doch komt het niet tot een doorstart.
- b. In een andere procedure (het betrof Transmission, actief in goederentransport en logistiek) werd de regeling inzake overgang onderneming wél toegepast. In deze zaak was de doorstart met een pre-pack voorbereid.³⁵

32. *Insol Europe Yearbook 2022, Restructuring and Insolvency Tools in Times of Crisis*, Chapter 4, p. 62. Zie ook P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht (Recht & Praktijk, nr. InsR04)*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 171 die spreekt over het ruw opschrikken van de faillissementspraktijk door het arrest *Smallsteps* en vervolgens (op p. 178) over het inslaan als een bom.

33. De hierna genoemde uitspraken worden ook besproken door Schaink. Zie P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht (Recht & Praktijk, nr. InsR04)*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 181-183 en P.R.W. Schaink, ‘Arbeidsrecht in faillissement: principiële zaken’, *FIP 2024/1*, p. 11-12.

34. Rb. Gelderland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447.

35. Rb. Limburg 26 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9137, *JOR 2018/316*, m.nt. Spinath. De uitspraak was welbeschouwd een pyrrusoverwinning voor de betrokken werknemers, omdat zij de vernietigbaarheid gegrond op art. 7:670 lid 8 BW (oud) van de door de curator gedane opzegging

- c. De doorstart van Bogra (producent van uitvaartkisten) leidde tot een geschil dat in hoger beroep door het gerechtshof Amsterdam in het voordeel van de doorstarter is beslecht. Dragend voor het oordeel van het hof lijkt dat de gerealiseerde doorstart niet – althans: niet in detail – vóór faillissement is voorbereid en tijdens faillissement meerdere gegadigden – dus niet alleen de oud-eigenaar van de onderneming – in de race waren voor een doorstart.³⁶
- d. De doorstart van bakkerij Vleems betrof een vanuit faillissement gerealiseerde doorstart door middel van een activatransactie tussen de curator en een nieuwe onderneming. Er was geen pre-pack en de rechter oordeelde dat de doorstart evenmin vóór faillissement was voorbereid, hoewel de mogelijkheid van een doorstart wel was besproken met adviseurs. Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat het faillissement niet was ingeleid met het oog op voortzetting van de onderneming en dat de koper zich daarom kon beroepen op de faillissementsuitzondering.³⁷ Het cassatieberoep tegen dit arrest werd afgewezen.³⁸
- e. Bij een doorstart in de horeca werd een surseance van betaling omgezet in een faillissement en verkocht de curator vervolgens de onderneming. De kantonrechter oordeelde dat de faillissementsuitzondering van toepassing was.³⁹

De lagere rechtspraak maakt duidelijk dat niet iedere doorstart uit faillissement die een overgang van onderneming inhoudt, leidt tot een automatische indiensttreding van de werknemers van gefailleerde bij de koper/doorstarter. Anders gezegd, ook na het *Smallsteps*-arrest is diverse malen met succes een beroep gedaan op de faillissementsexceptie door de doorstarter. Anderzijds was het na het *Smallsteps*-arrest zo dat niet helemaal duidelijk was in welke gevallen de regeling van overgang van onderneming niet van toepassing is op een doorstart die vanuit faillissement wordt gerealiseerd en in welke gevallen (mogelijk) wel.

Om meer duidelijkheid te krijgen over de toepasselijkheid van de regeling van overgang van onderneming op een doorstart vanuit faillissement, heeft de Hoge Raad in een geschil naar aanleiding van de doorstart van het bedrijf Heiploeg prejudiciële vragen gesteld aan het Hof van Justitie over de interpretatie van de Richtlijn inzake overgang van onderneming.⁴⁰ Heiploeg was marktleider in Europa op het gebied van import, verwerking en verkoop van garnalen. Het faillissement van

van de arbeidsovereenkomsten niet (tijdig) hadden ingeroepen. Dit bracht de kantonrechter tot de conclusie dat de werknemers enkel voor de duur van de opzegtermijn mee over waren gegaan op de nieuwe onderneming en slechts over die periode een loonaanspraak hebben.

36. Hof Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2339.

37. Hof Arnhem-Leeuwarden 30 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9900.

38. HR 14 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1446, JOR 2023/109, m.nt. Schaïnk.

39. Rb. Midden-Nederland (sector kanton) 11 november 2022, ECLI:NL:RBMNE:2022:4889, JAR 2023/78.

40. HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, JOR 2020/162, m.nt. P.R.W. Schaïnk; JAR 2020/125, m.nt. J. van der Pijl.

Heiploeg werd uitgesproken in dezelfde periode als het faillissement van Estro. Directe aanleiding voor het faillissement was een forse boete die aan Heiploeg was opgelegd wegens schending van mededingingsregels. Heiploeg kon deze boete niet betalen en evenmin financiering vinden hiervoor. Net als bij Estro werd vanuit faillissement een doorstart gerealiseerd. Deze doorstart was eveneens voorbereid in een pre-pack. De curator heeft “de onderneming” (lees: alle voor overdracht vatbare onbezwaarde én bezwaarde activa) overgedragen aan de koper/doorstarter. De koper is een partij die niet aan de failliete vennootschap was gelieerd. De curator ontsloeg alle werknemers. De koper van de activa nam 210 van de 300 ontslagen werknemers in dienst.

De vragen die de Hoge Raad stelde aan het Hof van Justitie waren erop gericht duidelijkheid te verkrijgen of de Nederlandse pre-pack (i) gericht kan zijn op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en (ii) of de pre-pack onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staat. Met andere woorden, of de pre-pack (bij nader inzien) in bepaalde gevallen tóch onder de faillissementsexceptie zou kunnen vallen. Uit de vraagstelling van de Hoge Raad blijkt dat hij meent dat het Hof van Justitie in de *Smallsteps*-procedure onvolledig geïnformeerd is en dat, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, ook in een pre-pack-situatie voldaan kan zijn aan de voorwaarden voor toepassing van de faillissementsexceptie.

In zijn uitspraak volgt het Hof van Justitie de Hoge Raad en beantwoordt het Hof de vragen bevestigend.⁴¹ Een pre-pack kan gericht zijn op de liquidatie van het vermogen als de pre-pack ertoe strekt in de faillissementsprocedure een liquidatie van de draaiende onderneming te vergemakkelijken, waarbij een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers wordt bereikt en de werkgelegenheid zo veel mogelijk wordt behouden. Verder kan een pre-pack ook onder bevoegd overheidstoezicht vallen, mits een dergelijke pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen. Hieruit volgt dat een (wettelijk) geregelde pre-packprocedure, zoals neergelegd in het wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I, toepassing van de faillissementsexceptie toestaat in gevallen waarin het faillissement gericht is op de liquidatie van het vermogen. Hoe dat laatste – het doel van het faillissement – moet worden vastgesteld, blijkt niet uit het arrest. Dat laat het Hof van Justitie aan de Nederlandse rechter over.

Het *Heiploeg*-arrest betekent naar onze mening in de eerste plaats dat een klassieke doorstart – dus: een doorstart die niet (al dan niet met een pre-pack) is voorbereid – onder de faillissementsexceptie valt. Om met hoogleraar arbeidsrecht

41. HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321, NJ 2022/272, m.nt. F.M.J. Verstijlen; JOR 2022/219, m.nt. L.G. Verburg (*Heiploeg*). Zie ook P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht (Recht & Praktijk, nr. InsR04)*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, par. 11.6 voor een uitgebreide bespreking van het *Heiploeg*-arrest.

Verburg te spreken: de klassieke doorstart is “buutvrij”.⁴² Het Hoge Raad-arrest inzake de doorstart van de industriële bakkerij Vleems biedt steun aan deze opvatting. De Hoge Raad verwierp namelijk in een artikel 81 RO-arrest de cassatieklachten van FNV tegen het arrest waarin het hof tot het oordeel kwam dat de doorstarter zich kon beroepen op artikel 7:666 onder a BW.⁴³

In de tweede plaats maakt het *Heiploeg*-arrest een *comeback* van de pre-pack mogelijk. Het arrest maakt duidelijk dat ook een doorstart in faillissement die is voorbereid met een pre-pack die als doel heeft waardemaximalisatie voor schuldeisers onder de faillissementsuitzondering kan vallen, waardoor het personeel niet van rechtswege in dienst treedt bij de verkrijger. Daarvoor is wel vereist dat de pre-pack wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen zoals bedoeld door het Hof van Justitie in het *Heiploeg*-arrest.⁴⁴ Aan het slot van de volgende paragraaf komen wij hierop terug.

2.4 Voorgeschiedenis van een regeling voor de rechtspositie van werknemers bij een doorstart: concept-wetgeving

Het *Smallsteps*-arrest was aanleiding voor de lancering van een tweetal wetsontwerpen: WOVOF I (2019) en de Novelle voor de Wet Continuïteit Ondernemingen I (2021). Vervolgens deed zich de *Heiploeg*-procedure voor. Deze was aanleiding om het wetsontwerp WOVOF I vooralsnog niet om te zetten in een wetsvoorstel. De wetgever wilde de uitkomst van de *Heiploeg*-zaak afwachten. De uitkomst van de *Heiploeg*-zaak is bekend en hiervoor beschreven. Het *Heiploeg*-arrest maakt duidelijk dat de Nederlandse wetgever *niet* verplicht is tot het van toepassing verklaren van de regeling overgang van onderneming op doorstarts vanuit faillissement.

42. L.G. Verburg, annotatie bij HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321, *JOR* 2022/219. P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht (Recht & Praktijk, nr. InsR04)*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 199 stelt dat een doorstart die in detail is voorbereid zonder gebruikmaking van een pre-pack mogelijk niet onder de faillissementsuitzondering valt omdat dan niet is voldaan aan de voorwaarde dat het hoofddoel van het faillissement liquidatie van het vermogen van de gefailleerde onderneming is. Naar onze mening is het erg lastig een doorstart zonder pre-pack in alle details voor te bereiden, al was het maar omdat nog niet bekend is wie als curator wordt aangesteld en hoe deze de hem/haar “voorgekookte doorstart” beoordeelt. Wij achten daarom de kans klein dat zich de door Schaink geschetste situatie voordoet.

Robert meent (zie *Insol Europe Yearbook 2022: Restructuring and Insolvency Tools in Times of Crisis*, p. 67) dat de rechter die het faillissement uitspreekt altijd moet onderzoeken en beslissen of liquidatie van het vermogen van de schuldenaar het belangrijkste doel is van het faillissement. Hij stelt daartoe een aanpassing van de Faillissementswet voor. Een aanpassing van de wet lijkt ons niet nodig; het de rechter expliciet laten bepalen wat het voornaamste doel is, heeft wel onze instemming. Deze kan dat ook zonder aanpassing van de wet menen wij. Voor de Nederlandse versie van de publicatie van Robert, zie R.J. van Galen, ‘Overgang van onderneming in faillissement: de stand van zaken na *Heiploeg*’, *Ondernemingsrecht* 2022/55.

43. HR 14 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1446, *JOR* 2023/109, m.nt. P.R.W. Schaink.

44. Tot deze conclusie komen ook R.J. de Weijts & J.H.P. Zwemmer, ‘Wovof II als pleister naast de zere plek. Het fundamentele onderscheid tussen pre-packs met zittende aandeelhouders en met externe partijen’, *Tvl* 2024/20, p. 154.

Wel moet een doorstart – al dan niet voorbereid met een pre-pack – voldoen aan de voorwaarden die in de richtlijn en door het Hof van Justitie worden gesteld om onder de faillissementsexceptie te vallen (art. 7:666 onder a BW).

In Europa is het *Heiploeg*-arrest niet onopgemerkt gebleven. Het op 7 december 2022 gepubliceerde voorstel voor een richtlijn die strekt tot harmonisatie van regelgeving van EU-lidstaten op het terrein van het insolventierecht (het “Richtlijnvoorstel”) bevat een concept voor een regeling voor de pre-pack die uitgaat van juistheid van het *Heiploeg*-arrest van het Hof van Justitie.⁴⁵ De Europese Commissie is namelijk van oordeel dat een doorstart uit een faillissement dat is voorafgegaan door een pre-pack onder de faillissementsexceptie valt. In het Richtlijnvoorstel maakt de Commissie dienaangaande de volgende inleidende opmerking:

“Het voorstel is volledig in overeenstemming met deze bepaling bij de regeling van ‘pre-pack-procedures’. In overeenstemming met het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak-*Heiploeg* verduidelijkt dit voorstel met name dat de vereffeningsfase van een pre-packprocedure voor de toepassing van artikel 5, lid 1, van Richtlijn 2001/23/EG moet worden beschouwd als een faillissements- of insolventieprocedure met het oog op de vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.”

De Europese Commissie verstaat onder een met behulp van een pre-pack voorbereide doorstart het volgende:⁴⁶

“In een pre-packprocedure wordt de onderneming van de schuldenaar of een deel daarvan als going concern verkocht op grond van een contract waarover vóór de aanvang van een insolventieprocedure vertrouwelijk wordt onderhandeld onder toezicht van een door een gerecht aangewezen toezichthouder en gevolgd door een korte insolventieprocedure waarin de vooraf overeengekomen verkoop formeel wordt toegestaan en uitgevoerd.”

In lijn met deze inleidende observatie bepaalt het Richtlijnvoorstel in het tweede lid van artikel 20:

“Voor de toepassing van artikel 5, lid 1, van Richtlijn 2001/23/EG van de Raad wordt de vereffeningsfase beschouwd als een faillissements- of insolventieprocedure met het oog op de vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.”

45. Zie over het Richtlijnvoorstel de uitgave van de NVVH uit april 2023 getiteld *The Insolvency Proposal* alsmede de special van de *TvI* die in mei 2023 verscheen. Die laatste bevat een heldere bespreking van het onderdeel van het Richtlijnvoorstel dat over de pre-pack gaat van de hand van M.R. van Zanten, die veel onderzoek heeft gedaan naar de pre-pack en daarover de nodige publicaties het licht heeft doen zien. Robert werkte (vanzelfsprekend) ook mee aan die special; hij geeft zijn visie op de crediteurencommissie.

46. Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot harmonisatie van bepaalde aspecten van het insolventierecht (COM/2022/702 finaal), 2022/0408 (COD), p. 4 en voetnoot 13.

De “vereffeningsfase” is het faillissement dat volgt op de pre-pack, zo volgt uit artikel 19 lid 1 van het richtlijnvoorstel.

Het Richtlijnvoorstel biedt derhalve de ruimte om de *deal uncertainty* bij doorstarts die zijn voorbereid met een pre-pack te beëindigen.⁴⁷ Het voorstel bepaalt namelijk expliciet en zonder voorbehoud dát een faillissement volgend op een pre-pack onder de faillissementsexceptie valt (“wordt beschouwd als”). Het Richtlijnvoorstel vereist voor toepassing van de faillissementsuitsluiting dus niet langer dat in een concreet geval wordt vastgesteld dat het faillissement waaruit de doorstart plaatsvindt, is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de gefailleerde. De rechtsonzekerheid meebrengende “liquidatievraag” (een door Robert geïntroduceerde term),⁴⁸ zoals geformuleerd in de rechtspraak van het Hof van Justitie, behoeft niet meer te worden beantwoord.⁴⁹ Kort en goed: Europa heeft groen licht gegeven voor toepassing van de faillissementsexceptie bij doorstarts vanuit faillissement, zowel klassieke doorstarts als doorstarts die zijn voorbereid in een pre-pack.

De meest logische stap zou daarom wat ons betreft zijn de behandeling van de Wet Continuïteit Ondernemingen I in de Eerste Kamer te hervatten. Het is wenselijk de pre-pack zo snel mogelijk van een wettelijke basis te voorzien opdat ondernemingen die in de kern nog gezond zijn de pre-pack kunnen inzetten om vanuit faillissement met zo min mogelijk waarde- en banenverlies door te starten. Het standpunt van het kabinet lijkt nu te zijn dat men de uitkomst van de onderhandelingen in Brussel over de definitieve versie van de Harmonisatierichtlijn afwacht.⁵⁰ Bij de WHOA heeft men – gelukkig – een andere aanpak gehanteerd.

47. Overigens is op het Richtlijnvoorstel – en dat geldt zeker ook voor de bepalingen over de pre-pack, die onder andere te gedetailleerd zijn – veel aan te merken. Dat laten we verder rusten, al weten we dat Robert hierin ook geïnteresseerd is.

48. Zie R.J. van Galen, ‘Overgang van onderneming in faillissement: de stand van zaken na Heiploeg’, *Ondernemingsrecht* 2022/55.

49. Voor een kritische kanttekening bij het afschaffen van de “liquidatievraag”, zie R.J. de Weijts & J.H.P. Zwemmer, ‘Wovof II als pleister naast de zere plek. Het fundamentele onderscheid tussen pre-packs met zittende aandeelhouders en met externe partijen’, *Tvl* 2024/20, p. 160. Er zijn overigens auteurs die betogen dat de “liquidatievraag” niet echt tot rechtsonzekerheid leidt. Zo schrijft Verstijlen in zijn annotatie bij het *Heiploeg*-arrest van het Hof van Justitie: “In de Nederlandse verhoudingen, waarin de prepack dient ter voorbereiding van het faillissement, zal het liquidatiedoel steeds wel primeren. Het ‘standalone’ faillissement is steeds gericht op liquidatie door het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst, zo blijkt ook uit de verwijzingsbeslissing van de Hoge Raad.” Zie *NJ* 2022/272.

50. Dat leiden wij af uit de brief van 15 april 2024 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer waarin toenmalig minister Weerwind ingaat op ontwikkelingen in het insolventierecht (kenmerk 5373344). De minister schrijft (p. 7 van de brief): “Zodra deze onderhandelingen zijn afgerond, zal ik verder werken aan een Nederlandse regeling over de stille voorbereiding van een faillissement, in de vorm van een implementatiewet dan wel een nationale regeling.” De concept-MvT bij WOVOF II laat een iets ander geluid horen, namelijk dat in Den Haag nog geen definitieve keuze is gemaakt voor uitstel van invoering van een regeling inzake de pre-pack totdat het Brusselse wetgevingsproces is voltooid. In de MvT wordt over introductie van een wettelijke regeling voor de pre-pack het volgende opgemerkt: “Het streven is daarom om de nieuwe regeling [hiermee wordt bedoeld: WOVOF II] tegelijkertijd in werking te laten treden met wetgeving die een basis

Daar is ervoor gekozen om de WHOA in te voeren en vervolgens – nadat men in Brussel was uit onderhandeld en de Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie tot stand was gekomen – is de reeds in werking getreden WHOA-regeling richtlijncompliant gemaakt door aanvullende wetgeving.⁵¹ Een dergelijke aanpak heeft ook voor de pre-pack onze voorkeur omdat het ons bekend is dat men in Brussel verwacht dat het nog jaren kan duren voordat de definitieve versie van de Harmonisatierichtlijn gereed is. Als tussentijds een nieuwe crisis uitbreekt en Nederland een regeling voor pre-pack ontbeert, zitten we nog steeds met de onduidelijkheid en dat is in onze ogen zeer onwenselijk.⁵²

3. HET VOORONTWERP VOOR DE WET OVERGANG VAN ONDERNEMING IN FAILLISSEMENT (“WOVOF II”)

3.1 *Beleidskompas WOVOF II*

Het ‘Beleidskompasformulier voor internetconsultatie’ bij WOVOF II geeft informatie over de vraag welke problemen de wetgever met invoering van WOVOF II beoogt op te lossen. In dit document staat hierover het volgende:

“Doordat de verkrijger vrij is om te kiezen welke werknemers hij mee overneemt, is vaak niet transparant welke criteria de verkrijger hanteert bij de selectie van personeel. Dit geeft onduidelijkheid bij de werknemers, omdat aan hen niet goed uit te leggen valt waarom bepaalde collega’s wel mee overgaan en anderen niet. Het verschil in bescherming tussen werknemers binnen en buiten faillissement geeft ook een zeker concurrentievoordeel aan de verkrijger bij een doorstart in faillissement. Na een faillissement kan de verkrijger met de onderneming in afgeslankte vorm verder, met werknemers die hij zelf heeft uitgekozen. Zijn concurrenten zijn echter gebonden aan het reguliere arbeidsrecht en zullen bij een reorganisatie wegens bedrijfseconomische redenen het afspiegelingsbeginsel moeten toepassen.”

Ons overtuigt om te beginnen het argument van de concurrentievervalsing niet. Als een doorstart wordt gerealiseerd, is op de markt kennelijk ruimte voor de doorstartende onderneming. Dan is ook ruimte voor de start van een nieuwe

biedt voor de ‘pre-pack methode’. De WCO I, die op dit moment aanhangig is in de Eerste Kamer, biedt een dergelijke regeling. Er lopen echter ook Europese onderhandelingen over een richtlijnvoorstel, waarin een regeling van de ‘pre-pack methode’ is opgenomen. Het is daarom ook mogelijk dat de ‘pre-pack methode’ geregeld zal worden in een wet ter implementatie van deze richtlijn.” (MvT bij WOVOF II, p. 6). Uit de brief van 18 oktober 2024 die de Staatssecretaris voor Rechtsbescherming T.H.D. Struycken – voormalig compagnon van Robert – aan de voorzitter van de Tweede Kamer stuurde (referentie 5817415), lijkt dan weer afgeleid te kunnen worden dat Den Haag de afloop van de richtlijnonderhandelingen niet wil afwachten en werk wil maken van invoering van een wettelijke regeling voor de pre-pack (zie p. 4 van de brief).

51. Implementatiewet richtlijn herstructurering en insolventie, *Stb.* 2022/491.

52. In dezelfde zin J.J. van Hees in *Verder, Magazine Verder*, Uitgave CPO uit 2019 die een aanpassing van onze huidige Faillissementswet bepleit.

onderneming, waarbij óók een vrije personeelskeuze mogelijk is. De overige ondernemingen op die markt ondervinden daarvan ook concurrentie. Dat is een onderdeel van de marktwerking.

Wat hiervan verder zij: WOVOF II beoogt dus de positie van werknemers in faillissement te verbeteren, met name bij doorstarts (zie onderdeel 2.a Beleidskompas en p. 3 MvT: "Doel van dit wetsvoorstel is om te zorgen voor een betere bescherming van werknemers bij een overgang van onderneming in faillissement"). WOVOF II tracht dat doel te realiseren door de regeling voor overgang van onderneming die buiten faillissement van toepassing is, toe te passen op een doorstart vanuit faillissement, aanpassingen en uitzonderingen daargelaten.

Bij ons rijst de vraag wat "verbetering van de positie van werknemers" moet inhouden. De vakbonden hebben in procedures over doorstarts aandacht gevraagd voor "behoud van arbeid" bij doorstarts vanuit faillissement. Er werd gewag gemaakt van gevallen waarin de doorstarter voor het "overgenomen werk" andere personeelsleden in dienst nam dan personeelsleden van de gefailleerde werkgever, terwijl die laatste geschikt én bereid waren om de werkzaamheden te (blijven) verrichten in dienst van de doorstarter. Zien wij het goed, dan is "behoud van arbeidsplaatsen" een doel dat de vakbonden nastreven bij aanpassing van het "insolventierechtelijke arbeidsrecht".

Een aanpassing van de regels voor een doorstart vanuit faillissement die de keuzevrijheid van de doorstarter aangaande het al of niet overnemen van personeelsleden van de gefailleerde werknemer vermindert, zal bij doorstarts kunnen resulteren in hogere lasten voor de koper. Deze aanpassing kan zelfs betekenen dat doorstarts niet meer haalbaar zijn. Wij hebben begrip voor de wens om banenverlies bij werknemers van gefailleerde onderneming te beperken. Zo een beperking dient het maatschappelijk belang en kan bijdragen aan het vergroten van begrip en draagvlak voor doorstarts vanuit faillissement. Een wettelijke regeling die de arbeidsrechtelijke aspecten van een doorstart vanuit faillissement regelt, kan - in theorie - bijdragen aan het verminderen van onnodig banenverlies bij werknemers van failliete ondernemingen. Tegelijkertijd moet een verkrijger zo min mogelijk door de wettelijke bepalingen gehinderd worden om te voorkomen dat de verkrijger van de doorstart afziet. Tegen die achtergrond beoordelen wij WOVOF II. Wij beperken ons daarbij tot de voorgestelde regeling inzake overgang van onderneming tijdens faillissement. De andere onderdelen van WOVOF II - aangaande respectievelijk het concurrentiebeding, het adviesrecht van de ondernemingsraad bij doorstarts (codificatie van de DA-beschikking) en de verplichting de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging in te lichten over de aankomende surseance van betaling of faillissement - laten wij buiten beschouwing.

3.2 WOVOF II: de voorgestelde regeling inzake overgang onderneming

Op hoofdlijnen ziet de voorgestelde regeling ter zake van overgang van onderneming tijdens faillissement zoals opgenomen in WOVOF II er als volgt uit:

- a. Bij een doorstart die een overgang van onderneming in faillissement inhoudt, gaan de arbeidsovereenkomsten van alle werknemers die ten tijde van het faillissement in dienst zijn bij de gefailleerde werkgever en in de onderneming werken, van rechtswege over op de verkrijger op het moment van de doorstart (art. 7:663, eerste volzin, en 7:666 lid 5 (nieuw) BW).
- b. Heeft de curator de arbeidsovereenkomsten ten tijde van de doorstart al opgezegd (art. 40 Fw), dan is de verkrijger verplicht aan de werknemers een nieuw dienstverband aan te bieden per het moment van de overgang (art. 7:666b lid 1 (nieuw) BW).
- c. Zijn er bedrijfseconomische omstandigheden waardoor arbeidsplaatsen moeten verdwijnen, dan is de verkrijger niet gehouden om aan alle werknemers een dienstverband aan te bieden. Via een objectieve selectiemethode wordt dan bepaald welke werknemers al dan niet een dienstverband krijgen aangeboden door de verkrijger (art. 7:666b lid 2 (nieuw) BW). Van de werknemers aan wie geen dienstverband bij de verkrijger wordt aangeboden, eindigt het dienstverband met de verkrijger na afloop van de opzegtermijn uit de ontslagaanzegging van de curator. Dit betekent dat de verkrijger ook de personeelsleden die hij geen dienstverband aanbiedt, voor enige tijd op zijn payroll heeft.
- d. De selectiemethode die in beginsel gebruikt moet worden, is de inspiegelingsmethode. Deze methode is gebaseerd op het afspiegelingsbeginsel, zoals neergelegd in de Ontslagregeling. Hierbij geldt wel een 10% bandbreedte van het aantal werknemers wier arbeidsplaats vervalt. De verkrijger mag dit aantal werknemers buiten de toepassing van de inspiegelingsmethode houden en dus zelf uitkiezen (art. 7:666b lid 3 (nieuw) BW en art. 2 ontwerp-ministeriële regeling).
- e. Als alternatief voor de inspiegelingsmethode kan een andere objectieve selectiemethode worden toegepast (art. 7:666b lid 3 (nieuw) BW). Voor die toepassing is toestemming van de rechter-commissaris vereist.
- f. Bestaande schulden die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomsten en zien op de periode voor de overgang, gaan niet mee over op de verkrijger (art. 7:666b lid 11 (nieuw) BW). Het gaat hierbij onder andere om achterstallig loon, opgebouwde maar nog niet genoten vakantiedagen en nog niet uitbetaalde vakantietoeslag.
- g. De arbeidsvoorwaarden kunnen in een overleg tussen de verkrijger en de vakbonden onder bepaalde voorwaarden worden aangepast als dit nodig is voor het behoud van de werkgelegenheid binnen de onderneming (art. 7:666b lid 10 (nieuw) BW).

- h. Indien binnen 26 weken na de overgang een vacature ontstaat voor werk dat eerder werd uitgevoerd door werknemers die geen dienstverband hebben aangeboden gekregen, is de verkrijger verplicht om aan een van deze oud-werknemers alsnog een arbeidsovereenkomst aan te bieden (art. 7:666b lid 5 (nieuw) BW).

De hiervóór kort omschreven voorschriften gelden niet als de gefailleerde onderneming minder dan twintig werknemers in dienst heeft. In plaats daarvan wordt aan de verkrijger van een dergelijke onderneming de verplichting opgelegd voorafgaand aan de overname te onderbouwen hoe hij te werk gaat bij de selectie van personeel, welke arbeidsvoorwaarden hij daarbij wil hanteren en hoe hij het personeel hierover informeert. De rechter-commissaris geeft alleen toestemming voor de overgang wanneer aan deze voorwaarden is voldaan (art. 176a leden 1 en 3 (nieuw) Fw).

Daarnaast is de verkrijger verplicht om een arbeidsovereenkomst aan te bieden aan een van de oud-werknemers van de gefailleerde, indien binnen 26 weken na de overgang een vacature ontstaat voor werkzaamheden die eerder door deze oud-werknemers werden verricht (art. 7:666 lid 3 (nieuw) BW). Ook bij kleine ondernemingen wordt daarmee uitgangspunt dat de bestaande werknemers als eerste in aanmerking dienen te komen voor een functie bij de verkrijger.

De wetgever erkent dat de voorgestelde regeling de transactiekosten van doorstarts vanuit faillissement doet stijgen en dat meer tijd nodig zal zijn om doorstarts vanuit faillissement te realiseren.⁵³ Wij voegen daaraan toe dat ook de *deal certainty* zal afnemen (zie hierna voor een toelichting). Dit betekent dat alle voordelen die verbonden zijn aan een doorstart vanuit faillissement, sterk zullen afnemen of zelfs verdwijnen. Gezien de risico's en nadelen die thans reeds verbonden zijn aan een doorstart vanuit faillissement is onze verwachting dat implementatie van WOVOF II zal resulteren in een substantiële afname van het aantal doorstarts vanuit faillissement.⁵⁴ Voor een verkrijger zullen de voordelen in veel gevallen niet meer opwegen tegen de nadelen. De verwachting is daarom gerechtvaardigd dat implementatie van WOVOF II niet resulteert in een afname van banenverlies bij doorstarts vanuit faillissement, maar juist leidt tot verlies van meer arbeidsplaatsen dan bij een voortzetting van de bestaande doorstartpraktijk. Als deze verwachting juist is, zullen ook de kosten die de overheid moet maken (denk met name aan uitgaven voor werkloosheidsuitkeringen) stijgen, zeker indien een overschot op de arbeidsmarkt zou ontstaan.

53. Ontwerp-MvT WOVOF II, p. 5.

54. Hierbij dient bedacht te worden dat het aantal faillissementen de laatste jaren historisch laag is geweest. Dat had te maken de economische omstandigheden en (later) met de coronamaatregelen die gericht waren op het voorkomen van faillissementen van ondernemingen. Omdat er relatief weinig faillissementen waren, waren er ook relatief weinig doorstarts uit faillissement. Wij zien dit echter als een momentopname. Uit analyses van het CBS blijkt dat het aantal faillissementen sinds het najaar van 2022 gemiddeld genomen aan het stijgen is.

De in de ontwerp-memorie van toelichting uitgesproken verwachting dat invoering van WOVOF II erin resulteert dat meer werknemers hun baan behouden, achten wij dan ook niet realistisch. De concept-MvT bevat een rekenvoorbeeld (p. 22-23). Uit data van het CBS zou volgen dat bij doorstarts 40% van de personeelsleden in dienst treedt bij de verkrijger.⁵⁵ Volgens de concept-MvT stijgt dat percentage naar 60% als WOVOF II wordt ingevoerd en blijft het aantal doorstarts per jaar gelijk, namelijk 1930. Er wordt derhalve geen rekening gehouden met vermindering van het aantal doorstarts als gevolg van de invoering van WOVOF II. Bovendien wordt niet duidelijk gemaakt waarom het aantal personeelsleden dat hun baan behoudt met maar liefst de helft stijgt als WOVOF II zou worden ingevoerd. Aan de cijfermatige onderbouwing die in de concept-MvT is opgenomen, kan wat ons betreft daarom geen belangrijke betekenis worden toegekend.

Het is onze inschatting dat WOVOF II niet het belang van behoud van arbeidsplaatsen van gefailleerde ondernemingen dient. Daarom bepleiten wij WOVOF II niet in te voeren, maar WCO I vanzelfsprekend wel en zo snel mogelijk. In paragraaf 4 zullen we richtsnoeren (*best practices*) voor doorstarts geven die naar onze inschatting wel zou kunnen bijdragen aan het behoud van arbeidsplaatsen van gefailleerde ondernemingen, terwijl wordt gewaarborgd dat (i) bij een doorstart uit faillissement een transparant selectieproces wordt toegepast waardoor de kans op misbruik van het faillissement om van personeel af te komen verkleint en (ii) een doorstart (financieel) aantrekkelijk blijft.

Wij lichten onze verdere bezwaren tegen WOVOF II toe. Deze zijn voornamelijk ingestoken vanuit een bedrijfseconomisch-insolventierechtelijke invalshoek. De beoordeling van de details van de ingewikkelde regeling vergt arbeidsrechtelijke expertise, een specialisme waarover we niet beschikken. We maken de volgende kanttekeningen:

- a. Welbeschouwd dringt WOVOF II aan de verkrijger een bepaald businessmodel op, terwijl er juist goede redenen kunnen zijn om met het verleden te bre-

55. Het is opmerkelijk dat op deze plaats in de Ontwerp-MvT niet wordt verwezen naar het praktijkonderzoek dat Hurenkamp en Konings – rechters(-commissarissen) bij de rechtbank Midden-Nederland – hebben gedaan naar behoud van werkgelegenheid bij met pre-packs voorbereide doorstarts. Zij onderzochten daartoe 97 surseances en faillissementen in de periode 2012-2024 waarin een doorstart plaatsvond die was voorbereid in een pre-pack. Het onderzoek toont aan dat gemiddeld 70% van de werknemers met dezelfde of vergelijkbare arbeidsvoorwaarden werd overgenomen door de doorstarter bij een pre-pack. Zie J.R. Hurenkamp & G. Konings, 'Het tienjarig jubileum is een feit! Een analyse van 97 pre-packs in de praktijk', in: N. Zetteler e.a. (red.), *In debat met Van Andel*, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 215-235. Het percentage van 70% komt overeen met de uitkomsten van twee andere empirische onderzoeken naar behoud van werkgelegenheid bij doorstarts die zijn voorbereid met een pre-pack. Deze onderzoeken zijn uitgevoerd door Hurenkamp (die een percentage van 68% vaststelde) respectievelijk Van Zanten (uitkomst: 73%). Zie J.R. Hurenkamp, *De pre-pack in de praktijk. Een analyse van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden*, Amersfoort: Celsus Juridische Uitgeverij 2014 respectievelijk M.R. van Zanten, 'It takes Smallsteps to pre-pack', in: E.J.R. Verwey, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (red.), *De Curator en het Personeel (INSOLAD Jaarboek 2018)*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 47-52.

- ken. Hiermee wordt de bedrijfseconomische realiteit en de noodzaak tot sanering miskend. De kandidaat-verkrijger zal allereerst bepalen (i) welke doelstelling(en) hij beoogt te realiseren met de doorstart en (ii) hoe zijn onderneming na "adoptie" van de doorgestarte onderneming moet worden ingericht. Pas daarna (iii) bepaalt de kandidaat-verkrijger hoeveel personeelsleden hij nodig heeft en over welke kwalificaties zij moeten beschikken. WOVOF II draait de zaken om. Die verplicht namelijk tot het creëren van een bedrijfsmodel dat gebaseerd moet zijn op een bestaand personeelsbestand. Dit is problematisch, omdat de door te starten onderneming vóór faillissement niet zelden te weinig heeft geïnvesteerd in automatisering en *efficiency* en/of afzetmogelijkheden heeft zien wegvallen waardoor die onderneming haar personeelsbestand zou moeten inkrimpen. Kortom, het personeelsbestand kan (mede) de oorzaak van de financiële problemen zijn. De verkrijger kan dan geen nieuwe start maken.⁵⁶
- b. De curator en de (kandidaat-)koper(s) moeten beoordelen of een voorgenomen verkoop van boedelactiva kwalificeert als overgang van onderneming. Volgens vaste jurisprudentie van het Hof van Justitie is beslissend of de identiteit van de betrokken onderneming bewaard blijft (gecodificeerd in art. 7:662 lid 2 BW). Men dient vast te stellen of een lopend bedrijf wordt verkocht, hetgeen met name kan blijken uit het feit dat de exploitatie ervan door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet of hervat met dezelfde of soortgelijke activiteiten. Om te bepalen of aan deze voorwaarde is voldaan, moet rekening worden gehouden met alle feitelijke omstandigheden die de betrokken transactie kenmerken. In het bekende *Spijkers*-arrest⁵⁷ somt het Hof van Justitie zeven mogelijk relevante factoren op, waarbij geldt dat de opsomming niet limitatief is en geen van de factoren op zichzelf beslissend is. Uitgaande van de identiteit die de oude onderneming feitelijk had, moet aan de hand van alle omstandigheden worden beoordeeld of die identiteit in de nieuwe situatie is behouden.⁵⁸
- c. De beantwoording van de vraag of sprake is van overgang van onderneming, kost veel tijd en geld omdat een grondige beoordeling van de voorliggende casus is vereist (toename transactiekosten, langere doorlooptijd om doorstart te realiseren). De uitkomst van de beoordeling is bovendien soms onzeker, met name als niet alle activiteiten van de gefailleerde worden voortgezet (*deal uncertainty*). Door het tijdsverloop zal de waarde die de activa van de gefailleerde vertegenwoordigen, in bijna alle gevallen dalen, vaak significant (de

56. In de concept-MvT wordt gesteld dat van de verkrijger "niet [wordt] verwacht dat hij deze onderneming [de onderneming die de gefailleerde dreef] met verliezen voortzet en deze verliezen compenseert met de winsten van de eigen, al bestaande onderneming" (concept-MvT, p. 11). Wij zijn het hiermee eens, doch vrezen dat toepassing van WOVOF II wel degelijk het effect heeft dat de wetgever onwenselijk acht, ondanks de mogelijkheid om werknemers te ontslaan op grond van ETO-redenen. Bij die ontslagbeoordeling fungeert namelijk het personeelsbestand van de gefailleerde als vertrekpunt, niet het businessplan van de (beoogd) koper.

57. HvJ EU 18 maart 1986, ECLI:EU:C:1986:127.

58. HR 24 mei 2019, ECLI:NL:HR:2019:792 (*Arubaans Casino*).

beruchte *melting ice cube*, de waarde van de onderneming daalt sneller dan ijs smelt). Die waardedaling wordt veroorzaakt doordat de onderneming na faillissement in rap tempo “ontbindt”: leveranciers, klanten en andere stakeholders haken af. De waardedaling zal zich vertalen in lagere verhaalsopbrengsten voor schuldeisers waardoor de primaire doelstelling van het faillissement – het realiseren van een zo hoog mogelijke verhaalsopbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers – in het gedrang komt. In de concept-MvT wordt aan dit gevolg geen aandacht besteed, laat staan dat hiervoor een (goede) rechtvaardiging wordt gegeven.

- d. De rol van de curator wordt uitgebreid. De curator moet (i) toetsen of de beoogde verkoop van boedelactiva een overgang van onderneming inhoudt, (ii) de ondernemingsraad om advies vragen over de beoogde bedrijfsovername, (iii) aan de beoogd verkrijger(s) personeelsgegevens aanleveren en daarbij voldoen aan de AVG en daarop gebaseerde (uitvoerings)regeling, (iv) toestemming vragen aan de rechter-commissaris voor het aangaan van de koopovereenkomst waarbij de onderneming overgaat op de verkrijger en (v) gehoord worden door de rechter-commissaris alvorens laatstgenoemde kan beslissen op het verzoek tot goedkeuring van de beoogde overname en over de vraag aan welke werknemers om bedrijfseconomische redenen geen nieuw dienstverband hoeft te worden aangeboden. Waar de curator reeds in 1996 als octopus werd aangeduid,⁵⁹ dringt met deze voorgenomen taakuitbreiding zich meer en meer het beeld op van een duizendpoot.⁶⁰ De curator moet over arbeidsrechtelijke expertise beschikken dan wel deze inhuren. Bovendien zal hij zelf de nodige tijd moeten spenderen om de hem opgedragen taken uit te voeren.
- e. Ook de rol van de rechter-commissaris wordt uitgebreid. Hij moet toetsen (i) of de selectiemethode (inspiegelingsmethode of alternatieve methode) correct is toegepast, (ii) of er bedrijfseconomische redenen zijn die rechtvaardigen dat niet alle werknemers die in dienst waren bij de gefailleerde een baan aan-

59. N.E.D. Faber, J.J. van Hees, S.C.J.J. Kortmann & S.H. de Ranitz (red.), *De curator, een octopus*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

60. In haar reactie op het Consultatiedocument betreffende het insolventierecht heeft INSOLAD enkele jaren geleden terechte zorgen geuit over de reeds gerealiseerde taakuitbreidingen van de curator. INSOLAD bepleit voorts dat de primaire taak van de curator beheer en vereffening van de boedel moet blijven (zie p. 7-8 van de reactie van INSOLAD van 28 februari 2022). Uit de brief van 15 april 2024 aan de Voorzitter van de Tweede Kamer waarin toenmalig minister Weerwind ingaat op ontwikkelingen in het insolventierecht (kenmerk 5373344), maken wij op dat hij begrip heeft voor de zorgen van INSOLAD. In de brief staat: “Ik wil mij er sterk voor maken om, als er toekomstige wetgeving komt waarbij de curator een bepaalde rol vervult of er taken bijkrijgt, er ook middelen of ‘tools’ beschikbaar worden gesteld om deze rol waar te kunnen maken (...)” (p. 10 van de brief). Uit de concept-MvT bij WOVOF II kunnen we niet afleiden of – indachtig de geciteerde opmerking van de minister – is onderzocht of de curator de hiervóór opgesomde arbeidsrechtelijke taken kan verrichten en welke middelen of “tools” hem daarvoor ter beschikking moeten staan.

geboden krijgen bij de verkrijger en (iii) of de arbeidsovereenkomsten die de verkrijger aanbiedt dezelfde (arbeids)voorwaarden inhouden als de arbeidsovereenkomsten die met de gefailleerde waren gesloten. Voorts zal de rechter-commissaris de kandidaat-verkrijger, curator en de ondernemingsraad/personneelsvertegenwoordiging van de gefailleerde moeten horen. De hiervoor omschreven werkzaamheden dienen bovendien binnen drie dagen te worden uitgevoerd. Hier dringt zich de (retorische) vraag op of de rechters-commissarissen voldoende geëquipeerd zijn en voldoende tijd beschikbaar hebben om de omschreven werkzaamheden naar behoren uit te voeren.

- f. Van de kandidaat-verkrijger wordt voorts te veel gevraagd. Hiervoor hebben wij al gesignaleerd dat de regeling van WOVOF II aan de verkrijger een bepaald businessmodel "opdringt". Daarbij komt dat de verkrijger veel kosten zal moeten maken om de operationele en financiële consequenties te beoordelen van de overgang van werknemers van de gefailleerde werkgever naar zijn eigen onderneming en om de curator en de rechter-commissaris te informeren omtrent de selectie van het over te nemen personeel als niet alle werknemers kunnen worden overgenomen.

Onder meer de volgende vragen moeten worden beantwoord: is er voldoende werk voor de werknemers van de gefailleerde werkgever en beschikken die werknemers over de benodigde competenties? Welke arbeidsvoorwaarden hebben de werknemers van de gefailleerde werkgever? Hoe groot zijn de (maandelijks) terugkerende uitgaven die met de overgang van deze werknemers zijn gemoeid? Kunnen die uitgaven worden opgebracht uit de kasstroom die de exploitatie van de overgenomen onderneming genereert of moet financiering worden aangetrokken om die uitgaven te betalen? Zo ja, op welke termijn en onder welke voorwaarden (financieringsvorm, looptijd, rente etc.) kan de financiering worden verkregen? Als er niet voldoende werk is voor alle werknemers van de gefailleerde werkgever hoe moet de inspiegelingsmethode (inclusief 10%-margeregeling) worden toegepast? Hoe moeten de ETO-redenen voor ontslag van overtollige werknemers worden onderbouwd? Voor die onderbouwing kan niet worden aangesloten bij een reeds ontwikkelde praktijk. In de concept-MvT wordt gesteld dat "de voorbeelden beperkt zijn" (concept-MvT, p. 10). Deze stelling volgt op de vaststelling dat er slechts twee voorbeelden zijn van toepassing van ETO-redenen op een ontslag na doorstart. Wat ons betreft rechtvaardigt dit veeleer de vaststelling dat de kandidaat-verkrijger *niet* met een acceptabele mate van zekerheid kan voorspellen welke door hem voorgenomen ontslagen de toets aan de ETO-redenen kunnen doorstaan. Volgens de concept-MvT kan worden aangesloten bij het begrip "bedrijfseconomische omstandigheden" – een ontslaggrond die zich in de jurisprudentie ontwikkelt – maar wij begrijpen dat dit niet zeker is omdat er richtlijnconform moet worden uitgelegd (concept-MvT, p. 11).

Verder moet de verkrijger ook de werknemers die hij niet overneemt in dienst nemen voor de periode vanaf de doorstart tot het moment dat de opzegtermijn van het door de curator aangezegde ontslag afloopt. De verkrijger krijgt dus de salariskosten van deze werknemers voor zijn kiezen. Daar bovenop komen dan nog extra administratieve lasten – en dus kosten – zoals het opnemen van de bedoelde werknemers in de personeelsadministratie, aanmelding bij de belastingdienst, arbodienst en de pensioenuitvoerder, verstrekking van loonstroken en jaaropgaven, en dat allemaal voor een periode van enkele weken.

Last but not least moet de verkrijger de overgenomen werknemers vaak “inpassen” in zijn eigen organisatie om bepaalde synergievoordelen te behalen. Dat zal niet altijd eenvoudig zijn. Het is te verwachten dat fricties gaan ontstaan als de arbeidsvoorwaarden van de overgenomen werknemers beter zijn dan de arbeidsvoorwaarden van de “eigen” werknemers van de verkrijger. Het wegnemen van die fricties zal tijd en geld kosten en in sommige gevallen zelfs druk zetten op de continuïteit van de onderneming die de verkrijger exploiteert.

- g. Bij een doorstart is *time of the essence*. De beoordelingen en beslissingen waartoe WOVOF II noodzaakt (beschreven onder c, d, e en f) kosten tijd. Aan tijd ontbreekt het nu juist bij vrijwel alle doorstarts. Een belangrijk voordeel van het doorstarttraject tijdens faillissement – een relatief korte looptijd van het transactietraject – zal vervallen.
- h. Doorstarts worden niet zelden gerealiseerd door een partij die gelieerd is aan de gefailleerde. Zo een gelieerde partij heeft een informatievoorsprong waardoor zij minder tijd nodig heeft en minder (transactie)kosten hoeft te maken om een doorstart te realiseren dan een externe partij. Een doorstarter die gelieerd is aan de gefailleerde is veel beter in staat dan een niet-gelieerde verkrijger om te beoordelen wat de gevolgen en risico's zijn van de overgang van werknemers naar de (rechts)persoon die de activa van de curator koopt. Het concurrentievoordeel dat de “gelieerde doorstartkandidaat” door zijn informatievoorsprong thans al heeft op overige kandidaten voor de doorstart, wordt door WOVOF II vergroot (verslechtering van het *level playing field*). Een (economische) rechtvaardiging hiervoor ontbreekt naar onze mening.⁶¹
- i. Invoering van WOVOF II betekent dat Nederland Europees uit de pas gaat lopen. Zoals eerder gesignaleerd, wordt op het niveau van de Europese wetgever uitgegaan van de juistheid van het *Heiploeg*-arrest van het Hof van Justitie. Dit betekent dat zowel een onvoorbereide/klassieke doorstart als een doorstart

61. Het bedoelde ongelijke speelveld vormt het kernbezwaar van De Weijs en Zwemmer tegen WOVOF II. In hun lezenswaardige analyse onderbouwen zij waarom naar hun overtuiging een doorstart door een gelieerde partij een andere regulering van de positie van werknemers verdient dan een doorstart door een niet-gelieerde partij. Zie R.J. de Weijs & J.H.P. Zwemmer, 'Wovof II als pleister naast de zere plek. Het fundamentele onderscheid tussen pre-packs met zittende aandeelhouders en met externe partijen', *TvI* 2024/20, par. 5.2. Volgens deze auteurs verklaart het onderscheid dat zij relevant achten ook de verschillen tussen de (onderbouwing van de) uitspraken van het Hof van Justitie inzake *Smallsteps* respectievelijk *Heiploeg* (p. 160).

die is voorbereid tijdens een pre-pack onder de faillissementsexceptie toegestaan door de Richtlijn overgang onderneming valt. De concept-MvT licht niet de noodzaak toe om in Nederland af te wijken van de koers die Europa vaart.

- j. De grens van twintig werknemers voor het verlichte regime inzake overgang van onderneming is laag. Daardoor zullen veel ondernemingen die in het economisch verkeer als klein gelden niet onder het verlichte regime vallen. Een onderneming wordt in het jaarrekeningenrecht als "klein" gekwalificeerd als zij minder dan vijftig werknemers in dienst heeft en een netto-jaaronzet van hoogstens €15 miljoen draait of een balanstotaal kleiner of gelijk aan 7,5 miljoen heeft (art. 2:396 lid 1 BW). Wij realiseren ons uiteraard dat iedere grens willekeurig is, maar het had wat ons betreft voor de hand gelegen om hier aansluiting te zoeken bij een reeds bestaande en daarmee "juridisch ingeburgerde" (arbeidsrechtelijke) *threshold* zoals het groottecriterium dat in het jaarrekeningenrecht wordt gehanteerd (vijftig werknemers) of het aantal werknemers dat relevant is voor het antwoord op de vraag of de onderneming een ondernemingsraad moet hebben, eveneens vijftig (art. 2 lid 1 WOR).

4. "RICHTSNOEREN" VOOR DE WIJZE WAAROP MOET WORDEN OMGEGAAN MET DE POSITIE VAN WERKNEMERS BIJ DOORSTARTS VANUIT FAILLISSEMENT

Thans is de doorstart vanuit faillissement het enige instrument voor voorzetting van een onderneming met onoverkomelijke financiële problemen maar met toekomstperspectief waarbij ook een sanering van het personeelsbestand mogelijk is. Bij zowel informele reorganisaties/herstructureringen als reorganisaties/herstructureringen waarbij de WHOA of de surseance van betaling wordt ingezet, blijft de rechtspositie van werknemers buiten schot. Invoering van WOVOF II betekent dat er geen enkel instrument meer is om te snijden in het personeelsbestand van een onderneming met onoverkomelijke financiële problemen maar met toekomstperspectief. Het faillissement is nauwelijks meer inzetbaar als *ultimum remedium* om de activiteiten van een levensvatbare onderneming met een te zware schuldenlast en een probleem met betrekking tot het personeelsbestand te behouden. Wij menen dat de doorstart vanuit faillissement als *ultimum remedium* voor voortzetting van een onderneming met onoverkomelijke financiële problemen die niettemin toekomstperspectief heeft, behouden moet blijven. Echter, we hebben ook begrip voor de zorgen van de vakbonden over het gebrek aan transparantie bij doorstarts en de wens om arbeidsplaatsen te behouden. Veel curatoren begrijpen deze zorgen en wens eveneens. Banken die met doorstarts te maken krijgen, ervaren namelijk al jaren dat curatoren oog hebben voor en aandacht besteden aan de (rechts)positie van werknemers van de gefailleerde en zien dat veel curatoren zich inspannen om zoveel mogelijk arbeidsplaatsen te behouden.

Wat ons betreft worden de spelregels die nu reeds als *good practice* lijken te gelden, voortaan in beginsel bij alle doorstarts vanuit faillissement toegepast. Daar-

door wordt duidelijk wat de werknemers van een gefailleerde van een curator mogen verwachten (een afname van de rechtsonzekerheid waaraan in het Beleidskompas wordt gerefereerd). Tevens wordt een knelpunt dat in het Beleidskompas en de concept-MvT (p. 4) genoemd – gebrek aan transparantie – weggenomen door de doorstarter verantwoording af te laten leggen over de gehanteerde selectiemethode ten aanzien van werknemers die betrokken zijn bij de doorstart.

Het voorgaande indachtig, schetsen wij de spelregels die bij doorstarts in acht genomen zouden moeten worden.

- a. Het uitgangspunt is dat er ruimte voor maatwerk moet zijn, hetgeen betekent dat het mogelijk moet zijn per individuele casus te bepalen welke personeelsleden mee overgaan naar de doorstarter en onder welke voorwaarden. Alleen op die wijze kunnen de snelheid en transactiezekerheid voor doorstarts vanuit faillissement behouden blijven. WOVOF II voorziet niet in maatwerk maar hanteert een benadering die te veel abstraheert van de (economische) werkelijkheid, de concrete casus én te weinig flexibiliteit biedt.
- b. Het “schone lei”-principe, de transactiezekerheid, de relatief lage transactiekosten en de snelheid waarmee een doorstart gerealiseerd kan worden, zijn factoren die relevant zijn voor de kansen op doorstarts vanuit faillissement. Wordt aan die randvoorwaarden niet (langer) voldaan, dan zullen doorstarts vanuit faillissement nog nauwelijks plaatsvinden en schakelt de praktijk over op *piecemeal*-verkoop van activa. Daarmee is de werkgelegenheid niet gediend en de verhaalsopbrengsten zullen lager zijn dan bij een goed functionerende doorstartpraktijk.
- c. Als de verkrijger transactiezekerheid heeft en een doorstart zo snel als redelijkerwijs mogelijk na de faillietverklaring kan realiseren, kunnen zoveel mogelijk banen behouden blijven en een zo hoog mogelijke verhaalsopbrengst worden gerealiseerd uit de verkoop van de activa die in het kader van de doorstart worden verkocht. Van de verkrijger kan – gezien het “schone lei”-principe en de transactiezekerheid – welbeschouwd niet worden verwacht dat hij personeelsleden in dienst neemt die ziek zijn op het moment van de doorstart of die een arbeidsconflict met de failliet hebben. Dit gegeven moet in de beoordeling van de rechtmatigheid van de selectie van de overgenomen personeelsleden worden betrokken (zie hierna).
- d. Op de verkrijger gaan geen (arbeidsrechtelijke) schulden over; hij is slechts aansprakelijk voor nakoming van verplichtingen jegens de overgenomen personeelsleden (zoals het aanbieden van de overeengekomen werkzaamheden, betaling van salaris en pensioenpremies etc.) vanaf hun datum van indiensttreding.
- e. Bij een doorstart vanuit faillissement geldt als uitgangspunt dat werk dat behouden blijft, moet worden verricht door personeelsleden die bij de gefailleerde onderneming in dienst waren. De verkrijger moet voor de werkzaamheden die behouden blijven werknemers van gefailleerde in dienst nemen.

- f. De "hoeveelheid werk" die behouden blijft bij de doorstart moet worden getoetst door de curator en vervolgens door de rechter-commissaris. Ten behoeve van die toetsing levert de (beoogd) verkrijger een *businessplan* aan, dat uit de aard der zaak en gezien de beperkt beschikbare tijd beknopt kan zijn maar wel (cijfermatig) onderbouwd dient te worden. De (beoogd) verkrijger(s) en de curator worden door de rechter-commissaris gehoord opdat deze hen kan bevragen over de beoogde doorstart en de personele gevolgen daarvan.
- g. De doorstarter is in beginsel vrij in de selectie van de personeelsleden die hij moet overnemen, doch zijn selectie dient (a) gebaseerd te zijn op zo veel mogelijk objectieve criteria die (b) worden getoetst door de rechter-commissaris.
- h. Bij doorstarts van kleine ondernemingen – waarbij het aantal personeelsleden maatgevend dient te zijn – vindt geen toetsing plaats van de "hoeveelheid werk" die behouden blijft bij de doorstarter. Wel gelden de regels opgenomen onder (g) hiervoor.
- i. Indien de eigen aangifte van een faillissement plaatsvond met de uitsluitende of hoofdzakelijke bedoeling om werknemers op eenvoudige wijze te ontslaan, dient aan het eventueel door de curator aangezegde ontslag geen werking toe te komen. Misbruik moet effectief worden bestreden. Aanvullende sancties moeten worden ingevoerd als de huidige sancties onvoldoende effectief (b)lijken te zijn. Onderzoek kan hierover wellicht duidelijkheid verschaffen.

Wij menen dat bovenstaande spelregels niet in een wettelijke regeling maar in beleidsregels voor curatoren en rechters-commissarissen moeten en kunnen worden opgenomen. Wettelijke regels zullen te veel als een keurslijf fungeren. Maatwerk moet naar onze mening mogelijk blijven. Bovendien kunnen beleidsregels eenvoudiger en sneller worden aangepast aan ontwikkelingen in de praktijk. Op deze wijze kan de bescherming van de rechtspositie van werknemers zich dus sneller ontwikkelen.

Toepassing van de genoemde spelregels op doorstarts zal kunnen resulteren in een lagere (verhaals)opbrengst van de activa die de curator verkoopt. Dit betekent dat de *recovery rate* van schuldeisers van de gefailleerde schuldenaar-werkgever kan verlagen, hetgeen op gespannen voet staat met het primaire doel van het faillissement. Daar staat tegenover dat een verbetering van de rechtspositie van werknemers bij doorstarts vanuit faillissement kan leiden tot een vermindering van banenverlies (een maatschappelijk belang) en het vergroten van begrip en draagvlak voor doorstarts vanuit faillissement. Om die reden menen wij er goed aan te doen handvaten te formuleren voor de omgang met werknemers bij doorstarts vanuit faillissement.

5. SAMENVATTING EN CONCLUSIES

Wij onderschrijven de gedachte dat bij een doorstart vanuit faillissement zoveel mogelijk arbeidsplaatsen door werknemers van de gefailleerde zouden moeten worden ingevuld. Maar de wijze waarop de wetgever in WOVOF II arbeidsplaatsen beoogt te behouden, schiet naar onze mening het doel voorbij.

Werknemers van de gefailleerde zijn een belangrijke stakeholder bij faillissementen. Maar werknemers zijn niet de enige stakeholder. Bij doorstarts in faillissement is vrijwel altijd sprake van schaarste waarbij soms pijnlijke keuzes gemaakt moeten worden. Er moet rekening gehouden worden met de realiteit dat de mogelijke verkrijger van de activa op ieder moment van de transactie kan afzien. Zonder doorstart eindigt een faillissement in een koude liquidatie. Daar zijn meestal maar weinig stakeholders mee gebaat, laat staan de werknemers. Het opleggen van verplichtingen aan de mogelijke verkrijger van de activa heeft dus een keerzijde. WOVOF II legt diverse verplichtingen op aan de mogelijke verkrijger. Daarop is in deze bijdrage ingegaan. Deze verplichtingen zullen naar onze overtuiging een beletsel voor succesvolle doorstarts vanuit faillissement gaan vormen, waardoor uiteindelijk minder doorstarts worden gerealiseerd. Door WOVOF II dreigt daarom het kind met het badwater te worden weggegooid.

Met de wetgever zijn wij van mening dat het faillissement niet misbruikt mag worden om op een goedkope manier van overtollige werknemers af te komen. De Faillissementswet bevat al bepalingen om misbruik te bestrijden en te voorkomen. WOVOF II is evenwel volgens ons niet de juiste manier om misbruik aan te pakken. Wij zijn van mening dat de curator en rechter-commissaris al voldoende middelen hebben om misbruik te voorkomen en dat zij daar in de praktijk indien nodig ook gebruik van maken.

WOVOF II is géén noodzakelijke wetgeving op grond van jurisprudentie van het Europese Hof, de Hoge Raad (o.a. inzake het *Heiploeg*-arrest) of de (ontwerp-)richtlijn van de Europese wetgever. Integendeel, WOVOF II lijkt zelfs op gespannen voet te staan met de voorstellen van de Europese Commissie over overgang van onderneming die is voorbereid met een pre-pack. In deze reactie is deze jurisprudentie en conceptregelgeving aan de orde gekomen.

We zijn benieuwd of Robert ondanks zijn afscheid van NautaDutilh nog steeds een bijdrage aan de discussie wil blijven leveren. Uit ervaring weten we dat zijn bijdragen altijd goed doordacht zijn en dat het nuttig is om daar kennis van te nemen, zelfs als je het niet met hem eens bent. Wij denken dat we namens velen binnen de bankenwereld spreken als we hem voor zijn bijdragen aan het juridische debat bedanken. We hopen echter dat het – om in vliegersjargon te spreken – nog niet over en uit is met Roberts juridische spitsvondigheden en dat Robert na zijn NautaDutilh-tijd nog een mooie doorstart zal maken. Voor zover hij echter het recht toch links zal laten liggen, wensen we hem veel succes met het vervolgen van zijn studie wiskunde.