INSOLAD
Vereniging Insolventierecht Advocaten

Ministerie van Justitie en Veiligheid
Zijne Excellentie de Minister voor Rechtsbescherming
De weledelgeleerde heer drs. S. Dekker
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Mevrouw mr. drs. A.G. van Dijk
Directie Wetgeving en Juridische Zaken
Ministerie van Justitie en Veiligheid

Amsterdam, 9 augustus 2019

Consultatiereactie INSOLAD - Wet Overgang van Onderneming

Zijne Excellentie,

Geachte heer / mevrouw,

Inleiding

1. INSOLAD is de landelijke vereniging van advocaten die zich in het insolventierecht hebben gespecialiseerd. INSOLAD heeft ruim 700 leden. Haar leden zijn advocaten die optreden als curator en/of partijen bijstaan die betrokken zijn bij faillissementen, surseances van betaling, schuldsaneringen en buitengerechtelijke reorganisaties. Daarnaast zijn aan INSOLAD fellows verbonden afkomstig uit de wetenschap, de financiële sector en de rechterlijke macht.

2. INSOLAD heeft kennis genomen van de ontwerp memorie van toelichting (**Ontwerp Toelichting**) en het Voorontwerp tot wijziging van boek 7 en enige andere wetten in verband met de introductie van een regeling betreffende de rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement (Wet Overgang van Onderneming in faillissement) (het **Voorontwerp**). Gezien het belang van het Voorontwerp voor de insolventie- en herstructureringspraktijk heeft INSOLAD een breed samengestelde consultatiecommissie gevormd. De commissie bestond uit de volgende leden:

Voorzitter: Flip Schreurs
Secretaris: Michael Broeders, bijgestaan door Michiel Mulder

Dorp 53
3415 PC Polsbroek
T +31 182 307 586
E secretariaat@insolad.nl

Ruud Brunninkhuis
Robert van Faassen
Robert van Galen
Gerhard Gispen
Jeroen Gorissen
Job van Hooff
Martijn Janssen
Maarten Jansen
Bruno Koren
Bart de Man
Barbara Rumora-Scheltema
Paul Schaink
Erik Schuurs
Vincent Terlouw
Bruno Tideman
Marcel Willems

3. Voordat wordt ingegaan op het Voorontwerp wenst INSOLAD eerst een tweetal belangrijke preliminaire opmerkingen te maken.

4. Ten eerste, INSOLAD gaat ervan uit dat in het Voorontwerp een onduidelijkheid is geslopen, omdat uit het Voorontwerp en de Ontwerp Toelichting lijkt te volgen, dat na opzegging van het personeel door de curator al het personeel gedurende de opzegtermijn ex art. 40 Fw in dienst komt bij de beoogd verkrijger van de door te starten onderneming, dus niet alleen de werknemers voor wie plaats is in de onderneming van de verkrijger, maar ook de werknemers voor wie om bedrijfseconomische redenen geen plaats is, en wel voor de resterende duur van de opzegtermijn, waarbij uiteindelijk alleen voor het personeel ten aanzien waarvan sprake is van een overgang van onderneming in het zin van het Voorontwerp, sprake zal zijn van een definitieve indiensttreding bij de verkrijger. Indien het voorstaande juist zou zijn – wat INSOLAD zich eigenlijk niet kan voorstellen – dan betekent dit dat een verkrijger in feite opdraait voor *alle* loonkosten (inclusief fiscale lasten) van *al* het personeel gedurende de opzegtermijn, na een opzegging door de curator. In de praktijk gaat het hierbij om een belangrijk deel van de boedelkosten die in het nu fungerende wettelijke systeem door het UWV plegen te worden gedragen. Als al de loonkosten over de opzegtermijn ex art. 40 Fw inderdaad voor rekening van een verkrijger van doorgaans uitsluitend het levensvatbare deel van de failliete onderneming zouden komen, houdt dit volgens INSOLAD met een hoge mate van waarschijnlijkheid de doodsteek in voor het overgrote deel van de doorstartpraktijk. Geen weldenkend verkrijger zal naast de investering voor de aanschaf van de door te starten onderneming en de daarmee samenhangende aanloopkosten om de overgenomen onderneming weer op te starten *ook* nog eens de personeelskosten betalen over de opzegtermijn ex art. 40 Fw voor het personeel dat de verkrijger sowieso niet overneemt. De

Secretariaat:

Dorp 53
3415 PC Polsbroek

T 0218 307 586
M 06 255 85 644
E secretariaat@insolad.nl

nieuw voorgestelde regeling zou dan in feite ook betekenisloos worden, omdat als gevolg in de praktijk nog maar zeer weinig doorstarts zullen worden gerealiseerd. Met als gevolg dat er navenant minder arbeidsplaatsen zullen worden behouden. Er dient op dit punt dan ook geen breuk met de huidige praktijk plaats te vinden waar de personeelskosten gedurende de opzegtermijn voor rekening van de boedel komen en waarbij werknemers in de praktijk gedurende de opzegtermijn door het UWV worden voldaan.

5. Ten tweede bepleit INSOLAD dat uitsluitend voorbereide insolventies (waaronder dus de pre-pack) door de voorgestelde regeling worden gedekt. Achtergrond hiervan is – die hierna nog nader wordt toegelicht – dat er in de huidige Faillissementswet geen procedure is die het mogelijk maakt om op effectieve wijze te reorganiseren en daarom wordt er in de praktijk nu in de faillissementsprocedure gereorganiseerd. De surseanceregeling voldoet niet en dit is al eerder door INSOLAD onder de aandacht gebracht. Zonder een goed functionerende reorganisatieprocedure dient het faillissement in de praktijk zodoende noodgedwongen als reorganisatieprocedure. INSOLAD heeft geen bezwaar tegen betere bescherming van werknemers in het kader van een voorbereide insolventie, mits in een daarop toegesneden procedure die in de praktijk werkbaar is. Daartoe zou ook de surseance regeling mede kunnen worden aangepast. Anders ontstaat ook de merkwaardige situatie dat de faillissementsprocedure ten opzichte van de thans fungerende surseance regeling voordelen blijft geven. Immers, gedurende de surseance geldt in feite het normale ontslagbeschermingsregime, terwijl in faillissementen de regeling van het Voorontwerp zou komen te gelden. INSOLAD ziet geen reden om de regeling uit het Voorontwerp ook toe te passen op de faillissementsprocedure die een zuivere liquidatieprocedure is en waarbij van voorbereiding geen sprake was. Daartoe is ook geen reden en ook het Smallsteps arrest dwingt daar niet toe, wij lichten die hierna verder toe. Wat INSOLAD betreft zou het voorgaande ook passen bij een coherent en samenhangend wettelijk systeem van een preventieve insolventieprocedure, in de vorm van de WHOA, waarbij werknemers buitenschot blijven, gevolgd door een meer ingrijpende reorganisatie procedure, de aangepaste surseanceregeling, waarbij werknemers – met de nodige waarborgen omgeven onderdeel kunnen zijn van de reorganisatie – gevolgd door de pre-pack en het voorbereide faillissement (waarbij het Voorontwerp op beide ziet), met als sluitstuk het onvoorbereide faillissement, wat de materiele liquidatie van de onderneming beoogt.

6. Richtlijn 2001/23/EG regelt rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen. Het uitgangspunt is dat bij overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen van de vervreemder uit op het moment van de overgang bestaande arbeidsovereenkomsten overgaan op de verkrijger. Artikel 5 lid 1 van de richtlijn bevat de mogelijkheid voor de lidstaten te bepalen dat de regels omtrent overgang van de arbeidsovereenkomsten niet van toepassing zijn wanneer de vervreemder verwikkeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie. Nederland heeft van deze mogelijkheid

Secretariaat:

Dorp 53
3415 PC Polsbroek

T 0218 307 586
M 06 255 85 644
E secretariaat@insolad.nl

gebruik gemaakt door in artikel 7:666 BW de toepassing van de geïmplementeerde regels van de richtlijn[1] uit te sluiten in geval van faillissement. Deze uitsluiting heeft ertoe bijgedragen dat in Nederland reorganisaties doorgaans plaatsvonden door middel van een activatransactie in faillissement, waarbij geen verplichting voor de verkrijger bestaat om op de voet van de artikelen 3 en 4 van de richtlijn (alle) werknemers over te nemen. Een andere belangrijke reden voor de huidige praktijk, zoals al opgemerkt, is dat anders dan in faillissement er op dit moment in de Nederlandse wetgeving een mogelijkheid ontbreekt om een onderneming in financiële moeilijkheden effectief te reorganiseren. De daarvoor oorspronkelijk beoogde regeling in de Faillissementswet, de surseance van betaling functioneert als al gezegd in de praktijk namelijk niet goed als instrument voor herstructurering.

7. INSOLAD benadrukt dat bij de overname en de realisatie van de voortzetting van een onderneming vaak grote spoed is geboden en de huidige praktijk van doorstarts uit faillissement een geschikte methode is om daaraan te voldoen. Deze methode heeft er ook toe geleid dat doorstarts in Nederland decennia lang met weinig kapitaalvernietiging konden worden gerealiseerd. Hetgeen uit macro-economisch perspectief gunstig is en hetgeen ook goed is voor de werkgelegenheid, niet alleen bij de ondernemingen die worden overgedragen, maar ook bij andere bedrijven die van de overgedragen onderneming afhankelijk zijn, zoals toeleveranciers, en die anders in de val van het failliete bedrijf kunnen worden meegesleept. De doorstart door middel van een activatransactie is aldus efficiënt en goedkoop, maar de bescherming van crediteuren – die nauwelijks inspraak hebben – en werknemers van de failliete ondernemer is gering. Dat geldt eens te meer omdat, wanneer de curator direct na het uitspreken van de faillietverklaring de rechter-commissaris om toestemming vraagt om de werknemers te ontslaan (artikel 40 jo. 68-3 Fw), dit ontslag doorgaans zonder diepgaande toetsing wordt toegestaan en zonder dat de werknemers worden gehoord en bij sommige rechtbanken het verlenen van de toestemming om de werknemers te ontslaan zelfs wordt gedelegeerd aan de griffier.

8. Tegen de achtergrond van het voorgaande is relevant dat INSOLAD eerder al heeft bepleit dat de in de praktijk niet goed functionerende surseance regeling ten behoeve van de reorganisatie van insolvente ondernemers dient te worden herzien. Daarbij zou de toepassing van de faillissementsregeling in de praktijk (moeten) worden beperkt tot liquidaties van het vermogen van de schuldenaar, en dus niet meer hoeven dienen als vehicle voor reorganisatie zoals dat sedert lange tijd (ten dele uit nood geboren) praktijk was (en is). In een op nieuwe leest geschoeide surseance zou een regeling voor het ontslag van de werknemers moeten gelden die geënt is op de huidige faillissementsregeling, maar met een zwaardere toetsing door de rechter-commissaris. INSOLAD heeft daartoe ook een wetsvoorstel ontworpen dat zij op 19 februari 2015 bij het Ministerie van Justitie heeft ingediend.

[1] De artikelen 7: 662-665 en 670 lid 8 BW.

Secretariaat:

Dorp 53
3415 PC Polsbroek

T 0218 307 586
M 06 255 85 644
E secretariaat@insolad.nl

9. Het Europese Hof van Justitie heeft in zijn arrest van 22 juni 2017 (FNV c.s./Smallsteps)[2] de mogelijkheden beperkt om de exceptieve bepaling van artikel 5 lid 1 van richtlijn 2001/23/EG[3] op doorstarts in faillissement toe te passen. Het ging daarbij om een situatie, "*waarin de overgang van een onderneming plaatsvindt na een faillietverklaring in de context van een daarvóór voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde pre-pack, in het kader waarvan een door een rechtbank aangestelde „beoogd curator" met name de mogelijkheden onderzoekt van een eventuele voortzetting van de activiteiten van die onderneming door een derde en zich voorbereidt op handelingen die onmiddellijk na de faillietverklaring moeten worden verricht teneinde die voortzetting te verwezenlijken*[4]." In de commentaren naar aanleiding van dit arrest is debat gevoerd over de reikwijdte van deze beperking van de bepaling van artikel 5 lid 1 van de richtlijn. Uit r.o. 47 van het arrest valt af te leiden dat indien het faillissement wordt aangevraagd met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder artikel 5 lid 1 richtlijn van toepassing is. Echter, indien de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming wordt beoogd, valt het faillissement buiten het bereik van artikel 5 lid 1 van de richtlijn. Niet uit te sluiten valt dat de door het hof aangebrachte beperking daarom niet alleen geldt voor prepacks, maar ook voor andere gevallen waarin een doorstart voor de faillietverklaring wordt voorbereid en het faillissement alleen wordt geopend om de transactie te kunnen laten plaatsvinden. Dat geldt dan ook als de voorbereiding plaatsvindt tijdens een surseance en de transacties plaatsvindt in een daarop volgende faillissement.

10. De door het hof aangebrachte beperking is niet zo verwonderlijk als men bedenkt dat in Nederland in de huidige praktijk de faillissementsprocedure nogal eens niet puur op liquidatie is gericht, maar vaak gebruikt wordt om een reorganisatie, met behulp van een activatransactie, tot stand te brengen, omdat de huidige surseanceregeling zoals gezegd onvoldoende functioneert. Artikel 5 lid 1 van de richtlijn is niet voor echte reorganisaties bedoeld. Het is onaannemelijk dat het hof met de aangebrachte beperking alle gevallen heeft getroffen waarin een faillissement wordt geopend en daarna de onderneming of een deel daarvan overgaat op een verkrijger. Dan zou de uitzondering van artikel 5 lid 1 van de richtlijn zinledig zijn. Het hof mag artikel 5 lid 1 van de richtlijn niet weginterpreteren en zal dat ook niet gedaan hebben.

11. Het voorgaande betekent dat er gevallen van overgang van een onderneming (of een deel daarvan) in faillissement blijven, waar toepassing van artikel 5 lid 1 van de richtlijn mogelijk blijft. In het licht van de nadruk die het hof legt op het oogmerk bij de opening van de faillissementsprocedure, acht INSOLAD het aannemelijk dat de bepaling niet ziet op de gevallen waarin reeds voor de faillietverklaring de overnameovereenkomst geheel is

---

[2] ECLI:EU:C:2017:489

[3] Strikt gesproken is de term "toepassen" hier niet helemaal juist en gaat het om de reikwijdte die artikel 7:666 BW mag hebben onder artikel 5 lid 1 van de richtlijn.

[4] R.o. 37.

Secretariaat:

Dorp 53
3415 PC Polsbroek

T 0218 307 586
M 06 255 85 644
E secretariaat@insolad.nl

uitonderhandeld en de curator alleen nog "mag tekenen bij het kruisje". Dat zal dan zowel gelden wanneer het faillissement rauwelijks wordt geopend als wanneer het faillissement wordt voorafgegaan door een prepack of een surseance.

12. De uitzonderingsbepaling zou dus wel van toepasselijk moeten (blijven) zijn op de gevallen waarin er op faillissementsdatum nog niet een in hoge mate uitonderhandelde overnameovereenkomst ligt, maar nog open blijft of een echte liquidatie plaatsvindt of dat de curator toch in staat zal blijken te zijn met een gegadigde te komen waarbij de onderneming geheel of gedeeltelijk wordt overgenomen.

13. INSOLAD brengt in herinnering dat het Hof van Justitie in de zaak Abels[5] de lidstaten de keus heeft geboden om de rechtsbescherming van werknemers bij overgang van onderneming in faillissement van de werkgever wel of niet toe te passen (op dat moment was het scherpe onderscheid tussen liquidatiedoelstelling en reorganisatiedoelstelling nog niet actueel). De Hoge Raad heeft vervolgens in het arrest Happé/Scheepstra[6] geoordeeld dat er onvoldoende grond was om aan te nemen dat Nederland gekozen had voor handhaving van die bescherming tijdens faillissement. Dat arrest is de basis geweest van het huidige art. 7:666, waarin de wetgever expliciet kleur heeft bekend. Welnu, gelet op de hier gemaakte keuze moet nu worden geconstateerd dat de wetgever daarop radicaal wil terugkomen. Het is opmerkelijk dat een dergelijke – toch principiële – keus in de MvT in het geheel niet wordt gemotiveerd. Door artikel 7:666 BW geheel af te schaffen zou de wetgever de mogelijkheid blokkeren om in de onder 12 bedoelde gevallen gebruik te maken van de uitsluiting van de artikelen 3 en 4 van de richtlijn die artikel 5 lid 1 toelaat en wordt de curator of de verkopende zekerheidscrediteur ook in die gevallen gedwongen gebruik te maken van de ETO-regeling van artikel 4 lid 1 van de richtlijn zoals in het huidige Voorontwerp vervat. Zoals uit het voorgaande volgt is INSOLAD van mening dat de huidige praktijk onder artikel 7:666 BW voor die gevallen gehandhaafd kan en zou moeten worden. In die gevallen wordt namelijk gewoon voldaan aan de voorwaarde voor de uitzondering en bestaat ook geen vrees voor misbruik, terwijl alle in een dergelijke situatie betrokken stakeholders, waaronder ook werknemers daarbij in de praktijk baat zullen hebben. Dit wordt hieronder nader toegelicht, waar wordt stilgestaan bij de mogelijke (negatieve) gevolgen van het Voorontwerp.

14. Voor de handhaving van artikel 7:666 BW ziet INSOLAD twee mogelijkheden. De eerste en beste is dat, zoals ook de bedoeling is van de Europese wetgever, de regeling van het Voorontwerp wordt toegepast in de voor reorganisatieprocedures bedoelde surseance van betaling. Terwijl de regeling van artikel 7:666 BW van toepassing blijft in faillissement, waarbij artikel 7:666 BW richtlijnconform dient te worden uitgelegd in de zin dat de bepaling alleen kan worden toegepast in de gevallen die voldoen aan het criterium van artikel 5 lid 1 van de richtlijn en waarbij sprake is van een liquidatie. De surseance van betaling zal dan

[5] HvJ EU 7 februari 1985, NJ 1985/900
[6] HR 30 oktober 1987, NJ 1988/191 m.nt. Stein.

Secretariaat:

Dorp 53
3415 PC Polsbroek

T 0218 307 586
M 06 255 85 644
E secretariaat@insolad.nl

moeten worden hervormd om er een meer effectieve reorganisatieprocedure van te maken. Die hervorming is toch ook al geïndiceerd in verband met het Voorontwerp voor het onderhands dwangakkoord, omdat anders in een surseanceakkoord minder kan worden bereikt dan buiten een insolventieprocedure in de pre insolventie fase. Een voorstel voor herziening van de surseance diende INSOLAD reeds 4,5 jaar geleden in. Subsidiair zou ervoor gekozen kunnen worden de regeling van het Voorontwerp *naast* de huidige regeling in faillissement in te voeren (en artikel 7:666 BW dus gehandhaafd wordt). Bij die keuze zou de curator in het geval de overdracht van de onderneming valt binnen de termen van artikel 5 lid 1 van de richtlijn artikel 7:666 BW kunnen hanteren en in de andere gevallen de regeling van het Voorontwerp. Dit heeft voorts het voordeel dat de regeling tegemoet zou komen aan de belangrijkste in de maatschappij heersende kritiek, die zich immers richt tegen een doorstart door de betrokken ondernemer. Doorstarts door een buitenstaander zijn niet aan te merken als het voortzetten van een onderneming door dezelfde ondernemer en hebben veel meer het karakter van een realisatie van de hoogst mogelijke opbrengst bij liquidatie. Voor de goede orde: we spreken nog steeds over niet voorbereide doorstarts.

15. Het valt INSOLAD op dat de rol van de gesecureerde schuldeisers in een verkoopproces niet wordt genoemd in de Ontwerp Toelichting. Deze rol is in de praktijk groot en vaak ook bepalend voor het antwoord op de vraag of een doorstart kan worden gerealiseerd. Zoals u weet, is het gebruikelijk dat de activa van de onderneming zijn verpand of verhypothekeerd aan financiers. Dergelijke gesecureerde schuldeisers kunnen in faillissement hun recht om de verpande of verhypothekeerde activa te verkopen, uitoefenen alsof er geen faillissement is (art. 57 Fw). De curator op zijn beurt kan de activa slechts verkopen met toestemming van de gesecureerde schuldeisers. Dit leidt ertoe dat de gesecureerde schuldeisers een grote en vaak ook actieve rol spelen bij het verkoopproces, zeker in faillissementen van middelgrote en grote ondernemingen. Het is niet ongebruikelijk dat de gesecureerde schuldeisers (en niet de curator) de verkopers zijn van de activa van de failliet.

16. Voor zover de indruk zou bestaan dat alleen de curator onder toezicht van de rechter-commissaris bepaalt aan welke gegadigde activa of (delen van) de onderneming worden verkocht, is die indruk dus onjuist. In de meeste gevallen is de verkoop een samenspel tussen curator en gesecureerde schuldeisers, waarbij de verdeling van de opbrengst een punt van discussie is. Een deel van die opbrengst gaat in de regel als betaling voor goodwill of als een boedelbijdrage van de gesecureerde schuldeisers naar de curator (die dit aanwendt ter dekking van de boedelschulden en – als er iets overblijft – voor uitkering aan de faillissementscrediteuren) en het restant van de opbrengst, meestal het grootste deel, gaat naar de gesecureerde schuldeisers.

17. Door het Voorontwerp wordt de positie van werknemers in faillissement belangrijk versterkt. Dat roept de vraag op wat de invloed daarvan zal zijn op de prijs die kopers, die de levensvatbare delen van de onderneming uit de boedel wensen te kopen, nog bereid zullen

Secretariaat:

Dorp 53
3415 PC Polsbroek

T 0218 307 586
M 06 255 85 644
E secretariaat@insolad.nl

zijn daarvoor te betalen. Indien moet worden geconcludeerd dat het Voorontwerp leidt tot een lagere prijs voor de levensvatbare onderdelen, dan is de daarop volgende conclusie dat de rekening voor de positie verbetering van de werknemers bij de andere crediteuren terecht komt. Hier is voorzichtigheid geboden, omdat niet kan worden uitgesloten dat het Voorontwerp het eigen doel voorbij schiet. Met name is dat het geval waar de opbrengst voor de separatist lager zou zijn dan de executieopbrengst van de afzonderlijke zaken die tezamen het levensvatbare deel van de onderneming vormen, omdat dan een doorstart van het levensvatbare deel door toepassing van de nieuwe ontwerpregeling onaantrekkelijk zou zijn geworden. In dat geval zal vanuit het perspectief van de gesecureerde schuldeisers in feite vaker liquidatie, door verkoop van de afzonderlijke delen zijn te prefereren en zullen zij daarom hun noodzakelijke medewerking aan een doorstart (kunnen) weigeren. De conclusie is dan dat de verbeterde bescherming van werknemers die het Voorontwerp voorstaat praktisch een illusie is. Dat zal wellicht ook zo blijven indien wettelijk geregeld zou worden dat de curator van dit proces de regie krijgt, aangezien opbrengst ook dan van belang zal blijven.

18. INSOLAD constateert dat de aanleiding tot het Voorontwerp het Smallsteps arrest van het Europese Hof is geweest (HvJ 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489), alsmede geluiden van onder andere de vakverenigingen en uit de (arbeids)rechtswetenschap, waarbij zorgen werden geuit over misbruik van faillissementsrecht ten nadele van werknemers. Daarbij zou het faillissement er kort gezegd voor worden gebruikt om op oneigenlijke gronden op goedkope wijze van werknemers af te komen.

19. Voor de goede orde merkt INSOLAD op dat dit beeld niet wordt bevestigd door het rapport van het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, *Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers (kenmerk WODC:2599/623336/15*), en door INSOLAD als zodanig ook niet als in breed in de praktijk levend probleem wordt gezien. In de praktijk kunnen en worden misbruik situaties al effectief bestreden met het leerstuk van misbruik van faillissementsrecht. Wat INSOLAD betreft zijn er in feite twee kwesties die bij de pre pack en doorstart uit faillissement discussie door elkaar lopen. Namelijk ten eerste de vraag of er in de gegeven situatie sprake is van misbruik van faillissementsrecht en ten tweede de vraag naar de geoorloofdheid van selectie uit het personeelsbestand indien een deel van de onderneming vanuit de boedel wordt verkocht. Het lijken met name de bezwaren tegen dit laatste die ten grondslag liggen aan het consultatievoorstel. Het is ook tegen deze achtergrond dat INSOLAD de vraag opwerpt of het nodig en/of gewenst is om de gehele uitzondering van artikel 7:666 (a) af te schaffen. Met name ook omdat – alhoewel voor bepaalde zaken zeker werkbaar en ook leidend tot een verbetering van de positie van werknemers doordat ongewenste selectie wordt voorkomen en er meer rechterlijke betrokkenheid is – er ook nadelen aan de voorgenomen regeling zijn verbonden. Zeker ook in kleinere insolventiezaken en in zaken waar in het geheel geen voorbereiding is getroffen en het oogmerk feitelijk ook liquidatie van de onderneming van de schuldenaar is. Temeer nu deze nadelen zowel schuldeisers, alsook werknemers zullen

Secretariaat:

Dorp 53
3415 PC Polsbroek

T 0218 307 586
M 06 255 85 644
E secretariaat@insolad.nl

treffen.

20. Ondertussen zijn er zowel op nationaal niveau als op Europees niveau initiatieven om het reorganiserend vermogen van ons rechtssysteem te vergroten. Op nationaal niveau betreft dit het Wetsvoorstel voor het onderhands dwangakkoord (WHOA) en op Europees niveau is dit de Herstructureringsrichtlijn die op 20 juni 2019 is aangenomen door het Europees Parlement (Richtlijn EU 2019/1012 van het Europees Parlement en de Raad, L 172/18). Daarbij ligt de nadruk op pre-insolventie herstructureringsmaatregelen. De WHOA laat de factor arbeid, als groep van crediteuren, buiten de herstructurering. De Herstructureringsrichtlijn staat het daarentegen toe dat de rechten van werknemers in een herstructurering worden verkort na goedkeuring bij meerderheid door de werknemers, indien het nationaal recht of bij collectieve arbeidsovereenkomst, daarin is voorzien.

21. Bij toepassing van de WHOA geldt dat alle andere categorieën schuldeisers van de schuldenaar wel kunnen worden gedwongen om water bij de wijn te doen, maar dus niet werknemers. Niet alleen worden werknemers door de WHOA ongemoeid gelaten (waar de Herstructureringsrichtlijn als gezegd anders toestaat), de vorderingen van werknemers waren en zijn ook al preferent. Bij toepassing van de pre-insolventieprocedure valt deze keuze te verdedigen (al biedt de Herstructureringsrichtlijn dus de optie voor andere keuzes), maar wanneer er sprake is van een insolventie en het in feite aankomt op collectief en finaal verhaal, lijkt moeilijk verdedigbaar waarom de factor arbeid beter moet worden beschermd. Werknemers worden zoals al opgemerkt, al beschermd door het preferente karakter van de loonvordering van werknemers, daarnaast geldt de WW loongarantieregeling. Daarbij komt dus ook nog aanvullend de versterking van positie die het Voorontwerp introduceert. Dit is opvallend wanneer de positie van werknemers wordt vergeleken met die van de concurrente crediteuren die ook langjarige relaties met een schuldenaar kunnen hebben, waarvan zij geheel afhankelijk kunnen zijn: kleine of zelfs grotere leveranciers wier voortbestaan door een insolventie van hun wederpartij ook acuut in gevaar kan komen. De groeiende groep van ZZP-ers behoort ook tot deze categorie. Voor deze categorie ontbreekt bovendien ook nog eens het vangnet van de WW loongarantieregeling dat werknemers additionele bescherming biedt.

22. Vooropgesteld moet worden dat een insolventie voor geen der betrokken stakeholders in zijn algemeenheid een positieve ervaring zal zijn. INSOLAD juicht dan ook de ontwikkeling richting pre-insolventieprocedures toe. Dergelijke procedures versterken in belangrijke mate het reorganiserend vermogen van onderneming en daarmee de economische dynamiek en het regeneratieve vermogen van het economische systeem. Tegelijkertijd constateert INSOLAD dat het voor de herstructureringspraktijk van groot belang blijkt dat er ook effectief kan worden geherstructureerd in insolventie en dat ook de factor arbeid onderdeel van een herstructurering moet kunnen zijn. Dit geldt wat INSOLAD betreft zeker voor de surseance.

Secretariaat:

Dorp 53
3415 PC Polsbroek

T 0218 307 586
M 06 255 85 644
E secretariaat@insolad.nl

23. Een belangrijk risico dat aan de door het Voorontwerp voorgestane regeling is verbonden is dat de hogere kosten van reorganisatie niet – ook niet uit toekomstige cash flows van het levensvatbare deel van de onderneming na de doorstart – kunnen worden gefinancierd. Althans, niet op een zodanige wijze dat voortzetting van de afgeslankte onderneming nog de moeite waard is. Dat zal het geval kunnen zijn wanneer de kosten voor het afvloeien van werknemers zo hoog worden, dat gezien de waardering van de weliswaar levensvatbare doorgestarte onderneming, er een zodanig lange terugverdientijd op de benodigde investering voor de verwerving van het levensvatbare deel ontstaat, dat een rationele investeerder (lees: koper van de onderneming), daarvan zal afzien. De crux is dat het verwachte rendement moet sporen met het risico dat aan de doorstart verbonden is.

24. Het Voorontwerp brengt dus belangrijke wijzigingen, met potentieel nadelige gevolgen voor de herstructureringspraktijk die uit de voorgaande constateringen voortvloeien. Daarbij zal overigens ook veel afhangen van de praktische toepassing van de nieuwe wettelijke regeling en de snelheid waarmee kan worden gehandeld. INSOLAD plaatst daarom kritische kanttekeningen en dus ook een nadrukkelijke waarschuwing bij het Voorontwerp. Deze waarschuwing ziet niet alleen op de potentiele negatieve effecten van de ontwerpregeling, maar dus ook op algehele afschaffing van de uitzondering, waarvan INSOLAD meent dat dit niet nodig en zelfs onwenselijk is.

25. INSOLAD geeft hierna eerst de algemene opmerkingen weer bij de Ontwerp Toelichting en daarna volgen de conclusie en aanbevelingen.

Algemene opmerkingen naar aanleiding van de Ontwerp Toelichting

26. Hieronder volgen een aantal algemene opmerkingen naar aanleiding van de Ontwerp Toelichting.

<u>Naar aanleiding van het algemeen deel</u>

27. Zoals hiervoor al toegelicht ziet INSOLAD bij voorkeur dat onderscheid wordt gemaakt tussen een procedure waarin liquidatie het uitgangspunt is, dit zou wat INSOLAD betreft het faillissement moeten zijn, en een procedure die is gericht op operationele herstructurering. Dit zou wat INSOLAD betreft de surseance procedure moeten zijn. Daaraan vooraf gaat de preventieve insolventieprocedure, de WHOA.

28. Een deel van de bezwaren die in de praktijk zijn gerezen vinden hun oorsprong in de omstandigheid dat het faillissement in feite op dit moment de procedure is waarin in de praktijk zowel wordt gereorganiseerd als geliquideerd. Dit is niet zo zeer een bewuste keus, maar meer ook een gevolg van het feit dat de surseance procedure op dit moment niet goed functioneert als procedure voor (operationele) herstructurering. Indien er sprake zou zijn van een beter bruikbare surseance, dan geldt wat INSOLAD betreft dat de nieuw voorgestelde regeling van het ontwerp in de kern juist bij uitstek geschikt zou zijn voor toepassing in de surseance.

Secretariaat:

Dorp 53
3415 PC Polsbroek

T 0218 307 586
M 06 255 85 644
E secretariaat@insolad.nl

29. In de Ontwerp Toelichting wordt gesuggereerd dat doordat met behulp van de pre pack tijdig kan worden begonnen met de voorbereiding daarmee het nadeel van de meer uitgebreide procedure wordt weggenomen. Vanuit de theorie valt deze gedachtegang te billijken, maar INSOLAD voorziet dat in de praktijk er nog steeds (veel) onvoorbereide gevallen zullen zijn. Met name bij kleinere ondernemingen, waar het wegvallen van bijvoorbeeld een enkele opdrachtgever al tot problemen kan leiden zal veelvuldig de tijd voor voorbereidingen ontbreken en in die gevallen zal het nadeel van de uitgebreidere voorbereiding wel degelijk een nadelige invloed kunnen hebben op de uitkomst indien de voorgestelde regeling ook in die situaties onverkort zou moeten worden toegepast.

30. Doorgaans zal een betrokken curator goed in staat zijn om vast te stellen of sprake is geweest van enige relevante voorbereidingshandeling, en de curator kan daarover ook aan de R-C adviseren. Een daartoe strekkende bepaling die aan het Voorontwerp zou kunnen worden toegevoegd leidt zodoende tot een versterking van het rechterlijk toezicht op de vraag of sprake is geweest van een voorbereid faillissement, dat is gericht op reorganisatie in plaats van een liquidatie. In welk geval de door het Voorontwerp voorgestane regeling alsnog toepassing zou kunnen vinden. Om het proces van advisering door de curator aan de R-C de nodige diepgang c.q. eenvormigheid te geven zou denkbaar zijn dat hetzij het Ministerie hetzij Recofa aandachtspunten dan wel richtlijnen uitvaardigt die de curator in acht moet nemen. Bij de toetsing door de curator en R-C zou bijvoorbeeld ook kunnen worden gewerkt met een vaste checklist van feiten en omstandigheden die in algemeenheid de conclusie zouden rechtvaardigen dat sprake is geweest van een voorbereid faillissement, waardoor de regeling uit het Voorontwerp voor toepassing in aanmerking komt.

31. Het Voorontwerp schaft in feite de gehele uitzondering die op dit moment in artikel 7:666 (a) BW is opgenomen ter zake de overgang van onderneming bij faillissement af. Het gevolg is dat werknemers die ten tijde van faillietverklaring in dienst zijn bij de gefailleerde werkgever op het moment van overgang in principe onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst komen bij degene die de onderneming in het faillissement overneemt en voorzet. Met dien verstande dat pre faillissementsschulden niet meer overgaan naar de nieuwe verkrijger. Daarbij gaat het blijkens de toelichting (pag. 21) kortgezegd om achterstallige betalingen en opgebouwde vorderingen, waaronder in ieder geval achterstallig loon, opgebouwde maar nog niet genoten vakantiedagen en nog niet betaalde vakantietoeslagen (alsmede bonussen over het voorgaande boekjaar). INSOLAD is positief over deze keuze die in het Voorontwerp is gemaakt, dat oude werkgeverschulden uit arbeidsovereenkomsten achterblijven in de failliete boedel. Daarmee wordt aldus gebruik gemaakt van de ruimte die art. 5 lid 2 EU Richtlijn 2001/23 biedt.

Artikelsgewijs commentaar Art. 7:666 en 7:666b

Art. 7:666

Het is te overwegen om te verduidelijken dat de verkrijger in geen geval een transitievergoeding verschuldigd zal zijn op het moment dat de door de curator opgezegde arbeidsovereenkomst na de overgang van de onderneming naar de verkrijger alsnog eindigt.

Secretariaat:

Dorp 53
3415 PC Polsbroek

T 0218 307 586
M 06 255 85 644
E secretariaat@insolad.nl

Art. 7:666b

(lid 1) INSOLAD stelt voor te bepalen dat het aanbod schriftelijk dient te worden gedaan en dat er een maximum termijn voor aanvaarding dient te worden bepaald, waarna werknemers geen aanspraken jegens de verkrijger meer kunnen doen gelden. Verder neemt INSOLAD aan dat het aanbod uitsluitend behoeft te worden gedaan aan werknemers die behoren tot de onderneming die de verkrijger wenst over te nemen ten aanzien waarvan sprake is van een overgang van onderneming, een en nader met inachtneming van het inspiegelingsbeginsel. Verder lijkt het INSOLAD zinvol duidelijk te maken dat overigens het bepaalde in boek 3 ter zake aanbod en aanvaarding overeenkomstig van toepassing is.

(lid 4) Het lijkt INSOLAD zinvol te verduidelijken dat er maar eenmalig een aanbod gedaan moet worden, d.w.z. als een eerder aanbod niet tijdig is aanvaard of (al dan niet bij voorbaat) afgewezen, dan hoeft de verkrijger in een volgend geval niet nogmaals een bod te doen. In de situatie van een doorstart dient er snel duidelijkheid te komen over welke personeelsleden het aanbod al dan niet hebben aanvaard.

(lid 6) Ook als er sprake is van een algemeen verbindend verklaarde bedrijfstak-cao bestaat er in voorkomende gevallen ruimte tot aanpassing, al dan niet na dispensatie door cao-partijen. De aangehaalde tekst is dus te absoluut en zou beter kunnen luiden: "...voor zover niet, zonder dispensatiemogelijkheid, algemeen verbindend zijn verklaard.

(lid 7) zie commentaar bij art. 5 van de ministeriële regeling.

<u>Art. 5 ministeriele regeling</u>

Dit artikel spreekt van "schulden van gefailleerde jegens de werknemers". Dat lijkt beperkter dan de tekst van art. 666b lid 7. Het is ook onwenselijk om het tot vorderingen van werknemers te beperken, het moet om alle oude schulden gaan die verband houden met de arbeidsovereenkomsten. Zie bijvoorbeeld het arrest van de Hoge Raad van 14 oktober 2016 ECLI:NL:HR:2016:2375 waaruit volgt dat een bedrijfstakpensioenfonds een eigen vorderingsrecht heeft jegens de verkrijger ter inning van achterstallige pensioenpremies.

Het artikel ziet op "schulden die op het moment van overgang reeds bestaan". Dit is niet in overeenstemming met art. 7:666b lid 7 BW, dat spreekt van schulden die "betrekking hebben op de periode voorafgaand aan de overgang".

Het is bepaald niet uitgesloten dat het ontstaansmoment van vorderingen die betrekking hebben op de periode voorafgaand aan de overgang, na die overgang ligt. Zie bijvoorbeeld HR 24 mei 1991, NJ 1992, 246 en Prof, mr S.D. Lindenbergh in Smartengeld 1998/9.2.1. Daaruit lijkt te volgen dat een vordering tot smartengeld of vergoeding van te maken kosten 'ex nunc' ontstaat. Een verkrijger zou niet het risico moeten lopen dat deze wordt

Secretariaat:

Dorp 53
3415 PC Polsbroek

T 0218 307 586
M 06 255 85 644
E secretariaat@insolad.nl

geconfronteerd met (latente) schadeclaims wegens nadeel of letsel dat tijdens het dienstverband met gefailleerde is veroorzaakt. INSOLAD stelt in verband hiermee het toepassingscriterium zoals geformuleerd in art. 7:666b lid 7 nog iets te verruimen: "betrekking hebben op dan wel toegerekend kunnen worden aan de periode voorafgaand aan de overgang."

Bedrijfseconomische omstandigheden (ETO redenen)

32. Verder geldt in het Voorontwerp het uitgangspunt dat er bij de overgang alleen arbeidsplaatsen kunnen verdwijnen indien dat het gevolg is van bedrijfseconomische omstandigheden bij de *verkrijger*. Alleen dan is het de verkrijger toegestaan minder werknemers over te nemen. INSOLAD acht deze keuze niet gelukkig en acht het zeer wel mogelijk dat deze keuze een negatieve impact zal hebben op praktijk van doorstarts in faillissement, waarbij INSOLAD voorziet dat met name ook werknemers daarvan zelf het slachtoffer kunnen zijn. Zie hierover nader onder 34.

33. Het begrip bedrijfseconomische omstandigheden heeft in het Voorontwerp een sleutelrol. INSOLAD begrijpt dat daarbij wordt aangesloten bij artikel 7:669 lid 3 onderdeel a. Het begrip bedrijfseconomische omstandigheden is namelijk bepalend voor het aantal werknemers dat mee over moet naar de verwerver van de nieuw overgenomen onderneming.

34. Een koper van een onderneming uit een insolventie wordt vaak sowieso al met de nodige financiële en operationele risico's geconfronteerd. Niet alleen dienen in de praktijk aanzienlijke opstartkosten te worden gemaakt om de onderneming weer aan de gang te krijgen, maar ook het doen overgaan van voor de voortzetting van de onderneming essentiële relaties zoals leveranciers en verhuurders is in de praktijk doorgaans geen sinecure en leidt daardoor tot risico's voor het succes van een doorstart. De aan een doorstart voor een bieder verbonden risico's worden vergroot indien door een bieder bij voorbaat geen zekerheid wordt verkregen over welke onderneming deze verwerft en het aantal personeelsleden dat daarbij hoort. Met andere woorden, voor voortzetting van de bestaande praktijk – waarin met grote regelmaat succesvolle doorstarts met behoud van werkgelegenheid worden gerealiseerd – is het essentieel dat uitsluitend de levensvatbare onderdelen die worden doorgestart worden getest op bedrijfseconomische omstandigheden. Separaat dus van de rest van de onderneming van de verkrijger. Voor een verkrijger wordt een overname namelijk zeer onaantrekkelijk, indien de (toevalligerwijs) goede bedrijfseconomische omstandigheden van de verkrijger bepalend zullen zijn voor het antwoord op vraag hoeveel werknemers al dan niet mee over moeten met de levensvatbare onderdelen die de verkrijger beoogt te verwerven.

35. Het is overigens ook weinig zinvol om naar financiële situatie van de verkrijger te kijken, want een verstandige verkrijger zal voor doeleinde van de transactie een special purpose vehicle oprichten, waarin nog geen onderneming aanwezig zal zijn.

36. Het is dus essentieel voor een bieder dat deze zelf de onderneming kan identificeren waarop deze wenst te bieden en ook tevoren met behulp van eigen juridische adviseurs een inschatting kan maken van welke personeelsbestand bij die onderneming hoort.

37. Het zorgpunt betreft dus dat voor een bieder duidelijkheid moet bestaan over het aantal werknemers en dat de positie van de bieder zelf daarbij geen rol zou moeten spelen.

Secretariaat:

Dorp 53
3415 PC Polsbroek

T 0218 307 586
M 06 255 85 644
E secretariaat@insolad.nl

Uitsluitend ten aanzien van de overneming die overgaat dient te kunnen worden getoetst of sprake is van ETO redenen. Zekerheid over het aantal werknemers is belangrijker dan de exacte samenstelling van de populatie. Het inspiegelingscriterium is daarvoor bruikbaar en INSOLAD heeft daartegen ook geen principiële bezwaren.

38. Wel meent INSOLAD dat de marge-regeling van 10% te gering is. Vooral bij kleinere ondernemingen komt het dan al snel aan op 1 of 2 werknemers. INSOLAD meent dat het meer in de rede licht een bredere marge te hanteren van 20-25%, met een absoluut minimum aantal van bijvoorbeeld [10] personeelsleden, voordat kan worden geconcludeerd tot onjuiste toepassing van de selectie methode.

Artikelsgewijs commentaar (ministeriele regeling)

Er is sprake van een tekstueel verschil tussen art. 3 lid van de Regeling en de MvT (pag 16 2e alinea). De Regeling spreekt over "10% van het totale aantal werknemers van de gefaillieerde". De MvT heeft het over "10% van de werknemers die voor een dienstverband in aanmerking komen". Als van een totaalbestand van 100 werknemers bij de failliet er maar 40 mee overgaan omdat zij de enigen zijn die daarvoor 'in aanmerking' komen, dan levert de margeregeling van 10% maar 4 werknemers op die 'vrij' zijn. In de bewoordingen van de Regeling zijn dat er 10. Deze discrepantie moet worden opgehelderd.

Art. 3
De zinsnede "als eerste in de gelegenheid zijn vroegere werkzaamheden te hervatten" veronderstelt dat de werknemer inactief is. De werknemers komen door de overgang van onderneming van rechtswege in dienst van verkrijger en zijn niet per definitie inactief.
(lid 2) pagina 8 van de MvT lijkt te veronderstellen aan dat beroep van een werknemer ex art. 666b lid 5 BW niet slaagt als blijkt dat de foutmarge kleiner is dan 10%. Betekent dit dat de verkrijger (opzettelijk) een aantal zieke, oudere of 'lastige' werknemers mag passeren?
Wat als de foutmarge groter dan 10% is, moet verkrijger dan alle fouten corrigeren of alleen een correctie toepassen waardoor de foutmarge kleiner is dan 10%?

39. Voor een bieder lijkt het INSOLAD onwenselijk dat deze na afloop van de transactie nog langdurig wordt geconfronteerd met werknemers die stellen dat de gehanteerde selectiemethode niet goed is toegepast. Alhoewel INSOLAD onderkent dat werknemers moeten kunnen opkomen tegen een onjuiste hantering van de selectiemethode geldt dat daarvoor een cut off datum moet zijn. INSOLAD kan zich voorstellen dat werknemers gedurende 2 weken na het effectief worden van de transactie waarbij de onderneming is overgegaan de gelegenheid hebben om bij de kantonrechter op te komen tegen onjuiste toepassing van de door de R-C goedgekeurde selectiemethode.

Regeling overgang collectieve arbeidsovereenkomsten

40. Uit de toelichting blijkt dat bepalingen uit cao's die van toepassing zijn op de arbeidsovereenkomsten van werknemers van de onderneming die overgaan rechtstreeks overgaan op hun arbeidsovereenkomsten met de verkrijger. De verkrijger mag geen met de cao strijdige arbeidsovereenkomsten sluiten, ook niet om bijvoorbeeld arbeidsvoorwaarden van zijn werknemers te harmoniseren. Voornoemde plicht tot handhaving geldt ook voor rechten en plichten die voortvloeien uit sociale plannen die zijn aan te merken als cao's en

Secretariaat:

Dorp 53
3415 PC Polsbroek

T 0218 307 586
M 06 255 85 644
E secretariaat@insolad.nl

kan ook gelden voor bepalingen met betrekking tot fondsen zoals scholings- en aanvullingsfondsen.

41. INSOLAD is zonder meer positief over de in het slot van art. 7:666b BW genoemde mogelijkheid dat verkrijger en vakbond(en) gezamenlijk tot wijziging van de bij de failliet geldende arbeidsvoorwaarden kunnen komen. Daarmee is ten minste een deel van de speelruimte voor faillissementsscenario's benut die art. 5 lid 2 EU Richtlijn 2001/23 heeft willen geven (hetzelfde geldt trouwens voor het 'achterblijven' van oude werkgeversschulden uit arbeidsovereenkomsten).

Biedingsproces – voordeel zittende aandeelhouder / ondernemer

42. De aard en complexiteit van het Voorontwerp maken waarschijnlijk dat minder onafhankelijke gegadigden zullen deelnemen. Dat zal juist de positie van de ondernemer die al betrokken is bij de failliete rechtspersoon verder versterken. Deze beschikt doorgaans al over een informatievoorsprong ten opzichte van externe bieders, en het volgt uit de aard der zaak dat hij ook het personeelsbestand beter zal kennen. Onbedoeld kan het Voorontwerp in dergelijke situaties oneigenlijk gebruik juist in de hand werken, doordat onafhankelijke gegadigden al van aanvang aan nog verder op achterstand worden gezet dan nu in de praktijk ook al wel het geval is.

43. INSOLAD denkt verder dat het goed zou zijn om in de Ontwerp Toelichting stil te staan bij een situatie die zich in de praktijk zou kunnen voordoen. Stel gegadigde A is bereid om alle activa van failliet F over te nemen en daarvoor 80 te betalen. Zij stelt dat er ETO-redenen zijn die het noodzakelijk maken dat 50% van de arbeidsplaatsen verloren gaat. Stel gegadigde B is bereid om alle activa over te nemen en daarvoor 60 te betalen. Zij stelt echter dat er ETO-redenen zijn die het noodzakelijk maken dat 30% van de arbeidsplaatsen verloren gaat. Leidt dit noodzakelijkerwijs tot de conclusie dat er (hooguit) ETO-redenen zijn die het noodzakelijk maken dat slechts 30% van de arbeidsplaatsen verloren gaat? INSOLAD meent dat het antwoord op die vraag niet bevestigend luidt (dat hangt immers af van de businessplannen in kwestie die gelden voor de uit de boedel over te nemen onderneming), maar het lijkt haar goed dat hier expliciet bij wordt stilgestaan in de memorie van toelichting. Daarbij zou in de overweging kunnen worden betrokken dat denkbaar is dat de gesecureerde schuldeisers wél bereid zijn om hun noodzakelijke medewerking te verlenen aan verkoop aan gegadigde A, maar niet bereid zijn om hun noodzakelijke medewerking te verlenen aan verkoop aan gegadigde B omdat zij de door deze laatste geboden prijs te laag vinden.

44. Wat INSOLAD betreft dient het uitgangspunt in deze situatie nog steeds het oorspronkelijke uitgangspunt van de Faillissementswet wet te zijn, namelijk opbrengstmaximalisatie zodat het de curator – indien hij / zij dit onder omstandigheden als de beste optie ziet – vrij moet staan om in het hiervoor geschetste voorbeeld voor optie één te gaan. Relevante omstandigheden die de curator daarmee zou kunnen laten wegen zijn de aard van de koper, de slagingskansen van de voortgezette onderneming en de wijze waarop de koopprijs wordt voldaan, in eens of

Secretariaat:

Dorp 53
3415 PC Polsbroek

T 0218 307 586
M 06 255 85 644
E secretariaat@insolad.nl

in delen of al dan niet met een *earn out* regeling. In ieder geval zou het goed zijn als in de Ontwerp Toelichting inzicht wordt geboden in de omstandigheden die in een dergelijke situatie relevant en mogelijk doorslaggevend zouden kunnen zijn en indien benadrukt wordt dat bij het beoordelen van de ETO-omstandigheden alleen gelijke gevallen met elkaar vergeleken worden.

Termijn beslissing door R-C en geen beroep op rechtbank

45. INSOLAD is voorts van mening dat de R-C op kortst mogelijke termijn dient te beslissen en in ieder geval binnen maximaal drie dagen. Op basis van waarneming in de praktijk is de ervaring onder onze leden, dat zaken soms echt geen uitstel kunnen lijden en dat een in beginsel levensvatbare onderneming die het voorwerp is van een insolventieprocedure, al zeer snel desintegreert door het verlies van vertrouwen bij klanten, toeleveranciers, personeel en andere betrokkenen.

46. Met het voorgaande hangt ook samen dat INSOLAD van mening is dat tegen beslissingen van de R-C geen beroep moet openstaan. Het Voorontwerp stelt nu voor dat gedurende vijf dagen beroep tegen de beslissing van de R-C openstaat bij de rechtbank. Dit beroep staat ook open aan de OR, de personeelsvertegenwoordiging en de personeelsvereniging. INSOLAD meent dat deze regeling potentieel zeer nadelig zal zijn voor de voort te zetten onderneming. Hangende het beroep zal de onderneming immers dienen te worden voortgezet en daartoe zullen allicht de middelen ontbreken, terwijl een verkrijger die met een beroep wordt geconfronteerd een aanmerkelijk risico loopt indien deze de te verwerven onderneming gedurende het beroep al financiert. Weliswaar bestaat de mogelijkheid van beroep thans ook, maar doordat bij de regeling uit het Voorontwerp nu sprake is van een overgang van onderneming neemt het belang van een beroep voor stakeholders toe.

47. Een bieder dient *deal certainty* te hebben. Juist in een situatie waarin de onderneming in een zeer precaire situatie verkeert en vaak dringend behoefte zal hebben aan nieuw werkkapitaal en het vertrouwen onder leveranciers, klanten en verhuurders tot een dieptepunt zal zijn gedaald, kan een beroep, dat in de praktijk al gauw enkele weken in beslag zal nemen, funest zijn en de onderneming net het duwtje over de rand van de afgrond kunnen geven.

48. Additionele rechtsbescherming zou kunnen worden geïntroduceerd door in meer complexe of grotere zaken, bijvoorbeeld wanneer sprake is van een onderneming waarbij een ondernemingsraad is ingesteld, de rechtbank de instantie te maken die beslist in plaats van de R-C.

49. In ieder geval dient te worden bepaald dat de rechtbank een beroep met de meeste spoed behandelt, indien de mogelijkheid tot beroep wordt gehandhaafd. Ook is denkbaar dat wordt bepaald dat het instellen van beroep geen schorsende werking met zich meebrengt.

Artikelsgewijs commentaar Art. 176a lid 2 Fw.

Is bedoeld dat bij het ontbreken van een OR (dat kan ook bij een grote werkgever het geval zijn) iedere individuele werknemer (behoorlijk) moet worden opgeroepen? Dat lijkt onwenselijk. Indien er op het moment van opening van de procedure geen OR is dan geldt dat artikel 176a lid 2 Fw achterwege dient te blijven. Dit zou in de Ontwerp Toelichting kunnen worden verduidelijkt.

Secretariaat:

Dorp 53
3415 PC Polsbroek

T 0218 307 586
M 06 255 85 644
E secretariaat@insolad.nl

Rol OR en personeelsvereniging (artikel 25 WOR)

50. INSOLAD is positief over de rol van de OR en de voorgenomen regeling betreft goeddeels codificatie van het DA-arrest (Hoge Raad 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982).

51. Wel wijst INSOLAD erop dat op grond van de WMCO (wet melding collectief ontslag) voor de curator de verplichting geldt ex art. 3 WMCO om van een voorgenomen ontslag van tenminste 20 werknemers bij betrokken vakbonden (die leden onder de werknemers hebben) melding te maken, teneinde die bonden te raadplegen. De WMCO bestaat al sinds 1976 en het Voorontwerp brengt er strikt genomen geen verandering in. Het leidt echter wel tot een verdere verzwaring van het doorstartproces voor curator en verkrijger. Door het bestaande *pick and choose* beginsel bij over te nemen personeel, was de inspraak van de bonden in de praktijk beperkt. In het nieuwe systeem, waarin een beginselverplichting bestaat tot overname van al het personeel, zullen bonden er naar verwachting vanuit gaan meer voor hun leden te kunnen doen, en daarnaar gaan handelen.

52. INSOLAD meent dat het verstandig is om de termijn voor advisering zo kort mogelijk te houden en om aan te sluiten bij de rechtsregel uit het DA-arrest. Eventueel zou kunnen worden overwogen om op te nemen dat de OR een recht heeft om te verzoeken om een termijn van maximaal drie dagen voor het advies. Zaterdagen en zondagen zouden wat INSOLAD betreft ook onderdeel van de termijn moeten zijn.

53. Ook meent INSOLAD dat het nuttig is dat in de toelichting ook wordt verduidelijkt dat de curator en diegene met zekerheidsrechten op het actief, de leiding hebben in het verkoopprijs en dat het niet de bedoeling is dat de OR zich in dit proces mengt al dan niet door rechtstreeks zelf met bieders in overleg te treden. De OR heeft het recht om over de voorgenomen transactie te adviseren, maar dient de regie aan de curator te laten die in dit verband ook onder toezicht van de R-C staat.

54. Het biedingsproces is in de praktijk nogal eens een proces dat onder hoge druk wordt doorlopen en dat fragiel is en waarbij bieders niet zelden proberen gebruik te maken van de kwetsbare positie van de schuldenaar en bieders mogelijk ook zullen proberen de OR voor beïnvloeding in te schakelen. De curator is als geen ander bekend met deze dynamiek en zal daarmee ook veel meer ervaring hebben dan de OR en daarom beter instaat zijn om de bieders en hun intenties op waarde te schatten.

55. Verder meent INSOLAD dat van zowel de OR als van de betrokken personeelsvertegenwoordiging en/of verenigingen mag worden gevraagd dat zij hun positie voorafgaand aan het horen van de R-C gemotiveerd en schriftelijk kenbaar aan de curator maken.

Concurrentiebedingen niet effectief – hoger management

56. In artikel 7:653 lid 6 BW is bepaald dat concurrentiebedingen automatisch vervallen voor personeelsleden die door de verkrijger niet worden overgenomen. *An sich* is INSOLAD het met deze keuze eens. Wel moet er een uitzonderingsmogelijkheid worden gecreëerd voor personen die kernfuncties hebben en uit dien hoofde beschikken over de voor de levensvatbaarheid van de door te starten onderneming commercieel of anderszins gevoelige informatie. Het moet voor de curator mogelijk zijn ten aanzien van dergelijk werknemers

Secretariaat:

Dorp 53
3415 PC Polsbroek

T 0218 307 586
M 06 255 85 644
E secretariaat@insolad.nl

handhaving van het concurrentiebeding te vorderen, zulks voor een beperkte termijn en tegen een billijke vergoeding om te voorkomen dat de doorgestarte onderneming onder leiding van een nieuwe eigenaar alsnog door het voormalige *key personel* in de wielen wordt gereden.

Artikelsgewijs commentaar Art. 7:653 lid 6

De curator en/of de verkrijger die een zwaarwegend belang heeft bij handhaving van het concurrentiebeding moet de mogelijkheid krijgen om de kantonrechter te verzoeken het concurrentiebeding (al dan niet in afgezwakte vorm of onder bepaalde voorwaarden) te handhaven, in het bijzonder waar dit 'key personel' betreft dat over concurrentie gevoelige informatie beschikt, waarvan de vertrouwelijkheid nodig is voor het succes van de doorgestarte onderneming.

Ons omringende landen

57. In België geldt dat activa die uit de failliete boedel worden verworven in beginsel geheel vrij overgaan op de verkrijger, zonder historische aansprakelijkheden. In het geval van een Belgisch faillissement, geldt dat het actief vrij van historische schulden mee overgaat en dat geen sprake zal zijn van een overgang van onderneming.

Dit is anders in het geval van een doorstart vanuit een gerechtelijke reorganisatie procedure die op reorganisatie is gericht en niet op liquidatie (vgl FIP 2019/208 Sig).

58. Overigens verschilt het Belgische ontslagbeschermingsregime van het Nederlandse systeem, doordat in België in beginsel geen ontslagvergunning is vereist (ook niet voor collectief-ontslag) en werknemers daarmee relatief eenvoudig kunnen worden opgezegd, waarbij wel sprake kan zijn van een vergoedingsverplichting en een wettelijke opzegtermijn die afhangt van de duur van het dienstverband. Het Belgische ontslagregime wordt door Belgische juristen dan ook wel als relatief soepel aangeduid.

59. In het Verenigd Koninkrijk geldt dat in een *liquidation procedure*, volgende op een insolventie, geen sprake van een overgang van onderneming zal zijn wanneer delen van de onderneming worden verkocht. Werknemers gaan dan niet automatische mee. Dit kan anders zijn in een *administration procedure*, een procedure die een hybride karakter heeft en op reorganisatie gericht kan zijn. In dat geval is wel sprake van een overgang van onderneming en gaan werknemers automatisch over, datzelfde geldt ook voor bepaalde aan de arbeidsovereenkomst verbonden schulden. Dat leidt in de praktijk in het verenigd koninkrijk overigens niet tot problemen, omdat de arbeidsrechtelijke bescherming in het verenigd koninkrijk wezenlijk verschilt van de situatie in Nederland en werknemers eenvoudiger en tegen lagere kosten kunnen worden ontslagen dan in Nederland, waarbij in de UK bovendien met de scheme of arrangement een preventieve herstructuringsprocedure bestaat, terwijl de company voluntary arrangement of CVA, in feite een procedure biedt die het toestaat om – zoals ooit door de Nederlandse wetgever met surseance is beoogd – in een insolventie procedure effectief te herstructureren. Kortom, het Verenigd Koninkrijk kent meer en effectievere wettelijke reorganisatiemogelijkheden dan de Nederlandse wet op dit moment biedt.

Secretariaat:

Dorp 53
3415 PC Polsbroek

T 0218 307 586
M 06 255 85 644
E secretariaat@insolad.nl

60. In Duitsland geldt dat een verkoop van de onderneming uit de insolvente boedel wordt aangemerkt als een overgang van onderneming en werknemers automatisch mee overgaan. Echter in Duitsland hebben de pre faillissementsvorderingen van werknemers geen preferente positie. Gedurende de Duitse insolventieprocedure geldt in ieder geval een verlicht regime voor (collectief) ontslag om operationele herstructureringen te faciliteren, waarbij de ondernemingsraad nauw is betrokken. Er bestaat bij ontslag gedurende een reorganisatieprocedure in insolventie ook een gemaximeerde aanspraak in het kader van eerder overeengekomen sociaal plannen.

AVG

61. Ten aanzien van de toepasselijkheid van de AVG in faillissement en de doorstart van de onderneming merkt INSOLAD op dat de voorgestelde regeling in de praktijk voor de curator op bepaalde onderwerpen praktisch niet uitvoerbaar is en bovendien ook ten onrechte tot verdere boedelschulden zou kunnen leiden.

62. Op het moment dat de curator wordt benoemd, treft deze bij de onderneming de administratie zoals deze er op dat moment bij ligt. Dat betekent dat de administratie, inclusief personeelbestanden, ook zonder dat de curator daarover enige controle heeft gehad in handen van derden kunnen zijn of geraken. Het verdient daarom de aanbeveling dat privacy data en de verplichtingen die daarmee samenhangen in beginsel primair op de vennootschap (ondernemer) en haar bestuur blijven rusten. Uitgangspunt van de faillissementswet is dat de curator is belast met het beheer en de vereffening van het vermogen van de failliet, en daarom meent INSOLAD dat eventuele tekortkomingen ter zake de wijze waarop de failliet voorafgaand aan het faillissement al dan niet aan AVG gevolg heeft gegeven, niet tot boedelschulden zou moeten leiden, doordat de curator ten gevolge van de benoeming als gegevensverwerker is komt te gelden.

63. De curator is verder afhankelijk van de personeelsinformatie die van de gefailleerde onderneming wordt ontvangen. De juistheid en volledigheid van deze informatie is voor de curator in veel gevallen niet vast te stellen, terwijl deze verkregen informatie wel het uitgangspunt is voor de informatie die aan de potentiële doorstarter wordt verstrekt. Ten aanzien van het ter beschikking stellen van een geanonimiseerde set personeelsgegevens voorziet INSOLAD voor curatoren over het algemeen geen problemen. Aangezien de curator de juistheid en volledigheid van de ontvangen persoonsgegevens in veel gevallen niet kan verifiëren, pleit INSOLAD ervoor om de uitzondering van artikel 101a lid 4 Fw uit te breiden tot alle bijzondere gegevens (waaronder bijvoorbeeld strafrechtelijke gegevens en/of religie) die zijn opgenomen in het personeelsbestand.

64. Een eventuele doorstart vindt in de regel binnen één tot enkele weken na het uitspreken van het faillissement plaats. De curator is in deze korte periode belast met de exploitatie van de bedrijfsactiviteiten van de gefailleerde onderneming en de onderhandelingen over een mogelijkheden van een doorstart. In het kader van een eventuele doorstart wordt in een vroeg stadium van het faillissement een bidbook samengesteld. In dit bidbook worden de geanonimiseerde personeelsgegevens opgenomen. Tijdens het faillissement is de curator aan te merken als verwerkingsverantwoordelijke voor de personeelsgegevens. Dit betekent dat de werknemer de rechten die hem toekomen onder de AVG jegens de curator kan inroepen en (i) de curator kan verzoeken informatie over zijn personeelsgegevens te verstrekken,(ii) de

Secretariaat:

Dorp 53
3415 PC Polsbroek

T 0218 307 586
M 06 255 85 644
E secretariaat@insolad.nl

curator kan verzoeken zijn personeelsgegevens in te zien alsmede (iii) de curator kan verzoek onjuiste personeelsgegevens te rectificeren. Daarnaast is in artikel 101a lid 3 Fw de mogelijkheid voor de werknemer opgenomen om schriftelijk bezwaar te maken tegen het verstrekken van zijn persoonsgegevens. De curator mag in dat geval de persoonsgegevens van de werknemer niet aan de potentiële doorstarter verstrekken. In de toelichting zal verduidelijkt moeten worden of dit alleen betrekking heeft op het verstrekken van de volledige set met persoonsgegevens of ook op de geanonimiseerde. Als het op de volledige set betrekking zou hebben helpt dit de praktijk uiteraard niet.

65. Gelet op de hectische eerste fase van een faillissement voorziet INSOLAD praktische bezwaren van curatoren indien zij met individuele verzoeken van werknemers inzake hun persoonsgegevens worden belast. INSOLAD stelt daarom voor om de wettelijke regeling van artikel 101a Fw in het geval van een doorstart te wijzigen zodat de curator wordt vrijgesteld van voornoemde verplichtingen

66. In het kader van de doorstart is de curator gericht op het behalen van het beste verkoopresultaat en het behoud van werkgelegenheid en niet geconcentreerd op de verwerking van persoonsgegevens. In dat kader wordt voorgesteld in artikel 101a Fw een uitzondering voor de positie van de curator op te nemen zodat de hiervoor genoemde verplichtingen voor een verwerkingsverantwoordelijke niet op hem van toepassing zijn.

Artikelsgewijs commentaar 101a Fw

(lid 3) wat als de verkrijger hierdoor onvoldoende gegevens heeft om een aanbod aan de werknemer te doen?
(lid 4) moet dit niet gelden ten aanzien van alle werknemers die (al dan niet gedurende de opzegtermijn) overgaan op verkrijger? Verkrijger wordt immers (tijdelijk) formeel hun werkgever met daarbij behorende verplichtingen.

Conclusie en aanbeveling

INSOLAD concludeert als volgt:

1. INSOLAD ervan uit dat in het Voorontwerp een onduidelijkheid is geslopen, omdat uit het Voorontwerp en de Ontwerp Toelichting lijkt te volgen, dat na opzegging van het personeel door de curator al het personeel gedurende de opzegtermijn ex art. 40 Fw in dienst komt bij de beoogd verkrijger van de door te starten onderneming. Indien het voorstaande juist zou zijn – wat INSOLAD zich eigenlijk niet kan voorstellen – dan betekent dit dat een verkrijger in feite opdraait voor *alle* loonkosten (inclusief fiscale lasten) van *al* het personeel gedurende de opzegtermijn, na een opzegging door de curator. In de praktijk gaat het hierbij om een belangrijk deel van de boedelkosten en een potentiele verkrijger zal daar wel degelijk door kunnen worden afgeschrikt. Er dient op dit punt dan ook geen breuk met de huidige praktijk plaats te vinden waar de personeelskosten gedurende de opzegtermijn voor rekening van de boedel komen en

Secretariaat:

Dorp 53
3415 PC Polsbroek

T 0218 307 586
M 06 255 85 644
E secretariaat@insolad.nl

en waarbij werknemers in de praktijk gedurende de opzegtermijn door het UWV worden voldaan;

2. De surseanceregeling voldoet niet en dit is al eerder door INSOLAD onder de aandacht gebracht. Zonder een goed functionerende reorganisatieprocedure dient het faillissement in de praktijk zodoende noodgedwongen als reorganisatieprocedure. INSOLAD heeft geen bezwaar tegen betere bescherming van werknemers in het kader van een voorbereide insolventie, mits in een daarop toegesneden procedure die in de praktijk werkbaar is. Daarom dient ook de surseance regeling te worden aangepast. Anders ontstaat bovendien ook de merkwaardige situatie dat de faillissementsprocedure ten opzichte van de thans fungerende surseance regeling voordelen blijft geven. Immers, gedurende de surseance geldt in feite het normale ontslagbeschermingsregime.

3. Het begrip bedrijfseconomische omstandigheden speelt in het Voorontwerp een essentiële rol. Het begrip dient echter niet op de verkrijger te worden toegepast, maar uitsluitend op de onderneming die overgaat. Indien het begrip ook op de organisatie van de verkrijger moet worden toegepast zal dit een negatieve impact op doorstarts hebben;

4. INSOLAD bepleit dat uitsluitend voorbereide insolventies (waaronder dus de pre-pack) door de voorgestelde regeling worden gedekt. INSOLAD ziet echter geen reden om de regeling uit het Voorontwerp ook toe te passen op de faillissementsprocedure die een zuivere liquidatieprocedure is en waarbij van voorbereiding geen sprake was. Daartoe is ook geen reden en ook het Smallsteps arrest dwingt daar niet toe. Het toezicht op de vraag of sprake is geweest van voorbereiking kan worden versterkt, doordat wordt opgenomen dat de curator en de R-C dit dienen te onderzoek aan de hand van een vaste catalogus van feiten en omstandigheden die doorgaans zullen duiden op een voorbereiding. Wat INSOLAD betreft zou het voorgaande ook passen bij een coherent en samenhangend wettelijk systeem van een preventieve insolventie insolventieprocedure, in de vorm van de WHOA, waarbij werknemers buitenschot blijven, gevolgd door een meer ingrijpende reorganisatie procedure, de aangepaste surseanceregeling, waarbij werknemers – met de nodige waarborgen omgeven onderdeel kunnen zijn van de reorganisatie – gevolgd door de pre-pack en het voorbereide faillissement (waarbij het Voorontwerp op beide ziet), met als sluitstuk het onvoorbereide liquidatiefaillissement, wat de materiele liquidatie van de onderneming beoogt;

5. Positief is INSOLAD over het bij de failliete boedel achterlaten van oude werkgeverschulden al acht INSOLAD het wel raadzaam dit te verduidelijken door te bepalen dat alle aansprakelijkheden die bij de oude werkgever zijn ontstaan daar

Secretariaat:

Dorp 53
3415 PC Polsbroek

T 0218 307 586
M 06 255 85 644
E secretariaat@insolad.nl

achterblijven.

6. Niet uitgesloten is ook dat het biedingsproces door het Voorontwerp onbedoeld een voordeel gaat bieden aan de zittende ondernemer, omdat deze doorgaans over meer informatie zal beschikken dan andere bieders. Ook ten aanzien van het personeel en dus beter in staat zal zijn om een geïnformeerd bod te doen;

7. INSOLAD is positief over de in het slot van art. 7:666B genoemde mogelijkheid dat verkrijger en vakbonden gezamenlijk tot wijziging van de voor werknemers afkomstig van failliet geldende arbeidsvoorwaarden kunnen komen;

8. De termijn waarbinnen kan worden opgekomen dienen te worden beperkt en het beroep naar de rechtbank dient te worden beperkt tot gecompliceerde gevallen, en werknemers dienen binnen twee weken nadat een transactie tot stand is gekomen op te komen bij de kantonrechter indien zij menen dat de gekozen selectiemethode niet goed is toegepast;

9. De rol van de ondernemingsraad dient te worden verduidelijkt, doordat de OR zich niet in het biedingsproces moet kunnen mengen. De OR mag en moet daarover adviseren, maar de regie moet aan de curator blijven;

10. De voorgestelde regeling waarbij concurrentiebedingen zouden komen te vervallen verdient heroverweging en een uitzondering zou moeten worden gemaakt voor *key personel* dat beschikt over informatie die essentieel is voor de door te starten onderneming;

11. De voorgestelde regeling voor de AVG plaatst thans additionele verplichtingen op de curator die juist gedurende de cruciale en hectische doorstart fase in de weg kunnen zitten. INSOLAD geeft u in overweging het Voorontwerp ook op dit punt nogmaals te bezien.

Secretariaat:

Dorp 53
3415 PC Polsbroek

T 0218 307 586
M 06 255 85 644
E secretariaat@insolad.nl

Alhoewel INSOLAD niet afwijzend staat tegenover de bescherming van de positie van werknemers in faillissement, met name waar het betreft de selectie van het personeel door een verkrijger van de door te starten onderneming, ziet INSOLAD risico's bij de ongewijzigde invoering van het Voorontwerp, die niet alleen nadelig kunnen zijn voor de overige crediteuren, maar juist ook voor werknemers zelf.

Al met al meent INSOLAD dat invoering van het Voorontwerp zoals dit er thans ligt waarschijnlijk negatieve gevolgen voor de doorstartpraktijk zal hebben en INSOLAD verzoekt U dan ook dringend het Voorontwerp op onderdelen te heroverwegen.

Tot nadere toelichting graag bereid.

Hoogachtend,

Het bestuur, voor deze M.A. Broeders

Secretariaat:

Dorp 53
3415 PC Polsbroek

T 0218 307 586
M 06 255 85 644
E secretariaat@insolad.nl