

VU Research Portal

Wetgevingsscenario's voor de faillissementsdoorstart

Bouwens, Willem

published in

Verburg: geciteerd en besproken
2021

document version

Version created as part of publication process; publisher's layout; not normally made publicly available

document license

Unspecified

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Bouwens, W. (2021). Wetgevingsscenario's voor de faillissementsdoorstart. In F. Laagland (Ed.), *Verburg: geciteerd en besproken: Liber Amicorium prof. mr. L.G. Verburg* (pp. 89-104). (Onderneming en recht; Vol. 124). Wolters Kluwer.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

WETGEVINGSSCENARIO'S VOOR DE FAILLISEMENTSDOORSTART

Willem Bouwens¹

1. Inleiding

In zijn bijdrage aan het Insolad Jaarboek 2018² gaat Verburg in op de gevolgen van het in 2017 gewezen *Smallsteps*-arrest van het Hof van Justitie van de EU (hierna ook wel Hof) voor de doorstart uit faillissement.³ Genoemd arrest heeft betrekking op Richtlijn 2001/23/EG inzake het behoud van rechten van werknemers bij een overgang van onderneming, en meer in het bijzonder op de in art. 5 lid 1 van die richtlijn neergelegde uitzondering voor het geval de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure. Het Hof oordeelt dat deze uitzondering zich niet uitstrekt tot de situatie dat de overname plaatsvindt met gebruikmaking van de *pre-packmethode*, zoals die in Nederland tot ontwikkeling is gekomen. Volgens Verburg heeft de doorstartpraktijk door het arrest een behoorlijke knauw gekregen. De *pre-pack* lijkt ten dode opgeschreven en hij acht het niet onwaarschijnlijk dat de praktijk als gevolg van het arrest huiverig is geworden een doorstart zonder gebruikmaking van de *pre-packmethode* in overweging te nemen.

“Hoe nu verder?”, vraagt Verburg zich af. Hij onderscheidt drie mogelijke scenario's. In het eerste doet de wetgever niets. In het tweede wordt gekozen voor toepasselijkheid van de regeling inzake overgang van onderneming op de faillissementsdoorstart met gebruikmaking van de mogelijkheid die art. 5 lid 2 van Richtlijn 2001/23/EG biedt om de gevolgen daarvan te beperken. Het derde scenario bouwt voort op het tweede. Verburg neemt daarbij als uitgangspunt dat de enorme verschillen die thans bestaan tussen de rechtsbescherming van werknemers in en

1 Prof. mr. dr. W.H.A.C.M. (Willem) Bouwens is hoogleraar arbeidsrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam.

2 L.G. Verburg, 'Smallsteps: en hoe nu verder?', in: E.J.R. Verwey, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (red.), *De Curator en het Personeel*, Insolad Jaarboek 2018, p. 119 e.v.

3 HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV e.a./Smallsteps*). Het arrest heeft tot een stortvloed aan publicaties geleid, waaronder een gezamenlijke special van *TvI* 2018, nr. 1 en *TRA* 2018, nr. 2.

buiten faillissement, tot minder extreme proporties moeten worden teruggebracht door enerzijds de rechtsbescherming bij een doorstart na faillissement te verhogen en anderzijds de noodzaak om uit te wijken naar een faillissementsdoorstart te verminderen door de ontslagbescherming buiten faillissement te versoepelen.

In dit opstel bespreek ik de rechtsontwikkeling met betrekking tot de faillissementsdoorstart sinds het verschijnen van genoemde bijdrage aan de hand van de daarin onderscheiden scenario's. Zijn de veronderstellingen van Verburg uitgekomen? Welke wetgevingsactiviteiten zijn inmiddels ontplooid en in hoeverre is daarbij rekening gehouden met de door hem gepresenteerde ideeën? Ten slotte vraag ik me af of ook andere wetswijzigingen moeten worden overwogen. Alvorens in te gaan op deze vragen, sta ik stil bij het *Smallsteps*-arrest dat in de hier besproken problematiek een cruciale rol speelt.

2. Smallsteps

Uit het *Smallsteps*-arrest blijkt in de eerste plaats dat het Hof de uitzondering van art. 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG slechts van toepassing acht wanneer aan de volgende drie cumulatieve voorwaarden is voldaan (punt 44 van het arrest):

- a) er moet sprake zijn van een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure;
- b) die is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder;
- c) onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn).

Het Hof overweegt dat een procedure die de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt, 'vanzelfsprekend niet' voldoet aan de tweede voorwaarde (punt 47).⁴ Bij de pre-packmethode wordt, voorafgaand aan het faillissement, onder toezicht van een 'beoogd curator' en een 'beoogd rechter-commissaris' een doorstart tot in de kleinste details voorbereid. Doel van de procedure is op die manier de

4 Het Hof verwijst daarbij naar zijn jurisprudentie onder de voorloper van de huidige richtlijn, Richtlijn 77/187/EEG: HvJ EG 25 juli 1991, NJ 1994, 168 (*d'Urso*) en HvJ EG 7 december 1995, NJ 1996, 743 (*Spano/Fiat*). Zie over de vraag of dit standpunt, gelet op deze jurisprudentie, werkelijk zo vanzelfsprekend was: R.C.M. van Moorsel, 'Food for thought', *Tvl* 2017/32.

onderbreking te vermijden die het gevolg zou zijn van de plotselinge stopzetting van de activiteiten van de onderneming op de datum van de faillietverklaring, zodat de waarde van de onderneming en de werkgelegenheid zoveel mogelijk behouden blijven. Volgens het Hof moet worden aangenomen dat 'een dergelijke transactie' uiteindelijk niet de 'liquidatie van de onderneming' beoogt (punt 50). Dat de betreffende procedure mede bedoeld is om ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers een zo hoog mogelijke opbrengst te genereren, doet daaraan niet af (punt 51). Met betrekking tot de derde voorwaarde overweegt het Hof vervolgens dat de ondernemingsleiding in de voorbereidingsfase de besluiten neemt die gericht zijn op de verkoop van de onderneming na faillissement. De beoogd curator en beoogd rechter-commissaris beschikken in die fase formeel niet over bevoegdheden. Om de pre-pack te doen slagen moet de rechter-commissaris wel reeds vóór de faillietverklaring op de hoogte zijn gesteld van de voorgenomen overdracht en in feite hebben aangegeven daartegen geen bezwaar te hebben. Volgens het Hof kan aldus het toezicht op de faillissementsprocedure grotendeels worden uitgehold (punt 53-57).

Het arrest leert dat bij de beoordeling of de procedure gericht is op liquidatie van het vermogen (het tweede vereiste), het formele doel van die procedure niet beslissend is. Het Hof kent doorslaggevende betekenis toe aan de vraag met welk oogmerk de betreffende procedure in het concrete geval is ingeleid. Is deze erop gericht het operationele karakter van de onderneming (of de levensvatbare onderdelen daarvan) veilig te stellen, dan is de uitzondering van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG niet van toepassing. Dit betekent dat met een beroep op het arrest tevens kan worden betoogd dat ook ingeval een ('technisch') faillissement de opmaat vormt voor een doorstart die voorafgaand aan de faillietverklaring tot in detail is voorbereid en onmiddellijk daarna wordt uitgevoerd, de regeling van art. 7:662 e.v. BW onverkort van toepassing is.⁵

5 Vgl. P.R.W. Schaink, 'Het arrest van het Hof van Justitie inzake FNV c.s./ Smallsteps', *Tvl* 2017/22; J. van der Pijl, 'Het Smallsteps-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie', *TvAO* 2017/3, p. 126, en W.H.A.C.M. Bouwens, 'Het voetspoor van Smallsteps', *TRA* 2018/13 en *Tvl* 2018/4. Zie in dat verband tevens HvJ EU 16 mei 2019, ECLI:EU:C:2019:424 (*Plessers/Prefaco*), waarin dezelfde criteria werden toegepast om te beoordelen of de Belgische regeling inzake de gerechtelijke reorganisatie door overdracht onder gerechtelijk gezag, thans neergelegd in artikel XX.86 §3 van het Belgische Wetboek Economisch Recht, onder de uitzondering van artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG valt.

3. Het eerste scenario

In zijn bijdrage aan het Insolad Jaarboek 2018 betoogt Verburg dat het gevolg van het eerste scenario ('niets doen') zou zijn, dat de pre-pack ten dode is opgeschreven. En hoewel hij ervan overtuigd is dat *Smallsteps* de 'gewone' doorstart niet raakt,⁶ zal het arrest, vanwege de onzekerheid over de reikwijdte van de overwegingen van het Hof, ook daarvoor ingrijpende gevolgen hebben. Het eerste scenario heeft om deze redenen niet zijn voorkeur.

Na het verschijnen van de bijdrage van Verburg is inmiddels enige tijd verstreken. Uit de sindsdien verschenen (lagere) jurisprudentie blijkt dat de gevolgen van het *Smallsteps*-arrest voor de gewone doorstart vooralsnog beperkt zijn.⁷ In de aan de rechter voorgelegde kwesties kon niet worden gesproken van een reeds vóór de eigen aangifte van faillissement zodanig uitgewerkt plan voor een doorstart dat de uitzondering van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG niet van toepassing moest worden geacht. Wel is, zoals Verburg reeds voorspelde, sinds het *Smallsteps*-arrest niet of nauwelijks meer gebruik gemaakt van de pre-packmethode.

Het is echter niet uitgesloten dat de pre-pack binnenkort als een feniks uit zijn as herrijst. In een in 2020 verschenen arrest heeft de Hoge Raad te kennen gegeven dat hij van mening is dat de uitzondering van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG in beginsel ook van toepassing is op de doorstart die met gebruikmaking van deze methode wordt gerealiseerd.⁸ De Hoge Raad overweegt in dat verband dat ook de pre-pack primair ten doel heeft het vermogen van de schuldenaar te verdelen onder diens gezamenlijke schuldeisers en daarbij de hoogst mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers te bewerkstelligen. De voorbereiding van een overdracht onder toezien oog van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris draagt er volgens de raad aan bij dat bij de overgang een maximale opbrengst voor de schuldeisers wordt bereikt. In het algemeen brengt de verkoop van een draaiende onderneming (*going concern*) immers meer op dan de verkoop van een stilliggende onderneming. Doordat de overnemende partij bereid is

6 Zie L.G. Verburg, 'Smallsteps: over de vraag of de gewone doorstart uit faillissement nog toekomst heeft', *FIP* 2017/334.

7 Zie met name: Ktr. Zutphen 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447 (*Tuunte*), Hof Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2339 (*Bogra*) en Hof Arnhem-Leeuwarden 30 november 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:9900 (*Vleems*).

8 Zie HR 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954 (*Heiploeg*). Vervolg op HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, waarover o.a. J. van der Pijl, 'Het tussenarrest van de Hoge Raad in Heiploeg', *TAC* 2020/2.

een deel van de in de onderneming werkzame personen in dienst te nemen, kan tevens worden bijgedragen aan het behoud van werkgelegenheid, terwijl verkoop van de afzonderlijke bestanddelen van de onderneming tot een verlies van alle arbeidsplaatsen zou leiden. Verder is in de ogen van de Hoge Raad geen sprake van uitholling van het overheidstoezicht. Hij wijst er in dat verband onder meer op dat voor de curator en de rechter-commissaris dezelfde eisen van objectiviteit en onafhankelijkheid gelden als voor een curator en rechter-commissaris in een faillissement zonder pre-pack. Zij zijn, ongeacht de mate van hun betrokkenheid voorafgaand aan de faillietverklaring, op grond van hun wettelijke taak gehouden te beoordelen of de voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide overgang van (een deel van) de onderneming in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers, en indien zij deze vraag ontkennend beantwoorden, te beslissen dat die overgang geen doorgang zal vinden. Voorts zijn zij steeds bevoegd om op andere gronden, bijvoorbeeld omdat het belang van de werkgelegenheid zich daartegen verzet, te beslissen dat de voorafgaand aan de faillietverklaring voorbereide doorstart niet zal plaatsvinden. Een en ander is voor de Hoge Raad aanleiding om het Hof van Justitie alsnog enkele prejudiciële vragen te stellen over het toepassingsbereik van de uitzondering van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG. In wezen vraagt de Hoge Raad het Hof om terug te komen op zijn oordeel in het *Smallsteps*-arrest. Geeft het Hof gehoor aan dit verzoek, dan zal dat de populariteit van de pre-pack ongetwijfeld wederom doen toenemen.

Zijn de hiervoor besproken ontwikkelingen reden om toch voor scenario 1 te opteren? Ik meen van niet. De problematiek verlangt om ingrijpen van de wetgever, hoe het oordeel van het Hof van Justitie ook luidt. Ik licht dat toe. De inbreuk die het huidige recht bij een doorstart na faillissement maakt op de werknemersbescherming is naar mijn mening disproportioneel en heeft onwenselijke gevolgen. De werknemers zijn grotendeels overgeleverd aan de willekeur van de doorstartende ondernemer, die in beginsel vrij is om te beslissen of hij werknemers van de failliet overneemt en zo ja, wie en onder welke condities.⁹ Het arbeidsrechtelijk regime na faillissement verschilt bovendien zodanig van het reguliere, dat soms ook voor een faillissementsdoorstart wordt gekozen in gevallen waarin een buitengerechtigde reorganisatie niet per se onmogelijk is. Een en ander leidt in de samenleving tot onvrede, zeker

9 De doorstarter is bij de selectie van over te nemen personeel uiteraard wel gebonden aan de gelijke-behandelingswetgeving. Vgl. College voor de Rechten van de Mens 9 februari 2017, Oordeel 2017-11.

wanneer de overnemende partij als aandeelhouder van de insolvente rechtspersoon of bestuurder van de door de rechtspersoon in stand gehouden onderneming medeverantwoordelijk is voor de deplorabele toestand waarin deze verkeert. Van een dergelijke gang van zaken zijn niet alleen werknemers het slachtoffer, maar ook andere ondernemingen. De doorstartende partij heeft immers, afgeslankt en bevrijd van achterstallige betalingsverplichtingen jegens werknemers, gunstige omstandigheden gecreëerd om de concurrentiestrijd te hervatten. Daardoor worden andere ondernemingen, die zich niet aan hun arbeidsrechtelijke verplichtingen (kunnen) onttrekken, op achterstand gezet. Daarbij komt dat de door de overdracht *going concern* gerealiseerde meeropbrengst voor een belangrijk deel gerealiseerd wordt op kosten van de, mede door die andere werkgevers gevulde, publieke kas. De betrokken werknemers zullen voor de achterstallige betalingsverplichtingen immers veelal een beroep doen op de loongarantieregeling van art. 61 e.v. Werkloosheidswet (WW). Ziet het Hof van Justitie in de vragen van de Hoge Raad aanleiding om terug te komen van het oordeel in de zaak *Smallsteps*, dan betekent dit dat ook de pre-pack (weer) valt onder de situatie die voor de niet-voorbereide doorstart geldt. Dat acht ik, gelet op het vorenstaande, niet gewenst.

Blijkt het Hof van Justitie vast te houden aan zijn eerder uitgezette lijn, dan heeft dat ook een aantal onwenselijke gevolgen. Integrale toepasselijkheid van de regeling overgang van onderneming op de faillissementsdoorstart, of bepaalde varianten daarvan, betekent immers dat in dat geval in beginsel alle werknemers die verbonden zijn aan (het onderdeel van) de onderneming, inclusief hun onvervulde aanspraken, overgaan op de nieuwe exploitant. Dit drukt de voor de onderneming te ontvangen prijs, hetgeen ten koste gaat van de andere crediteuren. De verplichtingen ten opzichte van de werknemers zouden een potentiële overnemer er bovendien van kunnen weerhouden de onderneming op voor de boedel aanvaardbare voorwaarden over te nemen, hetgeen ertoe kan leiden dat de activa afzonderlijk worden verkocht. Dit gaat ten koste van de werkgelegenheid en doet juist afbreuk aan de met Europese regelgeving nagestreefde verbetering van de levens- en arbeidsomstandigheden van werknemers.¹⁰ Ook als toepasselijkheid van de richtlijn na een nieuwe

10 Vgl. de overwegingen van het Hof van Justitie in de *Abels*-zaak van 17 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:55, en de toelichting van de Europese Commissie bij de introductie van de mogelijkheid de gevolgen van toepasselijkheid van de richtlijn voor insolventieprocedures te mitigeren (COM (94) 300 def, p. 10).

uitspraak van het Hof beperkt blijft tot de doorstart die gerealiseerd wordt met de pre-packmethode, is niets doen in mijn optiek onwenselijk. Zoals Verburg terecht constateert, beperkt deze uitkomst het praktisch bereik van de methode aanzienlijk. Zij lijkt dan nog slechts geschikt voor (i) overnames waarin (vrijwel) geen personeel in beeld is, (ii) gevallen waarin de doorstart plaatsvindt in de arbeidsintensieve sector en de verkrijger geen wezenlijk deel van het personeel overneemt,¹¹ en (iii) situaties waarin andere overwegingen de overhand hebben en de verkrijger daarom bereid is het bij de doorstart betrokken personeel met behoud van arbeidsvoorwaarden over te nemen. Daarmee zouden de veronderstelde voordelen van deze methode – een verhoogde kans op een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen tegen een zo hoog mogelijke verkoopprijs en met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid¹² – grotendeels teniet worden gedaan.

Een en ander voert mij tot de conclusie dat ingrijpen door de wetgever wenselijk is, ongeacht het antwoord van het Hof van Justitie op de nieuwe prejudiciële vragen van de Hoge Raad. Er is behoefte aan een nieuwe wettelijke regeling waarin de bij de insolvente onderneming betrokken belangen in balans worden gebracht. Dit nieuwe evenwicht zou mijns inziens kunnen worden bereikt door de regeling inzake het behoud van de rechten van werknemers bij overgang van onderneming van toepassing te verklaren op alle insolventieprocedures, maar tevens gebruik te maken van de in art. 5 lid 2 van Richtlijn 2001/23/EG neergelegde mogelijkheden om de gevolgen daarvan te mitigeren.¹³ Deze 'lidstaatoptie' ziet niet alleen op de procedures die op liquidatie van de boedel zijn gericht, maar ook op andere insolventieprocedures. Ook een wettelijk geregelde pre-packprocedure zou derhalve onder dit bijzondere regime kunnen worden gebracht. De hier geformuleerde uitgangspunten liggen ook ten grondslag aan het tweede en derde scenario dat door Verburg wordt onderscheiden.

11 In een dergelijke situatie is ook buiten faillissement veelal geen sprake van een overgang van onderneming als bedoeld in de richtlijn. Vergelijk HvJ 11 maart 1997, ECLI:EU:C:1997:141 (*Sitzen*) en HvJ 20 januari 2011, EU:C:2011:24 (*Clece*). Zie voor een nuancering van het onderscheid tussen arbeidsintensieve en kapitaalintensieve ondernemingen: HvJ 27 februari 2020, ECLI:EU:C:2020:121 (*Grafe & Pohle*).

12 Vgl. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3, p. 10; *Kamerstukken I* 2016/17, 34 218, C, p. 13 en *Kamerstukken I* 2016/17, 34 218, E, p. 1.

13 Vgl. eerder W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal & D.M.A. Bij de Vaate, 'De doorstart in rechtsvergelijkend perspectief', *TRA* 2016/172.

4. Het tweede scenario

Genoemde lidstaatoptie vormt de basis van het voorontwerp voor een wet overgang van onderneming in faillissement (hierna ook: Wovof), dat op 29 mei 2019 op het internet voor consultatie werd opengesteld.¹⁴ De suggestie om gebruik te maken van deze optie werd tijdens de behandeling van de WCO I in de Eerste Kamer gedaan in brieven van FNV en CNV en van de Nederlandse Orde van Advocaten.¹⁵ Deze brieven hebben geleid tot vragen van de Vaste Commissie voor Justitie en Veiligheid, naar aanleiding waarvan een schrijfgroep is ingesteld om de contouren van een nieuwe wettelijke regeling te verkennen. De behandeling van de WCO I is vervolgens aangehouden in afwachting van de uitkomsten van dit traject. Verburg en ik waren beiden lid van genoemde schrijfgroep. Ik bespreek hierna kort de hoofdlijnen van het voorontwerp.

De voorgestelde regeling schrapt de in art. 7:666 onder a BW opgenomen algemene uitzondering op de toepasselijkheid van de regeling inzake overgang van ondernemingen voor het geval de onderneming tot de boedel van een failliete werkgever behoort (zie het nieuw in te voeren art. 7:666 lid 2). Gevolg daarvan is dat, voor zover een doorstart in faillissement wordt gekwalificeerd als een overgang van (een onderdeel van een) onderneming of vestiging in de zin van art. 7:662 BW, de daar werkzame personen op grond van art. 7:663 BW van rechtswege op de oude arbeidsvoorwaarden in dienst komen bij de verkrijger. Door het schrappen van de uitzondering wordt bovendien een opzegging wegens de overgang vernietigbaar op grond van het in art. 7:670 lid 8 BW neergelegde opzegverbod. Een en ander geldt ongeacht of de doorstart vóór het faillissement is voorbereid, al dan niet met gebruikmaking van de pre-packmethode, en ongeacht of de doorstarter een aan de failliete onderneming gelieerde partij is. De vraag welke procedures precies onder de uitzondering van art. 5 lid 1 van de Richtlijn vallen, wordt daarmee irrelevant.

Voorts introduceert het voorontwerp een 'indienstnemingsverplichting' van de doorstarter ten opzichte van het personeel van de failliet. Een nieuw in te voeren art. 7:666b BW bepaalt dat de verkrijger de werknemers wier dienstbetrekkingen ten tijde van de overgang reeds overeen-

14 Zie de bijlagen bij *Kamerstukken I 2018/19*, 34 218, L.

15 Zie de bijlagen bij *Kamerstukken I 2017/18*, 34218, I.

komstig art. 40 Faillissementswet door de curator zijn opgezegd, een aanbod moet doen tot het sluiten van een arbeidsovereenkomst op basis waarvan zij op het moment van de overgang bij hem in dienst treden, in beginsel onder dezelfde arbeidsvoorwaarden als voorheen bij de failliet. Deze verplichting is echter niet absoluut. Zij geldt niet wanneer niet alle werknemers in dienst kunnen worden genomen, omdat te voorzien is dat binnen 26 weken na de overgang noodzakelijkerwijs arbeidsplaatsen vervallen als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering als bedoeld in art. 7:669 lid 3 sub a BW.¹⁶ In dat geval hoeft de doorstarter voor iedere arbeidsplaats die behouden blijft slechts één van de werknemers een aanbod tot indiensttreding op de oude arbeidsvoorwaarden te doen. Hij dient wel een objectieve selectiemethode te hanteren op basis waarvan bepaald wordt in welke volgorde de werknemers dit aanbod krijgen (zie ook hierna).

Het voorontwerp maakt verder gebruik van de mogelijkheid om de gevolgen van toepasselijkheid van de regeling inzake overgang van onderneming op grond van art. 5 lid 2 van Richtlijn 2001/23/EG te mitigeren door te bepalen dat de verkrijger in samenspraak met een vakorganisatie de arbeidsvoorwaarden die van toepassing waren op de arbeidsovereenkomsten tussen de werknemers en de gefailleerde werkgever, voor zover zij niet algemeen verbindend zijn verklaard of voor de bedrijfstak zijn vastgesteld, kan aanpassen als dit nodig is voor het behoud van de werkgelegenheid binnen de onderneming (art. 7:666b lid 6). Voorts bepaalt het nieuwe art. 7:666b lid 7 dat de schulden die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten en die zijn ontstaan of betrekking hebben op de periode voorafgaand aan de overgang, niet overgaan op de verkrijger.

Ten slotte vinden we in het voorontwerp diverse bepalingen die erop gericht zijn de betrokkenheid van medezeggenschapsorganen te vergroten, onder meer door de rechter-commissaris te verplichten de onderne-

16 Deze uitzondering is gebaseerd op de in artikel 4 van Richtlijn 2001/23/EG neergelegde mogelijkheid om werknemers te ontslaan indien sprake is van economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen (zie ontwerp-memorietext van toelichting bij de Wovof, p. 10). Zie over de vraag of zij zich verdraagt met de richtlijn: W.H.A.C.M. Bouwens, 'Het voorontwerp Wof en het ontslagverbod van artikel 4 Richtlijn 2001/23/EG', en L.G. Verburg, 'Kanttekeningen bij het voorontwerp Wet overgang van onderneming in faillissement' in: Ph.W. Schreurs, L.J.J. Kerstens & B Rikkert (red.), *De Curator en het Faillissementsproces(recht)*, Insolad Jaarboek 2020, p. 325 e.v. en p. 339 e.v.

mingsraad of de personeelsvertegenwoordiging te horen alvorens een machtiging tot verkoop van de onderneming te verlenen, tenzij deze reeds overeenkomstig art. 25, zevende lid, van de Wet op de ondernemingsraden advies heeft uitgebracht en het voorgenomen besluit van de curator daar volledig mee overeenstemt (het nieuw in te voeren art. 176a lid 2 Faillissementswet).

De invloed van Verburg op de inhoud van de voorgestelde regeling is onmiskenbaar. Dat geldt in het bijzonder ten aanzien van de objectieve selectiemethode die de doorstarter moet hanteren bij de keuze van het over te nemen personeel. Op grond van een nieuwe ministeriële regeling, waarvan eveneens een ontwerp is verschenen, geldt daarvoor als hoofdregel de zogenoemde 'inspiegelingsmethode'. Deze houdt globaal gesproken in dat als eersten voor een arbeidsovereenkomst bij de verkrijger in aanmerking komen, degenen die bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel van art. 11 e.v. van de Ontslagregeling als laatsten zouden zijn ontslagen.¹⁷ De ontwerpregeling voorziet echter ook in een alternatief. De rechter-commissaris kan toestemming geven een andere selectiemethode te hanteren, wanneer de beoogd verkrijger in een ondernemingsplan aannemelijk maakt dat het hanteren daarvan noodzakelijk is om tot een doelmatige bedrijfsvoering te komen. Voorwaarde daarvoor is wel dat de volgorde waarin de werknemers een arbeidsovereenkomst aangeboden krijgen, bepaald wordt op een transparante, proportionele, objectieve en niet-discriminerende wijze, met behulp van in het ondernemingsplan aangekondigde selectiecriteria. Deze regeling sluit nauw aan bij de door Verburg in zijn bijdrage aan het Insolad Jaarboek 2018 ontwikkelde gedachte om de keuze van over te nemen werknemers in voorkomende gevallen in afwijking van het afspiegelingsbeginsel te laten plaatsvinden op basis van een door de rechter-commissaris goedgekeurd businessplan.

Met betrekking tot de in art. 5 lid 2 sub a van Richtlijn 2001/23/EG gecreëerde mogelijkheid de schulden die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten en die verschuldigd zijn vóór de overgang of vóór de inleiding van de insolventieprocedure niet over te laten gaan op de verkrijger, merkt Verburg in meergenoemde publicatie op dat het in beginsel gaat om hetgeen is opgebouwd over het verleden en nog niet is uitbetaald. Het is volgens hem verstandig in dat kader 'een checklist' op

17 Daarbij kan 10% van het totale aantal werknemers buiten beschouwing worden gelaten (art. 3 lid 2 ontwerpregeling overgang van onderneming in faillissement).

te stellen van relevante, als (potentiële) schuld te betitelen beloningscomponenten. Een wettelijke regeling zal in zijn visie tevens moeten bewerkstelligen dat wat niet als schuld overgaat, ook niet indirect via een derde bij de verkrijger als claim terecht kan komen. Denk bijvoorbeeld aan bijdrageverplichtingen voor cao-fondsen en in de pensioensfeer.¹⁸

Ook hier zien we dat de aanbevelingen van Verburg door de regelgever ter harte zijn genomen. In art. 5 van de ontwerpregelgeving is een poging gedaan de schulden die niet overgaan naar de doorstarter nader te omschrijven. Het gaat om de schulden van de gefailleerde werkgever jegens de werknemers werkzaam in de overgedragen entiteit, of jegens derden ten behoeve van die werknemers, die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomsten met deze werknemers en die op het moment van de overgang reeds bestaan. In ieder geval moeten daaronder worden begrepen:

- a. loon als bedoeld in art. 7:616 BW;
- b. een vergoeding voor vakantie en verlof als bedoeld in art. 7:634 BW, en
- c. andersoortige contractueel overeengekomen financiële aanspraken zoals toeslagen op het loon, aanvullende uitkeringen, onkostenvergoedingen en bonussen.

Blijkens de toelichting bij de ontwerpregelgeving gaat het, kort gezegd, “om achterstallige betalingen en opgebouwde vorderingen van de werknemer jegens de gefailleerde werkgever die op het moment van de overgang nog niet zijn voldaan”. In de eerste plaats betreft het al hetgeen de failliete werkgever op basis van de arbeidsovereenkomst aan de werknemer verschuldigd is. Daarnaast worden daaronder begrepen aan derden (zoals een pensioenfonds) verschuldigde bedragen ten behoeve van de werknemer die voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst. Bedoeling van de ontwerpregelgever is de bepaling in overleg met de praktijk uit te werken in, jawel, ‘een checklist’.

5. Het derde scenario

Het tweede scenario vormt ook het fundament voor het derde scenario, dat de voorkeur van de aanstaand emeritus heeft. In dit scenario wordt de lidstaatoptie gecombineerd met een versoepeling van de ontslagbe-

18 Zie ook HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375 (GOM).

scherming buiten faillissement. Door de verschillen tot minder extreme proporties terug te brengen, wordt de doorstart uit faillissement enige wind uit de zeilen genomen.

Hoe die versoepeling vorm moet krijgen, laat Verburg in de meergenoemde bijdrage grotendeels onbesproken. Hij richt zijn pijlen (wederom)¹⁹ vooral op de preventieve toetsing van voorgenomen ontslagen. Buiten faillissement heeft de werkgever voor een opzegging op bedrijfseconomische gronden waar de werknemer niet mee instemt als regel toestemming nodig van het UWV (zie art. 7:671a BW). Dit geldt niet voor de opzegging door de curator. Echter, ook deze moet een preventieve procedure doorlopen. De curator heeft voor de opzegging namelijk de machtiging van de rechter-commissaris nodig (art. 68 lid 2 Faillissementswet). Die procedure krijgt met het Wovof bovendien meer gewicht. De memorie van toelichting bij het voorontwerp leert dat de rechter-commissaris slechts toestemming voor de transactie verleent, wanneer na een kort, maar kritisch inhoudelijk onderzoek kan worden vastgesteld dat de verkrijger voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van bedrijfseconomische omstandigheden waardoor maatregelen getroffen moeten worden die leiden tot het structureel vervallen van arbeidsplaatsen. Voorts dient de rechter-commissaris te toetsen of de selectiemethode op basis waarvan bepaald wordt wie een aanbod krijgt, in overeenstemming is met de nieuwe regeling.²⁰ Aldus lijkt in faillissement een preventieve toetsing tot stand te worden gebracht die, wat intensiteit betreft, niet wezenlijk afwijkt van die buiten faillissement. De reden om vanwege het verschil in bescherming in en buiten faillissement tot een versoepeling van het reguliere ontslagrecht over te gaan, lijkt daarmee weggenomen.

6. Verdere beperking van de gevolgen van toepasselijkheid van de Richtlijn

Uit het vorenstaande blijkt dat invoering van de Wovof tot gevolg heeft dat het verschil in ontslagbescherming in en buiten faillissement zelden nog een argument zal zijn om niet buitengerechtelijk te reorganiseren. Men kan zich echter afvragen of de nieuwe regeling, door de te verwachten kosten en de daarmee samenhangende risico's, niet als onge-

19 Zie eerder o.m. L.G. Verburg, *Het Nederlands ontslagrecht en het BBA-carcinoom* ("oratie" Nijmegen 2010).

20 Memorie van toelichting Wovof, p. 12-13 en p. 19.

wenst neveneffect heeft dat ook in de gevallen waarin een reorganisatie buiten faillissement geen reële optie is, minder doorstarts zullen plaatsvinden. Zo er in dat geval al gegadigden voor een overname zijn, zullen deze genoemde kosten en risico's verdisconteren in de koopprijs, die daardoor zo laag kan worden dat de curator met het oog op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers de voorkeur moet geven aan losse verkoop van de activabestanden, met werkgelegenheidsverlies als gevolg.²¹ Men zou daarom kunnen overwegen in de Wovof versoepelingen aan te brengen waardoor de doorstart na faillissement weer wat aan aantrekkelijkheid wint. In het bijzonder zou kunnen worden gedacht aan een beperking van de gevolgen van het leerstuk van het opvolgend werkgeverschap, dat naar verluidt onder het huidige recht een belangrijke reden is om het zittende personeel – in het bijzonder degenen met een lang dienstverband – niet over te nemen.

Genoemd leerstuk houdt in dat in het geval de nieuwe werkgever redelijkerwijs geacht moet worden ten aanzien van de verrichte arbeid de opvolger te zijn van de vorige werkgever, de eerdere arbeidsovereenkomsten met en de diensttijd doorgebracht bij deze werkgever medebepalend zijn voor de rechtspositie van de werknemer bij de nieuwe werkgever. Dit is onder meer van belang voor de ketenregeling (art. 7:668a lid 2 BW) en bij de berekening van de transitievergoeding (zie art. 7:673 lid 4 sub b BW). Omdat voor de toepassing van deze bepalingen niet (meer) ter zake doet of de nieuwe werkgever inzicht heeft in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, heeft de doorstarter vrijwel steeds als opvolgend werkgever te gelden.²² Dit betekent dat het voor de doorstarter meestal niet mogelijk is om met de overgenomen werknemer een bepaalde-tijdcontract aan te gaan²³ en dat bij een

21 Zie o.a. M.R. van Zanten, 'Wetsvoorstel rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming in faillissement: over het dichten van de kloof van de arbeidsrechtelijke bescherming in en buiten faillissement', *TvI* 2020/6. Overigens werpt A. van Hees, 'Wetsvoorstel overgang van onderneming in faillissement: een zeer gewenste bescherming van de werknemer in faillissement', *TvI* 2020/7, terecht de vraag op of het bedrijf überhaupt levensvatbaar is, en daarmee of een voortzetting van dat bedrijf wel wenselijk is, wanneer alleen kopers gevonden kunnen worden die minder dan de executiewaarde van de activa willen betalen.

22 Het 'inzichtvereiste' is geschrapt bij invoering van de Wet werk en zekerheid. Op doorstarts die daarvoor zijn gerealiseerd, is het nog wel van toepassing: HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2905 (*Constar*).

23 Dit is mede een gevolg van het feit dat ook de arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd die zijn doorgebracht bij de opgevolgde werkgever, meetellen bij de toepassing van art. 7:668a lid 2 BW. Zie HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757 (*Leerorkest*).

toekomstig ontslag de dienstjaren die de werknemer heeft doorgebracht bij de failliet meetellen bij de vaststelling van de transitievergoeding.

Beperking van de gevolgen van het leerstuk van het opvolgend werkgeverschap is niet mogelijk wanneer gekozen wordt voor de lidstaatoptie van art. 5 lid 1 en 2 van Richtlijn 2001/23/EG. Toepasselijkheid van art. 3 van deze Richtlijn brengt immers mee dat de verkrijger van rechtswege treedt in de rechten en verplichtingen welke voortvloeien uit de arbeidsovereenkomsten tussen de vervreemder en de in de onderneming werkzame werknemers. Dit betekent voor de ketenregeling dat de arbeidsovereenkomsten bij de failliet meetellen op grond van art. 7:668 lid 1 BW. Of sprake is van opvolgend werkgeverschap in de zin van art. 7:668a lid 2 BW is niet relevant.²⁴ Gebruikmaking van de lidstaatoptie heeft verder tot gevolg dat de verkrijger rekening moet houden met de diensttijd die is opgebouwd bij de vervreemder voor zover deze de basis vormt voor de berekening van de financiële rechten die bij de verkrijger aan de anciënniteit van de werknemers worden verbonden, bijvoorbeeld voor de hoogte van ontslagvergoedingen.²⁵ Het is derhalve niet mogelijk om de diensttijd bij de failliet uit te zonderen van de berekening van de transitievergoeding die de doorstarter bij een toekomstig ontslag van de werknemer verschuldigd is.

Er is echter wel een andere manier om de doorstarter op dit laatste punt tegemoet te komen. Daarvoor is het nodig het huidige art. 7:673c lid 1 BW, op grond waarvan thans de transitievergoeding niet langer verschuldigd is bij faillissement van de werkgever, te schrappen. Wanneer de alsdan door de failliete werkgever verschuldigde transitievergoeding wordt ondergebracht in de overnameverplichting van het UWV op grond van art. 61 e.v. WW, kan deze betalingsverplichting op grond van art. 5 lid 2 sub b van Richtlijn 2001/23/EG worden uitgezonderd van de overgang op de verkrijger. Bij een toekomstig ontslag telt de diensttijd bij de failliet in dat geval weliswaar mee voor de berekening van de transitievergoeding, maar de transitievergoeding die (door het UWV) is betaald, kan op grond van art. 7:673 lid 4 BW in mindering worden gebracht op hetgeen de doorstarter verschuldigd is.

24 Zie reeds: W.H.A.C.M. Bouwens, 'Kettingrelaties', *SMA* 1999/1, p. 12.

25 Zie HvJ 14 september 2000, ECLI:EU:C:2000:441 (*Collino en Chiappero/Telecom Italia*). Vgl. t.a.v. de invloed van diensttijd op de opzegtermijn: HvJ 6 april 2017, ECLI:EU:C:2017:276 (*Unionen/ISS*).

7. Tot slot

Conclusie van deze verkenning van de regelgeving met betrekking tot de doorstart uit faillissement is dat niets doen geen optie is, ongeacht het antwoord van het Hof van Justitie op de prejudiciële vragen die de Hoge Raad recent heeft gesteld. Ik heb uiteengezet waarom gebruikmaking van de lidstaatoptie van art. 5 lid 1 en 2 van Richtlijn 2001/23/EG mijn voorkeur heeft. Deze lidstaatoptie vormt ook de basis van het inmiddels verschenen voorontwerp voor een wet overgang van onderneming in faillissement. De invloed van Verburg op de inhoud van de voorgestelde regeling is onmiskenbaar. Indien deze tot wet wordt verheven, bestaat mijns inziens geen aanleiding om het ontslagrecht buiten faillissement te versoepelen, althans niet vanwege de verschillen in ontslagbescherming in en buiten faillissement. Wel is het, gelet op mogelijke ongewenste gevolgen voor de doorstartpraktijk, zinvol om de gevolgen van de doorwerking van de diensttijd bij de failliet op een door de doorstarter verschuldigde transitievergoeding te beperken. In deze bijdrage doe ik daarvoor een concreet voorstel.

Aan het slot van deze bijdrage richt ik mij kort tot de emeritus, aan wie deze bijdrage in respect en waardering is opgedragen. Leonard, je deelname aan de schrijfgroep voor de Wovof heeft voor mij weer eens bevestigd hoezeer een kritische geest kan bijdragen aan de kwaliteit van het op te leveren product. Ik heb begrepen dat je ook na je pensionering je licht zult blijven laten schijnen over arbeidsrechtelijke vraagstukken. Dat is een geruststelling. De rechtswetenschap heeft behoefte aan 'tegendenkers' zoals jij. Ik zie daarom uit naar je 'doorstart'.

