

Internetconsultatie

**Datum:** 29 augustus 2019

**Referentie:** CONS111

**Betreft:** Consultatiereactie NVB *'Wet overgang van onderneming in faillissement'*

Geachte heer/mevrouw,

De Nederlandse Vereniging van Banken ("NVB") heeft met veel belangstelling kennisgenomen van het wetsontwerp voor de Wet overgang van onderneming in faillissement ("WOVO") en de bijbehorende toelichting. De WOVO is erop gericht om de Faillissementswet te wijzigen in verband met de invoering van wettelijke bepalingen die er op gericht zijn dat indien er een zogenaamde doorstart plaatsvindt al het personeel – behoudens ETO of bedrijfseconomische redenen – overgaat naar de onderneming van de overnemende partij.

De NVB maakt graag gebruik van de mogelijkheid om te reageren op de WOVO.

De visie van de NVB is samengevat als volgt.

- de NVB ziet de noodzaak voor de wetgever om een visie te ontwikkelen over de positie van werknemers (onder meer ter zake van ontslagbescherming) in dienst van ondernemingen met financiële problemen teneinde ter zake van de positie van werknemers samenhangende regelingen te treffen in de diverse bestaande en toekomstige insolventieprocedures, alsmede de Wet homologatie onderhands akkoord ("WHOA"). Die regelingen dienen op hetzelfde moment in te gaan. De NVB bepleit om de WOVO niet in te voeren en in plaats daarvan een samenhangend pakket aan wetgeving en maatregelen te introduceren voor de positie van werknemers in dienst bij bedrijven in financiële moeilijkheden; dat wil zeggen bij de WHOA, de surseance van betaling, de pre-pack en het faillissement (§ 2 en § 3.4);
- het belangrijkste doel dat de WOVO zou moeten dienen – behoud van meer werkgelegenheid bij doorstarts vanuit faillissement dan thans het geval is – zal naar verwachting van de NVB niet worden bereikt met de WOVO; integendeel (§ 3.1);
- de WOVO biedt niet de voordelen die in de toelichting worden genoemd (althans: niet in de volle omvang) (§ 3.1);
- als toch besloten wordt om met het in consultatie gegeven wetsvoorstel, de WOVO, verder te gaan dient de reikwijdte te worden beperkt tot doorstarts vanuit faillissement die in een surseance van betaling of pre-pack zijn voorbereid en dienen drempels te worden ingevoerd om doorstarts van MKB-ondernemingen vanuit faillissement mogelijk te blijven maken (§ 3.5).

### § 1. Vooraf: context WOVO succesvolle informele reorganisatiepraktijk

Nederland kent een relatief succesvolle informele reorganisatiepraktijk waarbij banken in veel gevallen – naast de onderneming met (financiële) problemen zelf – een rol spelen, in de eerste plaats al door te trachten die problemen in een zo vroeg mogelijk stadium te signaleren. Banken



proberen de ondernemer die met (financiële) problemen kampt te stimuleren om de financiële problemen te overwinnen; bijvoorbeeld door de kosten te reduceren, bepaalde activiteiten te staken of in te perken of door bepaalde bedrijfsonderdelen af te stoten. In sommige gevallen verstrekt de betrokken bank extra geld of worden bijvoorbeeld aflossingsverplichtingen tijdelijk opgeschort om dat doel te kunnen bereiken. Het streven is er in het belang van alle belanghebbenden op gericht om bedrijven die in financiële moeilijkheden verkeren zo snel mogelijk weer in het commerciële traject te laten terugkeren. Banken hebben daar, mede vanuit hun bredere verantwoordelijkheid als kredietverstrekker, uiteraard ook zelf een belang bij.

De slagingspercentages van informele reorganisaties/herstructureringen zijn (zeer) aanzienlijk. Mede afhankelijk van de conjunctuur liggen de succesratio's tussen 63 en 80%, zo blijkt uit onderzoek.<sup>1</sup>

## § 2. Gewenste samenhang van regelingen inzake positie werknemers van ondernemingen met financiële problemen

Als een informele reorganisatie niet slaagt of niet mogelijk is, is een samenhangend pakket van wet- en regelgeving nodig om de schade voor alle betrokken partijen zo klein mogelijk te houden. In dit verband wijst de NVB op de al langer bestaande discussie over de verschillen van de positie van de werknemers voor en na een faillissement. Op grond van de wet en jurisprudentie is duidelijk dat indien tijdens de surseance van betaling delen van de onderneming worden overgedragen het personeel mee overgaat, terwijl bij een doorstart tijdens faillissement de werknemers van gefailleerde nooit mee overgaan op de verkrijger – dat was althans de uitleg die aan artikel 7:666 BW werd gegeven vóór de uitspraak van het Hof van Justitie in de Smallsteps-zaak.<sup>2</sup>

Die uitspraak heeft voor onzekerheid gezorgd over de toepasselijkheid van artikel 7:666 BW – al lijkt die onzekerheid (sterk) verminderd, waarover hierna in § 3.5 meer. De WOVO lijkt voornamelijk een reactie op de Smallsteps-uitspraak. Echter, in plaats van uitsluitend nu incidentele wetgeving te introduceren naar aanleiding van de Smallsteps-uitspraak voor de situatie dat in faillissement een doorstart wordt gerealiseerd, is er in de visie van de NVB nu aanleiding voor de wetgever om een samenhangende visie te ontwikkelen over de vraag hoe om te gaan met de factor arbeid indien een onderneming in financiële moeilijkheden verkeert. De insolventiepraktijk zou wat de NVB betreft gediend zijn met een afgewogen pakket aan maatregelen dat betrekking heeft op de positie van werknemers. De WHOA, de surseance van betaling, de pre-pack en faillissement hebben (in het geval van de WHOA: krijgen) alle een eigen plek in het economisch bestel en elke regeling kent ook een andere wijze waarop de schulden van een onderneming kunnen worden geherstructureerd. Het is dan ook zaak om ook de positie van werknemers, die ook schuldeisers van de onderneming zijn, in de diverse herstructureringstrajecten te betrekken.

## § 3. Bespreking van WOVO

### § 3.1. Vraagtekens bij (gestelde) voordelen van WOVO

In de toelichting bij de WOVO ("MvT") wordt een opsomming gegeven van de voordelen voor de betrokken belanghebbenden.

1. De nieuwe regeling biedt een potentiële verkrijger zekerheid omtrent de kosten van de overgang en stelt hem in staat een verantwoord bod te doen.
2. De wettelijke regeling vergroot de voorspelbaarheid van het verkoopproces dat aan de overgang vooraf gaat. Dit bevordert dat partijen zich aan een overname van de onderneming willen wagen. Crediteuren hebben daar baat bij, omdat met een onderhandse verkoop van de

<sup>1</sup> J.A.A. Adriaanse, *Restructuring in the Shadow of the Law*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 5; zie ook Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS 2006-5.

<sup>2</sup> HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, «JOR» 2017/184, m.nt. Schaink.

onderneming die door de failliet werd gedreven in de regel meer opbrengst te realiseren is dan bij een veiling van de afzonderlijke activa.

3. Voor de betrokken werknemers is van belang dat de wettelijke regeling ervoor zorgt:

a. dat alle werknemers die ten tijde van de faillietverklaring in dienst zijn bij de gefailleerde werkgever, in principe onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst komen bij de verkrijger,

of

b. dat als dit niet mogelijk is – omdat er bij de overgang arbeidsplaatsen verdwijnen en dit het gevolg is van bedrijfseconomische omstandigheden – op een objectieve en transparante manier wordt bepaald welke werknemers wel en welke niet in de gelegenheid worden gesteld om bij de verkrijger in dienst te komen.

4. Met de gefailleerde onderneming concurrerende ondernemers hebben baat bij meer aansluiting van de arbeidsrechtelijke positie van werknemers binnen en buiten faillissement dan thans het geval is. Dit leidt tot verkleining van het concurrentievoordeel dat nu bestaat bij een doorstart in faillissement.

5. Ook werpt de wettelijke regeling een extra drempel op tegen misbruik van het faillissement met als doel om de regels betreffende ontslagbescherming te omzeilen en werknemers op die manier rechten te ontnemen. Dit komt omdat er meer eisen gesteld worden met betrekking tot de overname van personeel bij een bedrijfsovername in faillissement.

De NVB deelt de analyse van de voordelen op diverse punten niet, althans niet in volle omvang.

1. In de eerste plaats geldt dat – anders dan waarvan de MvT kennelijk uitgaat – de verkrijger uit faillissement exact weet wat de kosten van de overname van de (activa van de) onderneming zijn als er geen sprake is van een overgang van onderneming. Zijn investering bedraagt namelijk de koopsom van de activa en een eventueel aan de boedel te betalen bijdrage voor de overname van handelsnaam, IE rechten et cetera.

Voor de verkrijger is die duidelijkheid en zekerheid er niet ingeval de WOVO ingevoerd zal worden. De voorgestelde regeling om het personeel te laten ontslaan door de curator, het in dienst nemen van het personeel door de verkrijgende partij ingeval van faillissement is (te) kostbaar en tijdrovend. Op grond van de voorgestelde regeling gaan – naar analogie van de complexe regelgeving die geldt voor het ontslaan van grote(re) groepen werknemers buiten faillissement via het zogenaamde afspiegelingsbeginsel – de werknemers over naar de verkrijger. Dat heet dan in de WOVO terminologie inspiegelen. De oude personeelslasten worden achtergelaten bij de oude onderneming.

Het afspiegelen vraagt in de situaties buiten faillissement al veel van de onderneming, de betrokken werknemers en hun belangenvertegenwoordigers (OR, vakbonden en/of advocaten); en dan is er relatief gezien vaak nog voldoende tijd en rust omdat de onderneming voldoende solvabel en liquide is.

In faillissement ontbreekt die tijd en rust. Dan hebben we te maken met een niet solvabele onderneming waar voldoende liquiditeit nu juist een van de grootste problemen is en snel handelen het devies is om snel optredend waardeverlies te voorkomen.

De voorgestelde procedure zal niet alleen relatief veel tijd vragen en zorgen voor meer onrust bij het personeel met alle gevolgen van dien voor de onderneming, maar zal ook gepaard gaan met relatief hoge kosten en werkdruk. Extra kosten en werkdruk voor de curator, maar ook bij de potentiële overnemer. Daarnaast wordt de rechterlijke macht (rechter-commissaris en na een eventueel beroep de rechtbank) met de nodige extra taken en werkzaamheden opgezadeld. Dat curatoren en rechters-commissarissen reeds gewend zijn om onder hoge druk tot afwegingen en beslissingen te komen moge zo zijn, maar betekent nog niet dat die extra taken en werkzaamheden ook goed en

tijdig kunnen worden verricht. Dit is een veelomvattend en complex systeem. Weliswaar lijkt de mogelijkheid om voor 10% van de aan te bieden arbeidsplaatsen af te wijken van het inspiegelingsbeginsel een aardige tegemoetkoming te zijn, maar dat roept ook gelijk weer andere afgrenzingsproblemen op. En ook daar kan tegen opgekomen worden.

Tot slot kunnen werknemers die via het afspiegelingsbeginsel “buiten de boot zijn gevallen” ook via een beroep op de kantonrechter proberen alsnog hun gelijk te halen. Ook dat creëert onzekerheid voor de kandidaat-koper die er mogelijk toe leidt dat hij van de transactie afziet. In bepaalde situaties zal het zo zijn dat de door de failliete onderneming bediende klanten vanzelf naar de concurrenten verdwijnen zonder dat deze concurrenten de onderneming van de failliet overnemen.

Kortom: uit arbeidsrechtelijk oogpunt lijkt de WOVO gunstig voor werknemers, maar voor de kandidaat-kopers zitten hier veel nadelen in die kandidaat-kopers kunnen doen besluiten om van een overname af te zien. Kort en goed: de WOVO biedt een kandidaat-koper niet de *deal certainty* die nodig is om een doorstart te realiseren. Bij gebrek aan *deal certainty* bestaat het risico dat het aantal doorstarts vanuit faillissement (sterk) zal afnemen en dat afwikkeling van het faillissement zal plaatsvinden door de executoriale verkoop van (afzonderlijke) activa.

De met deze oplossing van inspiegelen en voorgestelde bezwaar- en beroepsmogelijkheden zullen dus kostenverhogend werken vanwege de extra advieskosten bij de verkrijger en de kosten van de boedel. De boedel zal daar op enige wijze in gecompenseerd willen worden door een betaling van de verkrijgende partij of een extra boedelbijdrage van de zekerheidsgerechtigden.

Uiteindelijk zal de kopende partij niet meer dan een bepaald bedrag willen betalen voor de overname van de (activa van de) onderneming. Anders gezegd: de extra kosten en een inschatting van de kosten die samenhangen met de onzekerheid over procedures, toch nog meer werknemers in dienst moeten nemen dan gedacht et cetera, zullen worden ingeprijsd en komen ten laste van de zekerheidsgerechtigden respectievelijk de schuldeisers in het faillissement.

Voor zover de kosten ten laste van de zekerheidsgerechtigden komen zal dat leiden tot lagere uitwinpercentages. Dit zal invloed hebben op de bereidheid tot financieren en resulteren in hogere kosten van financiering.

Voor de schuldeisers leidt dit ook tot een nog lagere opbrengst en daarmee tot een nog mindere bereidheid om leverancierskrediet ter beschikking te stellen.

Zeker voor de ondernemingen in het MKB segment zal een doorstart minder dan nu en zeker minder dan van vóór de Smallsteps uitspraak tot de mogelijkheden behoren. De potentieel geïnteresseerde partij is of niet in de markt of wacht af tot hij de activa die hij echt nodig heeft voor een nieuwe onderneming of het uitbreiden van zijn bestaande onderneming *piecemeal* kan kopen.

De NVB komt op grond van het voorgaande tot de inschatting dat het gevolg van de WOVO niet is dat er meer werkgelegenheid ontstaat of wordt behouden, maar dat er juist meer werkgelegenheid verloren zal gaan.

2. De NVB is van mening – anders dan het hiervoor verwoorde standpunt in de MvT – dat de voorspelbaarheid van het verkoopproces dat aan de overgang vooraf gaat niet wordt vergroot. De onvoorspelbaarheid wordt juist groter. Het gevolg hiervan zal naar de overtuiging van de NVB voorts zijn dat gelieerde partijen bij een potentiële doorstart in het voordeel zijn omdat zij per definitie meer kennis hebben van de onderneming en het personeelsbestand en meer tijd van voorbereiding hebben dan een niet gelieerde partij. Een dergelijke (extra) voorsprong is naar de mening van de NVB niet wenselijk en verkleint voorts de kans op een doorstart door een onafhankelijke partij.

De argumenten zijn verder feitelijk dezelfde als hierboven onder punt 1 verwoord.

3. Dat een deel van de werknemers dat ten tijde van de faillietverklaring in dienst is bij de gefailleerde werkgever, in principe onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst komt bij de

verkrijger is op zich op het eerste gezicht vanuit het perspectief van de werknemers als voordeel te benoemen. Hier staat echter tegenover dat indien er sprake is van boven-marktconforme arbeidsvoorwaarden bij de gefailleerde, kandidaten om de onderneming door te starten eerder zullen afhaken dan in het geval zij vrijstaan om nieuwe arbeidscontracten te sluiten met werknemers van de gefailleerde.

4. Dat concurrerende ondernemers belang hebben bij de WOVO regeling ingeval van een faillissement omdat de arbeidsrechtelijke positie van werknemers binnen en buiten faillissement meer op elkaar aansluit is niet juist, althans lang niet in alle gevallen. In de huidige doorstartpraktijk is het zo dat de verkrijger marktconforme arbeidsvoorwaarden zal moeten bieden aan de werknemers van gefailleerde die hij in dienst wil nemen. Doet hij dat niet, dan zullen zij uitzien naar een andere baan. De doorstart met toepassing van de regels van de WOVO leidt derhalve niet tot een verkleining van het concurrentievoordeel dat nu bestaat bij een doorstart in faillissement. Het concurrentievoordeel heeft een andere oorzaak, namelijk het feit dat de activa van de failliete onderneming in een *distressed* situatie worden verkregen tegen een lagere waarde dan de verkrijger zou moeten betalen in normale omstandigheden. Daarbij komt dat de failliete ondernemer in tegenstelling tot een financieel gezonde onderneming de afvloeiingskosten van het overtoollige personeel niet hoeft te betalen. Denkbaar is zelfs dat de failliete onderneming door onjuiste calculatie tegen te lage prijzen in de markt opereerde en daardoor juist sterk concurrerend was, maar uiteindelijk daaraan bezweek. Die nadelige concurrentie valt dan weg.

5. Dat de wettelijke regeling een extra drempel opwerpt tegen misbruik van het faillissement met als doel om de regels betreffende ontslagbescherming te omzeilen en werknemers op die manier rechten te ontnemen is op zich juist. Het spreekt voor zich dat iedere vorm van misbruik van het faillissement volstrekt ongewenst is en bestreden moet kunnen worden door gedupeerden. De leden van de NVB kennen uit hun eigen praktijk slechts enkele incidentele gevallen waarin getracht wordt misbruik te maken van het faillissement. De NVB is niet bekend met (empirisch) onderzoek naar misbruik van faillissementen met als (voornaamste) doel benadeling van werknemers. Bij de omvang van het misbruik heeft de NVB daarom geen beeld. Wel constateert de NVB dat er thans al diverse (rechts)middelen zijn die tegen misbruik van het faillissement kunnen worden ingezet en is de NVB niet bekend met signalen dat dit soort incidenten niet met de bestaande juridische middelen bestreden kunnen worden.<sup>3</sup>

### § 3.2. De systematiek van de WOVO

De WOVO werkt als volgt:

- (i) de curator ontslaat alle werknemers,
- (ii) alle ontslagen werknemers gaan mee over naar de verkrijger,
- (iii) de verkrijger hoeft op grond van ETO redenen (ook wel bedrijfseconomische redenen genoemd) niet alle werknemers in dienst te nemen,
- (iv) de in dienst te nemen werknemers gaan via een inspiegelingsmethode mee over,

<sup>3</sup> Op grond van vaste jurisprudentie kan er sprake zijn van misbruik van faillissementsrecht indien de eigen faillissementsaangifte uitsluitend of hoofdzakelijk ten doel heeft goedkoop van de verplichtingen jegens werknemers af te komen (HR 29 juni 2001, «JOR» 2001/169 – Multi Terminals Waalhaven/FNV Bondgenoten) Werknemers hebben verschillende wettelijke middelen om misbruik of oneigenlijk gebruik van het faillissement dat gebruikt is voor een (voorbereide) doorstart te bestrijden, zoals het verzet tegen de faillietverklaring (artikel 10 Fw – slaagt verzet dan is ontslag door de curator ex artikel 40 Fw doorgaans ongeldig, zie artikel 13a Fw), een schadevergoedingsvordering gegrond op kennelijk onredelijk ontslag (HR 12 januari 1990, I 1990/662, Van Gelder Papier), een actie uit onrechtmatige daad tegen de bestuurder(s) van gefailleerde (HR 28 mei 2004, JAR 2004/166 en bijv. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6534, «JOR» 2019/17) en een schadevergoedingsvordering op grond van onbehoorlijke taakvervulling die ter verificatie wordt ingediend bij de curator (P.R.W. Schaink, 'Misbruik van faillissementsrecht: pro's en contra's', *ArbeidsRecht* 2013/39).

- (v) in de inspiegelingsmethode zit een marge van 10%,
- (vi) de werknemers die mee over gaan behouden dezelfde arbeidsvoorwaarden en
- (vii) alle oude schulden van die werknemers en de werknemers die niet mee overgaan blijven bij de boedel achter.

Uitgangspunt zou wat de NVB betreft moeten zijn dat door de curator alle werknemers worden ontslagen op grond van ETO redenen/bedrijfseconomische redenen. Op grond van het faillissement is dat een zeer valide grond. De wettelijke regeling zou dan zo moeten luiden dat de verkrijger de werknemers die hij nodig heeft via het afspiegelings-/ inspiegelingsbeginsel in dienst dient te nemen. Zo ontstaat er niet een bijzondere structuur dat alle werknemers van gefailleerde mee overgaan naar de verkrijger (in opgezegde toestand) en een deel feitelijk ontslagen is en blijft en het andere deel ontslagen is en geacht wordt min of meer “automatisch” overgegaan te zijn na een ontslag. De in de WOVO voorgestelde structuur betekent dat in beginsel ook de kosten van het opgezegde personeel nog tijdens de resterende periode voor rekening van de verkrijger zijn. Dat lijkt niet de bedoeling te zijn maar lijkt wel het gevolg te zijn van de voorgestelde regeling, althans zo kan het uitgelegd worden. Minst genomen dient in de memorie van toelichting een verduidelijking plaats te vinden.

### § 3.3. Verdere uitwerking arbeidsrechtelijke vragen/onzekerheden

Ondanks een grondige voorbereiding biedt dit concept wetsvoorstel nog wel de nodige ruimte voor opmerkingen ter verbetering en/of verduidelijking op onderdelen die belangrijk zijn voor de betrokken verkrijger of werknemer. De opmerkingen hebben vooral betrekking op opvolgend werkgeverschap, zieke werknemers et cetera. De NVB zal daar niet verder op ingaan omdat (i) in de visie van de NVB dit wetsvoorstel niet aan het beoogde doel voldoet en (ii) de NVB – indien het consultatievoorstel een vervolg krijgt – het aan de arbeidsjuristen overlaat om verdere verbeteringen aan te brengen.

### § 3.4. Conclusie

De WOVO introduceert een complexe set aan regels in faillissement om werknemers over te laten gaan naar een nieuwe onderneming waarbij het bestaande personeelsbestand via een geobjectiveerde methode wordt aangepast ('gedownsized') naar een personeelsbestand dat behoort bij de activiteiten van de onderneming. De NVB is van mening dat de voordelen van de WOVO niet opwegen tegen de nadelen en dat de WOVO niet in het belang is van de werknemers.

De NVB bepleit een samenhangend systeem aan regelingen inzake de positie van werknemers van ondernemingen met financiële problemen waarbij niet alleen tijdens faillissement maar ook voorafgaand aan faillissement via de WHOA of de surseance van betaling het personeelsbestand kan worden gereorganiseerd.

Tijdens een WHOA traject zal er ook meer tijd beschikbaar zijn en kan veel beter afgewogen en besloten worden welke werknemers wel of niet behouden kunnen blijven. In een dergelijk WHOA traject ligt de bestaande afspiegelingsmethode ook meer voor de hand omdat het nog steeds om de voortzetting van dezelfde onderneming gaat.

Als in het kader van het WHOA traject of de surseance blijkt dat er geen bestaansrecht meer is voor een onderneming in haar huidige vorm, dan is een vereffening van het vermogen van de onderneming een logisch gevolg daarvan. Dat een verkrijgende partij met delen van de activa van de oude onderneming een nieuwe onderneming kan gaan opzetten, is een zaak die vooral hem aangaat. Wat de NVB betreft dient de verkrijger vrij te zijn in het kiezen van de partijen die hij nodig heeft voor de (beoogde) exploitatie. Dat geldt voor de financiering en de toeleveranciers van goederen en diensten, maar zou ook voor de werknemers moeten gelden.

De NVB is van mening dat ook bij bedrijven in financiële moeilijkheden waarvoor een wettelijk herstructureringsregime van toepassing is de personeelskosten (neerwaarts) moeten kunnen worden bijgesteld. Dat zou derhalve mogelijk moeten zijn tijdens een WHOA traject of de surseance. De voorstellen gedaan door N.W.A. Tollenaar kunnen als inspiratie dienen.<sup>4</sup>

Ondertussen onderkent de NVB uiteraard dat bij doorstarts vanuit faillissement belangen van werknemers in het geding kunnen zijn. De NVB is echter ook van oordeel dat er vanuit economisch perspectief de hiervoor genoemde bezwaren tegen de WOVO bestaan en dat als gevolg daarvan mogelijk de individuele belangen van sommige (groepen van) werknemers die bij een doorstart vanuit faillissement betrokken zijn wel worden gediend, maar in macro-economisch opzicht zal de werkgelegenheid naar verwachting van de NVB eerder afnemen dan op eenzelfde niveau blijven, laat staan verbeteren.

### § 3.5. Twee noodzakelijke wijzigingen in de WOVO

De NVB is van mening dat indien de WOVO toch zonder (of vooruitlopend op) een structurele aanpak waarop een onderneming haar personeelsbestand tegen aanvaardbare kosten kan aanpassen aan de gewijzigde omstandigheden dient te worden ingevoerd, er ten minste op twee wezenlijke punten wijzigingen moeten worden aangebracht in de thans voorgestelde complexe regeling.

1. De WOVO zou alleen van toepassing moeten zijn indien er sprake is van een doorstart die is voorbereid in een pre-pack of in een surseance van betaling. Het gaat dan om gevallen waarbij voordat het faillissement is uitgesproken, reeds duidelijkheid bestaat dat er een doorstart zal plaatsvinden. Naar de mening van de NVB wordt hiermee de Smallsteps-uitspraak – zoals geïnterpreteerd in nadien gedane uitspraken van Nederlandse rechters – gecodificeerd.
2. Er dient meer flexibiliteit te komen om met name de doorstarts van MKB bedrijven te faciliteren.

#### Ad 1

Na de Smallsteps-uitspraak zijn door Nederlandse rechters diverse uitspraken gedaan waarin is bepaald dat op een doorstart vanuit faillissement de regels van overgang van onderneming niet van toepassing zijn conform artikel 7:666 BW.<sup>5</sup> De aanvankelijk kort na het wijzen van de Smallsteps-uitspraak gevoelde rechtsonzekerheid, lijkt daarmee sterk verminderd. Tevens tonen de aangehaalde uitspraken aan dat de beperking van de reikwijdte van de WOVO zoals voorgesteld door de NVB rechtens mogelijk is.

#### Ad 2

De door de NVB voorgestane flexibiliteit kan langs een aantal wegen worden bereikt. Gedacht zou kunnen worden om de WOVO van toepassing te verklaren indien er sprake is van een WOR-plichtige onderneming. Dat wil zeggen indien er meer dan 50 werknemers in dienst zijn van de onderneming (artikel 2 lid 1 WOR).

Indien de wetgever van oordeel is dat deze grens te hoog is en/of niet voldoet aan de eisen van de Richtlijn ter zake van overgang onderneming<sup>6</sup> zou gedacht kunnen worden aan meer flexibiliteit in het aantal personeelsleden dat conform het 'inspiegelingsbeginsel' moet worden overgenomen. Gedacht zou kunnen worden aan een ondergrens van 15 of 20 personen en bij ondernemingen met een grotere personeelsomvang dan 15 of 20 personen conform de navolgende systematiek.

<sup>4</sup> N.W.A. Tollenaar, 'Aanpassing van het ontslagrecht in insolventie – slaan wij de juiste weg in?' TvI 2019/20.

<sup>5</sup> Zie bijv. Rb. Gelderland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447 (Tuunte), Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (Bogra) en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6539, «JOR» 2018/265, m.nt. E. Loesberg (Heiploeg).

<sup>6</sup> Richtlijn 2001/23/EG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen.

- a. Onderneming tot en met 100 personen: minimaal 15 of 20 en daarenboven 10 of 15% van het aantal werknemers. Voorbeeld stel 100 werknemers en minimum van 20 en 15% voor het meerdere betekent 20 plus 15% van 80 ( $=12$ ) = 32; bij 15 met een 10% betekent dit dus  $15 + 8,5 = 23,5$ .
- b. Onderneming vanaf 100 personen: aantal dat volgt uit a. plus 5 of 10% van het aantal werknemers boven 100.

De NVB heeft geen bezwaar tegen de openbaarmaking van deze reactie op de consultatie.

Wij zijn vanzelfsprekend graag tot een nadere toelichting bereid.