

LEGAL UPDATE

NOvA bepleit verplichte overname van werknemers bij doorstart

Datum: 7 december 2017

Op 22 juni 2017 heeft het Europees Hof antwoord gegeven op prejudiciële vragen in de zaak FNV/Smallsteps. Het Hof heeft, kort samengevat, bepaald dat een faillissement dat vooraf is gegaan door een *pre-pack* niet is gericht op liquidatie. Dat is van belang omdat daardoor niet wordt voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van (de uitzondering uit) EU-richtlijn 2001/23. Het gevolg is dat bij een via de *pre-pack* voorbereide doorstart het de doorstarter niet vrij staat om te kiezen met welke werknemers hij door gaat, maar dat het volledige personeelsbestand van rechtswege bij hem in dienst treedt.

De *pre-pack* wordt gecodificeerd in de Wet Continuïteit Ondernemingen I ('WCO I') die momenteel voorligt aan de Eerste Kamer. De adviescommissie insolventierecht van de Nederlandse Orde van Advocaten ('NOvA') heeft in een lezenswaardige brief aan de Eerste Kamer de mogelijke gevolgen van de uitspraak voor de WCO I helder onder woorden gebracht. De commissie vat de uitleg van de EU-richtlijn door het Hof als volgt samen:

"Artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23 stelt de eis dat het doel van het inleiden van de procedure gericht dient te zijn op liquidatie van de activa om de opbrengst te verdelen onder de schuldeisers. Wanneer een hoofddoel van de aangifte of aanvraag is gelegen in het veiligstellen van de continuïteit van de onderneming (door deze going concern te verkopen) is de uitzondering van artikel 5 lid 1 niet van toepassing."

Strikt genomen zou, volgens de adviescommissie, voornoemde uitzondering dus ook niet van toepassing zijn bij doorstarts die (zonder *pre-pack*) vóór het faillissement zijn voorbereid en/of waarbij het faillissement wordt aangevraagd in het belang van het realiseren van die doorstart: *"Ook in die gevallen zal immers moeten worden aangenomen dat een hoofddoel van die aanvraag is gelegen in de continuïteit van de onderneming, als gevolg waarvan de Richtlijn 2001/23 van toepassing is. De adviescommissie meent dat dit niet anders is wanneer de doorstart tijdens een surseance van betaling wordt voorbereid door de bewindvoerder."*

De commissie meent dat nu veel 'reguliere' doorstarts in meer of mindere mate vóór het faillissement zijn voorbereid, elke doorstart aanleiding kan geven tot "Richtlijndiscussies". Deze rechtsonzekerheid kan volgens de NOvA worden weggenomen door in de wet op te nemen dat bij *iedere* doorstart uit een faillissement, dus ongeacht de voorgeschiedenis, de werknemers arbeidsrechtelijke bescherming genieten. Vakbonden FNV en CNV hebben een soortgelijk advies aan de Eerste Kamer afgegeven. Indien het voorstel van deze partijen gevolgd wordt zullen alle werknemers zowel bij voorbereide- als reguliere doorstarts van rechtswege in dienst treden bij de doorstarter. Het lijkt geen twijfel dat er nauwelijks succesvolle doorstarts vanuit faillissement plaats zullen vinden wanneer de personeelslasten niet verminderd kunnen worden.

Minister Dekker heeft de Eerste Kamer deze week verzocht om de behandeling van de WCO I voorlopig aan te houden om overleg te kunnen voeren. De uitkomst van dit overleg zal daarmee niet alleen bepalend zijn voor de toekomst van de WCO I, maar mogelijk voor de gehele faillissementspraktijk. Nu al is het aanvragen van het eigen faillissement met het oog op een doorstart risicovol. U bent gewaarschuwd!

Heeft u vragen over dit onderwerp? Neemt u dan contact op met één van onze advocaten van het team [Herstructurering & Insolventie](#)

Dit is een Legal Update van Rhea Bask.

Voor meer informatie:

Rhea Bask
+31 30 25 95 567
rheabask@vbk.nl