

Doorstarters: opgelet!

ArbeidsRecht 2023/6

Cherry picking bij een overname vanuit faillissement wordt verleden tijd. De rechtspositie van de werknemer bij een overname in faillissement wijzigt namelijk drastisch als het Wetsvoorstel rechten van de werknemer bij overgang van onderneming in faillissement (“WVOF”)² wordt aangenomen. Zo verplicht de WVOF de doorstarter om alle werknemers van de gefailleerde een arbeidsovereenkomst aan te bieden. In dit artikel zal ik ingaan op de vraag of dit wel gewenst is en hoe het wetsvoorstel in verhouding staat met het recente arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 28 april 2022 (FNV/Heiploeg).

1. Faillissementsuitzondering

De rechtspositie van de werknemer bij een overgang van onderneming is geregeld in Richtlijn 2001/23/EG (“Richtlijn”).³ Art. 3 Richtlijn 2001/23/EG regelt het behoud van de rechten en verplichtingen van de werknemers bij de overgang. Een ontslag vanwege de overgang van onderneming is uitgesloten, maar een ontslag vanwege zogenoemde “ETO-redenen” die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich meebrengen, is wel mogelijk volgens art. 4 Richtlijn 2001/23/EG. Uit art. 5 Richtlijn 2001/23/EG volgt echter dat als voldaan is aan drie voorwaarden, art. 3 en 4 *niet* van toepassing zijn op een overgang van onderneming, tenzij de lidstaten anders bepalen. De betreffende voorwaarden zijn: dat (a) de vervreemder is verwikkeld in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure, (b) met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en (c) onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie. Deze regels uit de Richtlijn zijn geïmplementeerd in art. 7:662-666a BW. Art. 7:666 onderdeel a BW bepaalt, kort gezegd, dat als de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort, de werknemersbescherming bij overgang van onderneming niet van toepassing is.

2. Behoud werkgelegenheid

Art. 1 Faillissementswet (Fw) bepaalt dat de schuldenaar die in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, hetzij op eigen aangifte, hetzij op verzoek van een of meer

zijner schuldeisers, bij rechterlijk vonnis in staat van faillissement wordt verklaard. Na een faillietverklaring is de curator belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel (art. 68 Fw). De curator mag bij de uitoefening van zijn taak mede de maatschappelijke belangen, zoals behoud van werkgelegenheid, betrekken.⁴ Onder omstandigheden kan zelfs voorrang toekomen aan de belangen van maatschappelijke aard boven de belangen van individuele schuldeisers.⁵

Met een doorstart na faillissement kan de curator dit maatschappelijke en financiële belang waarborgen. Immers, bij een doorstart worden de activa van een failliete onderneming van de curator gekocht met als doel de activiteiten van de failliet voort te zetten. De schulden blijven achter bij de gefailleerde en de schuldeisers kunnen zich niet verhalen op de doorstarter. Daarbij komt dat de doorstarter kan selecteren met welke werknemers van de gefailleerde een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangegaan, waardoor werkgelegenheid behouden blijft.

De pre-packmethode maakt het mogelijk dat vóór het faillissement onderzocht wordt of een doorstart na faillissement (überhaupt) mogelijk is. Dit onderzoek wordt uitgevoerd door de ondernemer zelf en een beoogd curator. De beoogd curator wordt op verzoek van de ondernemer aangesteld door de rechter. Hierbij wordt ook een beoogd rechter-commissaris aangesteld die toezicht houdt op de beoogd curator. De doorstart kan hiermee (“in stilte”) worden voorbereid, maar na het uitspreken van het faillissement worden uitgevoerd.⁶ Bij faillissementen die met de pre-packmethode zijn voorbereid, blijkt zelfs dertig procent meer werknemers overgegaan te zijn naar de doorstarter.⁷ De pre-packmethode lijkt hiermee te zorgen voor meer behoud van werkgelegenheid. Deze pre-packmethode is echter nog niet geregeld in de wet.⁸ Het Wetsvoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen I (WCO I)⁹ beoogt dit te regelen. De behandeling van WCO I werd echter geschorst vanwege het FNV/SmallSteps-arrest.¹⁰ Dit wetsvoorstel (WCO I) zal in samenhang met het wetsvoorstel WVOF worden behandeld.

1 Mr. A. (Aysegül) Avci is advocaat bij CMS Amsterdam.

2 Op 29 mei 2019 is het voorontwerp Wetsvoorstel Wet overgang van onderneming in faillissement in consultatie gegeven. Consultatieversie voorstel van wet: Wet overgang van onderneming in faillissement (7 p.), consultatieversie memorie van toelichting: Wet overgang van onderneming in faillissement (35 p.), consultatieversie: Regeling overgang van onderneming in faillissement (9 p.).

3 Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (PbEU 2001, L 82).

4 HR 24 februari 1995, NJ 1996/472 (Sigmacon II).

5 HR 19 april 1996, NJ 1996/727, JOR 1996/48 (Maclou).

6 N.W.A. Tollenaar, ‘Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!’, Tvl 2011/23, p. 9.

7 M.R. van Zanten, ‘Wetsvoorstel rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming: over het dichten van de kloof van de arbeidsrechtelijke bescherming in en buiten faillissement’, Tvl 2020/6, p. 46.

8 J.R. Hurenkamp, *De pre-pack in de praktijk. Een analyse van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden*, Amersfoort: Cetus juridische uitgeverij 2014.

9 Kamerstukken II 2014/15, 34 218, nr. 2.

10 HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 (FNV/SmallSteps).

3. FNV/Smallsteps: beschermingsregels wél van toepassing bij pre-pack

Op 5 juli 2014 werd het faillissement uitgesproken van Estro Groep en haar dochterondernemingen; het grootste kinderopvangbedrijf in Nederland met ongeveer 380 vestigingen en 3.600 werknemers. Smallsteps B.V. nam na het faillissement ongeveer 250 vestigingen en 2.600 werknemers over. De overdracht aan Smallsteps werd gerealiseerd door een zogenoemde “pre-pack”. De FNV begon samen met een aantal voormalig werknemers van Estro Groep een procedure tegen Smallsteps. Volgens de FNV was de pre-pack gericht op de doorstart van het bedrijf en kwamen dus *alle* werknemers van de overgenomen vestigingen met behoud van al hun arbeidsvoorwaarden in dienst bij Smallsteps. Smallsteps dacht hier anders over.¹¹

De kantonrechter oordeelde dat de beschermende bepalingen van art. 7:662 e.v. BW niet van toepassing zijn bij een overgang van de onderneming van een failliete werkgever. De kantonrechter stelde zich echter de vraag of de uitsluiting van die bepalingen in geval van faillissement, richtlijnconform is. Omdat de kantonrechter deze vraag (nog) niet in positieve of negatieve zin kon beantwoorden, stelde de kantonrechter prejudiciële vragen aan het HvJ EU.¹² De kantonrechter overwoog namelijk dat de faillissementsprocedure bij een ‘doorstart’ immers niet strekt tot liquidatie van de onderneming, terwijl dit vereiste wel uit de Richtlijn en de jurisprudentie van het HvJ EU lijkt voort te vloeien om de beschermende bepalingen uit te kunnen sluiten.

In *FNV/Smallsteps* overwoog het HvJ EU dat als in een pre-pack de overdracht van de onderneming tot in de kleinste details wordt voorbereid om na de faillietverklaring een doorstart mogelijk te maken van de levensvatbare onderdelen van de onderneming, *niet* is voldaan aan de uit de Richtlijn voortvloeiende voorwaarde (zie hiervoor) dat de vervreemder is verwickeld in een faillissementsprocedure (b) met het oog op de liquidatie van zijn vermogen. Verder overwoog het HvJ EU dat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris die door de rechtbank worden aangesteld, formeel over geen enkele bevoegdheid beschikken. Zij staan derhalve niet (c) onder toezicht van een overheidsinstantie.¹³ Aan twee van de drie voorwaarden voor de uitzondering van art. 5 Richtlijn 2001/23/EG wordt dus niet voldaan. Dit betekent dat de faillissementsuitzondering bij overgang van onderneming, niet geldt. In dat verband is volgens het HvJ EU niet relevant dat de pre-pack tevens de maximalisatie van de opbrengst van de overdracht voor alle schuldeisers van die onderneming beoogt. De bescherming van de Richtlijn blijft gelden, aldus het HvJ EU.

Na *FNV/Smallsteps* hebben Nederlandse rechters zich ook uitgesproken over de vraag of de beschermingsregels van

de Richtlijn gelden bij een doorstart, al dan niet via de pre-packmethode.¹⁴ De betreffende uitspraken hebben eerder gezorgd voor meer vraagtekens dan opheldering. Dit houdt vooral verband met de tweede voorwaarde. Uit deze voorwaarde volgt dat de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer bij een overname van een onderneming in faillissement, afhangt van het *doel* waarmee de faillissementsprocedure is ingeleid. Dit moet steeds worden beoordeeld aan de hand van de specifieke omstandigheden van het individuele geval. Dit betekent dat de positie van werknemers bij een overgang in faillissement niet op voorhand voorspelbaar is, en dit leidt tot rechtsonzekerheid.

4. FNV/Heiploeg: (of toch) géén toepassing van de beschermingsregels bij pre-pack

De Hoge Raad ziet in de kwestie *FNV/Heiploeg* kans om opheldering te geven over de pre-pack. Wat was hier aan de hand? Het Heiploeg-concern was een internationale groot-handel in vis en bestond uit acht Nederlandse vennootschappen (“Heiploeg-oud”). Heiploeg verkeerde (in ieder geval) sinds 2011 in financiële moeilijkheden. Daarbovenop werd Heiploeg-oud geconfronteerd met een boete van ruim EUR 27 miljoen wegens kartelvorming. Omdat de banken niet bereid waren deze boete te financieren, en een faillissement onafwendbaar was, onderzocht Heiploeg-oud de mogelijkheden voor een pre-pack, om zodoende een doorstart te kunnen maken. Verschillende partijen werden uitgenodigd om een bieding te doen. De bieding van visverwerkingsbedrijf Parlevliet & Van der Plas was de beste. Met die onderneming is vervolgens onderhandeld. Op verzoek van Heiploeg-oud wees de rechtbank (in het kader van het op handen zijnde faillissement) twee beoogd curatoren aan en een beoogd rechter-commissaris. Vervolgens is in het handelsregister het nieuwe concern (“Heiploeg-nieuw”), bestaande uit zes vennootschappen, ingeschreven. Een week later vroeg Heiploeg-oud haar faillissement aan. De volgende dag werd het faillissement uitgesproken onder aanstelling van de twee beoogd curatoren en met benoeming van de beoogd rechter-commissaris. Diezelfde dag (en dus na de faillietverklaring) is een persbericht uitgegaan over de ‘doorstart’ van Heiploeg-oud. Het nieuwe Heiploeg-concern nam de bedrijfspanden van Heiploeg-oud in gebruik, verrichtte haar werkzaamheden op hetzelfde adres en had nagenoeg dezelfde klantenkring. Van de circa 300 werknemers van Heiploeg-oud werden echter slechts 210 werknemers overgenomen door Heiploeg-nieuw. Deze werknemers verrichtten veelal op hun oude werkplekken dezelfde werkzaamheden die zij vóór het faillissement verrichtten, maar tegen minder gunstige arbeidsvoorwaarden.

Vanwege de onduidelijkheid over de toepassing van de Richtlijn in de zaak *FNV/Smallsteps*, heeft de Hoge Raad in

11 Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954.

12 Rb. Midden-Nederland 24 februari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:954, r.o. 5.5.

13 HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, r.o. 55 (*FNV/Smallsteps*).

14 Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (*Bogra*); Rb. Gelderland 1 februari 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:447 (*Tuunte*); Rb. Limburg 26 september 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:9137 (*FNV/Princen*). Hof Amsterdam 10 juli 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:2339 (*Bogra*); Hof Arnhem-Leeuwarden 17 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6539 (*FNV/Heiploeg*).

FNV/Heiploeg prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ EU. In de kern komen de vragen erop neer of bij een doorstart middels de pre-packmethode voldaan is aan de tweede (“*met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder*”) en derde voorwaarde (“*onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie*”) van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG.¹⁵ Hierbij heeft de Hoge Raad uitleg gegeven over het doel van de pre-pack, namelijk om de hoogst mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers te bereiken, terwijl de pre-pack ook bijdraagt aan behoud van (een deel van) de werkgelegenheid. Ten aanzien van de taken verband houdende met de voorbereidingen van de pre-pack van de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris, heeft de Hoge Raad toegelicht dat die niet verschillen van die van een curator en rechter-commissaris in faillissement.¹⁶

Het HvJ EU overwoog dat als het primaire doel van een doorstart via de pre-packmethode erin bestaat de hoogst mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers te bewerkstelligen en de werkgelegenheid zoveel mogelijk te behouden, in beginsel wordt voldaan aan de tweede voorwaarde. Ten aanzien van de derde voorwaarde overwoog het HvJ EU dat deze voorwaarde ziet op het toezicht door een bevoegd overheidsorgaan. Het HvJ EU verduidelijkte hierbij dat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris onderworpen zijn aan dezelfde vereisten van objectiviteit en onafhankelijkheid als die welke gelden voor curatoren en rechter-commissarissen in faillissement.¹⁷ Gelet hierop oordeelde het HvJ EU dat aan de derde voorwaarde van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG is voldaan wanneer de pre-pack is voorbereid door een beoogd curator, die onder toezicht staat van een beoogd rechter-commissaris. Daaraan voegde het HvJ EU toe dat de pre-packmethode wel geregeld dient te zijn in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.¹⁸ Hiermee komt het HvJ EU dus terug op haar eerdere oordeel in het *FNV/Smallsteps*-arrest dat, kort gezegd, erop neerkomt dat ook bij een pre-pack de werknemersrechten behouden blijven.

5. Het kan ...

De pre-pack kan dus onder voorwaarden wél onder de faillissementsuitzondering van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG vallen. Als het onder de reikwijdte valt van deze uitzondering, is de werknemersbescherming bij overgang van onderneming niet van toepassing. De doorstarter is in dat geval niet verplicht aan alle werknemers van de gefailleerde een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Uit beide arresten volgt wel dat zowel de pre-pack als het faillissement moeten zijn ingeleid met als hoofddoel de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Bovendien volgt uit *FNV/Heiploeg* dat de pre-pack wettelijk of bestuursrechtelijk geregeld moet zijn om onder de faillissementsuitzondering te kunnen vallen.

¹⁵ HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753.

¹⁶ HR 17 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:753, r.o. 3.6.2-3.6.6.

¹⁷ HvJ 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (*FNV/Heiploeg*), r.o. 60.

¹⁸ HvJ 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321 (*FNV/Heiploeg*), r.o. 53-55.

6. WOVOF: rechtszekerheid voor werknemers in faillissement

De Richtlijn biedt lidstaten in art. 5 lid 1 de mogelijkheid om de beschermingsregels van art. 3 en 4 ook toe te passen in een faillissementsprocedure, ongeacht of de procedure is gericht op liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Nederland heeft hier vooralsnog geen gebruik van gemaakt,¹⁹ maar met de WOVOF komt hier verandering in. De WOVOF werd ingediend door de onzekerheid na *FNV/Smallsteps*, maar de behandeling van dit wetsvoorstel werd aangehouden in afwachting van de uitkomst van de *FNV/Heiploeg*-zaak.²⁰ Door de uitkomst van *FNV/Heiploeg* op 28 april 2022 lijkt mij in ieder geval dat de WOVOF overbodig is. De WOVOF voorziet namelijk in een drastische wijziging van de rechtspositie van de werknemer in faillissement, omdat deze werknemer in principe bij een doorstart een dienstverband kan claimen bij de doorstarter. Dit terwijl *FNV/Heiploeg* andere inzichten geeft. Ook Van Zanten²¹ stelt zich op het standpunt dat de versterking van de positie van de werknemer in faillissement het vrijwel onmogelijk maakt om zoveel mogelijk werkgelegenheid te kunnen behouden in geval van faillissement van de werkgever. Het is daarom te verwachten dat de WOVOF potentiële doorstarters afschrikt, aldus Van Zanten.

6.1 Alle werknemers mee over, tenzij

De WOVOF bepaalt dat de doorstarter alle werknemers een arbeidsovereenkomst aanbiedt. Het aanbod geschiedt in beginsel op basis van dezelfde arbeidsvoorwaarden.²² De doorstarter kan met een vereniging van werknemers in overleg treden om deze arbeidsvoorwaarden aan te passen als dit nodig is voor het behoud van de werkgelegenheid binnen de onderneming.²³

Als de doorstarter niet alle werknemers in dienst kan nemen, dient hij aannemelijk te maken dat te voorzien is dat er binnen 26 weken na de overgang noodzakelijkerwijs arbeidsplaatsen vervallen als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen. Het kabinet meent dat deze bedrijfseconomische omstandigheden vergelijkbaar zijn met de ETO-redenen van art. 4 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG. Voor de uitleg van de bedrijfseconomische omstandigheden wordt verwezen naar de uitleg van het UWV.²⁴ Omdat de praktijk al bekend is met het begrip ‘bedrijfseconomische omstandigheden’ is besloten om in de WOVOF daarbij aan te sluiten. Dit heeft volgens het kabinet als voordeel dat de jurisprudentie die op basis van art. 7:669 lid 3 onderdeel a BW tot ontwikkeling is gekomen en nog

¹⁹ *Kamerstukken II* 1993/94, 23 438, nr. 3, p. 42 (MvT).

²⁰ Korte aantekeningen vergadering Commissie Justitie en Veiligheid van 18 juni 2019 (34.218/L).

²¹ M.R. van Zanten, ‘Wetsvoorstel rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming: over het dichten van de kloof van de arbeidsrechtelijke bescherming in en buiten faillissement’, *Tvl* 2020/6, p. 43.

²² MvT, p. 10.

²³ MvT, p. 21-22.

²⁴ MvT, p. 11-12.

komt, ook illustratief is in het kader van de toepassing van de WOVOF.

De vakbonden hebben een andere mening. Zij menen dat er wel degelijk verschil is tussen het Nederlandse begrip “bedrijfseconomische omstandigheden” en het Europese begrip “ETO-redenen”. De vakbonden stellen dat de WOVOF hierin duidelijkheid moet geven.²⁵ Van Zanten meent ook dat Nederland door hier onduidelijkheid over te laten bestaan, risico's van procedures bij HvJ EU neemt.

Maar wat zijn ETO-redenen? Een definitie ontbreekt. Het is aan lidstaten om zelf invulling te geven aan ETO-redenen. Uit Europese rechtspraak volgt in ieder geval dat aannemelijk moet worden gemaakt dat niet alleen de overgang zelf leidt tot verval van de arbeidsplaatsen, maar dat *bijkomende omstandigheden* als ETO-redenen kunnen worden aangemerkt.²⁶ Waterman en Verlinden stellen ook de vraag hoe ETO-redenen uitgelegd moeten worden; de Europese rechtspraak ten aanzien van ETO-redenen is namelijk beperkt tot een ‘normale’ overgang van onderneming, en niet voor een faillissementssituatie.²⁷ De WOVOF gaat hier ook niet op in.

6.2 Selectieproces

Als er sprake is van verval van arbeidsplaatsen wegens bedrijfseconomische omstandigheden op grond van de WOVOF, gelden er regels voor het selectieproces. De doorstarter moet aan de hand van de “inspiegelingsmethode” of een alternatieve objectieve selectiemethode, de werknemers selecteren die een arbeidsovereenkomst krijgen aangeboden. De inspiegelingsmethode betekent dat de werknemer die op grond van het afspiegelingsbeginsel als laatst aan de beurt kwam voor ontslag, als eerst een arbeidsovereenkomst bij de doorstarter aangeboden dient te krijgen.²⁸ Indien een alternatieve selectiemethode noodzakelijk is om tot een doelmatige bedrijfsvoering te komen, dient de rechter-commissaris eerst toestemming te verlenen. Dit zal hij doen als door de doorstarter voldoende aannemelijk is gemaakt dat gebruik van een alternatieve selectiemethode noodzakelijk is om na overgang tot een doelmatige bedrijfsvoering te komen en de selectiecriteria objectief zijn. De doorstarter dient hiertoe een ondernemingsplan aan de rechter-commissaris te overleggen, zodat hij een gedegen beslissing kan nemen of aan bovenstaande criteria is voldaan.²⁹

Voor de inspiegelingsmethode is van belang dat een bandbreedte wordt gehanteerd van tien procent. De doorstarter mag bij het selectieproces ten hoogste tien procent van de werknemers die voor een arbeidsovereenkomst in aanmerking komen, buiten de toepassing van de inspiegelingsmethode houden. Dit kan de doorstarter bewust doen om

bepaalde werknemers die bovengemiddeld presteren of die naar verwachting over een meer dan gemiddelde potentie beschikken voor de toekomst, te behouden voor de onderneming. Als de doorstarter de bandbreedte van tien procent heeft overschreden, dan is de selectiemethode onjuist toegepast en zal de doorstarter opnieuw moeten inspiegelen. Mocht na de overgang blijken dat een werknemer niet bij de verkrijger in dienst is gekomen doordat de verkrijger de inspiegelingsmethode of een alternatieve, door de rechter-commissaris goedgekeurde selectiemethode niet juist heeft toegepast, dan kan de werknemer een beroep instellen bij de kantonrechter en de indiensttreding alsnog vorderen dan wel een billijke vergoeding verzoeken.³⁰

In de literatuur is opgemerkt dat onduidelijk is met welk personeelsbestand de doorstarter moet gaan inspiegelen.³¹ De WOVOF gaat uitsluitend uit van het personeelsbestand van de gefailleerde. Met andere woorden: de “eigen” werknemers van de doorstarter gaan niet mee in de inspiegeling. Dit terwijl de ETO-redenen moeten worden aangetoond aan de hand van de omstandigheden in zijn eigen onderneming én de omstandigheden bij de gefailleerde. Ook op dit punt geeft de WOVOF geen duidelijkheid.

Voor het inspiegelen is de peildatum van belang, namelijk: de dag waarop de vervreemder in staat van faillissement is verklaard. Dit betekent dat de doorstarter tijdig inzicht moet krijgen in het personeelsbestand van de vervreemder om tijdig te kunnen inspiegelen, waarbij derhalve inzicht in functies ook moet worden gegeven. De werknemer van de gefailleerde die niet in dienst is genomen door de doorstarter kan alsnog in aanmerking komen voor een dienstverband bij deze doorstarter, indien binnen 26 weken na overgang een vacature vrijkomt die werkzaamheden bevat die de werknemer ook bij de gefailleerde verrichtte. Zijn er meerdere werknemers die in eerste instantie niet in dienst zijn genomen, dan geldt weer dat de inspiegelingsmethode moet worden toegepast.³²

6.3 De rol van de ondernemingsraad

Wanneer een bedrijfsovername moet worden aangemerkt als een overgang van onderneming, kan de curator onder de WOVOF een aanbod van een potentiële verkrijger enkel voorwaardelijk aanvaarden indien is voldaan aan WOVOF. De curator beoordeelt dus eigenlijk allereerst het overnameplan van de doorstarter en dient daarnaast de ondernemingsraad om advies te vragen over de bedrijfsovername (art. 25 lid 7 WOR).³³

Al met al, het doorlopen van alle nodige stappen is complex, onzeker, en vergt veel tijd voor de doorstarter.

25 Consultatiebijdrage FNV/CNV/VCP d.d. 26 augustus 2019, p. 2-3.

26 HvJ EU 16 oktober 2008, C 313/07, ECLI:EU:C:2008:574, punt 45 en 46 (*Kirtruna en Vigano*); HvJ EU 7 augustus 2018, C 472/16, ECLI:EU:C:2018:646, punt 53-55 (*Colino Sigüenza*).

27 S.C. Verlinden & C.L. Waterman, ‘De Woof: een deugd tussen twee ondeugden’, TAP, nr. 7, november 2020.

28 MvT, p. 14.

29 MvT, p. 16-17.

30 MvT, p. 15.

31 S.C. Verlinden & C.L. Waterman, ‘De Woof: een deugd tussen twee ondeugden’, TAP, nr. 7, november 2020.

32 MvT, p. 18-20.

33 MvT, p. 18-19.

7. Conclusie

Uit alles blijkt dat het voor de doorstarter niet makkelijk wordt gemaakt. Daar waar *FNV/Heiploeg* de doorstarter moed geeft, zou dit met de WOVOF weer teniet worden gedaan.

Uit *FNV/Heiploeg* kan namelijk worden geconcludeerd dat een doorstart met de pre-packmethode kan voldoen aan de voorwaarden voor toepassing van de faillissementsuitsluiting. Hiervoor is wel vereist dat het huidige art. 7:666 sub a BW wordt aangepast, in die zin dat wordt toegevoegd dat het faillissement moet zijn aangevraagd met als hoofddoel de liquidatie van het vermogen van de werkgever. Art. 14 lid 1 Fw bepaalt wat het vonnis van faillietverklaring inhoudt. Het verdient aanbeveling om aan dit artikel toe te voegen met welk doel het faillissement is aangevraagd. Immers, als de rechter in het vonnis tevens bepaalt of het faillissement met dat doel (liquidatie) is aangevraagd, voorkomt dit in ieder geval een discussie over het doel.³⁴ Daarnaast volgt uit *FNV/Heiploeg* dat de pre-pack wettelijk of bestuursrechtelijk geregeld dient te zijn. WCO I beoogt dat laatste al te doen. Met de WCO I als grondslag voor de pre-pack en aanpassing van art. 7:666 sub a BW en art. 14 lid 1 Fw is de wetgever er dus al.

Maar de WOVOF voorziet in een regeling waarbij de faillissementsuitsluiting van art. 5 lid 1 van de Richtlijn wordt uitgesloten. De WOVOF is ontstaan na *FNV/Smallsteps*. Maar *FNV/Heiploeg* geeft andere inzichten. Is het dan wel noodzakelijk of zelfs wenselijk om de WOVOF aan te nemen? De WOVOF maakt het in ieder geval niet makkelijker voor de doorstarter. De doorstarter wordt zelfs afgeschrikt waardoor mijns inziens het maatschappelijke noch het financiële belang wordt gediend. De wetgever is uiteraard nu aan zet, maar wat mij betreft kan de WOVOF maar beter in de lade blijven liggen.

³⁴ J. van Hees & J. Fliek, 'Kroniek van het insolventierecht', *NJB* 2022/2370; R.J. van Galen, 'Overgang van een onderneming in faillissement: de stand van zaken na Heiploeg', *Ondernemingsrecht* 2022/55, p. 343; M.R. van Zanten, 'Wetsvoorstel rechten van de werknemer bij overgang van een onderneming: over het dichten van de kloof van de arbeidsrechtelijke bescherming in en buiten faillissement', *Tvl* 2020/6, p. 43.