

Overgang van onderneming en insolventierecht: een onmogelijke verhouding?

Mr. M.R. van Zanten¹

Inleiding

Hoewel het op het eerste gezicht wellicht lijkt alsof het insolventierecht los staat van het arbeidsrecht, blijken er toch meer overeenkomsten tussen beide rechtsgebieden te bestaan dan men in eerste instantie denkt. De scheidslijn tussen insolventierecht en arbeidsrecht blijkt bij nadere beschouwing soms zelfs flinterdun. Een belangrijk aspect binnen het insolventierecht is dat de curator zowel de belangen van individuele werknemers als van alle overige crediteuren dient te behartigen. Daarbij dient de curator rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid.² In die zin fungeert een curator als een octopus, die met al zijn armen moet proberen alle belangen te behartigen en (letterlijk) boven water te houden. Zo ben ik als curator meermalen geconfronteerd met een potentiële doorstarter die tijdens de onderhandelingen aangaf dat hij best bereid was alle werknemers over te nemen mits hij een lagere prijs voor de activa zou hoeven te betalen. Op dat moment botsen de belangen van de werknemers (behoud werkgelegenheid) met de belangen van de crediteuren (zo hoog mogelijke opbrengst).³ Deze verdeling van belangen brengt met zich dat binnen het insolventierecht de aandacht minder primair uitsluitend is gericht op het behoud van rechten van werknemers. Dit is niet onbegrijpelijk daar de bescherming van de werknemer niet langer is gewaarborgd indien de onderneming geen middelen meer heeft voort te bestaan. De vraag kan worden gesteld of deze bijzondere situatie niet moet leiden tot de conclusie dat

1 Advocaat bij CMS Derks Star Busmann te Amsterdam.

2 Zie: HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472 (*Sigmacom II*), alsmede HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 472 (*Maclou*).

3 S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, R.G.J. Nowak, P.M. Veder in "Faillissementswet: niet slopen maar renoveren", *WPNR* 01/6463, p. 900 stellen dat het doel van de faillissementswet, het zoveel mogelijk bevredigen van schuldeisers door het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst voor de tot de boedel behorende goederen, niet dient te worden opgeofferd of ondergeschikt te worden gemaakt aan het nastreven van (andere) maatschappelijke belangen waaronder het belang van de werkgelegenheid en het belang van een goed milieu.

een verschil tussen arbeidsrecht binnen en buiten insolventie gerechtvaardigd is. Ik zal in mijn bijdrage aandacht besteden aan de vraag onder welke omstandigheden de arbeidsrechtelijke bescherming in de zin van de Richtlijn overgang van ondernemingen en de Wet overgang van onderneming⁴ toch (deels) wordt geboden in faillissement en daarbij ingaan op de vraag of en onder welke omstandigheden een dergelijke toepassing van arbeidsrechtelijke bescherming binnen het insolventierecht wenselijk is binnen alle door de curator af te wegen belangen. Hierbij komen achtereenvolgens aan de orde de historie, de huidige praktijk en de toekomstige ontwikkelingen binnen het insolventierecht.

Historie

De historie zal worden besproken aan de hand van twee vragen die de afgelopen 30 jaar moesten worden beantwoord. Deze vragen hadden betrekking op de arbeidsrechtelijke bescherming van de Richtlijn overgang van ondernemingen ingeval van surseance van betaling en (de gevolgen van) misbruik van de faillissementsprocedure.

Bescherming bij overgang tijdens surseance van betaling

2007 is om twee redenen een arbeidsrechtelijk jubileumjaar. Dit jaar wordt zowel het dertigjarige bestaan van de Richtlijn overgang van ondernemingen (Richtlijn 1977)⁵ als het honderdjarig bestaan van de wet op de arbeidsovereenkomst gevierd. Na de invoering van de Richtlijn 1977 en de op grond hiervan ingevoerde artikelen 7A:1639aa-1639dd (oud) BW was het onduidelijk of de bescherming van de werknemers ook gold ten aanzien van werkgevers die in staat van faillissement verkeerden en wier ondernemingen tot de boedel behoorden. Veel potentiële overnemers zagen af van koop van gefailleerde ondernemingen nu niet alleen toekomstige, maar ook achterstallige verplichtingen voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst mee overgingen.⁶ De toenmalige Minister van Justitie gaf zijn mening hierover aan de Tweede Kamer in een brief van 6 april 1983. Wat hem betreft waren de artikelen 7A: 1639aa e.v. (oud) BW zowel niet van toepassing ingeval van faillissement als ingeval van surseance van betaling.⁷ Er zijn over dit onderwerp vele juridische procedures en debatten in het parlement gevoerd.

⁴ Wet van 15 mei 1981, *Stb.* 1981, 400.

⁵ Richtlijn 77/187/EEG.

⁶ R.M. Beltzer 2006, (*T&C Arbeidsrecht*), art. 7:666 BW, aant. 2; B.F.M. Knüppe, De doorstart en de Richtlijnen 77/187/EEG en 98/50/EEG, in: *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, Deventer: Kluwer 2000, p. 54.

⁷ H.J.M. Scholman, *NJB* 17 augustus 1985, p. 903.

Het Europese Hof van Justitie heeft in het Abels-arrest⁸ bepaald dat de Richtlijn 1977 niet verplicht de voorschriften toe te passen bij overgang van (een deel van) een onderneming in het kader van een faillissement dat is gericht op de vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde rechterlijke instantie. Het Europese Hof heeft ten aanzien van de surseance van betaling overwogen dat deze procedure zich van faillissement onderscheidt doordat de surseance van betaling hoofdzakelijk is gericht op het behoud van de boedel en voortzetting van de onderneming en derhalve niet op liquidatie, zoals het faillissement. Derhalve gaan de argumenten die zich verzetten tegen de toepassing van de Richtlijn 1977 niet op bij een procedure van dit type.⁹ Nadien heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 30 oktober 1987¹⁰ het standpunt van het Europese Hof gevolgd en bepaald dat de artikelen 7A:1639aa e.v. (oud) BW naar Nederlands recht (net als op basis van de Richtlijn 1977) evenmin van toepassing zijn ingeval van faillissement, maar wel bij surseance van betaling.¹¹

Bij de vaststelling van titel 7.10 BW zijn de artikelen 1639aa-1639dd BW vervangen door de artikelen 7:662-666 BW. Afgezien van enkele redactionele aanpassingen is slechts deze wijziging aangebracht dat, in aansluiting op de uitspraken van het Europese Hof uit 1985, in art. 7:666 lid 1 BW tot uitdrukking is gebracht dat de afdeling geen toepassing vindt indien de vervreemdende werkgever in staat van faillissement is verklaard en de overgaande onderneming tot de boedel behoort.¹² Het Europese Hof en de Hoge Raad hadden, zoals gezegd, beslist dat de Richtlijn 1977 wel van toepassing is ingeval van surseance van betaling. Met de codificatie in het nieuwe art. 7:666 lid 1 BW wilde de wetgever buiten twijfel stellen dat geen gebruik wordt gemaakt van de bevoegdheid voor de lidstaten de richtlijn een ruimer toepassingsgebied te geven dan in de richtlijn voorzien is.

De Richtlijn 1977 is op 17 juli 1998 aangepast (Richtlijn 1998¹³). In een nieuw art. 4bis lid 1 is vanaf dat moment op grond van het Abels-arrest bepaald dat de richtlijn niet van toepassing is ingeval van faillissement.¹⁴

8 HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 900 (*Abels*). Zie ook: HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 901 (*Knud Wendelboe/Faillissementsboedel L.J. Music ApS*) en HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 902 (*Botzen/RDM BV*).

9 R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 2000, p. 135.

10 *NJ* 1988, 191.

11 Zie M. Holtzer, *SDU Commentaar Arbeidsrecht*, 's-Gravenhage: SDU 2006, art. 7:666 BW, C.1, p. 643.

12 *Kamerstukken II* 1993/1994, 23 438, nr. 3 (MvT), p. 42.

13 Richtlijn 98/50/EG.

14 Zie nader over de gewijzigde richtlijn: M. Holtzer, *Sociaal Recht* 1999-7/8, p. 189-195.

De vraag kan worden gesteld of sprake is van een gemiste kans van het Europese Hof en de Nederlandse wetgever om de surseance van betaling tot een succesvol reorganisatiemiddel te maken. Zeker is dat de surseance van betaling meer bestaansrecht had kunnen krijgen indien de richtlijn in deze procedure niet van toepassing zou zijn. Op dit moment wordt de surseance van betaling voornamelijk beschouwd als voorportaal voor faillissement, waarin de Wet overgang van onderneming nu juist niet geldt. Onder verwijzing naar hetgeen Duk in zijn bijdrage aan dit congres heeft gesteld, namelijk dat bij de beantwoording van de door hem opgeworpen vraag moet worden gekeken naar de maatschappelijke opvatting, zou gesteld kunnen worden dat de maatschappelijke opvatting met betrekking tot overgang van onderneming tijdens surseance van betaling is dat een verkoop van een onderneming binnen een dergelijke procedure meer raakvlakken heeft met een vereffening van het vermogen onder toezicht van een bevoegde rechterlijke instantie¹⁵ dan met een "vrije" verkoop buiten een insolventieprocedure. Het staat de ondernemer namelijk niet vrij zonder medewerking van de door de rechtbank benoemde bewindvoerder over te gaan tot overdracht van de onderneming¹⁶, waarbij de benoemde rechter-commissaris een adviseerende rol speelt.¹⁷ Op basis hiervan hadden Europees Hof, de Europese en de Nederlandse wetgever kunnen besluiten de arbeidsrechtelijke bescherming binnen faillissement en surseance van betaling meer op een lijn te brengen, hetgeen niet is gebeurd.

Anti-misbruikwetgeving

De Richtlijn 1998 is aangepast op 12 maart 2001 (Richtlijn 2001).¹⁸ Voor het onderwerp van deze bijdrage is van belang dat art. 5 lid 4 van Richtlijn 2001 de lidstaten verplicht de nodige maatregelen te nemen om te voorkomen dat de arbeidsrechtelijke bescherming wordt omzeild in geval van overgang van de onderneming na faillissement.

15 Door het Europese Hof in het Abels-arrest (zie noot 6) genoemd als rechtvaardiging voor het niet toepassen van de richtlijn in faillissement.

16 Zie art. 228 lid 1 Fw. In dit artikel is bepaald dat de schuldenaar gedurende de surseance onbevoegd is enige daad van beheer of beschikking betreffende de boedel te verrichten zonder medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerders. Indien de schuldenaar in strijd daarmee gehandeld heeft zijn de bewindvoerders bevoegd alles te doen, wat vereist wordt, om de boedel te dier zake schadeloos te houden.

17 Zie art. 223a Fw. In dit artikel is bepaald dat de rechtbank bij het verlenen van de surseance van betaling een rechter-commissaris kan benoemen, teneinde de bewindvoerders op hun verzoek tot advies te dienen.

18 Richtlijn 2001/23/EG.

De Nederlandse wetgever heeft op twee manieren uitvoering gegeven aan Richtlijn 2001. Ten eerste is op grond van het op 1 juli 2002 ingevoerde art. 13a Fw de opzegging door de curator van de arbeidsovereenkomst onderworpen aan de regels die gelden buiten faillissement, indien de faillietverklaring wordt vernietigd op de grond dat het faillissement is aangevraagd met het oogmerk afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming. Op basis van art. 13 Fw blijven na vernietiging van het faillissement alle door de curator verrichte handelingen geldig met als gevolg dat een vernietiging van het faillissement de reeds ontslagen werknemers voor de invoering van art. 13a Fw niet verder bracht.¹⁹ Ten tweede vangt op grond van het op 1 juli 2002 gewijzigde art. 67 lid 2 Fw de termijn van vijf dagen van beroep tegen de machtiging van de rechter-commissaris aan de curator tot opzegging van de arbeidsovereenkomst aan op de dag dat de werknemer kennis heeft kunnen nemen van die machtiging. Op straffe van vernietigbaarheid wijst de curator de werknemer bij de opzegging op de mogelijkheid van beroep en op de termijn daarvan.²⁰ Gelijktijdig is art. 72 Fw gewijzigd. Het nieuwe tweede lid maakt voor de opzegging van een arbeidsovereenkomst een uitzondering op de regel uit het eerste lid dat het ontbreken van de machtiging van de rechter-commissaris geen invloed heeft op de geldigheid van de door de curator verrichte handeling. Als sanctie geldt hier, naast aansprakelijkheid van de curator jegens de failliet en de desbetreffende werknemer, vernietigbaarheid van de opzegging.²¹

Hoewel art. 7:666 BW bepaalt dat de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers bij overgang van onderneming gedurende faillissement niet geldt zijn in de Faillissementswet zelf hierop enige nuanceringen aangebracht. De arbeidsrechtelijke bescherming in faillissement is nog steeds kleiner dan buiten faillissement. Daardoor bestaat de kans dat de faillissementsprocedure wordt misbruikt om op een goedkope wijze van personeel af te komen en vervolgens de activiteiten in afgeslankte vorm na de doorstart voort te zetten in een andere vennootschap. Los van wat gecodificeerd is zijn ook andere nuanceringen aangebracht, onder andere in recente jurisprudentie. Hierdoor verwordt de eerder zo duidelijke scheidslijn tussen arbeidsrecht en insolventierecht tot een grijs gebied en lijken beide begrippen in een prettigere verhouding tot elkaar te komen staan. Dit roept

19 M.A.L.M. Willems 2006, (*T&C Insolventierecht*), Deventer: Kluwer 2006, art. 13a Fw, aant.1.

20 F. Elskamp, C.M. van der Heijden 2006 (*T&C Insolventierecht*), Deventer: Kluwer 2006, art. 67 Fw, aant. 1 en 9.

21 F. Elskamp, C.M. van der Heijden 2006 (*T&C Insolventierecht*), Deventer: Kluwer 2006, art. 72 Fw, aant. 4.

verschillende vragen op. Namelijk welke voor- en nadelen ondervinden werknemers, ondernemers (doorstarters), andere belanghebbenden en curatoren bij deze verhouding? Die problemen zal ik schetsen aan de hand van een voorbeeld uit mijn praktijk.

Faillissement zwavelzuurfabriek

Om aan te geven hoe lastig het soms ligt voor de curator behandel ik kort het inmiddels opgeheven faillissement van PVS Chemicals Holland B.V.²² Ik werd gebeld door de Rechtbank Amsterdam en aangesteld als curator van een zwavelzuurfabriek, gelegen midden in een woonwijk in Amsterdam Noord. Al voor de eigen aangifte had de verhuurder, tevens voormalig eigenaar, AKZO Nobel ("AKZO"), de rechtbank gewaarschuwd voor het feit dat het om zeer gevaarlijk spul ging. De mensen met verstand van zaken, de werknemers, waren dus onmisbaar. De eerste twee belangen die gediend moesten worden waren dus: zorgen dat zich geen calamiteiten in de fabriek voordoen en zorgen dat het personeel zou blijven doorwerken. Maar dat geeft wel een vervelend gevoel, want duidelijk was dat de werknemers zouden moeten worden ontslagen. Veel werknemers waren meer dan 30 jaar in dienst van (rechtsvoorgangers van) curanda. Zij waren nu afhankelijk van een doorstart of een andere oplossing waardoor zij hun baan konden behouden. En ik was afhankelijk van de loyaliteit van de werknemers. Er moest een vertrouwensrelatie worden opgebouwd tussen de werknemers en de curator, waarbij duidelijk was dat wij sterk afhankelijk van elkaar waren. Tegelijkertijd was duidelijk dat als er na datum faillissement iets mis zou gaan in de fabriek een deel van de Amsterdamse bevolking vergiftigd zou kunnen worden. Er liep op datum faillissement een arbitrageprocedure tegen AKZO. Hierin vorderde curanda ontbinding van de koopovereenkomst van de onderneming. Ik kon daarom niet dadelijk overgaan tot ontslagaanzegging. Immers indien op basis van een uitspraak van de arbiters de gevolgen van de koopovereenkomst ongedaan zouden moeten worden gemaakt zouden alle werknemers van curanda weer in dienst treden bij AKZO. In dat geval was het voor de werknemers van belang dat zij op datum van de ongedaanmakingsverplichtingen nog in dienst van curanda waren. De werknemers konden ook niet zo maar door mij ontslagen worden, want wie hield dan de fabriek op verantwoorde wijze draaiende?

Er waren eigenlijk drie opties. Ten eerste: de fabriek *going concern* verkopen. Dat heeft gezien de te verwachten hogere opbrengst altijd de voorkeur. Ten tweede de fabriek nog enige tijd laten draaien om met de vervaardigde producten

22 Uitspraak faillissement bij vonnis van de Rechtbank Amsterdam d.d. 4 mei 2004 (F04/264). Einde faillissement d.d. 9 december 2005 door het verbindend worden van de uitdelingslijst.

inkomsten te genereren. Ten derde: de fabriek dadelijk stopzetten en de boel liquideren. Aangezien een nieuwe eigenaar dadelijk aanzienlijke investeringen zou moeten plegen (tijdens een fabriekssluiting van enige maanden, waarin geen omzet zou kunnen worden behaald) was de fabriek *going concern* niet te verkopen. Dadelijk stopzetten kon ook niet omdat we dan met 500 ton zware chemicaliën in de fabriek zouden achterblijven en het spul na enige tijd door de buizen heen zou lekken en vervolgens naar buiten zou ontsnappen. Door-/leegproduceren en verkopen van de fabriek was dus de enige optie. Tijdens de zes weken durende productie na faillissement ben ik sterk onder de indruk geraakt van de werknemers, die zonder dat ze zelf ook maar enige zekerheid hadden op behoud van hun werkgelegenheid, zo loyaal de gevaarlijke fabriek op een volstrekt veilige wijze draaiende hebben gehouden.

Misbruik van faillissementsrecht

Wellicht vraagt u zich inmiddels af hoe deze casus nu past in het in deze bijdrage behandelde onderwerp. Men zou in dit geval kunnen denken aan misbruik van faillissementsrecht, hiervoor reeds besproken. Dit onderwerp werd in deze zaak inderdaad aan de orde gesteld. In het eerste overleg met het personeel en de vakbonden stelden zij dat er volgens hen misbruik van faillissementsrecht was. De eigen faillissementsaanvraag zou niets meer zijn dan een truc van de Amerikaanse aandeelhouder van de failliet om op goedkope wijze uit Nederland te kunnen vertrekken na een mislukt avontuur. Zij wisten dat de aandeelhouder had uitgerekend wat het zou kosten om de werknemers buiten faillissement te laten afvloeien en zij wisten ook dat de aandeelhouder niet bereid was deze kosten te maken. Om die reden had zij besloten het eigen faillissement aan te vragen. Onderzocht diende derhalve te worden of er misbruik van faillissementsrecht was geweest waardoor deze zo loyale werknemers nu hun baan zouden verliezen zonder dat zij recht zouden hebben op enige ontslagvergoeding.

De weg van een reorganisatie via een faillissement wordt veelvuldig bewandeld aangezien op grond van art. 7:666 lid 1 BW de activiteiten eenvoudig kunnen worden voortgezet door een andere vennootschap na ontslag van het personeel door de curator en koop van noodzakelijke activa (doorstart). Het Hugo Sinzheimer Instituut ("HSI") heeft in 1996 een eerste onderzoek gedaan naar oneigenlijk gebruik van faillissementen.²³ Door de onderzoekers was vastgesteld dat in ten minste een op de vijf gevallen van doorstarten van een onderneming het beëindi-

²³ R. Knecht (red.), R.M. Beltzer, E.C. Mudde, *Faillissementen en selectief ontslag. Een onderzoek naar 'oneigenlijk gebruik' van de Faillissementswet*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut, 1996.

gen van een conflict of het lozen van personeel een belangrijke overweging was bij de aanvraag van het eigen faillissement. Uit recent onderzoek van het HSI uit 2005²⁴ is gebleken dat de bescherming van werknemers ingeval van faillissement in Nederland aanzienlijk achterblijft ten opzichte van een aantal Europese landen. In circa 43% van de onderzochte faillissementen is sprake van faillissementsfraude of onbehoorlijk bestuur. Bij faillissementen van besloten vennootschappen die opgezet of gebruikt zijn voor benadeling (in 11,5% van de onderzochte dossiers) werden 2400 werknemers de dupe van deze opzet. 3000 werknemers waren in dienst van een bedrijf waar na faillissement sprake bleek te zijn van onregelmatigheden. De onderzoekers constateerden overigens geen stijgende tendens van het aantal frauduleuze faillissementen.

Werknemers hebben na de faillietverklaring van hun werkgever verschillende malen de rechter verzocht te beoordelen of sprake is van misbruik van faillissementsrecht. Misbruik wordt niet snel aangenomen. Het Gerechtshof 's-Gravenhage²⁵ heeft overwogen dat in die zaak de vennootschap haar eigen faillissement had aangevraagd "met het vooropgezette doel afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming van de betrokken werknemers." Dit werd door het hof als misbruik van bevoegdheid beschouwd, hetgeen heeft geleid tot vernietiging van het faillissementvonnis. Belangrijk voor de beoordeling van het hof was dat de vennootschap voor de faillissementsaanvraag had getracht de arbeidsovereenkomsten met enkele werknemers door de kantonrechter te laten ontbinden in welke procedure de kantonrechter om nadere informatie over de economische toestand van de concernvennootschappen had gevraagd. Vervolgens trok de vennootschap de verzoeken in en vroeg enkele dagen later haar eigen faillissement aan. Aangezien art. 13a Fw nog niet was ingevoerd schoten de werknemers niets op met de vernietiging. Wel werd vervolgens de tegen de bestuurder, de heer Ammerlaan, ingestelde vordering tot schadevergoeding van de werknemers op grond van het door het Hof uitgesproken misbruik toegewezen.²⁶

24 R. Knecht, A.M. Beukelman, J.R. Popma, P. van Willigen, I. Zaal, *Fraude en misbruik bij faillissementen: een onderzoek naar hun aard en omvang en de mogelijkheden van bestrijding*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut, 2005.

25 Hof 's-Gravenhage 10 januari 1996, NJ 1997, 76 (*Ammerlaan*).

26 Overige procedures ter zake van misbruik: HR 6 juni 2001, JOR 2001/147 (*IJsselwerf*); HR 29 juni 2001, JOR 2001/169 (*MTW/Vermaat*); HR 28 mei 2004, JOR 2004/216 (*De Boek/Van Gorp*); Hof Den Haag 9 juli 2002, JOR 2002/171 (*Plaid Nederland*); Rb Amsterdam 6 februari 2002, JOR 2002/90 (*Geelen/Toonder Facilitair Holding BV*); Hof Den Haag 26 november 2002, JOR 2003/47 (*M+ Input*); Hof Den Bosch 23 januari 2003, LJN-nr AF3327 (*Armada*); Rb Den Haag 14 mei 2003, JOR 2003/215 (*Info Opleiders/Pinckaers*); Rb Den Haag 3 juni 2004, JOR 2004/217 (*Multi Design*); Hof Leeuwarden 3 juni 2004, LJN-nr. AR2549 (*HRS*). Zie ook voor een overzicht: P.R.W. Schaink, H. Smolders, "Faillissementstrends (3)", *ArbeidsRecht* 2005/1, p. 15-25.

Tevens blijkt uit de Digicolor-zaak²⁷ dat het onder bepaalde omstandigheden mogelijk is voor een werknemer de schade die hij heeft geleden ten gevolge van de vernietiging van het faillissement wegens misbruik te verhalen op de bestuurder van de vennootschap. Schaink en Smolders²⁸ kunnen zich voorstellen dat onder omstandigheden wordt geoordeeld dat een moedervernootschap niet had mogen besluiten over te gaan tot eigen aangifte van faillietverklaring door de dochter, en dat zij voor de gevolgen daarvan jegens de werknemers aansprakelijk is. Volgens hen is daarvoor, naar analogie van de jurisprudentie ter zake van de doorbraak van de aansprakelijkheid van aandeelhouders voor schulden van hun dochters, noodzakelijk dat de moeder zich actief bemoeide met het beleid van de dochter, met andere woorden dat zij een actieve rol heeft gespeeld in de misbruikactie (in casu de eigen aangifte). Ik teken daarbij aan dat het besluit tot eigen aangifte van het faillissement wordt genomen door de aandeelhouders²⁹ zodat zij immer een actieve (en beslissende) rol hebben gespeeld rond de aanvraag van het faillissement. Derhalve zal mijns inziens voor de beantwoording van de vraag of de aandeelhouders ter zake van de faillissementsaanvraag jegens crediteuren aansprakelijk zijn onderzocht moeten worden of de aandeelhouders het er, op een jegens de crediteuren en de vennootschap onrechtmatige wijze, toe hebben geleid dat het faillissement onafwendbaar is geworden.

Holtzer³⁰ heeft uit de misbruikjurisprudentie het beslismodel voor de rechter als volgt beschreven:

1. de rechtbank zal eerst hebben na te gaan of de vennootschap verkeert in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen;
2. eerst indien er sprake is van een toestand dient de vraag naar misbruik te worden beantwoord. De volgende omstandigheden spelen een rol bij de beoordeling:
 - pogingen van een ondernemer om het faillissement nog af te wenden, of werkgelegenheid voor andere werknemers te behouden vormen een indicatie van de goede trouw van de ondernemer bij de aanvraag van het faillissement.
 - het handelen of nalaten van een moedervernootschap wordt slechts in uitzonderlijke situaties aangenomen en het intrekken van kredietfaciliteiten en/of het stopzetten van betalingen aan een verlieslatende dochter wordt toelaatbaar geacht.

27 HR 28 mei 2004, *JOR* 2004/216 (*Digicolor*, ook wel: De Boek/Van Gorp).

28 P.W.R. Schaink, H. Smolders, "Faillissementstrends (3)", *ArbeidsRecht* 2005/1, p. 24.

29 Art. 2:246 BW bepaalt namelijk dat, tenzij bij de statuten anders is bepaald, het bestuur zonder opdracht der algemene vergadering van aandeelhouders niet bevoegd is aangifte te doen tot faillietverklaring van de vennootschap.

30 M. Holtzer, *SDU Commentaar Arbeidsrecht*, 's-Gravenhage: SDU 2006, art. 666 BW, C.3.2.3, p. 641.

In de paar uitspraken van de Hoge Raad waarin misbruik werd aangenomen ging het steeds om een werknemer die na het mislukken van een beëindigingsprocedure alsnog via een faillissement goedkoop geloozd werd. Ook het tijdsverloop tussen de mislukte beëindigingsprocedure en de aanvraag van het eigen faillissement is relevant bij de beoordeling. Met Faber³¹ ben ik van mening dat terughoudendheid moet worden betracht bij het aanmerken van een eigen aangifte tot misbruik van bevoegdheid. De schuldenaar die zijn faillissement heeft weten te bewerkstelligen heeft daarmee immers nog niet de doeleinden verwezenlijkt die hem tot de faillissementsaanvraag hebben gebracht en het is nog maar de vraag of die doeleinden ook zullen kunnen worden verwezenlijkt. Slechts in exceptionele gevallen, indien met de faillietverklaring geen enkel te respecteren belang wordt nagestreefd en geen enkel belang met de faillietverklaring wordt gediend, dient de door de schuldenaar gedane aanvraag tot faillietverklaring wegens misbruik van bevoegdheid (of wegens gebrek aan belang) te worden afgewezen. Loesberg³² hanteert als maatstaf dat sprake is van misbruik van faillissementsrecht als ook zonder het faillissement gereorganiseerd had kunnen worden en aannemelijk is dat voor het faillissement is gekozen om 'goedkoop' van werknemers af te komen.

Het is de vraag of de huidige stand van jurisprudentie werknemers voldoende bescherming bij misbruik biedt. Gelet op de beperkte gevallen waarin misbruik door de rechter is vastgesteld lijkt het moeilijk voor werknemers tegen misbruik beschermd te worden. Aan de andere kant kan gesteld worden dat indien een toestand van faillissement bestaat, en het effect voor de schuldenaar is dat hij na faillissement gemakkelijker door kan met minder personeel, het mogelijk moet zijn eigen faillissement aan te vragen. Een betere bescherming van werknemers zal anders ongetwijfeld ten koste gaan van het reorganiserend vermogen van het faillissement. Indien daardoor de mogelijkheid van een doorstart wordt aangetast leidt dit vervolgens tot een verslechtering van de werkgelegenheid, die immers bij een doorstart deels behouden zal kunnen blijven. In dit verband wijs ik op het promotieonderzoek van Luttikhuis.³³ Luttikhuis is na uitvoerig onderzoek tot de conclusie gekomen dat in de faillissementsprocedure nauwelijks sprake is van behoud van onderneming. Door middel van een doorstart blijft slechts 6,3% van de ondernemingen behouden. Luttikhuis heeft de faillissementsdossiers van alle

31 N.E.D. Faber, "Misbruik van bevoegdheid tot aanvragen van eigen faillissement", *NbbW* maart 1996, p. 29.

32 E. Loesberg, *Tijdschrift voor Ondernemingsrechtpraktijk*, nummer 1, januari 2007, p. 30.

33 A.P.K. Luttikhuis, *Corporate recovery, de weg naar effectief insolventierecht*, diss. UvT 2007.

4.167 in 2004 beëindigde faillissementen van bedrijven onderzocht. Bij de weinige bedrijven die een doorstart maken behoudt meer dan de helft van de werknemers zijn baan (55,4%). Volgens Luttikhuis is dan ook nauwelijks sprake van misbruik van faillissementsrecht met het oog op omzeiling van het arbeidsrecht. Integendeel, het arbeidsrecht kan juist faillissementen veroorzaken en belemmert de reorganisatie in de fase voor het faillissement, aldus Luttikhuis.

Ik keer terug naar het faillissement van de zwavelzuurfabriek. Hoewel door de aandeelhouder was onderzocht welke kosten gemoeid waren met de afvloeiing van het personeel en de aandeelhouder vervolgens had besloten tot een eigen faillissementsaanvraag, was er op basis van de hiervoor besproken maatstaf geen sprake van misbruik van faillissementsrecht. De aandeelhouder had reeds aanzienlijke bedragen geïnvesteerd in de van meet af aan verlieslatende onderneming van curanda. Zij kon niet gedwongen worden te blijven investeren in curanda. Er was derhalve sprake van een toestand van te hebben opgehouden te betalen zodat verdere vragen niet behoefden te worden beantwoord. Dit is natuurlijk wel zeer onbevredigend voor de loyale werknemers. Uiteindelijk heb ik de fabriek terug kunnen verkopen aan een dochter van AKZO, die zich daarbij ook verplichtte tot het slopen van de fabriek en het afvoeren van de chemicaliën. Voorts heeft de koper zich tegenover het (oude AKZO) personeel verplicht tot bemiddeling middels outplacement, teneinde deze personeelsleden zo mogelijk in een passende functie te plaatsen. Ook nam de koper de (aanzienlijke) verplichtingen van curanda over die jegens de provincie gelden ingeval van bedrijfsbeëindiging. De voormalige werknemers hadden er op datum overdracht voor zorg gedragen dat vrijwel alle zwavelzuur was uitgeleverd (boedelinkomsten) en de fabriek op een paar ton na leeg was. Na afgifte van de sleutels heeft de koper voor verdere, veilige, ontmanteling zorggedragen.

Vernietiging faillissement en de gevolgen voor de doorstarter

We hebben hiervoor gesproken over vernietiging van het faillissement op grond van misbruik. We gaan nu een stap verder. Wat zijn de rechtsgevolgen van de vernietiging van het faillissement voor het door de curator ontslagen personeel dat niet door de doorstarter in dienst is genomen? Treden zij na vernietiging van het faillissement van rechtswege in dienst van de doorstarter of treden zij weer in dienst van de inmiddels niet meer failliete vennootschap? Deze vraag is nog niet beantwoord door de Hoge Raad.

Een mogelijk antwoord is te vinden in de wetsgeschiedenis. In de memorie van toelichting bij art. 13a Fw³⁴ heeft de minister erop gewezen dat als gevolg van art. 13 Fw na vernietiging de overgang van de onderneming in stand blijft. Aan gezien er met terugwerkende kracht geen faillissement is geweest doet de situatie van art. 7:666 lid 1 BW zich volgens de minister niet voor. Afdeling 8 van Titel 7.10 is derhalve in deze situatie van toepassing. De ontslagen werknemers kunnen zich jegens de voormalige failliet beroepen op de vernietigbaarheid van het ontslag, omdat de curator zonder ontslagvergunning heeft opgezegd. Waarschijnlijk zal het ontslag ook vernietigbaar zijn omdat sprake zal zijn van ontslag wegens overgang van onderneming.³⁵ Indien de Hoge Raad of het Europese Hof zich ooit zullen moeten buigen over deze vraag zal, mede op basis van de wetsgeschiedenis van art. 13a Fw, naar mijn mening inderdaad overwogen moeten worden dat deze werknemers van rechtswege in dienst zijn getreden bij de doorstarter. De literatuur is overigens verdeeld over het antwoord op deze vraag.³⁶

Wat zijn de consequenties van het vorenstaande voor de doorstarter? Hij wil dikwijls dadelijk na faillissement doorstarten omdat de klanten anders al andere leveranciers of de werknemers anders al nieuwe banen hebben gevonden. Er zal dus vaak doorgestart (moeten) worden binnen de verzettermijn van acht dagen.³⁷ Dit betekent dat hij in dat geval bij het opstellen van de doorstartovereenkomst zichzelf zal moeten beschermen tegen de gevolgen van een eventuele vernietiging. Een oplossing voor zijn onzekerheid gedurende de verzettermijn kan worden gevonden in het sluiten van de koopovereenkomst onder de ontbindende voorwaarde dat het faillissement wordt vernietigd.³⁸

34 *Kamerstukken II* 2000/2001, 27469, nr. 3, p. 17.

35 Zie: E. Loesberg, *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk*, nr. 1, januari 2007, p. 30.

36 Geen bescherming/overgang: E. Loesberg, *JOR Plus* 2002 p. 58-59 en "Faillissements-trends (2); een reactie", *ArbeidsRecht* 2002, 56, p. 33; M.E.L. Fikkers, "Faillissement van tafel, ontslag door de curator ook?", *Sociaal Recht* 2003/4, 28, p. 123. Wel bescherming en dus overgang: J.M. van Slooten, G.J.J. Heerma van Voss, "Kroniek van het Sociaal Recht", *NJB* 2002, 31 en F.M.J. Verstijlen, "Van misbruik van faillissementsrecht en hoe dit te bestrijden", *NJB* 2004, 18, p. 945.

37 Zie art. 10 lid 1 Fw.

38 Zie: E. Loesberg, *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk*, nr. 1, januari 2007, p. 30 en W.J.B. van Nielen en S.E. Bartels, Kroniek van 5 jaar insolventierecht, *NTBR* 2006, p. 177-190.

Anciënniteit

Stel dat het faillissement na de doorstart niet wordt vernietigd. Hoewel de Wet overgang van onderneming niet geldt ingeval van faillissement en derhalve rechten en verplichtingen niet automatisch overgaan op de verkrijger, komen de gevolgen van de wet ook bij de beantwoording van de vraag naar behoud van anciënniteit bij de doorstarter om de hoek kijken.

De hoogte van de ontbindingsvergoeding is op grond van de huidige kantonrechtर्सformule, onder meer, afhankelijk van de duur van het dienstverband (factor a). In beginsel zou, als de opvolgende rechtspersoon werknemers die zij na faillissement in dienst heeft genomen alsnog zou moeten ontslaan, alleen de lengte van het dienstverband bij de opvolgende rechtspersoon in aanmerking genomen moeten worden. De bescherming van de werknemers bij overgang van onderneming geldt namelijk niet. Bij vrijwel elke doorstartonderhandeling die ik als curator heb gevoerd stelde de potentiële doorstarter de vraag aan de orde of bij een latere beëindiging de anciënniteit van de in dienst genomen werknemers behouden blijft of dat slechts de dienstjaren bij de doorstarter mede bepalend zijn voor de hoogte van de ontslagvergoeding. Er bestaan verschillende uitspraken van kantonrechtर्स waarin na overgang vanuit faillissement het voorgaande dienstverband wel degelijk is betrokken bij de vaststelling van de hoogte van de ontbindingsvergoeding en wel op grond van de vaststelling dat de nieuwe werkgever als opvolgend werkgever ten opzichte van de voorgaande, gefailleerde, werkgever beschouwd moest worden.³⁹

Op basis van de hiervoor genoemde jurisprudentie zou de vraag gesteld kunnen worden of deze vergelijkbare toepassing van het leerstuk van opvolgend werkgeverschap niet strijdig is met de uitzondering van faillissement voor de bescherming van de werknemer bij overgang van onderneming. Zou niet gesteld kunnen worden dat het systeem van de Wet overgang van onderneming met zich brengt dat voorkomen wordt dat een doorstarter na faillissement geconfronteerd wordt met de anciënniteit van de overgenomen werknemers? Indien meer kantonrechtर्स de anciënniteit opgebouwd bij de failliet mee zullen wegen bij de toekenning van de ontslagvergoeding zal dit tot gevolg hebben dat een doorstarter bij de keuze van het personeel van de failliet, zo mogelijk, slechts de werknemers met de kortste dienstverbanden in dienst zal nemen. In het geval van de besproken zwavelzuurfabriek zou een doorstart in verband met de zeer lange dienstverbanden

³⁹ J.L.A. Nicolai, "Overgang van onderneming en faillissement: haken en ogen", *Ondernemingsrecht* 2005-9, p. 310.

den reeds om die reden zeer moeilijk zijn geworden. Deze opvatting in de rechtspraak werkt in geval van doorstart na faillissement discriminatoir ten opzichte van oudere werknemers. Zij maken namelijk minder kans in dienst te kunnen treden bij een doorstarter en zullen bij faillissement van hun werkgever eerder hun baan blijvend verliezen. Dit is een voorbeeld van een door de kantonrechter bedoelde bescherming die er in de praktijk toe leidt dat een bepaalde groep, voor wie de bescherming nu juist bedoeld was, niet meer zal worden beschermd. Ter voorkoming van deze ongewenste gevolgen zal de wetgever expliciet moeten bepalen dat er geen behoud van anciënniteit zal zijn ingeval van een doorstart na faillissement.

Toepasselijkheid 7:668a BW bij doorstart

In het verlengde van hetgeen hiervoor is besproken wijs ik op het inmiddels in de literatuur veel besproken arrest van de Hoge Raad van 14 juli 2006.⁴⁰ Art. 7:668a lid 1 BW bepaalt dat na een aantal contracten (3) en/of verloop van een bepaalde tijd (36 maanden) de reeks van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd van rechtswege wordt geconverteerd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Ingeval van faillissement, ontslag door de curator en voortzetting van de activiteiten door de doorstarter speelde dit artikel in het verleden geen rol. De Wet overgang van onderneming geldt niet en de doorstarter kiest de werknemers met wie hij door wil. Hij biedt ze een overeenkomst aan die hem passend voorkomt. Meestal zal dit een overeenkomst voor bepaalde tijd zijn, soms – overigens slechts indien niet gesproken kan worden van een doorstarter die betrokken was bij de failliete onderneming – tevens met een proeftijd. Aldus verkeert hij in de veronderstelling dat wordt begonnen met een eerste overeenkomst in de reeks zoals genoemd in art. 7:668a lid 1 BW.

In zijn arrest heeft de Hoge Raad een antwoord gegeven op de vraag of art. 7:668a lid 2 BW van toepassing is nadat de arbeidsovereenkomst na rechtsgeldige opzegging wegens faillissement wordt voortgezet door de verkrijger. De Hoge Raad meent dat dit het geval is. Derhalve dient de doorstarter rekening te houden met het aantal overeenkomsten voor bepaalde tijd die door de failliete onderneming met de door hem over te nemen werknemer zijn gesloten, dan wel met de lengte van zijn dienstverband. Logisch gevolg van deze uitspraak is, gelijk hiervoor reeds werd opgemerkt bij de vraag of de anciënniteit wordt behouden na de doorstart, dat de doorstarter bij het uitkiezen van het personeel rekening zal houden met het arbeidsverleden van zijn potentiële nieuwe werknemer. Ook hier zal hij kiezen voor de “jongsten” in anciënniteit hetgeen ten koste gaat van de

40 HR 14 juli 2006, *NJ* 2007,101 (*Boekenvoordeel/Isik*), m.nt. E. Verhulp.

door art. 7:668a BW nu juist beschermde belangen van de oudere werknemers. Het verdient aanbeveling ook op dit punt te bezien of een wettelijke bepaling kan worden ingevoerd die deze gevolgen voor oudere werknemers kan wegnemen zodat zij een eerlijke kans behouden na faillissement in dienst te kunnen treden van de doorstarter.

Commissie Insolventierecht

Ik had beloofd af te sluiten met een bespreking van toekomstige ontwikkelingen van het insolventierecht. Het is interessant te kijken hoe de Commissie Insolventierecht vindt dat de wetgever in de toekomst om zal dienen te gaan met de verhouding die is opgebloeid tussen het arbeidsrecht en het insolventierecht.

De eind 2002 ingestelde Adviescommissie Insolventierecht (hierna: "Commissie Kortmann")⁴¹ heeft op 1 november 2007 het langverwachte Voorontwerp Insolventiewet (hierna: "voorontwerp") aan de minister van Justitie gezonden.⁴²

Unitaire procedure

Daar waar de huidige Faillissementswet nog drie verschillende procedures voor schuldenaren die in financiële moeilijkheden verkeren kent (faillissement, surseance van betaling en schuldsaneringsregeling natuurlijke personen), worden deze in het voorontwerp samengevoegd tot een unitaire insolventieprocedure. Hiermee wordt een doelmatige en flexibele afwikkeling van insolventies bevorderd. De persoon die de insolventieprocedure afwikkelt wordt aangeduid met de naam bewindvoerder. De term (faillissements)curator zal dan ook in de toekomst verdwijnen.

Doelstelling

In de Toelichting voorontwerp Insolventiewet (hierna: "toelichting") is aangegeven dat de insolventieprocedure strekt tot tegeldemaking van het gehele vermo-

⁴¹ De Commissie Insolventierecht is een tijdelijk adviescollege in de zin van art. 5 van de Kaderwet adviescolleges. Zij staat onder voorzitterschap van Prof. mr. S.C.J.J. Kortmann en heeft als taak te adviseren over wetgeving op het terrein van het insolventierecht.

⁴² Het Voorontwerp Insolventiewet is te raadplegen via de navolgende link: http://www.justitie.nl/images/VoorontwerpInsolventiewet_tcm34-87549.pdf. Zie ook: *Geschiedenis van de faillissementswet. Voorontwerp Insolventiewet*, onder redactie van Prof. mr. S.C.J.J. Kortmann en Prof. mr. N.E.D. Faber, Deventer: Kluwer 2007.

gen van de schuldenaar en verdeling van de opbrengst onder de gezamenlijke schuldeisers of tot sanering van de schulden van de schuldenaar.⁴³ Na kennisneming van de beschrijving van de doelstelling en de reikwijdte van het insolventierecht kan worden gezien op welke wijze het voorontwerp voorstelt dat moet worden omgegaan met de bescherming van de belangen van werknemers. In de toelichting is ten aanzien van doelstelling en reikwijdte van het insolventierecht het navolgende opgenomen:

“Evenals in de Faillissementswet staat in de Insolventiewet de behartiging van de verhaalsbelangen van de gezamenlijke schuldeisers voorop. (...) Dat het belang van de schuldeisers voorop wordt gesteld, houdt geen principiële keuze in voor liquidatie van het vermogen van de schuldenaar boven reorganisatie van de schuldenpositie van de schuldenaar. Waar dat vanuit economisch oogpunt mogelijk en wenselijk is, dient het insolventierecht ruimte te bieden voor reorganisatie. Deze kan plaatsvinden door het reduceren van de schulden van de rechtspersoon, waarbij de rechtspersoon voortbestaat, of door de onderneming of delen daarvan over te dragen, waarbij de rechtspersoon wordt geliquideerd. Een combinatie van deze twee mogelijkheden is eveneens denkbaar. Een reorganisatie dient evenwel niet ten koste te gaan van de belangen van het collectief van de schuldeisers. Een reorganisatie is bezwaarlijk te rechtvaardigen indien daarbij de gezamenlijke schuldeisers in betekenende mate minder ontvangen dan in geval van liquidatie. Dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers voorop dient te staan, betekent evenmin dat geen rekening mag worden gehouden met andere belangen, zoals de belangen van de schuldenaar of belangen van maatschappelijke aard, zoals werkgelegenheid en milieu. Dergelijke belangen kunnen onder omstandigheden prevaleren boven het belang van bepaalde individuele schuldeisers. Zij gaan niet voor het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Dit is in overeenstemming met de geldende jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt (HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 (Sigmacom II); HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 (Macclou); HR 19 december 2003, NJ 2004, 293 (curatoren Mobell/Interplan)).

Niet alleen het belang van de schuldeisers, maar ook het algemeen belang vereist dat het insolventierecht is gericht op maximalisatie van de waarde van de boedel ongeacht de wijze waarop dat in een concreet geval het beste kan worden gerealiseerd- en dat wordt voorzien in een tijdige en efficiënte afwikkeling van de insolventie. Veelal zal dit eveneens in het belang van de schuldenaar zijn. In de gevallen waarin de reorganisatie van de onderneming van de schuldenaar vanuit economisch oogpunt mogelijk en wenselijk is – hetzij in de vorm van sanering

43 Toelichting onder 7, p. 5 (t).

van de schuldenpositie van de schuldenaar door middel van een akkoord (in of buiten insolventie), hetzij in de vorm van reorganisatie van de onderneming door middel van overdracht van (delen van) de onderneming aan een derde –, dient voortijdige ontmanteling van de onderneming van de schuldenaar te worden voorkomen. De wet dient derhalve meer dan thans het geval instrumenten te bieden voor de reorganisatie van een onderneming of een deel daarvan, voor zover deze mogelijk en economisch verantwoord is zonder nadeel van betekenis voor de gezamenlijke schuldeisers.”

De voorgestelde unitaire insolventieprocedure verschilt qua karakter zowel van het faillissement als de surseance van betaling. De insolventieprocedure omvat immers zowel de continuïteits- als de liquidatiefunctie. Het is de na de opening benoemde bewindvoerder die onderzoekt op welke wijze de belangen van de schuldeisers optimaal kunnen worden behartigd en of, in geval van een onderneming, continuïteit van het geheel of een deel daarvan mogelijk is.

Bescherming werknemers na insolventverklaring

Voor het onderwerp van deze bijdrage is van belang te onderzoeken op welke wijze de Commissie Kortmann de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers na opening van de insolventieprocedure heeft voorgesteld. Daar waar art. 40 Fw de gevolgen van een uitgesproken faillissement voor het bestaan van de arbeidsovereenkomst bepaalt, wordt in art. 3.4.3 van het voorontwerp het navolgende systeem voorgesteld:

- “1. Tijdens de insolventie van de werkgever kan de arbeidsovereenkomst worden beëindigd op dezelfde wijze als vóór de insolventverklaring, met dien verstande dat de werknemer de arbeidsovereenkomst wegens een tekortkoming in de nakoming door de werkgever in afwijking van art. 686 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek ook kan ontbinden door een buitengerechtelijke verklaring.
2. De werknemer heeft geen aanspraak op schadevergoeding als bedoeld in art. 681 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek op de enkele grond dat de opzegging verband houdt met de insolventverklaring.(...)”

Met deze bepaling wordt dus afscheid genomen van het huidige systeem waarin de regels voor opzegging van arbeidsovereenkomsten na faillissement duidelijk verschillen van de regels voor opzegging buiten faillissement.

Het derde lid bepaalt dat het algemene artikel dat de gevolgen van insolventverklaring regelt voor wederkerige overeenkomsten (art. 3.4.1) niet van toepassing is ingeval van een arbeidsovereenkomst.⁴⁴

Uit art. 3.4.3 voorontwerp kunnen de navolgende conclusies worden getrokken voor de positie van werknemers na insolventverklaring van hun werkgever.

- 1 De aanspraak van de werknemers op loon na de insolventverklaring is in het voorontwerp niet zonder meer een boedelvordering. Alleen indien de werknemer daadwerkelijk arbeid verricht ten behoeve van de boedel/bewindvoerder ontstaat een aanspraak op de boedel.⁴⁵ Voor het overige heeft de werknemer slechts een insolventievordering, te vergelijken met de huidige concurrente vordering. De overname van de verplichtingen door het UWV⁴⁶ wordt gehandhaafd. Hierbij is van belang dat de wijziging van de aard van de vordering van de werknemer wel consequenties heeft voor de regresvordering van het UWV. Die heeft, anders dan onder het huidige recht, geen hoge preferentie meer.⁴⁷
- 2 De ontslagregels in insolventie dienen zoveel mogelijk gelijk te zijn aan die buiten insolventie. De Commissie Kortmann hoopt daarmee strategisch gedrag dat aanstuurt op een insolventie om ontslag te vergemakkelijken, tegen te gaan.⁴⁸ Deze gelijkschakeling betekent op basis van de huidige opzeggingstermijnen buiten faillissement een verlenging. Aangezien de loonvordering over de opzeggingstermijn door het voorontwerp wordt aangemerkt als een insolventievordering (en niet een boedelvordering), levert de langere termijn waarover loon aan de werknemer verschuldigd is, voor de boedel per saldo geen financiële problemen op. Voor zover de starre ontslagregeling in Nederland belemmerend werkt voor de economie, moet dat worden opgelost in het arbeidsrecht en niet in het insolventierecht, aldus de Commissie Kortmann.⁴⁹ De keuze van het voorontwerp sluit aldus aan bij de maatschappelijke discussie die momenteel in Nederland gaande is met het oog op flexibilisering van het ontslagrecht.

44 Zonder uitsluiting van art. 3.4.1 voorontwerp zou de werknemer op grond van dat artikel aan de bewindvoerder van zijn insolvent verklaarde werkgever om gestanddoening van de arbeidsovereenkomst kunnen vragen. Dat zou dan leiden tot verlies van het recht om gebruik te maken van de arbeid van de werknemer, indien de bewindvoerder niet (tijdig) reageert op dat verzoek of daarvoor geen zekerheid stelt.

45 Zie art. 5.1.1 lid 2 onder f voorontwerp.

46 Op grond van art. 61 e.v. Werkloosheidswet.

47 Toelichting art. 3.4.3, p. 67 (t), onder b.

48 Waarmee de hiervoor besproken jurisprudentie omtrent misbruik van faillissementsrecht minder relevant zal worden.

49 Toelichting art. 3.4.3, p. 67 (t), onder c.

- 3 Ten gevolge van de gelijkschakeling van het ontslagrecht in en buiten insolventie verliest de werknemer door de insolventverklaring in beginsel geen aanspraken jegens de insolvente werkgever, die hem buiten insolventie toekwamen. Onder het huidige recht kan dit wel het geval zijn na een opzegging op grond van art. 40 Fw.⁵⁰ In het voorontwerp worden alle werknemers in financiële zin op dezelfde wijze behandeld, ongeacht door wie ze ontslagen zijn, vóór de insolventverklaring door de schuldenaar of nadien door de bewindvoerder. Doordat werknemers hun volledige vordering uit hoofde van overeengekomen of door de rechter toegekende (schade)vergoedingen kunnen indienen, leent de voorgestelde regeling zich minder voor misbruik in de vorm van georkestreerde liquidaties. Indien de boedel in staat is alle schuldeisers te voldoen, krijgen de door de bewindvoerder ontslagen werknemers het volle bedrag waarop zij krachtens de overeenkomst of rechterlijke beslissing aanspraak kunnen maken. Pas nadat alle schuldeisers, waaronder de werknemers, zijn voldaan, wordt een eventueel surplus aan de aandeelhouders uitgekeerd.⁵¹
- 4 Krachtens de regeling van het voorontwerp hebben zowel de werknemer als de bewindvoerder meerdere mogelijkheden tot (eenzijdige) beëindiging van de arbeidsovereenkomst te komen. De werknemer kan kiezen tussen opzegging (met inachtneming van de daarvoor geldende overeengekomen of wettelijke termijnen) en ontbinding op grond van art. 6:265 BW (wanneer de werkgever in verzuim is). De ontbinding kan volgens het voorontwerp tevens buitengerechtelijk worden bewerkstelligd. De door de niet-nakoming veroorzaakte schade kan de werknemer als concurrente insolventievordering indienen.⁵² Art. 3.4.3 lid 1 voorontwerp ziet niet op de ontbinding door de kantonrechter op de voet van art. 7:685 BW.

De bewindvoerder kan eveneens kiezen tussen opzegging en ontbinding. Ook voor hem gelden bij de opzegging (waarvoor hij, ingevolge art. 4.2.3b lid 1 sub b voorontwerp, toestemming van de rechter-commissaris behoeft) de voor de schuldenaar geldende (overeengekomen of wettelijke) termijnen.⁵³ Indien deze langer zijn dan de thans in art. 40 lid 1 Fw opgenomen zeswekentermijn

50 Zie bijvoorbeeld: HR 12 januari 1990, *NJ* 1990, 662 (Van der Kooi/Curatoren Van Gelder Papier), in welke zaak de werknemer die tijdens faillissement werd ontslagen genoeg moest nemen met enkel het loon over de korte opzegtermijn, terwijl degenen die vlak voor het faillissement waren ontslagen aanspraak konden maken op de veel gunstigere regeling uit het sociaal plan.

51 Toelichting art. 3.4.3, p. 67 (t), onder d.

52 Art. 5.2.1 lid 1 onder b voorontwerp.

53 Toelichting art. 3.4.3, p. 67-68 (t), onder d.

is dit voor de bewindvoerder geen probleem omdat het loon over de opzegtermijn in het voorontwerp zich niet kwalificeert als boedelvordering. De werknemer zal geen nadeel hiervan ondervinden zolang het UWV op basis van de Loongarantieregeling de werknemer tegemoetkomt. Integendeel, door uit te gaan van de opzegtermijn die geldt buiten insolventie wordt de – door de invoering van de Wet flexibiliteit en zekerheid⁵⁴ veroorzaakte – ontkoppeling van de artikelen 40 Fw en 7:672 BW ongedaan gemaakt. De opzegverboden van de artikelen 6:670 en 670a BW en het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) zijn, evenals thans het geval is, niet van toepassing tijdens de insolventie.

Overgang van onderneming en het voorontwerp

Op basis van het voorontwerp dient de bewindvoerder die de arbeidsovereenkomst met een of meer werknemers wil beëindigen in beginsel de regels van het normale ontslagrecht (buiten insolventie) in acht te nemen. De toestemming van de rechter-commissaris ex art. 4.2.3b lid 1 sub b voorontwerp vervangt de op grond van art. 6 BBA bij opzegging vereiste toezegging van de CWI. De rechter-commissaris heeft in de praktijk bij zijn afweging omtrent het verlenen van die toestemming doorgaans nauwelijks speelruimte, omdat er geen geld is de werknemers in dienst te houden. Wel kan er voor hem een rol zijn weggelegd bij de beoordeling van de gehanteerde criteria en voorwaarden wanneer een deel van het personeel overgaat naar een andere rechtspersoon, indien deze de onderneming (in afgeslankte vorm) continueert.⁵⁵

Op welke wijze wordt in het voorontwerp omgegaan met de thans geldende uitzondering van de bescherming van de werknemers in faillissement? De Commissie Kortmann overweegt in de toelichting dat ook in het systeem van het voorontwerp, dat zoals gezegd een unitaire insolventieprocedure inhoudt, de artikelen 7:662 e.v. BW niet van toepassing zijn, indien een doorstart wordt gemaakt via een activa-transactie.⁵⁶ In dat geval wordt het vermogen van de schuldenaar geliquideerd, evenals onder het huidige recht in geval van faillissement. De toelichting verwijst naar art. 5 lid 1 Richtlijn 2001. Ter bestendiging van de huidige praktijk van het buiten toepassing houden van de regels voor overgang van ondernemingen vanuit faillissement, dient art. 7:666 BW ter gelegenheid van de invoering van de in het voorontwerp voorgestelde regeling naar de mening van

⁵⁴ *Stb.* 1998, 300.

⁵⁵ Toelichting art. 3.4.3, p. 68 (t), ten aanzien van lid 2.

⁵⁶ Toelichting art. 3.4.3, p. 68-69 (t), ten aanzien van lid 2.

de Commissie Kortmann als volgt te worden gewijzigd: "De artikelen 662 tot en met 665 en artikel 670 lid 8 zijn niet van toepassing op de overdracht van de onderneming door de bewindvoerder in het kader van de liquidatie van het vermogen van een insolvent verklaarde werkgever."⁵⁷

Gelet op het vorenstaande deelt de insolventieprocedure die gericht is op reorganisatie het lot van de huidige surseance van betaling, aangezien in een dergelijk geval de artikelen 7:662 tot en met 665 en art. 670 lid 8 BW wel van toepassing zijn. Gelet op de huidige tekst van de Richtlijn kan een andere regeling, te weten een regeling waarbij genoemde artikelen ook in een insolventieprocedure gericht op reorganisatie niet van toepassing zouden zijn, niet in Nederland worden ingevoerd zonder wijziging van de Richtlijn 2001, danwel een nieuwe uitspraak van het Europese Hof in deze zin.

Conclusie

De door de Richtlijn 2001 beoogde bescherming bij overgang onderneming geldt niet ingeval van faillissement. Dit heeft ertoe geleid dat het faillissement veelvuldig succesvol wordt gebruikt bij de reorganisatie van een in zwaar weer verkerende onderneming. In de jurisprudentie zijn (slechts) enkele gevallen bekend waarin de rechter heeft geoordeeld dat sprake is van misbruik van faillissementsrecht, aangezien de aanvraag voor de aanvrager slechts ten doel had onder de normale arbeidsrechtelijke bescherming uit te komen. Een dergelijk misbruik kan tevens leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid. Voorts is op grond van de Richtlijn 2001 een aantal wijzigingen aangebracht in de Faillissementswet, ten einde misbruik te voorkomen.

Hoewel de Richtlijn 2001 niet geldt in faillissement genieten werknemers soms een gelijkwaardige bescherming. Dit kan het geval zijn bij de bepaling van de anciënniteit bij ontslag na doorstart na faillissement en bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De wetgever dient faillissement uit te zonderen bij de bepaling van de anciënniteit bij ontslag na doorstart en bij art. 7:668a lid 2 BW, zulks ter bescherming van

⁵⁷ Zie over de arbeidsrechtelijke gevolgen van het voorontwerp verder: R.M. Beltzer en I. Zaal, "Het voorontwerp Insolventiewet en het belang van de factor arbeid, *SMA*, 2008, p. 187-197; A.T.J.M. Jacobs, "De werknemersbelangen bij insolventie van de werkgever", in: *Het voorontwerp Insolventiewet nader beschouwd*, onder redactie van: J.A. van de Hel, M.C.A. van den Nieuwenhuijzen, J.H. Verdonchot, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008 en P.R.W. Schaink, "De positie van werknemers in het voorontwerp Insolventiewet: nog niet perfect geregeld, *TvI* 2008, 18, p. 118-127.

oudere werknemers. Een dergelijke wetswijziging past binnen de doelstelling van het kabinet en de in arbeidsrechtelijk Nederland heersende opvatting. Zeker nu de Commissie Kortmann pleit voor gelijkstelling van het arbeidsrecht binnen en buiten insolventie, met instandhouding van art. 7:666 lid 1 BW voor overdracht van de onderneming in het kader van de liquidatie van het vermogen van een insolvent verklaarde werkgever. Dit past tevens binnen de doelstelling van het voorontwerp dat immers het reorganiserend vermogen van ondernemingen wenst te bevorderen. Een wettelijke bepaling inhoudende dat de anciënniteit bij ontslag door de doorstart na faillissement (in de toekomst: na insolventverklaring) niet meetelt bij de bepaling van de ontslagvergoeding en een uitsluiting van art. 7:668a lid 2 BW ingeval van faillissement (in de toekomst: insolventverklaring) is dan ook geheel in overeenstemming met de in het voorontwerp beschreven doelstelling van het insolventierecht. Het belang van de gezamenlijke schuldeisers dient immers voorop te staan en het insolventierecht dient, meer dan thans het geval is, gericht te zijn op de maximalisatie van de waarde van de boedel en meer een middel tot reorganisatie te zijn. Indien de in deze bijdrage gesignaleerde ontwikkeling van de huidige jurisprudentie op de hiervoor genoemde onderwerpen niet door een wettelijke bepaling wordt tegengegaan zal het moeilijker worden te voldoen aan de doelstelling van het insolventierecht. De misbruikjurisprudentie zal, indien het voorontwerp (ongewijzigd) leidt tot een nieuwe insolventiewet, een minder belangrijke rol spelen. Met het zojuist verschenen voorontwerp, waarover binnen en buiten de politiek nog vele jaren zal worden gesproken, zal het onderwerp van de 30-jarige richtlijn en daarmee ook de soms onmogelijke verhouding tussen arbeidsrecht en insolventierecht de gemoederen nog wel enige tijd bezighouden.