

Van doorstart naar noodstop: Wet overgang van onderneming in faillissement mr N.F. Barthel, 2 augustus 2019

Het einde van de doorstart na faillissement, een politieke keuze?

Inleiding

Tot 31 augustus 2019 kunnen via internet¹ reacties gegeven worden op het nieuwe wetsvoorstel over de doorstart na faillissement. Behoudens misbruik van recht was in faillissementen de wetgeving van artikel 7:666 BW niet van toepassing. Dit is al decennia een doorn in het oog van de vakbonden en zoals het voorstel er nu ligt, krijgt de vakbond-lobby haar zin. In de toelichting op het wetsvoorstel volgt de rechtvaardiging voor deze politieke keuze. Mijn vrees is echter, dat de praktijk zal uitwijzen dat deze politieke overwinning van de vakbonden zal leiden tot banenverlies en verschraving van het MKB, dat een cruciale rol binnen de economie en de werkgelegenheid speelt.

Orderingswetgeving

De faillissementswet is orderingswetgeving en heeft als doel om op praktische wijze uitvoering te geven aan een situatie waar veel in potentie tegenstrijdige en tegengestelde belangen een plek moeten krijgen. De financiële taart moet verdeeld worden, maar er is niet genoeg taart om iedereen te voeden. Om de verdeling van het actief geordend te laten verlopen, moeten de regels dus simpel en duidelijk zijn.

Praktijk

Het leeuwendeel van de faillissementen dat wordt uitgesproken betreft het MKB, waar veelal minder dan 50 werknemers werken en waar dus geen verplichte ondernemingsraad (OR) dan wel personeelsvereniging is, of het betreft ketens met vestigingen in de grote steden. De faillissementen van ziekenhuizen, banken of multinationals, waarvoor deze wetgeving mogelijk wel kan werken, zijn eerder uitzondering dan regel.

>50 Werknemers

Uit de cijfers van het CBS (2019) volgt dat op de 1.772.960 bedrijven slechts 7050 bedrijven meer dan 50 personeelsleden hebben.² De Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel doet de indruk wekken dat ondernemingen een ondernemingsraad hebben, terwijl dat meer uitzondering dan regel is.

MKB <50 werknemers

Volgens de cijfers van het CBS (2019) waren in 2017 in totaal 3.255.000 mensen in dienst voor ondernemingen met minder dan 50 werknemers met een totale omzet van € 519 miljard. In 2019 was de totale werkende beroepsbevolking 8.866.000. De <50 werknemers-ondernemingen betreffen dus een groep die 36,7% van de werkende beroepsbevolking regardeert. Mijn vrees is dat de ontwerp wetgeving met name deze groep van 3.255.000 werknemers in negatieve zin gaat raken en wel om de volgende redenen.

Oorzakenonderzoek

Een curator doet standaard oorzakenonderzoek in het faillissement. Behalve fraudegevallen, die ik hier gemakshalve niet bespreek, zijn de voornaamste oorzaken in MKB-faillissementen te hoge huurlasten en te hoge loonkosten, waar de artikelen 39 en 40 Fw op zien, in een dalende markt.

Ziekte

¹ https://www.internetconsultatie.nl/overgang_van_onderneming_in_faillissement

² <https://opendata.cbs.nl/statline/#/CBS/nl/dataset/81589ned/table?ts=1562151939199>

De loonkosten binnen een onderneming, zeg een loodgietersbedrijf van zes man, vormen veelal de grootste kostenpost. De eigenaar, die zelf ook loodgieter is, heeft dan vijf man in dienst. Naast het werk moet deze ondernemer ook de boekhouding doen, het personeelsbeleid, de marketing etc. voeren. Als een werknemer ziek wordt, zal hij het verzuimtraject moeten begeleiden. Deze begeleiding kost helaas veel tijd en geld en gaat ten koste van de eigen declarabele uren. Op het moment dat deze ondernemer twee zieken heeft, kost de begeleiding zoveel tijd dat er drie van de zes werknemers niet meer werken en de omzet dus halveert. Als deze ondernemer onvoldoende verzekerd is, of geen nieuwe loodgieters kan aantrekken, gaat zijn onderneming ten onder.

Ontslag (verstoorde arbeidsverhoudingen)

In geval sprake is van verstoorte arbeidsverhoudingen tussen de werkgever en de werknemer(s), al dan niet in combinatie met ziekmeldingen, is van belang dat een werkgever zijn personeelsdossier op orde heeft, teneinde bij de kantonrechter een zaak te hebben. Feit is dat de dossiers bij het MKB niet op orde zijn en de gemiddelde werkgever niet de benodigde HR-kennis noch tijd heeft om een dergelijk dossier op te bouwen en te begeleiden. Indien er meerdere conflicten zijn, al dan niet in combinatie met reguliere ziekte, en de ondernemer de conflicten niet in der minne kan regelen, gaat de zaak ten onder.

Ontslag (bedrijfseconomische redenen)

In geval van een forse omzetsdaling kan de loodgieter het UWV verzoeken om een ontslagvergunning op grond van bedrijfseconomische redenen. Hier geldt dat de loodgieter dit moet kunnen aantonen door het aanleveren van cijfermatig materiaal en dat hij het afspiegelingsbeginsel op juiste wijze toepast. Maar de loodgieter heeft veelal een voorkeur voor bepaalde werknemers op basis van gedrag, leeftijd, ziekteverzuim, werkinstelling etc. Het is dus voor de werkgever geen gelopen race dat deze vergunning wordt verleend. Maar wanneer de vergunning niet wordt verleend, dan moge duidelijk zijn dat de verhoudingen verziekt zijn en de kans op ziekte groter is. De werkgever moet alsdan het in de regel niet-bestaande HR-dossier gaan opbouwen, waar hij als loodgieter niet de benodigde HR-kennis noch tijd voor heeft. Een dergelijk dossier, in samenhang met reguliere ziekte of disfunctioneren, en de ondernemer, die deze HR-dossiers niet in der minne kan regelen, gaat ten onder.

Arbeidsrecht te rigide

De realiteit is dat het huidige arbeidsrecht dermate rigide is, dat personeelsproblemen, gezien de daarmee gepaarde kosten, het MKB insolvent kunnen maken, terwijl *an sich* de onderneming zonder deze problemen levensvatbaar is. In dat geval biedt het faillissement toch een uitkomst om te kunnen reorganiseren.

Huurkosten

De andere grote kostenpost is de huur. De huurcontracten voor een bedrijfsruimte die worden afgesloten, zijn in de regel opgesteld conform de standaard modellen en bieden weinig ruimte voor tussentijdse aanpassing of opzegging. In geval van laagconjunctuur kunnen die lasten fors gaan drukken op het resultaat. Met name in de retail is gebleken dat concepten wel levensvatbaar waren, maar alleen op de A-locaties of in afgeslankte vorm. Indien dan contracten niet opengebroken kunnen worden, is gebleken dat de ketens kunnen omvallen. Bij een faillissement kunnen de huurcontracten worden opgezegd en kan de keten in afgeslankte vorm doorstarten.

Tijdsbestek voor een doorstart

Zodra een faillissement van een lopende onderneming wordt uitgesproken, maakt de curator een exploitatiebegroting en - indien opportuun - vraagt de curator de rechter-commissaris machtiging om de onderneming voort te zetten. In de regel wordt dan het personeel ontslagen en de huur opgezegd. Gedurende de maximale opzegtermijn van zes weken kan op basis van de loongarantieregeling de onderneming dan nog doordraaien, mits de verzekeringen zijn betaald etc.

Dat doordraaien duurt meestal niet langer dan tot het einde van de volgende maand, zodat er niet veel tijd resteert om een doorstart te realiseren.

Cherry picking

In praktisch iedere doorstart die ik de afgelopen 16 jaar heb gezien, kreeg ik van de overnamekandidaten lijsten in Excel met werknemers die ze wel en die ze niet een contract gingen aanbieden, danwel op ZZP-basis of via payrolling gingen inlenen. Langdurig zieken of werknemers met issues gingen in geen enkel geval over. Zelfs in geval van misbruik van recht (ECLI:NL:RBDHA:2016:9089) bleven de ontslagen intact. In de zaak ECLI:NL:GHARL:2018:6549 werd de werknemer financieel gecompenseerd voor het feit dat hij was 'geloosd' via faillissement, nadat het UWV de ontslagvergunning had afgewezen. In de jurisprudentie zijn nog vele andere voorbeelden te vinden.

De overnamekandidaat

De potentiële overnamekandidaat heeft in de regel een gefixeerd bedrag over om een onderneming schuldenvrij, zonder huur en zonder personeel over te nemen. Iedere onduidelijkheid zal leiden tot risico en dus tot een verlaagde verkoopopbrengst voor de gezamenlijke crediteuren.

Kortom; de opbrengst wordt lager en de crediteuren gaan minder krijgen, als de kandidaat al bereid is om de zieke werknemers over te nemen en het personeelsbestand wil inspiegelen.

Artikel 7:666b BW

In het tweede lid is de uitzondering opgenomen, dat de overnamekandidaat niet alle werknemers hoeft over te nemen vanwege bedrijfseconomische redenen. Het is aan de overnamekandidaat om dat aan te tonen op basis van objectieve gronden. Werknemers die niet 'meegaan', kunnen zich volgens lid 5 wenden tot de kantonrechter om alsnog hun arbeidsplek op te eisen. Feitelijk houdt dit in dat de overnamekandidaat al het personeel moet overnemen, dan wel tenminste voor iedere werknemer die de overnamekandidaat niet wil meenemen een ontslag-/transitievergoeding moet aanbieden. Daarnaast maakt hij juridische kosten en kosten voor HR-begeleiding.

De kans dat de overnamekandidaat deze 'transitie- en transactiekosten' bereid is te betalen, acht ik zeer klein. Als die kandidaat bereid is deze kosten toch te betalen en dit risico durft te nemen, dan gaat het ten koste van opbrengst. Het vermoedelijke gevolg is dan dat de curator de onderneming zal liquideren (veilen). Dat leidt meestal tot een lagere opbrengst, omdat er geen goodwill kan worden verzilverd. In dat geval is het personeel alsnog ontslagen zonder vergoeding en zijn de crediteuren (veelal de fiscus op nummer 1) slechter af.

Een voorbeeld: Het loodgietersbedrijf gaat failliet

In het genoemde voorbeeld van het loodgietersbedrijf met twee langdurig zieke werknemers, is het bedrijfsresultaat negatief, omdat de zieke werknemers geen omzet genereren, maar wel hun loon krijgen, waarbij de verzekeraar van de overnamekandidaat geen 'brandend huis' zal willen verzekeren. Een kandidaat-koper zal vermoedelijk afhaken, omdat niemand een verlieslatend bedrijf wil overnemen, als de oorzaak grotendeels gerelateerd is aan het personeel dat mee overgaat. Wat is dan de consequentie? De boedel zal minder voor het actief krijgen. Dus de crediteuren zullen nog minder ontvangen uit de opbrengst. Daarnaast zal het personeel in zijn totaliteit zijn baan verliezen, terwijl in de huidige situatie een aantal hun baan zou hebben kunnen behouden.

Een ander voorbeeld: Een retailwinkel met 30 filialen gaat failliet

De belangen zijn hier groter. Veelal is de huurkwestie ook een belangrijke reden voor het faillissement. De kandidaat-koper wil ongeveer 15 filialen in de grote steden voortzetten maar die in middelgrote steden zoals Leiden, Delft, Zoetermeer en Gouda sluiten. Den Haag, Rotterdam, Utrecht,

Amsterdam en Haarlem blijven open. Voor de kandidaat is het dan geen gelopen race dat de werknemers in de filialen in Leiden, Delft, Zoetermeer en Gouda niet overgenomen hoeven worden. Immers, die kunnen reizen naar Den Haag, Rotterdam, Utrecht en Amsterdam en dan is de vraag wie er ingespiegeld moet worden. Dit zijn vragen die tijdens de gemiddelde duur van een doordraaiscenario niet beantwoord kunnen worden, danwel aanzienlijke transactiekosten met zich meebrengen, die vermoedelijk worden doorbelast aan de boedel en dus de opbrengst verlagen. De niet meegenomen werknemers zullen zich tot de kantonrechter wenden en tewerkstelling vorderen dan wel een beëindigingsvergoeding nastreven.

Curatoren

De curator is op basis van de faillissementswet belast met het beheer en vereffening van de boedel. Inmiddels is daar de fraudesignalerende taak bijgekomen. Dit ontwerpvoorstel zal ertoe leiden, dat de curator de arbeidsrechtelijke aspecten ook nog zal moeten analyseren om in te kunnen schatten of een doorstart aan de orde is.

Het actief is in de regel verpand aan de bank. Behoudens boedelvergoedingen was de (niet te verpanden) goodwill een belangrijk voor de boedel te realiseren actief. Dat actief zal niet meer of minder verzilverd kunnen worden door dit ontwerpvoorstel. De zogenaamde lege boedelproblematiek zal toenemen, wat de afwikkeling van faillissementen (lees: de rommel opruimen zonder enige vergoeding) een nog minder dankbare taak maakt.

Kantonrechter

Als mijn vrees werkelijkheid wordt, zal de werkbelasting van de kantonrechter ook toenemen. Werknemers die niet 'meegaan', zullen zich immers gaan wenden tot de kantonrechter. Een loterij zonder nieten bij een toevoeging. Dit betekent extra werkdruk voor de kantonrechters. De kantonrechters hebben reeds een aanzienlijke werkdruk. Er zullen dus extra kantonrechters moeten worden aangetrokken, waar de middelen niet voor beschikbaar zijn.

Behoudens in geval van fraude was een hoger beroep tegen de ontslagbeschikking van de rechter-commissaris feitelijk zinloos. Vakbonden kregen veel lik-op-stuk. Van daaruit is de frustratie van de vakbonden te verklaren en ook de lobby van de vakbonden om dit ontwerp te kunnen afdwingen.

Rechters-commissarissen

Ook de rechters-commissarissen die moeten oordelen over een doorstart en die de belanghebbenden moeten horen, zullen hun tijdsbelasting in aanzienlijke mate zien toenemen. Ook deze rechters hebben nu al een aanzienlijke werkdruk.

CONCLUSIES

Een doorstart in faillissement die valt onder artikel 7:666 BW zal ten koste gaan van het te realiseren boedelactief en zal een negatief effect hebben op de primaire taak van de curator. Te weten boedeloptimalisatie ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De transactiekosten en ontslagvergoedingen die de kandidaat-koper maakt, zullen namelijk in mindering strekken op opbrengst. De transactiekosten die de curator moet maken met betrekking tot de arbeidsrechtelijke aspecten zullen ook in rekening gebracht worden aan de boedel.

Kandidaat-kopers zullen niet al het personeel en zeker niet de zieke werknemers willen overnemen. Ook zullen kopers niet willen spiegelen. De transactiekosten en ontslagvergoedingen zullen vaak hoger zijn dan de koopprijs die de kandidaat-koper bereid is te betalen. De transactie zal dan niet doorgaan. In dat geval moeten alle werknemers 'bloeden'.

De rechterlijke macht wordt belast, terwijl er geen extra middelen worden vrijgemaakt om het wetsvoorstel uit te voeren.

Toekomstbeeld

Wat naar verwachting zal gebeuren om artikel 7:666 BW te omzeilen, is dat een curator op dag 1 de activa zal veilen aan partij A. De telefoonnummers, en het adressen- en contractenbestand zullen los worden verkocht/geveild aan partij B. Contracten zullen opgesplitst worden en aan diverse partijen worden verkocht. De concepten en handelsnamen zullen onverkoopbaar worden, dan wel verkocht worden aan een partij C, die dat op een later moment weer in de markt wil zetten, zoals bijvoorbeeld bij All Stars of Spyker is gebeurd. Het personeel wordt dan niet geholpen door dit wetsvoorstel. Behalve de zes weken loon op basis van de garantieregeling ontvangen zij niets. Werknemers die cruciaal zijn voor bepaalde opdrachten, zullen via een payrollconstructie of ZZP-status alsnog te werk kunnen worden gesteld op de opdracht.

De doelstellingen die de wet beoogt, zullen in elk geval niet worden gerealiseerd door toe te geven aan de eisen van de vakbonden. Integendeel.