

Reactie op het voorontwerp Wet overgang onderneming en faillissement

Het voorontwerp van Wet overgang onderneming en faillissement heeft op het eerste gezicht een nobele strekking, te weten dat werknemers die ten tijde van de faillietverklaring in dienst zijn van de gefailleerde werkgever, op het moment van de overgang van de onderneming in principe onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst komen bij degenen, die de onderneming in faillissement overneemt en voortzet (de verkrijger).

Op dit moment is zulks niet het geval omdat de bestaande wet (art. 7:666, sub a BW) overname in faillissement uitsluit van de basisregel van automatische overgang van arbeidscontracten bij overgang van de onderneming.

Deze bestaande juridische uitzonderings situatie is al meer dan drie decennia van kracht en heeft ertoe bijgedragen dat Nederland zich heeft ontwikkeld tot een "faillissementsparadijs", of, om de befaamde faillissementscurator Knüppe te citeren: een "werkgeverswalhalla." Jaarlijks vinden ca. 3000 faillissementen plaats, waarbij ruim 40.000 werknemers zijn betrokken. In nog niet de helft van die gevallen krijgen de betrokken werknemers een nieuw arbeidscontract met de verkrijger, maar dat kan best op minder gunstige arbeidsvoorwaarden zijn. De meerderheid van de betrokkenen moeten heel ander werk zoeken. Dat zal sommigen lukken op basis van onverminderd goede arbeidsvoorwaarden; anderen zullen werk vinden op lagere voorwaarden en weer anderen - zeker de oudere werknemers - komen nooit meer aan de bak. De bestaande regeling, kortom, werkt zeer ongelijk uit voor de werknemers, die het slachtoffer worden van een faillissement. En ze benadeelt vooral de werknemers met het minste arbeidsperspectief. Erg sociaal is dat dus allemaal niet.

Gaat de nieuw voorgestelde regeling die ongelijkheid nu wegnemen? Vrijwel zeker niet. De nieuw in te voeren regeling, die hierboven is weergegeven, gaat namelijk alleen "in principe" gelden. In feite gaat ze een enorm gat vertonen, vanwege een belangrijke beperking, die men erbij wil plaatsen, namelijk dat zij niet gaat gelden als er bij de overgang arbeidsplaatsen moeten verdwijnen als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden. Want dan is het de verkrijger toegestaan om minder werknemers over te nemen.

Nu is het praktisch ondenkbaar dat er bij een faillissement géén arbeidsplaatsen hoeven te verdwijnen. Er zijn in zo'n situatie natuurlijk altijd wel redenen om niet met evenveel werknemers door te gaan. Dus het eerste facet van de nieuwe regeling wordt hoe dan ook een bedrog. Geen verkrijger zal ooit verplicht worden om alle werknemers over te nemen. Inhoudsvol is hooguit het tweede facet van de nieuwe regel: de werknemers, waarvoor de verkrijger nog wel een arbeidsplaats heeft, moeten worden overgenomen

tegen behoud van de voor hen geldende arbeidsvoorwaarden. De verkrijger mag niet in hun plaats gaan werken met nieuwe, goedkopere arbeidskrachten. En als er later nog weer wat arbeidsplaatsen vrijvallen, moeten die als eerste aan de vertrokken werknemers worden aangeboden. Ook een derde facet van de nieuwe regeling is inhoudsvol: de selectie van de werknemers, die wel en die niet worden overgenomen zal niet meer geheel aan de willekeur van de verkrijger zijn overgelaten. De verkrijger moet zo ongeveer de selectiecriteria volgen, die nu bij collectief ontslag gelden of een alternatieve methodiek die ter goedkeuring aan de rechter-commissaris is.

Men kan dus concluderen dat de regeling wel enige arbeidsrechtelijke vooruitgang inhoudt. Veel potentiële verkrijgers zullen de regeling dan ook ervaren als een aanmerkelijke verzwaring van de kosten van een overname uit faillissement. Daardoor zullen zij zich terugtrekken, ofwel een geringer aantal van de werknemers willen overnemen (bijv. door automatisering/robotisering van arbeidsplaatsen) of een lagere prijs voor de overname bieden. De beide eerste effecten betekenen, dat door deze regeling nog minder werknemers een kans hebben om hun arbeidsplaats te behouden; het laatstgenoemde effect betekent dat overige crediteuren, met name de niet-bevoorrechte crediteuren, minder uitkering zullen ontvangen, wat hen weer in de problemen kan helpen en arbeidsplaatsen bij hen in gevaar brengt.

Kortom, dat wat op het eerste gezicht een sympathieke arbeidsrechtelijke vooruitgang lijkt, blijkt bij even doordenken al gauw een oplossing te zijn, die voor de werkzame beroepsbevolking in het geheel niet voordeliger is. Zij valt hooguit voor een deel van de betrokken werknemers wat plezieriger uit dan de bestaande situatie. Maar tegelijkertijd maakt ze ook de verschillen tussen de werknemers die bij doorstart hun baan verliezen en die, welke hun baan behouden, nog weer groter worden.

Nu zou de wetgever aan dat laatste iets kunnen doen, door ook de "verliezende" werknemers wat meer soelaas te bieden, bijvoorbeeld door hen recht te geven op een transitievergoeding ten laste van de verkrijger of van de vervreemder. Transitievergoedingen ten laste van de verkrijger betekent, dat je de kosten van een overname voor de verkrijger nog verder opschroeft. Transitievergoedingen ten laste van de vervreemder hebben alleen maar zin, wanneer je ze ook meteen onderbrengt bij de insolventieregeling van de WW. Maar dat lees ik niet in het voorontwerp. Waarschijnlijk zullen de collega-werkgevers in de branche die last niet willen opbrengen.

Alles bij elkaar biedt het voorontwerp dus een hele matige vooruitgang. Alleen de overname-advocatuur zal er wel bij varen, want die krijgt nog weer meer werk door het vele gekissebis dat zal ontstaan over de vraag hoeveel en welke werknemers buiten de overname kunnen worden gehouden.

Deze exercitie moet ons terugvoeren naar de vraag of er niet een veel meer fundamentele aanpak nodig is. Namelijk, dat faillissement weer echt faillissement wordt,

zoals het ooit bedoeld is: namelijk liquidatie van een niet meer rendabel te maken onderneming. Wie zijn onderneming, die in moeilijkheden verkeert, wil reorganiseren of verkopen, kan dat doen tijdens de fase van de surseance, die daar ooit precies voor is ingesteld. Die fase wordt momenteel door de meeste in moeilijkheden verkerende ondernemingen overgeslagen, omdat doorstart vanuit faillissement veel goedkoper kan plaatsvinden.

Nu moet worden toegegeven, dat wanneer door het voorontwerp de kosten van overname in faillissement zullen toenemen, surseance van betaling een aantrekkelijker alternatief wordt. Maar echt aantrekkelijk wordt ze niet, omdat het voorontwerp alleen maar gelanceerd lijkt te worden om de wetgever de kans te geven door te gaan met de invoering van de pre-pack methode. En dat is een alternatief voor de surseance, in het geheim.

Een heimelijk voorbereide surseance moet echter niet gestimuleerd worden. Het zet de deur open voor allerlei louche praktijken, waarin nep-doorstarts worden georkestreerd, de privébelangen van directeuren en commissarissen worden veilig gesteld, de grote crediteurs worden bediend op kosten van de kleine, op grote schaal witwasserij kan plaatsvinden, enzovoorts.

Dat moet je als wetgever allemaal niet willen. Er moet juist veel meer openheid plaatsvinden rondom de handel in ondernemingen. Dat zou in de eerste plaats kunnen door een regeling naar Duits en Belgisch voorbeeld in te stellen, het zgn. neerleggen van de boeken. Zodra een onderneming "überschuldet" is, d.w.z. meer schulden heeft dan bezittingen en deugdelijke vorderingen, dan moet het zijn boeken openleggen, bijv. door ze bij de Kamer van Koophandel neerteleggen, aan de ondernemingsraad ter kennis te brengen enzovoorts. Wanneer dat wordt nagelaten zijn de bestuursleden en commissarissen hoofdelijk aansprakelijk voor die schulden. Zo'n regeling kan directeuren en commissarissen afhouden van va banque spelen wanneer de onderneming in kwaad weer komt en het schip op de rotsen dreigt stuk te lopen. Zij stelt alle crediteuren, concurrenten, autoriteiten en werknemersvertegenwoordigers in staat om tijdig mee te denken en mee te werken aan oplossingen, want de reddingsboei wordt in breder kring uitgeworpen.

En er mag ook best een straf komen op directeuren en commissarissen, die het op een faillissement laten aankomen. Deze spookrijders op de weg van behoorlijk handelsverkeer zouden gestraft moeten worden naar analogie van roekeloze chauffeurs die hun rijbewijs een tijd kwijtraken. Directeuren en commissarissen van bedrijven die gefailleerd zijn zonder dat zulks aan evident externe oorzaken te wijten is, moeten gedurende een bepaalde periode – in verhouding staand tot de omvang van de schade die ze hebben aangericht – niet meer mogen optreden aan directeur of commissarissen.

Met dat soort maatregelen wordt een groot Nederlands probleem bij de wortel
aangepakt: het veel te grote aantal faillissementen.

Prof. Dr. Antoine T.J.M. Jacobs