

Internetconsultatie Wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen I

Openbare publicatie

Het wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen I vanuit arbeidsrechtelijk perspectief

Door: Universiteit van Amsterdam, vakgroep arbeidsrecht

Auteurs: P. Hufman, J. van der Pijl en I. Zaal¹

Inleiding

Graag maken wij gebruik van de geboden gelegenheid om te reageren op het Wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen I. Als auteurs hebben wij gemeen dat wij allen promotieonderzoek doen of hebben gedaan aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit van Amsterdam (leerstoelgroep Arbeidsrecht en socialezekerheidsrecht) en dat dit onderzoek geheel of gedeeltelijk betrekking heeft op het spanningsveld tussen insolventierecht en arbeidsrecht. Deze achtergrond brengt met zich mee dat wij ons in dit commentaar zo veel mogelijk beperken tot een benadering van het wetsvoorstel vanuit arbeidsrechtelijk perspectief.

Op het eerste oog valt er veel te zeggen voor de regeling, waarvan de verwachte effecten als volgt worden omschreven: "De regeling zal er naar verwachting toe leiden dat faillissementen efficiënter kunnen worden afgewikkeld en de doorstart van gezonde bedrijfsonderdelen sneller kan plaatsvinden. Zo kan onnodig waardeverlies worden voorkomen en de opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers in het faillissement worden gemaximaliseerd. Ook kan hiermee werkgelegenheid worden behouden."² Hier kan niemand bezwaren tegen hebben, zo lijkt het.

Nadere beschouwing roept echter nadrukkelijk ook vragen op. Allereerst stippen wij de vraag aan of een soepele doorstart zich wel altijd verdraagt met eerlijke concurrentie. Met name in krimpende markten (grafische industrie, bouw) kan het door andere marktdeelnemers als onrechtvaardig worden ervaren dat concurrenten zich op goedkope wijze van schulden, huur- en arbeidsovereenkomsten ontdoen, terwijl die ondernemers zelf kosten noch moeite hebben gespaard om wel volledig aan hun verplichtingen te kunnen blijven voldoen. Wij verwijzen in dit kader naar de zgn. opruimfunctie die het faillissement (ook) kenmerkt: als een ondernemer niet meer aan zijn verplichtingen kan voldoen is zijn rol vooralsnog uitgespeeld, terwijl de concurrenten die er wel in slagen het hoofd boven water te houden verder mogen gaan, zonder nog last te hebben van de verdwenen concurrent. Wij werken dit betrekkelijk algemene bezwaar nu echter verder niet uit³, maar zoomen in op de vraag hoe het wetsvoorstel vanuit het Europese en Nederlandse arbeidsrecht moet worden gezien.

¹ Mr. P. (Pam) Hufman is promovenda (onderwerp: arbeidsrecht en insolventie in rechtsvergelijkend perspectief) aan de UvA en Know How Officer bij Allen & Overy, mr. J. (Job) van der Pijl is advocaat-partner bij DingemansVanderKind arbeidsrecht advocaten en als buitenpromovendus aan de UvA (onderwerp: Arbeidsrecht & Insolventie) en mr. I. (Ilse) Zaal Universitair docent arbeidsrecht aan de UvA. Zij verdedigt op 7 februari 2014 haar proefschrift 'De reikwijdte van medezeggenschap' waarin ook aandacht is voor medezeggenschap bij de insolvente werkgever.

² Toelichting op het wetsvoorstel op de website van de overheid: www.internetconsultatie.nl.

³ Zie hierover onder meer J.C. van Apeldoorn, Pre-packs, Tijdschrift voor Insolventierecht, 2012/17.

Een werknemer die zich geconfronteerd ziet met het faillissement van zijn werkgever (de surseance van betaling laten wij in deze bijdrage grotendeels buiten beschouwing) is in de eerst plaats natuurlijk 'gewoon' één van de gedupeerde schuldeisers, maar zijn positie kenmerkt zich toch nadrukkelijk ook door een aantal bijzonderheden, al was het maar omdat zijn werkgever in de regel zijn enige bron van inkomsten is en hij daarvan dus in sterke mate afhankelijk is in vergelijking tot nadere schuldeisers (ook al kan voor kleine toeleveranciers een vergelijkbare afhankelijkheid bestaan). Overigens bestaat er ten faveure van de werknemer allereerst de zgn. loongarantieregeling uit de WW.⁴ Deze regeling garandeert de werknemers nakoming van (een belangrijk deel van) hun loonvordering, zowel over de periode voorafgaand aan het faillissement als de periode daarna, te weten de (beperkte) opzegtermijn. Vergelijken met andere schuldeisers komen werknemers er in dit opzicht goed vanaf (ook het feit dat de vordering van de werknemer bevoorrecht is, kan als voordeel voor werknemers worden gezien, al profiteert vooral het UWV als regresnemer daarvan). Uit de faillissementspraktijk bereiken ons geluiden dat het voorgaande met zich brengt dat curatoren zich voor het overige weinig tot niets aan de speciale, want afhankelijke positie van werknemers gelegen laten liggen ("*ze mogen van geluk spreken, dat de loongarantieregeling er is, die luxe heeft geen enkele andere schuldeiser*"). Het faillissement brengt echter ook aanzienlijke nadelen voor de werknemer met zich mee. Kort samengevat: geen ontslagbescherming, geen rechten uit een overeengekomen Sociaal Plan, geen ontslagvergoeding, geen opzegverboden, verkorting opzegtermijn, geen volledige voldoening vorderingen door UWV (geen aanspraken op loon of bijvoorbeeld variabele beloning van meer dan 13 weken oud; straks maximering loonaanspraak), terwijl bijvoorbeeld een concurrentiebeding in beginsel haar geldigheid niet verliest. Gezien de afhankelijkheid die de arbeidsverhouding ondanks tal van emanciperende maatschappelijke ontwikkelingen nog altijd kenmerkt, is het noodzakelijk niet te lichtvaardig over de belangen van een werknemer heen te stappen, ook niet als diens werknemer in insolvente staat is komen te verkeren.

Voor wat betreft het huidige wetsvoorstel: de voorliggende regeling van – kort samengevat – het "beoogd curatorschap" vormt in feite het voorlopige sluitstuk van een grondig gevoerde discussie onder met name insolventierechtsspecialisten over de zgn. pre pack.⁵ De rechtspraktijk heeft in 2012 al een initiatief genomen om dit fenomeen eigenhandig in de praktijk in te voeren.⁶ Uit de daarop volgende faillissementsverslagen valt af te leiden dat krachtens die praktijk curatoren en hun kantoorgenoten (in verschillende gevallen zijn teams met diverse specialisten ingevlogen) onmiddellijk een grondige en zeer actieve aanpak kozen, waarbij alle inzet gericht was op totstandkoming van een voorbereide doorstart (en niets anders) en waarbij in de overgrote

⁴ Let op: wetsvoorstel 33 818 ("*Werk en Zekerheid*"), voorziet in een wijziging van artikel 64 WW per 1 juli 2014 in de vorm van een beperking van de uitkering aan werknemers (die momenteel ongelimiteerd is qua hoogte) tot 1,5 maal het maximum dagloon kunnen wij leven, al is de grens betrekkelijk arbitrair en deze verdaagt zich ook met de eisen die de Europese richtlijnen daaraan stelt.

⁵ De discussie startte met: N.W.A. Tollenaar, Faillissementsrecht van Nederland: geven ons de pre-pack!, Tijdschrift voor Insolventierecht 2011/23. Daarna onder meer: Mr. M.R van Zanten, ArbeidsRecht, Maandblad voor de praktijk, Aan het werk met de pre-pack! *ArbeidsRecht* 2013/47, B.J. Tideman, Kritische kanttekeningen bij de pre-pack, *Tijdschrift Financiering, zekerheden en insolventierechtpraktijk*, nummer 6, september 2013 en E. Loesberg, Pre-pack in het Nederlandse faillissementsrecht, *Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtspraktijk*, nummer 1, februari 2013.

⁶ Acht van de elf rechtbanken in Nederland werken mee door desgevraagd en onder voorwaarden de curator te benoemen die in geval van een uiteindelijk faillissement zou worden benoemd (niet: de rechtbanken Midden-Nederland, Overijssel en Limburg).

meerderheid van de gevallen in het geheim gesproken werd met slechts één enkele overnamekandidaat c.q. doorstarter die vereenzelvigd kon worden met de ondernemer die de in zwaar weer verkerende onderneming runde dan wel daarmee gelieerd was of daar anderszins nauwe banden mee had.⁷ Dit is bepaald een andere praktijk dan hetgeen het wetsvoorstel thans met de aanwijzing van een beoogd curator voorstaat, nu dit een volstrekt passieve, vleugellamme *fly on the wall* zou moeten zijn. Het wetsvoorstel en de Memorie van Toelichting wekken daarom de indruk dat ze naar een bepaald resultaat zijn "toegeschreven" om hierna te bespreken (hoofdzakelijk arbeidsrechtelijke) problemen te omzeilen, overigens tevergeefs.

De meest prominente zorg vanuit arbeidsrechtelijk perspectief is het ontbreken van een adequaat antwoord op de vraag waarom via faillissement in het algemeen en via de voorbereide doorstart in het bijzonder, een ondernemer zijn activiteiten voort kan zetten en daarbij naar believen kan kiezen uit het personeelsbestand, zonder daarbij op enigerlei wijze rekening te hoeven houden met de buiten faillissement geldende selectiecriteria en principes als het afspiegelingsbeginsel. De vakorganisaties uitten bij de doorstart van Schoenenreus al expliciet hun zorgen hieromtrent.⁸ Juist voor oudere, arbeidsongeschikte, duurdere en minder functionerende werknemers was in de nieuwe organisatie geen plaats. Daarbij zij aangetekend dat in de huidige faillissementspraktijk curatoren om te beginnen daags na de faillietverklaring de arbeidsovereenkomsten van alle werknemers opzeggen, na daartoe op de kortst mogelijke termijn en zonder enige voorafgaande toetsing door de rechter-commissaris te zijn gemachtigd. Zo bezien vindt er nooit een zorgvuldige selectie plaats van werknemers die al dan niet mee mogen gaan naar de nieuwe onderneming, nu deze immers vrij is in het aangaan van arbeidsovereenkomsten met het personeel dat men verkiest. Curatoren, noch rechter-commissarissen plegen bij een doorstart c.q. overgang van activiteiten (en feitelijk ook werknemers) voorwaarden te stellen met betrekking tot de keuze van werknemers die mee overgaan met de doorstartende onderneming. Dit lijkt verband te houden met het volgende. Algemeen aanvaard is dat de regels van overgang van ondernemingen niet van toepassing zijn bij faillissement. Dit is een gevolg van Europese rechtspraak,⁹ Europese richtlijnen en het daar uiteindelijk op gebaseerde artikel 7:666 lid 1 BW, dat de regels aangaande het behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming buiten toepassing verklaart indien een werkgever in staat van faillissement verkeert.¹⁰

In het kader van deze beschouwing willen wij nu allereerst stilstaan bij de totstandkoming van genoemd artikel 7:666 BW, waarbij zowel aan de orde komt of dat artikel met de buiten toepassing verklaring van de regels van overgang van onderneming zich nog wel verdraagt met de Europese richtlijn en jurisprudentie en – in het kader van deze internetconsultatie: actueler – hoe dit wetsvoorstel in dat licht moet worden gezien. Daarna wordt tevens nagegaan of de beoogde regeling niet ook gevolgen zou moeten hebben voor de (werking van de) Wet op de Ondernemingsraden en de Wet Melding Collectief Ontslag. We sluiten af met een conclusie

De toepasselijkheid van de Richtlijn Overgang van Onderneming

⁷ Zie bijvoorbeeld de openbare faillissementsverslagen van de curatoren in de faillissementen van Schoenenreus, Opinion Group, Pellikaan Uitgeverijen, Ruwaard van Putten Ziekenhuis, Marlies Dekkers, Ciccolella.

⁸ Het Financieel Dagblad van 17 oktober 2013 (artikel: Gedupeerden in actie)

⁹ HvJ EU 7 februari 1985, NJ 1985,900 (Abels).

¹⁰ Ingevoerd per 1 juli 2002.

Als groot voordeel van de faillissementsprocedure en het door middel van die procedure doorstarten (met of zonder stille bewindvoerder/beoogd curator) wordt gezien dat de regels met betrekking tot overgang van onderneming dan niet van toepassing zijn. In art. 7:666 BW is immers bepaald dat de artikelen 7:662-7:665 BW niet van toepassing zijn in wanneer een overgang van onderneming plaatsvindt in een faillissementsprocedure. Dat heeft tot gevolg dat de rechten en verplichtingen uit bestaande arbeidsovereenkomsten niet automatisch meegaan op de verkrijger. Dit betekent dat de verkrijger uit het personeelsbestand kan kiezen wie hij in dienst wil nemen en dit in beginsel ook kan doen tegen minder gunstige voorwaarden. Het valt echter te betwijfelen of de volledige uitsluiting van de regels met betrekking tot overgang van onderneming wanneer de vervreemder zich in een faillissementsprocedure bevindt wel richtlijnconform is. Wij zullen dat hierna uiteenzetten.

Richtlijn 2001/23/EG¹¹ (hierna: de Richtlijn) is de derde sociaal klassieke richtlijn en onderdeel van het Sociaal Actie Programma (hierna: SAP) van 1974-76.¹² Het SAP werd opgesteld naar aanleiding van verontwaardiging over een reorganisatie bij Akzo - een Nederlands-Duits concern - waarbij besloten werd tot ontslag van 5.000 werknemers in het land waar de kosten daarvoor het laagst waren. Het SAP moest de Europese Gemeenschap een 'sociaal gezicht' te geven door middel van richtlijnen die minimumnormen bevatten om herstructureringen te faciliteren. De richtlijnen waren nadrukkelijk niet bedoeld om de beleidsvrijheid van ondernemingen te beperken met betrekking tot het herstructureren en het ontslaan van werknemers.¹³ In plaats daarvan zijn ze gericht op het reguleren van de sociale gevolgen en het verzachten van de effecten van herstructureringen en collectieve ontslagen.

Doel van de Richtlijn is het beschermen van werknemers bij verandering van ondernemer, door het behoud van hun rechten veilig te stellen.¹⁴ De rechten die volgens de Richtlijn beschermd moeten worden zijn rechten uit de arbeidsovereenkomst en medezeggenschapsrechten. Tevens beoogt de Richtlijn te voorkomen dat de herstructurering binnen de gemeenschappelijke markt ten koste gaat van de werknemers van de betrokken ondernemingen. Van een overgang van onderneming is sprake bij een overgang, met het oog op voortzetting van een al dan niet hoofdzakelijk economische activiteit, van een economische eenheid die haar identiteit behoudt, waaronder een geheel van georganiseerde middelen wordt verstaan. Wanneer sprake is van een overgang van onderneming gaan de rechten en verplichtingen uit de op het moment van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of dienstbetrekking over op de verkrijger.¹⁵ Tevens mag krachtens art. 4 de overgang van onderneming op zichzelf geen reden tot ontslag vormen. Dit zogenoemde ontslagverbod wegens de overgang van onderneming vormt echter geen beletsel voor ontslagen wegens economische, technische of organisatorische redenen die een wijziging van de werkgelegenheid tot gevolg hebben.

¹¹ Richtlijn 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, *PbEG* L 82.

¹² Ook de Richtlijn 98/59 (Collectief ontslag) en 2008/94 (Insolventierichtlijn) stammen uit het Sociaal Actieprogramma 1974-76.

¹³ Zie ook: S.S.M. Peters en R.M. Beltzer, *Inleiding Europees Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p.265 en C. Barnard, *EU Employment Law*, Oxford University Press 2012, p. 629-630.

¹⁴ Preambule Richtlijn 2001/23/EG, punt 3.

¹⁵ Art. 3 lid 1 Richtlijn. Ook rechten en plichten die voortvloeien uit collectieve arbeidsovereenkomsten gaan over op de verkrijger.

In de eerste versie van de Richtlijn¹⁶ was geen bepaling opgenomen met betrekking tot de toepasselijkheid van de bepalingen uit de Richtlijn in insolventie. Het Hof van Justitie (hierna: het Hof) leek na enige jaren een einde te maken aan de onduidelijkheid over de toepasselijkheid van de Richtlijn bij insolventieprocedures. In het *Abels*-arrest¹⁷ werd bepaald dat de Richtlijn niet van toepassing was bij de overgang van een onderneming die zich in een faillissementsprocedure bevindt. Daarbij werd overwogen dat de toepasselijkheid van de Richtlijn in een insolventieprocedure zowel een goed als een schadelijk effect heeft op de belangen van de werknemers die zij poot te beschermen. De toepasselijkheid van de richtlijn in een insolventieprocedure kan immers een potentiële koper weerhouden van een eventuele overname. Dat zou ertoe leiden dat de onderneming die zich in een insolventieprocedure bevindt alsnog geliquideerd moet worden waardoor alle arbeidsplaatsen verloren gaan.¹⁸ Een dergelijk risico van een tegen de sociale doelstellingen van het Verdrag ingaande algemene verslechtering van de levens- en arbeidsomstandigheden van de werknemers valt derhalve niet uit te sluiten. Daaruit vloeit, volgens het Hof, voort dat de richtlijn de lidstaten er niet toe verplicht de bepalingen daaruit ook van toepassing te verklaren op een overgang van een onderneming die plaatsvindt in het kader van een faillissement, dat gericht is op de vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde rechterlijke instantie.¹⁹

Het Hof overwoog ten aanzien van de surseance van betaling dat dit een procedure van een hele andere orde is, omdat zij gericht is op het behoud van de boedel en niet op de liquidatie ervan.²⁰ Het Hof overwoog overigens nog dat lidstaten de Richtlijn, indien gewenst, wel van toepassing *konden* verklaren in geval van een faillissementsprocedure. Hoewel dit in eerste instantie een duidelijke uitspraak leek, wist het Hof nadien toch nog verwarring te scheppen met enkele andere arresten.

In het arrest *D'Urso*²¹ knoopte het Hof voor het oordeel of de Richtlijn van toepassing was bij de overgang van een onderneming die in insolventie verkeerde, aan bij het criterium 'het doel dat met de procedure wordt nagestreefd'. Ook in de arresten *Spano/Fiat*²² en *Dethier/Dassy*²³ werd aansluiting gezocht bij het doel dat met de procedure wordt nagestreefd om tot een oordeel te komen over de toepasselijkheid van de Richtlijn.²⁴ Later oordeelde het Hof in *Europiéces*²⁵ dat om te bepalen of de overgang van een onderneming die het voorwerp uitmaakt van een administratieve of gerechtelijke procedure, binnen de werkingssfeer van de Richtlijn valt, het beslissende criterium het doel is dat met de procedure wordt beoogd. Daarnaast moet rekening worden gehouden met de

¹⁶ Richtlijn 77/187/EG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassingen 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, *PbEG* 1977 L 061.

¹⁷ HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 900.

¹⁸ R.o. 21.

¹⁹ R.o. 23.

²⁰ R.o. 28-30.

²¹ HvJ EG 25 juli 1991, *NJ* 1994, 168 (*D'Urso*).

²² HvJ EG 7 december 1995, *NJ* 1996, 743.

²³ HvJ EG 12 maart 1998, *JAR* 1998, 100.

²⁴ R.M. Beltzer, 'Vereffenen is niet liquideren: het *formele doel* van de *insolventieprocedure* en Richtlijn 77/187', *TvJ* 1998, 3, p. 180-184.

²⁵ HvJ EG 12 november 1998, C-399/96.

modaliteiten van de betrokken procedure, met name de vraag in hoeverre de werkzaamheid van de onderneming wordt voortgezet dan wel wordt gestaakt, alsook met de doelstelling van de Richtlijn.²⁶

In 1998 werd art. 4 bis (later art. 5) aan de Richtlijn toegevoegd.²⁷ Volgens deze bepaling zijn ‘de artikelen 3 en 4 niet van toepassing op een overgang van onderneming, vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn).’ Hiermee werd de expliciete mogelijkheid gecreëerd om de toepasselijkheid van de Richtlijn in geval van een overgang van onderneming in een insolventieprocedure uit te sluiten. Dit is ook als zodanig in art. 7:666 BW geïmplementeerd.²⁸

Hoewel het ‘doel-criterium’ in eerste instantie een heldere leidraad lijkt, is het met betrekking tot de Nederlandse situatie toch niet helemaal duidelijk. De faillissementsprocedure is formeel gericht op de vereffening van de boedel, waarbij de curator de opdracht heeft zoveel mogelijk opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers te genereren. In de praktijk wordt regelmatig een doorstart gemaakt uit een faillissement. Met de komst van de stille bewindvoerder of beoogd curator lijkt een doorstart vaak zelfs vooropgezet of in elk geval gepland te zijn.²⁹ Daar kan men tegenin brengen dat de afwikkeling van een faillissement, al dan niet in een doorstart, zoveel mogelijk in het belang van de gezamenlijke crediteuren dient te gebeuren. Een doorstart is in die argumentatie dus niet bewerkstelligd met het oog op behoud van de onderneming, maar met het oog op het maximaliseren van de opbrengst van de gezamenlijke schuldeisers. De vraag of de voorbereide doorstart, waarbij in de regel slechts met een overnamekandidaat (in de praktijk vrijwel steeds met banden met de in deconfiture verkerende ondernemer) wel daadwerkelijk leidt tot maximalisatie van de opbrengst, laten wij gezien de door ons gekozen arbeidsrechtelijke context buiten beschouwing.

Kijkend naar het wetsvoorstel (waarmee de huidige praktijk een wettelijke basis wordt gegeven), is de mogelijkheid tot aanwijzing van een beoogd curator er – mede – op gericht om de doorstart van op zichzelf levensvatbare gedeelten van de onderneming na faillissement te bespoedigen.³⁰ Ook dient een schuldenaar aannemelijk te maken dat het aanwijzen van een beoogd curator mede in het belang is van de continuïteit van de gedreven onderneming en het behoud van werkgelegenheid voor de in die onderneming aanwezige werknemers.³¹ De voortzetting van de onderneming is misschien niet het hoofddoel, maar – getuige ook de titel van het wetsvoorstel³² – zeker niet onbelangrijk bij het aanwijzen van een beoogd curator. Dit past ook in de Europese ontwikkelingen waar de nadruk op ‘rescue’ van ondernemingen ligt.³³ Bij het ‘gewone’ faillissement blijkt uit de volledige wetsgeschiedenis dat het oorspronkelijk doel de liquidatie van de onderneming in

²⁶ R.o. 28. Daarbij ging het in *Europièces* om een (Belgische) vereffeningprocedure, waarvan het formele doel in beginsel ook niet het voortbestaan van de onderneming is.

²⁷ Richtlijn 98/59/EG, PB L 225 van 12 augustus 1998, p. 16.

²⁸ *Stb.* 2012, 241.

²⁹ Zo is ook af te leiden uit de faillissementsverslagen van bijvoorbeeld het Ruwaard van Putten ziekenhuis.

³⁰ Concept MvT, p. 1-2.

³¹ Art. 363 lid 1 van het voorontwerp.

³² Wet *continuïteit* ondernemingen I.

³³ Zo is een *Key Action* van de *Single Market Act II* (3 oktober 2012) ‘*Modernise EU insolvency rules to facilitate the survival of businesses and present a second chance for entrepreneurs*’. Zie ook de Mededeling van de Commissie ‘Een nieuwe Europese aanpak van faillissementen en insolventie’, COM (2012) 742.

financiële moeilijkheden is, waarbij een zo hoog mogelijke opbrengst voor de schuldeisers gegeneerd moet worden. Een doorstart kan daar dan al dan niet uit volgen. Voor een voorbereide doorstart met behulp of onder begeleiding van een beoogd curator valt echter niet vol te houden dat het om een liquidatie-doelstelling gaat, zeker niet nu 'behoud van werkgelegenheid' als doel in de wettekst staat. Gezien de hiervoor besproken rechtspraak van het Hof van Justitie waarin wordt aangesloten bij het 'doel van de procedure' achten wij het zeer goed mogelijk dat een overgang van onderneming in een insolventieprocedure (met behulp van een beoogd curator) wel degelijk onder het toepassingsbereik van de Richtlijn zou kunnen vallen. Daarbij dient opgemerkt te worden dat Nederland het enige land is waar de bepalingen met betrekking tot overgang van onderneming in een insolventieprocedure volledig niet van toepassing zijn.³⁴ In Duitsland is de volledige regeling van toepassing op een overgang in een insolventieprocedure. België kent aangepaste regelingen bij een overname van activa na faillissement (cao nr. 32 bis) respectievelijk de overdracht van de onderneming in het kader van een procedure van gerechtelijke reorganisatie (cao nr. 102) waarbij de werknemers een bepaalde mate van bescherming wordt geboden.³⁵ In Groot Brittannië, waar de regels met betrekking tot overgang van onderneming niet van toepassing zijn in een insolventieprocedure, is onlangs geoordeeld dat TUPE van toepassing is wanneer sprake is van een *pre-packaged insolvency* waarin een onderneming wordt voortgezet met het oog op de *going concern* verkoop van die onderneming.³⁶ Wij vragen aandacht voor dit arbeidsrechtelijke aspect bij de pre-pack door de wetgever.

Mogelijkheden voor de wetgever

Dat de volledige toepasselijkheid van de bepalingen uit de Richtlijn in een insolventieprocedure potentiële kopers van een overname mogelijk zal weerhouden onderschrijven wij. Dat zou namelijk tot gevolg hebben dat wanneer sprake is van een overgang van onderneming in een faillissementsprocedure, het volledige personeelsbestand mee overgaat. Er zijn echter opties het effect van de Richtlijn te beperken. De overgang van onderneming laat de mogelijkheid van ontslag wegens economische, technische of organisatorische redenen onverlet. Op grond hiervan zou een ontslag rondom een overgang gerechtvaardigd kunnen worden. Een voorbeeld is Duitsland, waar § 613a BGB (de bepaling met betrekking tot overgang van ondernemingen) volledig van toepassing is in een insolventieprocedure. Opzeggingen die samenhangen met de overgang van de onderneming, maar waarvoor de overgang niet de voornaamste reden is voor de opzegging worden toegestaan. Wanneer een onderneming 'verkoop klaar' wordt gemaakt, en daar een saneringsplan of bedrijfsconcept aan ten grondslag ligt, is de opzegging niet in strijd met het opzegverbod.³⁷ Aan een dergelijke opzegging dient dan een saneringsplan van de onderneming ten grondslag te liggen.³⁸

³⁴ In surseance van betaling zijn de regels met betrekking tot overgang van onderneming wel van toepassing, maar nu deze procedure vrijwel niet benut wordt, of alleen als 'voorportaal' van het faillissement, laten wij deze buiten beschouwing.

³⁵ Zelfs in een faillissementsprocedure, waarvan algemeen is erkend dat deze de stopzetting van de activiteiten tot gevolg heeft, behouden werknemers die bij een overname van activa worden overgenomen bijvoorbeeld de rechten en plichten uit de arbeidsovereenkomst die ze bij hun gefailleerde (ex-)werkgever hadden.

³⁶ UKEAT/0395/08/DM, *Oakland*. Overigens is de regeling met betrekking tot de beoogd curator grotendeels gebaseerd op de Engelse *pre-pack* praktijk.

³⁷ "Veräußererkündigung auf Erwerbekonzept"; BAG 26.5.1983 – 2 AZR 477/81, BAGE 43, 13; BAG 18.7.1996 – 8 AZR 127/94; Annuß/Lembke, p. 44-46; BAG 20.3.2003 - AZR 97/02, *NJW* 2003, 3506.

³⁸ BAG 20.3.2003 – 8 AZR 97/02, *NZA* 2003, 1027, 1029.

Ook biedt de Richtlijn een mogelijkheid tot beperking van de overname van arbeidsrechtelijke rechten en plichten. Art. 5 lid 2 luidt als volgt:

“Indien een lidstaat ervoor kiest de artikelen 3 en 4 van de Richtlijn van toepassing te laten zijn op een overgang tijdens insolventieprocedures (ongeacht de vraag of deze procedures al dan niet zijn ingeleid met als doel de liquidatie van het vermogen van de vervreemder) en die onder toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie kan een lidstaat bepalen dat:

- A) Onverminderd artikel 3, lid 1, de schulden van de vervreemder die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen en die verschuldigd zijn vóór de overgang of voor de inleiding van de insolventieprocedure, niet overgaan op de verkrijger, indien dergelijke procedures uit hoofde van de in de betrokken lidstaat geldende wetgeving een bescherming bieden die ten minste gelijkwaardig is aan die welke wordt voorgeschreven in situaties die vallen onder Richtlijn 80/987/EEG, en/of dat*
- B) De verkrijger, de vervreemder of de persoon (personen) die de functies van de vervreemder uitoefenen enerzijds en de vertegenwoordigers van de werknemers anderzijds zullen overeenkomen om, voorzover de geldende wetgeving of praktijk zulks mogelijk maakt, in de arbeidsvoorwaarden wijzigingen aan te brengen die bedoeld zijn om de werkgelegenheid veilig te stellen door het voortbestaan van de onderneming, de vestiging of onderdelen daarvan te verzekeren.”*

De laatste optie is op grond van art. 5 lid 3 alleen mogelijk indien de mogelijkheid tot het aanpassen van de arbeidsvoorwaarden bij de verkrijger al bestond voor 17 juli 1998, hetgeen in Nederland niet het geval was. De Nederlandse wetgever zou in elk geval gebruik kunnen maken van de onder A) genoemde mogelijkheid de overname van schulden die uit arbeidsovereenkomsten voortvloeien te beperken.

Medezeggenschap

Onder het huidige insolventierecht is er vrijwel geen rol voor de OR bij het aanvragen van het eigen faillissement dan wel surseance van betaling. De Hoge Raad heeft in de zaak YVC-IJsselwerf overwogen dat een verzoek tot het verlenen van surseance van betaling niet adviesplichtig is, omdat de benoeming van een bewindvoerder niet leidt tot een belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming (25 lid 1 sub e WOR).³⁹ In het algemeen wordt aangenomen dat hetzelfde dient te gelden voor het (voorgenomen) besluit om het eigen faillissement aan te vragen. Eerder heeft Zaal gesteld dat dit ten onrechte wordt afgeleid uit jurisprudentie en wetsgeschiedenis.⁴⁰ Na faillietverklaring is er wel een rol voor de OR. Wanneer de curator bijvoorbeeld voornemens is de onderneming over te dragen, zal hij daarvoor advies aan de OR dienen te vragen.

Onder de Wet continuïteit van onderneming I kan het zijn dat de overdracht van onderneming al voorbereid wordt voor het moment van faillietverklaring. In de toelichting wordt gesteld dat de taak van de beoogd curator betrekking heeft op de voorbereiding van een activatransactie uit faillissement waarbij de levensvatbare onderdelen ten behoeve van de doorstart worden verkocht aan een derde.⁴¹ Als in die voorbereiding het moment van een voorgenomen besluit reeds wordt bereikt, zal de OR daarbij moeten worden betrokken op grond van art. 25 lid 1 sub a WOR. In de

³⁹ Hoge Raad 6 juni 2001, JAR 2001/128 (YVC IJsselwerf).

⁴⁰ I. Zaal, 'Faillissement en doorstart: de rol van de OR en vakbonden', *Arbeidsrecht* 2013, 40.

⁴¹ Toelichting p. 2.

praktijk is ook de rol van de OR na faillietverklaring gering, omdat de OR – wegens het ontslag van alle leden – vrijwel nooit meer bestaat.

Ook de benoeming van de beoogd curator kan naar onze mening worden gezien als een adviesplichtig besluit. Op grond van art. 25 lid 1 sub n WOR moet immers het verstrekken van een adviesopdracht aan een externe deskundige ter advisering worden voorgelegd aan de OR. Naar onze mening kan de stille curator beschouwd worden als een dergelijke externe deskundige. Hieronder leggen we uit waarom.

Voor de vraag of sprake is van een adviesplichtig besluit in de zin van art. 25 lid 1 sub n WOR moet worden gekeken naar de volgende elementen:

- 1) Is sprake van een adviesopdracht?
- 2) Wordt deze adviesopdracht verleend aan een deskundige buiten de onderneming?
- 3) Heeft de adviesopdracht betrekking op een adviesplichtig (voorgenomen) besluit in de zin van art. 25 lid 1 sub a t/m m WOR?

1) Er hoeft geen sprake te zijn van een specifieke op schrift gestelde adviesopdracht. Ook uit de feitelijke gang van zaken kan naar onze mening een adviesopdracht worden afgeleid. Uit de toelichting volgt duidelijk dat het de bedoeling is dat de beoogd curator de onderneming bij staat met raad en advies.

2) Niet ter discussie staat dat de beoogd curator buiten de onderneming staat. Uit de toelichting volgt namelijk dat de curator een onafhankelijke positie heeft.⁴² In de toelichting bij het wetsvoorstel wordt opgemerkt dat de beoogd curator geen adviseur is. Dit is naar onze mening onvoldoende om uit te sluiten dat sprake is van een deskundige in de zin van art. 25 lid 1 sub n WOR. De Ondernemingskamer kijkt immers naar de feitelijke situatie en niet zozeer naar de naam die iemand wordt gegeven. Wanneer gekeken wordt naar de taken van de beoogd curator lijkt zeker sprake te zijn van advies door een deskundige. Hij kijkt mee, laat zich informeren, maar verklaart ook hoe hij in een eventueel faillissement zal oordelen over rechtshandelingen. Later stelt de minister dat de beoogd curator bijvoorbeeld een gecontroleerd liquidatieproces kan voorbereiden of de voorwaarden kan toetsen waaronder na faillissement een verkoop van de levensvatbare onderneming aan een derde zou plaats vinden.⁴³ Dit zijn adviserende bevoegdheden. Een en ander hangt wel af van wat de onderneming aan de beoogd curator zal vragen. Uit de schaarse jurisprudentie op grond van art. 25 lid 1 sub n WOR blijkt tevens dat art. 25 lid 1 sub n ruim wordt uitgelegd.

3) Het laatste element heeft betrekking op het verband tussen de adviesopdracht en een andere adviesplichtige aangelegenheid. Daarbij is doorslaggeven dat het te zijner tijd voorgenomen besluit (mede) gebaseerd is op het advies van de externe deskundige.⁴⁴ Met andere woorden: de adviesopdracht moet in het kader van een aangelegenheid in de zin van art. 25 lid 1 sub a t/m n worden verstrekt. Niet noodzakelijk is dat ten aanzien van die aangelegenheid al sprake is van een

⁴² Toelichting p. 4.

⁴³ Toelichting p. 7 en 8.

⁴⁴ Zie ook: Rood/Verburg Wet op de ondernemingsraden p. 304.

voorgenomen besluit.⁴⁵ Zoals eerder opgemerkt volgt uit de toelichting dat stille curator wordt ingesteld met het doel voorbereidingen te treffen voor de activatransactie. Hieruit volgt duidelijk dat hetgeen de stille curator adviseert gebruikt kan worden als basis voor een besluit in de zin van art. 25 lid 1 sub a dan wel b. Dat de aanwijzing van de stille curator omkeerbaar is, doet niets af aan de adviesplichtigheid.

Een adviesrecht voor de OR staat op gespannen voet met de doelstellingen van het wetsvoorstel. In een pre-pack situaties is immers van belang dat de procedure zo snel mogelijk geschiedt en dat weinig ruchtbaarheid wordt gegeven aan de mogelijke faillietverklaring en doorstart. Het adviesrecht van de OR, met mogelijkheid tot het instellen van beroep, kan een vertragende werking hebben, ook al kan van een OR in een dergelijk geval verwacht worden dat hij voortvarend opereert. Wij adviseren de minister dan ook een specifieke medezeggenschapsprocedure op te nemen voor de procedure met de beoogd curator. Te denken valt bijvoorbeeld aan een informatierecht/hoorrecht dan wel een adviesrecht zonder beroep. Ook raden wij aan de vakbonden te betrekken bij de procedure.

WMCO

Wij wijzen voorts ook op de werking van de Wet Melding Collectief Ontslag (WMCO).⁴⁶ De verplichtingen uit hoofde van deze wet hebben betrekking op situaties waarin – kort gezegd – de arbeidsovereenkomst van 20 of meer werknemers worden beëindigd. In pre-packsituaties is dit op het eerste oog vaak het geval. Het gaat in de regel om grotere ondernemingen (al was het maar omdat de financiering van een beoogd curator op voorhand de nodige financiële middelen vergt, hetgeen naar onze inschatting bij de gemiddelde MKB-onderneming, die in financiële problemen is komen te verkeren een serieus obstakel is) waarbij het gangbaar is dat de curator – zoals eerder gememoreerd - ervoor kiest om eerst het volledige personeelsbestand te ontslaan, om de doorstarter vervolgens nieuwe arbeidsovereenkomsten met werknemers naar keuze aan te kunnen laten gaan. De schaduwzijde (vanuit de doorstarter geredeneerd) van deze insteek is dat het vrijwel steeds om een ontslag van meer dan 20 werknemers zal gaan. Niet valt in te zien waarom de Wet Melding Collectief Ontslag niet op deze situaties van toepassing zou zijn, hetgeen betekent dat er een verplichting rust om overleg aan te gaan met de werknemersvertegenwoordigers. Als aan hem een goed en redelijk plan wordt voorgelegd met waarborgen voor de werkgelegenheid en afspraken over selectie van personeel, kunnen zij snel instemmen met de pre-pack. Uiteraard geldt niet de maand wachttijd die buiten faillissement geldt omdat de toestemming van het UWV voor de opzegging niet noodzakelijk is bij faillissement (aldus artikel 6 lid 2, aanhef en sub c BBA 1945). Schaink⁴⁷ oordeelt dat het niet de bedoeling van de werkgever is geweest om de overlegverplichting tijdens faillissement te laten gelden. Wij delen dat standpunt niet. De wetgever heeft op verschillende plaatsen in de WMCO een uitzondering opgenomen voor faillissementssituaties, maar uitdrukkelijk niet ten aanzien van de overlegverplichting. Wij menen dan ook dat deze verplichting zonder meer geldt. Het belang ervan is bovendien sinds de per 1 maart 2012 ingevoerde wetswijziging sterk

⁴⁵ Kantonrechter Utrecht 4 maart 2011, JAR 2001/252.

⁴⁶ Over dit onderwerp uitgebreider: I. Zaal, De reikwijdte van medezeggenschap, Kluwer 2014, p.250, J. van der Pijl, Opvolgend werkgeverschap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet?, Arbeidsrecht 2013/38 en I. Zaal, Doorstart na faillissement, de rol van de OR en vakbonden, ArbeidsRecht 2013/40.

⁴⁷ P.R.W. Schaink, Arbeidsovereenkomst en Insolventie, Kluwer 2012, p. 28.

toegenomen, omdat er nu een verstrekkende sanctie op niet naleving van deze verplichting rust, te weten vernietigbaarheid van de opzegging door de individuele werknemer, aldus artikel 7 lid 1 WMCO. Dit betekent, dat een curator een groot risico loopt, om niet te zeggen een beroepsfout maakt, indien hij deze verplichting negeert. Impliciet – en daarom maken wij hier melding van de WMCO – verplicht dit een ondernemer, met de beoogde curator aan zijn zijde, om tijdig, met gebruikmaking van het opleggen van geheimhouding, met de werknemersvertegenwoordigers het gesprek aan te gaan. In zo'n gesprek kan aan de orde komen of zelfs worden bedongen dat bij een voorbereide doorstart op zorgvuldige en transparante wijze wordt geselecteerd wie er mee over gaat dat en daarover specifieke afspraken worden gemaakt.⁴⁸ Hier ligt ook een toeziende taak voor de rechter-commissarissen. In het kader van de beoogde wetwijziging zou ook voorzien kunnen worden in een aanvullend artikel(lid) in de WMCO, dat de tijd die gemoeid is met raadpleging van de werknemersorganisaties in aftrek brengt op de maximaal in acht te nemen opzegtermijn (met een minimum van een maand). Overigens is er nu juist bij een voorbereide doorstart doorgaans wel (iets) meer tijd om juist voorafgaand aan het faillissement al het gesprek aan te gaan, zonder dat dit ten koste van de opzegtermijn hoeft te gaan. Zo bezien zou de aftrekmogelijkheid alleen moeten geleden bij een raadpleging ná faillietverklaring.

Conclusie en aanbevelingen

In het huidige faillissementsrecht is weinig aandacht voor de bijzondere positie van de werknemer. Toen de huidige Faillissementswet werd ontworpen was er ook nog weinig regelgeving op het gebied van het arbeidsrecht. Dit is pas aan het begin van de 20^e eeuw ontstaan, terwijl het faillissementsrecht uit de 19^e eeuw dateert. Wij raden de minister aan bij toekomstige wijzigingen van het faillissementsrecht, zoals het onderhavige wetsvoorstel, te kiezen voor een integrale benadering, zodat knelpunten zoals hierboven besproken zich niet voordoen. Dit sluit ook aan bij de jurisprudentie van de Hoge Raad waarin is bepaald dat in geval van faillissement niet alleen rekening moet worden gehouden met de belangen van de crediteuren, maar ook met andere maatschappelijke belangen, zoals het belang van werkgelegenheid.⁴⁹ Bij de integrale benadering van het arbeidsrecht en het faillissementsrecht raden wij de minister aan in ieder geval aandacht te besteden aan de volgende punten:

- Het betrekken van OR en vakbonden op een moment dat dit nog van invloed is op de besluitvorming, maar op zodanige wijze dat dit geen onnodige vertraging of belemmering voor het proces meebrengt.
- De mogelijkheid om de duur van de raadplegingsprocedure van de WMCO af te trekken van de opzegtermijn.
- De Richtlijn overgang van onderneming van toepassing verklaren op de procedure beschreven in de Wet continuïteit van ondernemingen
- Gebruik maken van de mogelijkheden die de Richtlijn overgang van ondernemingen biedt om af te wijken in het geval van faillissement.

⁴⁸ I. Zaal, De reikwijdte van medezeggenschap, Kluwer 2014, p.251.

⁴⁹ Onder omstandigheden moet het belang van een individuele crediteur zelfs wijken voor een maatschappelijk belang. Hoge Raad 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472 (Sigmacon II), Hoge Raad 19 april 1996, *NJ* 1996/48 (Maclou), Hoge Raad 19 december 2003, *NJ* 2004, 293 (Mobell/Interplan).

Naast de in dit stuk genoemde mogelijkheden kan verder worden gedacht aan meer algemene aanpassingen van het ontslagrecht. Zo is het naar onze mening wenselijk dat de toepasselijkheid van de ragetlie- en ketenregel wordt uitgesloten in het geval van een doorstart bij faillissement.