

FIP

TIJDSCHRIFT FINANCIERING,
ZEKERHEDEN EN INSOLVENTIE
RECHT PRAKTIJK

Van de uitgever van «JOR»

THEMANUMMER ARBEIDSRECHT EN INSOLVENTIERECHT

GASTHOOFDREDACTEUREN:

PROF. MR. R.M. BELTZER EN MR. E. LOESBERG

MET BIJDRAGEN VAN:

*prof. mr. L.G. Verburg, mr. P. Huffman, mr. dr. I. Zaal, mr. I. van der Pijl,
prof. mr. drs. M. Heemskerk, mr. P.R.W. Schaink, mr. S.W.G. Wolters,
mr. S. Jansen, mr. E. Loesberg en prof. mr. R.M. Beltzer*

ZIE DE ACHTERKANT VAN DIT NUMMER VOOR DE SPECIALE THEMAMIDDAG ARBEID EN INSOLVENTIE
DIE OP 5 MAART 2015 GEHOUDEN ZAL WORDEN

WWW.FIP-ONLINE.NL

SPECIAL

Korting voor abonnees FIP!

Verdiepingscursus

FIP Themamiddag: Arbeid en Insolventie

Het FIP Themanummer besproken en vertaald naar de praktijk

Donderdag 5 maart 2015

Van der Valk Hotel te Breukelen

12:30 – 18:30 uur



4

NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

ADVOCATEN
PO
ADVOCATEN

Sdu

JURIDISCHE
OPLEIDINGEN

In deze cursus bespreken de redacteuren van het FIP themanummer **Arbeidsrecht en Insolventierecht** de ontwikkelingen op deze rechtsgebieden en bezien die vanuit individuele, collectieve en Europese context. Een unieke gedachtenwisseling in theorie en praktijk, gegeven door ervaren specialisten uit advocatuur, universiteit en rechterlijke macht.

Sprekers:



Prof. mr. R.M. (Ronald) Beltzer, hoogleraar arbeid en onderneming, Universiteit van Amsterdam



Prof. mr. P.M. (Michael) Veder, hoogleraar insolventierecht Radboud Universiteit Nijmegen



Prof. mr. L.G. (Leonard) Verburg, hoogleraar arbeidsrecht Radboud Universiteit Nijmegen



Mr. E. (Egbert) Loesberg, senior rechter Rechtbank 's-Hertogenbosch



Mr. J. (Job) van der Pijl, advocaat bij DingemansVanderKind te Amsterdam



Mw. mr. P. (Pam) Hufman, promovenda Universiteit van Amsterdam

Een must voor de jurist die in de praktijk te maken heeft met arbeids- of insolventierecht!

Schrijf u in op www.sdujuridischeopleidingen.nl

FIP - Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk is een uitgave van Sdu Uitgevers bv en verschijnt achtmaal per jaar. Naast dit tijdschrift ontvangen abonnees wekelijks per e-mail nieuws op het gebied van financiering, zekerheden en insolventierecht. De auteur verklaart zich ermee bekend dat door aanbidding van een artikel de exploitatierechten worden overgedragen aan de uitgever.

Uitgever

Drs. Marc A. Dooijes
Sdu Uitgevers
Postbus 20025, 2500 EA Den Haag
E-mail: fip@sdu.nl

Redactiesecretariaat

Drs. C. van Gessel
Postbus 14, 6880 AA Velp (Gld.)
E-mail: cvgessel@hetnet.nl

Hoofredactie

Prof. mr. N.E.D. Faber (Clifford Chance LLP en Radboud Universiteit Nijmegen)
Prof. mr. P.M. Veder (Radboud Universiteit Nijmegen en RESOR)

Redactie

Mr. R.I.V.F. Bertrams (AKD advocaten en notarissen en Vrije Universiteit Amsterdam)
Mr. ing. H.J. Damkot (Rabobank Nederland)
Mr. M.A.J.G. Janssen (Banning N.V.)
Mr. W.J.P. Jongepier (Boekel De Nerée N.V.)
Mr. P.J. Peters (AKD advocaten en notarissen)
Mr. I. Spinath (Spinath+Wakkie)
Mr. dr. A.J. Tekstra (Blauw Tekstra Uding N.V.)
Mr. G.C. Verburg (Houthoff Buruma)
Mr. dr. ing. A.J. Verdaas (Bosselaar & Strengers Advocaten en Onderzoekcentrum Onderneming & Recht)
Prof. mr. R.J. Verschoof (Rechtbank Utrecht en Universiteit Utrecht)

Vakredactie Sdu Uitgevers

Mr. Dieuwke P. van Strien
E-mail: ondernemingsrecht@sdu.nl

Ontwerp en vormgeving

(M/V) ontwerp, www.mv-ontwerp.nl

ISSN 1877-4997

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Abonnementen

Vanwege de aard van de uitgave, gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbintenissenrecht. De abonnementsprijs bedraagt € 259 per jaar inclusief de wekelijkse e-mailnieuwsdienst en inclusief verzamelband (excl. btw, inclusief verzend- en administratiekosten). Toegang tot FIP via de Sdu Juridische Tijdschriften App (Stapp) maakt ook onderdeel uit van het abonnement. Prijswijzigingen voorbehouden.

Abonnementenadministratie/adreswijziging

Sdu Klantenservice
Postbus 20014, 2500 EA Den Haag
Telefoon (070) 3789880
www.sdu.nl/service

Advertentieacquisitie

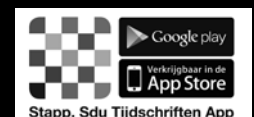
Sdu Uitgevers
Prinses Beatrixlaan 116
Postbus 20025
2500 EA Den Haag
Tel.: 070 378 05 62
E-mail: advertentie.juridisch@sdu.nl
www.bereikdejurist.nl
Advertentietarieven op aanvraag. De uitgever kan zonder opgaaft van redenen advertenties weigeren.

Citeertitel: FIP 2014, p. 10.

© Sdu Uitgevers, Den Haag 2014

Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst en om u van informatie te voorzien over Sdu Uitgevers bv en zorgvuldig geselecteerde andere bedrijven. Als u geen prijs stelt op deze informatie, kunt u dit schriftelijk melden bij Sdu Uitgevers, Postbus 20014, 2500 EA Den Haag. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar. Het abonnement wordt automatisch met een jaar verlengd, tenzij uiterlijk twee maanden voor het verstrijken van het abonnementsjaar schriftelijk wordt opgezegd bij Sdu Klantenservice.

www.FIP-online.nl



Nederlands
Uitgeversverbond
mwj
media voor vak & wetenschap

INHOUD

INHOUDSOPGAVE TIJDSCHRIFT FINANCIERING, ZEKERHEDEN EN INSOLVENTIERECHTPRAKTIJK
NUMMER 8, JAARGANG 6, DECEMBER 2014

Woord vooraf	3
FIPSignaleringen	6
Financiering en zekerheden	6
Insolventierecht	9
Aansprakelijkheid	13
Beslag- en executierecht	17
Internationaal	19
Overgang van onderneming en faillissement: over een blinde vlek bij curatoren of wishful thinking onder arbeidsrechtjuristen	21
<i>Ronald Beltzer</i>	
De doorstart in faillissement en het debiet van '662'	26
<i>Leonard Verburg</i>	
Arbeidsrechtelijke gevolgen van een doorstart in Duitsland en België	32
<i>Pam Huffman</i>	
De rol van de OR bij een pre-pack: tijd voor een wettelijke regeling	37
<i>Ilse Zaal</i>	
Misbruik van recht - over gedupeerde werknemers en glad ijs	41
<i>Job van der Pijl</i>	
De failliete werkgever en zijn werknemers	46
<i>Egbert Loesberg</i>	
Pensioen bij faillissement van een werkgever	57
<i>Mark Heemskerk</i>	
De loongarantieregeling en bestuurders van rechtspersonen: een kantelend beeld	60
<i>Paul Schaink</i>	
Wet Werk en Zekerheid: arbeidsrechtelijke veranderingen met gevolgen voor de insolventiepraktijk	64
<i>Suzan Wolters en Sanne Janssen</i>	
De curator als werkgever: ervaringen van mr. B.F.M. Knüppe	70
<i>Egbert Loesberg</i>	
Wetgevingsoverzicht	74

En ineens bedient u die extra klant...

...want de juiste informatie heeft u zo gevonden

loongarantieregeling|



Meer mogelijk met Sdu MemoPlus

De informatie die u zoekt, krijgt u voortaan 1-2-3 geleverd in een memo. Compact. Overzichtelijk.

En met toegang tot verdiepende content. Zo bedient u uw klanten, breder, in minder tijd, met nog beter advies. Binnen én buiten uw expertisegebied.

MemoPlus is een nieuw online product waar de vraag van u en uw cliënt centraal staat. Ervaar het zelf!

[Commentaren](#)

[Wet- en regelgeving](#)

[Jurisprudentie](#)

SduMemoPlus.nl

Arbeidsrecht | Contractenrecht | Personen- en familierecht | Strafrecht

Probeer 1 maand gratis!

Bel **070-378 9313** of kijk op SduMemoPlus.nl

Sdu **memo+**
uw **juridisch** handvat

Woord vooraf

In dit themanummer wordt in een tiental bijdragen stilgestaan bij een voor de praktijk actueel thema: het snijvlak van arbeidsrecht en insolventierecht. De redactie is de auteurs veel dank verschuldigd voor hun bijdragen aan deze special.

Bijzondere dank gaat uit naar de gasthoofdredacteuren, prof. mr. R.M. Beltzer en mr. E. Loesberg, onder wiens bezielende leiding dit bijzondere nummer tot stand kwam.

Wij kijken uit naar de themamiddag *Arbeid en insolventie* op 5 maart 2015 waar nader zal worden ingegaan op de in dit nummer besproken onderwerpen.

De redactie

FIP Signaleringen

Financiering en zekerheden

LITERATUUR

315. De notariële verzamel pandakte

(WPNR 2014/7034, mr. A. Steneker)

De schrijver bespreekt de vraag of een verzamel pandakte in notariële vorm opgemaakt zou kunnen worden. Hij komt tot de conclusie dat een notariële verzamel pandakte in vele opzichten niet voldoet aan de vereisten die de Wet op het notarisambt stelt. Om dat de notaris bewust essentiële vormvoorschriften zou veronachtzamen, zou de notaris op grond van art. 21 lid 2 Wna zijn medewerking moeten weigeren aan het verlijden van een dergelijke akte. Een toch opgemaakte notariële verzamel pandakte mist naar oordeel van de schrijver authenticiteit en kan niet leiden tot een geldig pandrecht.

316. Het eigendomsvoorbehoud in Nederland, België en Duitsland en de betekenis van het internationaal privaatrecht

(JutD 2014, nr. 17, p. 16, mr. drs. E. Hennis)

In internationaal verband kunnen complicaties optreden bij gebruik van zekerheidsrechten als een eigendomsvoorbehoud of een pandrecht. De schrijver bespreekt beide zekerheidsrechten in de situatie dat professionele handelspartijen grensoverschrijdend goederen kopen en verkopen. Hij bespreekt in dat verband eerst de werking van het eigendomsvoorbehoud en het pandrecht naar Nederlands recht. Vervolgens gaat hij in op het internationaal privaatrecht en ten slotte bespreekt hij het Duitse en Belgische recht met betrekking tot eigendomsvoorbehoud en pand.

JURISPRUDENTIE

317. Uitoefening retentierecht

(Hof 's-Gravenhage 21 oktober 2014,

ECLI:NL:GHDHA:2014:3206)

V betwist dat H – die een retentierecht uitoefent op een appartement – houder

van het appartement is geworden, omdat H onder valse voorwendselen de sleutels van hem heeft verkregen, waardoor zij in staat werd gesteld het retentierecht te gaan uitoefenen.

Vraag is eerst, zo overweegt het hof, of het retentierecht van H is geëindigd doordat V de nieuwe sloten plaatste. Uit art. 3:294 BW volgt dat het retentierecht eindigt doordat de zaak in de macht komt van de schuldenaar of de rechthebbende, tenzij de schuldeiser haar weer uit hoofde van dezelfde rechtsverhouding onder zich krijgt. Het hof neemt aan dat H het appartement weer onder zich heeft gekregen. Zij beschikt thans als enige over de passende sleutels. Dat zij het appartement niet (meer) op grond van dezelfde rechtsverhouding onder zich heeft, is niet gesteld. In zoverre is aan de eisen van art. 3:294 BW voldaan. In de oorspronkelijke redactie van art. 3:294 BW eindigde het retentierecht niet voor de schuldenaar of de rechthebbende op rechtmatige wijze de macht over de zaak had verkregen. In de huidige wettekst is de toevoeging 'rechtmatig' verdwenen, maar aangenomen moet worden dat wanneer een rechthebbende de zaak op onrechtmatige wijze onder zich krijgt, het retentierecht herleeft wanneer de retentor de zaak weer in zijn macht krijgt (HR 8 november 2002, NJ 2002, 623). H heeft aangevoerd dat V op onrechtmatige wijze de macht over het appartement heeft verkregen, omdat hij, voordat de werkzaamheden waren afgerond en terwijl er nog bouwmaterialen aanwezig waren, tijdens de bouwvakvakantie de sloten heeft vervangen. Het hof volgt H in die stelling. Door de sloten te vervangen, heeft V het H onmogelijk gemaakt het appartement te betreden en haar werkzaamheden af te ronden. Nu het appartement nog niet aan P was opgeleverd en H toegang moest hebben om aan haar verplichtingen jegens P te voldoen en eventuele calamiteiten te bestrijden, stond het

V niet vrij dit te doen. H had ex art. 3:295 BW ook jegens V als eigenaar het recht de sleutels weer op te eisen.

Misbruik van bevoegdheid

Het retentierecht is in beginsel ondeelbaar. Wanneer een schuldeiser voor een vordering een retentierecht heeft op verscheidende zaken, kan hij in beginsel niet gedwongen worden in geval van een gedeeltelijk tenietgaan van zijn vordering een evenredig gedeelte van de door hem teruggehouden zaken af te geven. Dat van een wanverhouding tussen de vordering van H enerzijds en de waarde van het appartementencomplex anderzijds sprake is, heeft V niet gesteld, net zomin als hij heeft onderbouwd waarom H, gelet op haar totale vordering enerzijds en de waarde van het complex anderzijds, niet het door hem gedane aanbod voor een oplossing had mogen afwijzen.

318. Vaststellingsovereenkomst, normale bedrijfsuitoefening

(Rb. Limburg 4 september 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:5137, «JOR» 2014/274, m.nt. mr. M.A.J.G. Jansen onder «JOR» 2014/276)

Gedaagde heeft erop gewezen dat zijn echtgenote bij brief van 21 december 2012 op grond van art. 1:89 lid 1 BW de bij vaststellingsovereenkomst bedongen borgstelling heeft vernietigd wegens het ontbreken van haar toestemming. Daarmee zou een rechtsgrond ontbreken voor de vordering van eiseres. Dit verweer kan niet slagen. Ingevolge art. 1:88 lid 1 aanhef en onder c BW heeft de andere echtgenoot de toestemming van de andere echtgenoot voor overeenkomsten die ertoe strekken dat hij zich als borg of hoofdelijk schuldenaar verbindt. Ontbreekt die toestemming, dan kan de andere echtgenoot ingevolge art. 1:89 lid 1 BW de borgstelling vernietigen. Art. 1:88 lid 5 BW bepaalt dat toestemming niet vereist is voor, kort gezegd, borgstelling door een directeur-aandeelhouder van een bv (zoals

gedaagde in de onderhavige zaak), indien het gaat om een borgstelling die 'geschiedt ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van die vennootschap'. Daarvan is sprake. Naar niet bestreden is, was het inlenen van arbeidskrachten gebruikelijk binnen het (bouw)bedrijf van de bv en geschiedde dat om de door de bv verkregen opdrachten uit te voeren. Bij de vaststellingsovereenkomst werd een termijn overeengekomen waarbinnen de bv alsnog aan haar achterstallige betalingsverplichtingen zou voldoen. De vaststellingsovereenkomst behelst daarmee wat de bv betreft niet veel meer dan een vastlegging van hetgeen reeds verschuldigd was ter zake bedrijfsuitoefening in het verleden, met een nadere toezegging tot betaling daarvan. Eiseres en de bv zijn vervolgens op de oude voet zaken blijven doen. Zowel het inlenen van de arbeidskrachten als het doen van de betalingstoezegging moet onder deze omstandigheden geacht worden te hebben behoord tot de normale bedrijfsuitoefening van de bv. Het zich borgstellen door gedaagde voor de nakoming van de betalingsverplichtingen van de bv geschiedde derhalve ten behoeve van de normale bedrijfsuitoefening van die vennootschap.

319. Vervanging eerdere borgtocht, normale bedrijfsuitoefening

(Rb. Rotterdam 18 december 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:10626, «JOR» 2014/275, m.nt. mr. M.A.J.G. Jansen onder «JOR» 2014/276)

Vaststaat dat tussen de bank en de vennootschappen van gedaagde al langere tijd een kredietrelatie bestond, in het kader waarvan gedaagde zich reeds persoonlijk borg had gesteld. Het was gedaagde die zich eind 2008 tot de bank wendde met het verzoek de kredietfaciliteit te verhogen. De bank heeft gesteld dat het verzoek van gedaagde te maken had met de ontwikkelingskosten van een nieuw meubelconcept, liquiditeitskrapte als gevolg van reeds geplaatste orders met uitgestelde leveringen, beurskosten en de kosten van een nieuw verwarmingssysteem. Aan de hand daarvan heeft de bank de aanvraag beoordeeld, zo stelt zij. Gedaagde heeft een ander onvoldoende betwist. Evenmin staat ter discussie dat als gevolg van de nieuwe kredietfaciliteit de schuld van de vennootschappen aan de bank uit hoofde van geldlening met € 300.000 werd ver-

minderd en dat de bestedingsruimte van de vennootschappen met € 150.000 werd vergroot. De in dit kader door gedaagde verstrekte borgtocht diende ter vervanging van de eerder door gedaagde afgegeven borgtocht van € 100.000. Ten aanzien van die eerdere borgstelling is voldaan aan de vereisten voor de uitzondering van art. 1:88 lid 5 BW. Gelet op deze omstandigheden is de borgstelling van 5 december 2008 tot stand gekomen ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschappen. Met name redengevend is (i) dat het initiatief van gedaagde is uitgegaan, (ii) de gronden voor de aanvraag en van de beoordeling, (iii) het gevolg van de faciliteit, namelijk een lagere schuld en een grotere bestedingsruimte en (iv) het gegeven dat ook zonder deze faciliteit al sprake was van een borgstelling van gedaagde. De slotsom luidt dat de onderhavige borgtocht is aangegaan ten behoeve van de normale uitoefening van het bedrijf van de vennootschappen.

320. Uitbreiding krediet, normale bedrijfsuitoefening (Rb. Limburg 16

januari 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:511, «JOR» 2014/276, m.nt. mr. M.A.J.G. Jansen tevens behorend bij «JOR» 2014/274 en «JOR» 2014/275)

Het krediet waarvoor de nadere borgstelling is aangegaan, was bedoeld om te worden aangewend ten behoeve van de door Bergbron gedreven onderneming en dat is ook gebeurd. De extra vrijgekomen liquide middelen zijn ten goede gekomen van Bergbron en het werkkapitaal van de door haar gedreven onderneming is uitgebreid, zulks ten behoeve van het uitbouwen van de bestaande activiteiten van Bergbron. De wens tot deze investering was ingegeven door de bij gedaagde levende gedachte dat dit zou leiden tot groei van de onderneming. De door gedaagde genomen besluiten rondom het door Bergbron aangaan van extra krediet en de daaraan gekoppelde (gewijzigde) borgstelling zijn om die reden in zoverre te beschouwen als zijnde gebruikelijk in de uitoefening van een bedrijf. De aard van de nieuw te ontplooiende activiteit – het voeren van een importeurschap van een biermerk – maakt dat in het onderhavige geval niet anders. Niet elke koerswijziging of verlegging van accenten binnen de bedrijfsvoering kan leiden tot het oordeel dat de daarmee verbonden activiteiten niet zouden behoren

tot de normale bedrijfsvoering. Weliswaar ontplooiende Bergbron de nieuwe activiteiten niet eerder, maar deze staan niet dermate ver af van de voorheen bestaande kernactiviteit dat moet worden gezegd dat de nieuwe activiteiten buiten de normale bedrijfsvoering vielen. Ook de omvang van de investering staat niet in de weg aan het oordeel dat gedaagde met zijn beslissingen is gebleven binnen de kaders van gewone bedrijfsvoering. Het enkele feit dat het extra krediet een niet onaanzienlijke verhoging van het totale krediet met zich bracht, is daarvoor niet voldoende. De omvang van het extra krediet is niet van dien aard dat alleen op grond daarvan moet worden geconcludeerd dat het aangaan van een dergelijk krediet viel buiten de normale bedrijfsuitoefening.

Jansen bespreekt in zijn noot de drie uitspraken («JOR» 2014/274, 2014/275 en 2014/276) in het licht van eerdere jurisprudentie en geeft daarna een aantal aanwijzingen aan de hand waarvan zou kunnen worden vastgesteld wanneer al dan niet sprake is van normale bedrijfsuitoefening.

321. Taalkundige uitleg abstracte bankgarantie (Rb. Amsterdam 26 maart 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:2451, «JOR» 2014/277, m.nt. mr. R.I.V.F. Bertrams)

Gelet op het karakter van de onderhavige bankgaranties en de functie die dergelijke garanties in het economisch verkeer vervullen, en gelet op de positie van de bank die zowel de belangen van degene die opdracht gaf tot het stellen van de bankgarantie als van degenen te wiens gunste de bankgarantie is gesteld, in het oog moet houden, is een strikte toepassing door de bank van de in de garantie gestelde voorwaarden geboden. Een doorslaggevende betekenis dient dan ook toe te komen aan de taalkundige uitleg van de bewoordingen van de bankgarantie. Dit klemmt te meer als ook de begunstigde een professionele partij is en de bankgarantie in verband met een commerciële transactie wordt gesteld. Uit de tekst van de bankgaranties blijkt dat Yemen Bank zich heeft verbonden tot uitbetaling onder de garanties op het eerste schriftelijk verzoek van CAMA onder diens mededeling dat E is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen. Gelet op de bewoordingen van de bankgarantie moet voorshands worden geconcludeerd dat sprake is van een abstracte bankgarantie, met als kenmerk dat als CAMA als be-

gunstigde met inachtneming van de formele eisen die in de garantie worden gesteld, claimt, de bank in beginsel tot uitbetaling is gehouden zonder zich te verdiepen in de vraag of E inderdaad in de nakoming van haar verplichtingen jegens CAMA tekort is geschoten. Het abstracte karakter van de bankgarantie ('eerst betalen, dan praten') staat er in beginsel aan in de weg dat E uitbetaling blokkeert, indien is voldaan aan de voorwaarden die neergelegd zijn in de garantie. Dit beginsel kan uitzondering lijden indien CAMA kennelijk bedrieglijk of willekeurig tot het invoeren van de bankgarantie overgaat. E heeft gesteld dat zij Yemen Bank heeft gewaarschuwd dat zij niet wanpresteert. Gelet op de jurisprudentie heeft Yemen Bank, ook in geval van een abstracte bankgarantie, na een dergelijke waarschuwing een onderzoeksplicht. De omvang van deze onderzoeksplicht is echter beperkt. Het moet gaan om voor de bank kenbare gebreken aan de zijde van de partij die de garantie inroept. Tussen partijen bestaat een aanzienlijk verschil van mening of E al dan niet tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst. Het onderzoek dat door de bank verricht moet worden, gaat, mede gelet op de tekst van de garanties, niet zo ver dat zij zich moet verdiepen in de aard en omvang van verplichtingen die voortvloeien voor beide partijen uit de tussen hen gesloten overeenkomst, waarbij de bank zelf geen partij is. Alles in overweging nemend, is geen sprake van een zonneklare kenbaarheid voor Yemen Bank van het willekeurig of bedrieglijk invoeren van de bankgaranties. Yemen Bank is dus gehouden en gerechtigd over te gaan tot het uitkeren onder de bankgaranties aan CAMA en dientengevolge is ING gehouden aan Yemen Bank te betalen op basis van de contragaranties.

322. Verplichting tot verstrekken van inlichtingen en verschaffen van zekerheid (Hof 's-Hertogenbosch 1 juli 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2017, «JOR» 2014/282, m.nt. mr. Th.A.L. Kliebisch)

A wenst een opgave te ontvangen van alle 'goederen als bedoeld in art. 3:1 BW' die toebehoren aan haar schuldenaren. A heeft gesteld dat zij geen inzicht heeft in haar verhaalspositie en dat er mogelijk onvoldoende vermogensbestanddelen zijn die zekerheid kunnen bieden voor haar vorderingen. De voorzieningenrechter heeft

in het bestreden vonnis overwogen dat een informatieplicht op de schuldenaren rust. Deze op Q en E rustende verplichting is echter beperkt tot gegevens over de jaarstukken en gegevens uit hun administratie. A heeft niet gesteld dat zij een ander belang heeft bij de ontvangst van inlichtingen dan het belang haar verhaalspositie te verduidelijken en te versterken. Daarom is de vordering van A een opgave te ontvangen van alle 'goederen als bedoeld in art. 3:1 BW' te ruim. A vordert verder een verklaring van C (die het aandeelhoudersregister van OIM bijhoudt) of een bij C aangesloten instelling (die ten behoeve van anderen aandelen OIM beheert) te verstrekken met betrekking tot aan de schuldenaren toebehorende aandelen OIM. De door de schuldenaren gehouden aandelen OIM zijn een belangrijk vermogensbestanddeel zodat zij verplicht zijn hierover inlichtingen te verstrekken. Verder vordert A een uittreksel uit het aandeelhoudersregister van Q. Inlichtingen over wie aandelen in Q houdt, behoren tot de administratie van Q, zodat Q gehouden is het uittreksel te verstrekken. A richt vervolgens vorderingen tot R. R is bestuurder van Q en E, maar dit rechtvaardigt zonder nadere toelichting niet dat hem persoonlijk wordt bevolen een verklaring met betrekking tot aan Q en E toebehorende aandelen OIM te verstrekken. R heeft 100.000 aandelen in Quinvest verpand aan A. Op grond van de pandakte moet hij op eerste verzoek van A alle door A verlangde inlichtingen en gegevens met betrekking tot de aandelen verstrekken. Een uittreksel uit het aandeelhoudersregister van Q moet hiertoe worden gerekend. De gegevens in dat uittreksel kunnen redelijkerwijs van belang zijn voor A.

A vordert een bevel aan de schuldenaren, zolang hetgeen verschuldigd is niet is voldaan, telkens binnen 48 uur na een daartoe strekkend schriftelijk verzoek de nodige actuele informatie, gestaafd met bescheiden, te verschaffen omtrent de liquiditeit en solvabiliteit respectievelijk de vermogenspositie van Q en E en de financiële positie van R. Deze vordering is gegrond, met dien verstande dat, gelet op de aard en strekking van de desbetreffende inlichtingen aanleiding is te bepalen dat de gegevens moeten worden verstrekt voor zover dit in redelijkheid kan worden verlangd en dat de gegevens binnen een maand na een daartoe strekkend schriftelijk verzoek worden verstrekt. A vordert verder afgifte

van belastingaangiften en jaarrekeningen. De schuldenaren hebben aangevoerd dat deze stukken niet bestaan en daarom niet kunnen worden verstrekt. R, Q en E doen geen aangifte voor de belastingen en Q en E maken geen jaarrekening op. A heeft onvoldoende naar voren gebracht om aan te kunnen nemen dat de stukken bestaan. De verplichtingen jaarlijks een jaarrekening op te maken en aangifte te doen, vloeien verder niet voort uit de overeenkomsten inzake de geldleningen of uit de redelijkheid en billijkheid in verband met de geldleningen, maar uit de wet. A kan daarom geen nakoming van deze verplichtingen verlangen.

A vordert dat iedere schuldenaar zekerheid verstrekt voor haar vordering. Het ligt op de weg van A haar vordering nader toe te lichten, hetgeen zij heeft nagelaten. Bovendien is de vordering tot verstrekking van zekerheid op alle goederen als bedoeld in art. 3:1 BW te ruim.

323. Hypotheekhouder als koper (GEA Sint-Maarten 12 augustus 2014, «JOR» 2014/284, m.nt. mr. A. Steneker)

Hoewel de executerende hypotheekhouder verkoper van het registergoed is, dient de koopsom ex art. 3:270 BW aan de notaris te worden betaald. De executerende hypotheekhouder die ook als koper op de veiling optreedt, zal zijn verbintenis de koopsom te voldoen niet kunnen verrekenen met zijn vordering op de schuldenaar. De notaris ontvangt de koopsom voor de gezamenlijk belanghebbenden. De bepaling van art. 3:270 lid 1 BW is van dwingend recht. Belanghebbenden kunnen geen hiervan afwijkende afspraken maken. De toepasselijke veilingvoorwaarden kunnen van deze bepaling niet afwijken (art. 3:270 lid 7 BW) en sluiten verrekening uitdrukkelijk uit. De koopsom moet bij de notaris worden gedeponneerd. Hiermee wordt 'storting' op een (door de notaris aangewezen) bankrekening bedoeld. Hiermee wordt in elk geval niet verrekening bedoeld of 'betaling aan zichzelf'.

De notaris als ambtenaar en behartiger van de belangen van alle betrokkenen moest erop toezien dat de geldende en toepasselijke bepalingen in acht zouden worden genomen. De vaststelling dat de koopsom niet is betaald, heeft allereerst tot gevolg dat geen zuivering ex art. 3:273 lid 1 BW kan hebben plaatsgevonden. Verder heeft de notaris geen 'certificate of payment' als

bedoeld in de veilingvoorwaarden kunnen en mogen afgeven. De notaris heeft evenwel een verklaring afgegeven dat de koop som is betaald en dat aan de verplichtingen van de veilingvoorwaarden is voldaan. Deze verklaring wekt de indruk dat de koopsom op de voorgeschreven wijze is betaald, hetgeen nu juist niet het geval is geweest. Op grond van de veilingvoorwaarden kan levering van het registergoed niet plaatsvinden zonder het 'certificate of payment'.

Als uitgangspunt bij de uitleg van bedingen die de overdraagbaarheid van een goed, het te veilen registergoed, uitsluiten, moet worden aangenomen dat zij uitsluitend verbintenisrechtelijke werking hebben, tenzij uit de – naar objectieve maatstaven uit te leggen – formulering daarvan blijkt dat daarmee goederenrechtelijke werking is beoogd. Uit de bepaling van de toepasselijke veilingvoorwaarden blijkt dat wanneer geen 'certificate of payment' van de notaris

voorhanden is – en die ontbreekt –, de overige notariële akten niet kunnen dienen voor inschrijving in de openbare registers. Deze documenten kunnen de overdracht van het registergoed niet bewerkstelligen. Het registergoed kon dan ook niet worden overgedragen. De conclusie is dat de (eigendoms)overdracht van het registergoed niet heeft plaatsgevonden.

Insolventierecht

LITERATUUR

324. De rol van de curator en de rechter-commissaris bij biedingsprocedures (Tvl 2014, 32, prof. mr. F.M.J. Verstijlen)

De curator moet de boedel te gelde maken. Dat geschiedt in de regel door een onderhandse verkoop, al dan niet nadat een biedingsprocedure is doorlopen. De schrijver behandelt de verantwoordelijkheden van de curator en van de rechter-commissaris, met name ingeval degene met wie onder het voorbehoud van toestemming van de rechter-commissaris is gecontracteerd, wordt overboden door een derde. Het belang van de boedel, de eisen van een behoorlijke afwikkeling van het faillissement, de 'governance' in faillissementssituaties en de normale vermogensrechtelijke regels spelen een rol. Hoe te komen tot een hanterbaar, effectief en efficiënt systeem?

325. Waarom toepassing van het 'tweeledige wetenschaps criterium' bij art. 42 Fw als maatstaf onjuist is? (Tvl 2014, 34, mr. P.R. Dekker en mr. F. Ortiz Aldana)

Vaak wordt gemeend dat de curator de voor een geslaagd beroep op de faillissementspauliana vereiste wetenschap van benadeling, uitsluitend kan bewijzen als het faillissement én het tekort daarin met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien voor de bij de benadelingshandeling betrokken partijen. Zij zullen daarbij wijzen op Van Dooren q.q./ABN III (HR 22 december 2009, «JOR» 2011/19) en Roeffen q.q./Jaya (HR 29 november 2013, NJ 2014/9). De schrijvers zijn echter van oordeel dat 'wetenschap' ook op andere wijze kan worden bewezen; in de genoemde arresten mag niet het tegendeel worden gelezen.

326. Geen Nebula, maar Berzona: de curator heeft toch geen recht op wanprestatie! (Tvl 2014, 36, mr. dr. T.T. van Zanten)

Op 11 juli jl. heeft de Hoge Raad een principieel oordeel geveld over de mogelijkheden die de curator ten dienste staan om verbintenissen die voortvloeien uit door de schuldenaar vóór faillissement aangegane overeenkomsten niet na te komen (ECLI:NL:HR:2014:1681). Dat oordeel staat diametraal op het in 2006 gewezen Nebula-arrest (HR 3 november 2006, NJ 2007, 155). De schrijver bespreekt de wenselijkheid en de potentiële consequenties van deze onverwachte koerswijziging.

327. Gevolgen faillissement koper (WPNR 2014/7036, mr. dr. M.M.G.B. van Drunen)

Voor de risico's van het faillissement van de koper bestaat op dit moment nog nauwelijks aandacht. De schrijver onderzoekt welke gevolgen het faillissement van de koper in een transactie met notariële tussenkomst heeft. Hij gaat er daarbij van uit dat de betaling van de koopprijs via de kwaliteitsrekening plaatsvindt. Hoe kunnen de gevolgen van het faillissement van de koper worden ondervangen? De schrijver geeft daartoe drie aanbevelingen. Hij gaat nog kort in op de situatie dat de koper niet faillieert, maar dat hem surseance van betaling wordt verleend of dat ten aanzien van hem de toepassing van de schuldsaneringsregeling wordt uitgesproken.

328. Het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod (V&O 2014, nr. 10, p. 147, mr. M. Zuidema en mr. C.A.M. Wiltox)

Het wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod introduceert de mogelijkheid om bestuurders die zich bezighouden met faillissementsfraude of die zich schuldig hebben gemaakt aan wanbestuur in de

aanloop naar een faillissement, langs civielrechtelijke weg een bestuursverbod op te leggen. Naar verwachting van de wetgever zal deze mogelijkheid een eminente rol spelen bij de bestrijding van faillissementsfraude en bovendien bijdragen aan een eerlijk handelsklimaat. De schrijvers bespreken het wetsvoorstel. In het bijzonder gaan zij in op de verschillende gronden op basis waarvan een bestuursverbod kan worden opgelegd. Daarnaast bespreken zij de rollen van de verschillende partijen die het bestuursverbod kunnen vorderen en de partijen die het kunnen handhaven.

329. Wetsvoorstel civielrechtelijk bestuursverbod (JutD 2014, nr. 18, p. 17, mr. T. van Wijngaarden en mr. L. Akkouh)

Op 1 september 2014 is het wetsvoorstel voor een civielrechtelijk bestuursverbod ingediend bij de Tweede Kamer. Met dit wetsvoorstel wordt het mogelijk gemaakt bestuurders die zich onder andere schuldig maken aan faillissementsfraude een civielrechtelijk bestuursverbod op te leggen. De schrijvers bespreken de kern van wat dit bestuursverbod inhoudt en stippen daarbij een aantal punten van kritiek aan.

JURISPRUDENTIE

330. Art. 20 Fw – zijn bedragen 'verworven tijdens het faillissement'? (Hof Amsterdam 1 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:4275)

A is op verzoek van X als bestuurder van Y BV aangetreden. De curator stelt dat A in zijn hoedanigheid van enig bestuurder van Y onrechtmatig jegens hem dan wel de faillissementsboedel van X heeft gehandeld door X volledig vrij te laten in zijn doen en laten binnen Y, terwijl hij wist dat X failliet was verklaard, waardoor X via Y

privé-inkomen kon genereren dat buiten de faillissementsboedel werd gehouden. X zou hebben bewerkstelligd dat, uit de aan Y beschikbaar gestelde gelden, voor € 640.000 betalingen werden gedaan aan (onder meer) familieleden (echtgenote en zonen) en aan een aantal privécrediteuren van X, welke bedragen als inkomen van X moeten worden aangemerkt en aan de faillissementsboedel hadden moeten toekomen. Het geschil betreft in hoofdzaak twee afzonderlijke vragen, zo overweegt het hof:

1. heeft appellant als bestuurder van Y jegens de faillissementsboedel onrechtmatig (in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid) gehandeld, en
2. behoorden (de rechten op) de overgemaakte bedragen van in totaal € 640.000 tot de failliete boedel in de zin van art. 20 Fw (of hebben zij daartoe behoord) en is daarom het oordeel van de rechtbank juist dat de boedel door deze betalingen is benadeeld?

Art. 20 Fw houdt in dat de boedel het gehele vermogen van de failliet ten tijde van de faillietverklaring omvat, alsmede hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft. Dat de € 640.000 in kwestie niet tot het vermogen van X behoorde toen hij failliet werd verklaard in 2002 staat buiten kijf. Het gaat erom, of de hiervoor geduide geldstromen en de rol van X daarin juridisch te duiden zijn als het tijdens het faillissement verwerven van € 640.000 door X. De tekst van de wet definieert het begrip 'verwerven' niet; art. 21 en art. 21a Fw bestrijken een aantal bijzondere gevallen van verworven middelen die buiten de boedel vallen, doch dat betreft geen vergelijkbare situaties en daaruit valt geen omschrijving af te leiden. Ook uit de memorie van toelichting op art. 20 Fw en de parlementaire geschiedenis blijkt niet van een bijzondere betekenis van dit begrip. Jurisprudentie die kan worden beschouwd als richtinggevend voor dit geval ontbreekt. Het hof is tegen die achtergrond van oordeel, dat aangesloten moet worden bij de normale betekenis van het begrip 'verwerven', in het (civiele) recht en in het algemene spraakgebruik, met inachtneming van enerzijds het doel van de bepaling en anderzijds de eisen van rechtszekerheid, die tot een duidelijke begrenzing nopen. Dat betekent, dat verwerven gelijk te stellen is met (in eigendom) verkrijgen. De situatie in dit geval is, aan die maatstaf getoetst, niet aan te merken als verwerving van € 640.000 door X tijdens zijn faillisse-

ment. Het hof komt op basis van de feiten en omstandigheden dat de betrokken bedragen niet aan X zijn betaald, zodat zij in beginsel niet in de boedel vallen. Omdat noch het recht op betaling van het bedrag van € 640.000 noch de ontvangen gelden zelf tot de boedel behoren of hebben behoord, kan van schade en van een verplichting van appellant om die schade te vergoeden, geen sprake zijn.

331. Prejudiciële vragen over verzoek tot omzetting faillissement in schuldsanering (Hof Arnhem-Leeuwarden 2 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:7567)

Het hof ziet aanleiding en is het voornemens de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad voor te leggen. De vragen overlappen elkaar deels, maar hebben toch ieder een eigen strekking. Vraag 1 heeft betrekking op de handelingen die al dan niet kunnen of moeten worden verricht in het kader van het beproeven van een buitengerechtelijke schuldregeling. Vraag 2 ziet op de vereisten die aan het verzoekschrift kunnen of moeten worden gesteld. Vraag 3 ziet op de (procedurele) consequenties die eventueel aan het ontbreken van een verklaring zoals bedoeld in art. 285 lid 1 sub f Fw moeten worden verbonden.

1. Moet, indien een verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling op de voet van art. 15b Fw wordt gedaan, voorafgaand een buitengerechtelijke schuldregeling zoals bedoeld in art. 285 lid 1 sub f en h Fw worden beproefd of staat de omstandigheid dat iemand in staat van faillissement is verklaard daaraan in de weg?
2. Dient een in het kader van een verzoek tot omzetting ex art. 15b Fw gedaan verzoek tot toelating tot de schuldsaneringsregeling te voldoen aan het vereiste van art. 285 lid 1 sub f Fw?
3. Mag de rechter indien, al dan niet na toepassing van art. 287 lid 2 Fw, bij het verzoekschrift een verklaring zoals bedoeld in art. 285 lid 1 sub f Fw ontbreekt, tot inhoudelijke beoordeling en toewijzing van een omzettingsverzoek zoals bedoeld in art. 15b Fw overgaan of is een dergelijk verzoek niet-ontvankelijk?

332. Top piramidespel kan geen (verdere) vordering ter verificatie indienen na faillissement van wonderbelegger (Rb. Amsterdam 10 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6757)

B heeft eisers hoge rendementen uitge-

keerd en hun inleg terugbetaald, maar hij heeft 1418 anderen voorgehouden dat hij de geleende gelden uiterst profijtelijk belegde. B is inmiddels gefailleerd én strafrechtelijk veroordeeld voor zijn piramidespel. Eisers hebben vorderingen ter verificatie ingediend. De curatoren betogen dat erkenning van de vorderingen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daaraan leggen zij het volgende ten grondslag.

- De bedragen die door B zijn uitgekeerd aan deelnemers in het piramidespel, zijn steeds afkomstig geweest uit een misdrijf dat enkele jaren heeft voortgeduurd. Elke betaling door B (aan eisers) is afkomstig uit de inleg van andere deelnemers, nu B niet belegde en geen andere inkomsten had dan geldleningen van deelnemers. Hiervan zijn eisers thans op de hoogte.
- Eisers weten thans ook dat de betalingen door B aan hen voor zijn piramidespel instrumenteel waren: hij hield zijn reputatie als 'wonderbelegger' in stand door substantiële uitkeringen te doen.
- De meeste deelnemers aan het piramidespel, anders dan eisers, zijn 'verliezers', in die zin dat zij (veel) meer hebben ingelegd dan zij van B hebben ontvangen (een groep deelnemers heeft zelfs niets terug ontvangen). Gelet op het boedelactief zal slechts een zeer beperkt deel van deze vorderingen kunnen worden uitgekeerd. Erkenning van de vorderingen van eisers zou meebrengen dat nog minder resteert ter compensatie van het verlies van de verliezers (als al een uitkering aan de verliezers kan worden gedaan).
- De rendementen die B heeft afgesproken met eisers zijn exorbitant.
- De curatoren kunnen in dit geval redelijkerwijs geen andere werkwijze hanteren voor de afwikkeling van het faillissement.
- Eisers moeten rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van hun medecrediteuren.
- Indien de vorderingen van eisers moeten worden erkend, dan moeten de vorderingen van alle 1.418 schuldeisers opnieuw worden vastgesteld, nu de curatoren (volgens toezegging aan de overige schuldeisers) alle schuldeisers gelijk moeten behandelen. Die nieuwe vaststelling zou meebrengen dat het gehele boedelactief wordt besteed aan werkzaamheden voor de afwikkeling voor de boedel, waarna geen enkele uitkering kan worden gedaan aan de schuldeisers.

- Erkenning van de vorderingen van eisers betekent in feite dat het piramidespel, ook ná faillietverklaring, in het stadium dat de strafbare aard en strekking ervan voor een ieder duidelijk is, nog wordt 'uitgespeeld' ten gunste van enkele deelnemers die daarvan nu al flink hebben geprofiteerd. De rechtbank onderschrijft dit betoog van curatoren. Het beroep van eisers op hun bevoegdheid erkenning te vragen van de vorderingen op B, is naar het oordeel van de rechtbank onder de hiervoor geschetste omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Het voorgaande zou anders kunnen zijn, indien het faillissement redelijkerwijs had moeten worden afgewikkeld in een stadium, waarin eisers nog niet op de hoogte waren van de fraude van B, maar concrete feiten die in deze richting wijzen, zijn gesteld noch gebleken.

333. HR over schoneleiprocedure, de verificatievergadering bij schuldsanering en erkenning van schulden (HR 17 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2999)

Het middel kan niet tot cassatie leiden. Het gaat in de onderhavige, op de art. 352-354 Fw berustende procedure uitsluitend om de vraag welke beslissing ex art. 354 Fw moet worden gegeven: of aan het einde van de toepassing van de schuldsaneringsregeling al dan niet een 'schone lei' moet worden verleend, met het in art. 3581 lid 1 Fw vermelde gevolg. In deze procedure kan, anders dan uitgangspunt vormt van het middel en het daaraan ten grondslag liggende betoog van V, niet worden opgekomen tegen beslissingen omtrent de verificatie van vorderingen en omtrent het plaatsvinden van een verificatievergadering.

De Hoge Raad ziet aanleiding nog het volgende te overwegen. Het hof heeft terecht geoordeeld dat nu de vorderingen in het proces-verbaal van de pro forma verificatievergadering zijn erkend, die erkenning op grond van art. 328 lid 1 Fw jo. art. 121 lid 4 Fw kracht van gewijsde heeft in de schuldsanering. Laatstgenoemde bepaling laat alleen op grond van bedrog vernietiging van de erkenning toe. Voorts kan ex art. 328 lid 1 Fw jo. art. 137 lid 2 Fw verbetering van vergissingen in het proces-verbaal worden verzocht. Deze vernietiging of verbetering is in dit geval niet gevorderd of verzocht. Dat van bedrog sprake is, is ook niet gesteld, terwijl uit de vaststellingen

van het hof volgt dat geen sprake is van een vergissing in het proces-verbaal. Het hof heeft dan ook terecht geoordeeld dat een nieuwe verificatievergadering geen zin heeft, nu deze geen verandering kan brengen in de kracht van gewijsde van de erkenning van de vorderingen in de schuldsanering, waaraan de schuldeisers rechten kunnen ontnemen. Dit wordt niet anders door het feit dat naar de bedoeling van de rechtbank in dit geval een pro forma verificatievergadering had moeten plaatsvinden, nu V enkele vorderingen betwistte, en V die betwisting daar had kunnen toelichten. Dat feit maakt de plaatsgevonden hebbende pro forma verificatievergadering niet ongeldig. Opmerking verdient echter nog dat, anders dan het hof heeft overwogen, de art. 196 en 197 Fw niet op de erkenning van toepassing zijn. Deze bepalingen zijn niet van overeenkomstige toepassing verklaard op de schuldsanering.

334. Prejudiciële vraag inzake niet gestand doen gedeeltelijk nagekomen aannemingsovereenkomst (Hof 's-Hertogenbosch 30 september 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:3890)

Het hof overweegt, dat eerst ter beantwoording de rechtsvraag voor ligt of de curator ingevolge art. 37 Fw het recht verliest om nakoming te vorderen van de verplichting tot betaling van de overeengekomen en door Utiliteitsbouw voor de faillissementsdatum daadwerkelijk verrichte meerwerk werkzaamheden, ter zake waarvan op de faillissementsdatum de afgesproken betalingstermijnen (nog) niet opeisbaar waren. Het hof overweegt dat in de parlementaire geschiedenis (Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w. (Inv. 3, 5 en 6), p. 387-390) geen duidelijkheid wordt gegeven over de vraag of het verlies van het recht om nakoming te vorderen ook betrekking heeft op vóór faillissement door de gefailleerde verrichte werkzaamheden. Uit literatuur en jurisprudentie op dit punt blijkt dat er de nodige onduidelijkheid bestaat over de reikwijdte van art. 37 lid 1 Fw in een situatie als deze. Daarbij komt ook de vraag aan de orde, of art. 37 Fw restrictief moet worden uitgelegd in die zin, dat het verlies van het recht om nakoming te vorderen geen betrekking heeft op de vordering tot nakoming van de tegenprestatie voor de al door de gefailleerde vóór de faillietverklaring verrichte werkzaamheden. Het hof wil dan ook de volgende prejudiciële vraag

aan de Hoge Raad stellen, nadat partijen in de gelegenheid zijn gesteld zich daarover bij akte uit te laten: 'Verliest een curator die een slechts gedeeltelijk nagekomen aannemingsovereenkomst niet gestand doet, ingevolge art. 37 lid 1 Fw het recht om nakoming te vorderen van de verplichting tot betaling voor door de gefailleerde vóór de faillissementsdatum daadwerkelijk verrichte (meerwerk) werkzaamheden, ter zake waarvan op de faillissementsdatum de in de aannemingsovereenkomst overeengekomen betalingstermijnen (nog) niet opeisbaar waren?'

335. HR beantwoordt prejudiciële vragen over verlenging termijn schuldsaneringsregeling (HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2935)

Het hof heeft de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad voorgelegd.

1. Is op de voet van art. 349a Fw verlenging mogelijk indien de in art. 349a lid 1 Fw bedoelde termijn van de wettelijke schuldsaneringsregeling reeds is beëindigd?
2. Indien de eerste vraag bevestigend wordt beantwoord: wat betekent dat voor de verplichtingen van de schuldenaar na afloop van de in art. 349a lid 1 Fw bedoelde termijn, maar voorafgaand aan de definitieve rechterlijke beslissing over de gevraagde verlenging?

De eerste prejudiciële vraag moet aldus worden beantwoord dat de beslissing om op de voet van art. 349a lid 2 en 3 Fw de termijn van de schuldsaneringsregeling te verlengen, kan worden genomen na het moment waarop de in art. 349a lid 1 Fw bedoelde termijn van de schuldsaneringsregeling afloopt.

De tweede prejudiciële vraag moet aldus worden beantwoord dat de verplichtingen die op grond van de tweede afdeling van titel III Fw voor de schuldenaar voortvloeien uit de toepassing van de schuldsaneringsregeling, niet gelden in de periode die is gelegen tussen het moment waarop de termijn van art. 349a lid 1 Fw afloopt en het moment waarop onherroepelijk is beslist omtrent de verlenging van de termijn van de schuldsaneringsregeling.

336. Opvolgend werkgeverschap en faillissement (Rb. Midden-Nederland 2 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1755, «JOR» 2014/279, m.nt. mr. E. Loesberg)

Bij tussenvonnis is geoordeeld dat sprake is van opvolgend werkgeverschap in de zin

van art. 7:668a BW en art. 7:667 BW (zie HR 11 mei 2012, «JOR» 2012/278 (Van Tuinen/Taxicentrale L. Wolters)). Gelijktijdig met de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd heeft eiser een hem voorgelegde vaststellingsovereenkomst getekend, waarbij hij heeft ingestemd met de verklaring dat gedaagde nimmer als opvolgend werkgever kan worden aangemerkt van failliet als bedoeld in art. 7:667 lid 5 en/of art. 7:668a lid 2 BW en dat de nieuw aangeboden arbeidsovereenkomst van rechtswege zou eindigen op de overeengekomen datum. Vraag is of de arbeidsovereenkomst door het enkele verloop van tijd geëindigd is, hetzij door de werking van de vaststellingsovereenkomst. Er bestaat geen onderlinge rangorde tussen art. 7:667 lid 4 BW en art. 7:668a lid 2 BW en deze artikelen kunnen dus als nevenschikt worden beschouwd. Eiser heeft zich in casu beroepen op de ketenregeling van art. 7:668a BW. Niet gebleken is dat gebruik is gemaakt van de mogelijkheid die lid 5 biedt om van dit artikel af te wijken, zodat partijen aan de ketenregeling gebonden zijn. De voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst is geconverteerd in een overeenkomst voor onbepaalde tijd, omdat de arbeidsovereenkomsten samen de duur van 36 maanden te boven zijn gegaan. Resteert de vraag of partijen van deze wettelijke bepaling konden afwijken in een vaststellingsovereenkomst die maakt dat de arbeidsovereenkomst op grond daarvan alsnog geëindigd is. Op grond van art. 7:902 BW zijn partijen ook gebonden aan een vaststelling, indien deze in strijd is met dwingend recht, tenzij deze naar inhoud en strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde. Het bewust buiten toepassing laten van dwingend recht maakt dat strijd bestaat met de openbare orde. Toegestaan is slechts afwijking van dwingend recht over de uitleg of toepassing waarvan, na het ontstaan van onzekerheid of een geschil, in redelijkheid verschil van mening kan bestaan. Feitelijk regelt de vaststellingsovereenkomst dat partijen zich op voorhand neerleggen bij het einde van de arbeidsovereenkomst, waar dit zonder de overeenkomst op grond van dwingend recht niet het geval zou zijn. Aldus is kennelijk bewust afgeweken van dwingend recht, zonder een reeds bestaande discussie tussen partijen. Was die strijd met dwingend recht er niet geweest, dan was er geen reden voor het aangaan van de vaststellingsovereenkomst.

Gelet op de ontstaansgeschiedenis van art. 7:902 BW hoort dat niet mogelijk te zijn. Daarbij komt dat door het toestaan van deze constructie de werknemer feitelijk ook zijn bescherming bij ziekte vermindert ziet en regels die behoren te gelden bij een bedrijfseconomische beëindiging buiten toepassing gelaten kunnen worden. Daar staat weliswaar tegenover dat gedaagde een aantal werknemers van haar gefailleerde voorganger opnieuw werkgelegenheid heeft geboden. Er bestaat een maatschappelijk belang bij het kunnen voortzetten van activiteiten, waarbij voorstelbaar is dat de voortzettende partij de risico's wil kunnen overzien. Deze kunnen echter ook verdisconteerd worden in de aan de curator te betalen koopprijs. De dwingendrechtelijke bescherming van de werknemer behoort echter te prevaleren en van een overnemende partij kan ook gevraagd worden dat deze de gebruikelijke regels volgt. Dat betekent dat het einde van de arbeidsovereenkomst niet op voorhand in een vaststellingsovereenkomst gerealiseerd moet worden.

337. Geen benoeming voorlopige commissie van schuldeisers (HR 6 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1338, «JOR» 2014/280, m.nt. prof. mr. J.J. van Hees)

Blijkens de wetsgeschiedenis dient de benoeming van een commissie uit de schuldeisers ex art. 74 en 75 Fw ertoe de schuldeisers te allen tijde de nodige invloed op de gang van zaken in het faillissement te verzekeren. Uit de wetsgeschiedenis van art. 74 Fw blijkt dat de benoeming niet is voorgeschreven, omdat in kleine faillissementen zich slechts hoogst zelden de behoefte aan een dergelijke commissie zal doen gevoelen. Met de woorden 'de belangrijkheid of de aard des boedels' is tot uitdrukking gebracht dat het in dit verband niet louter aankomt op de omvang van de boedel, maar dat ook de wijze waarop de boedel moet worden beheerd, de benoeming van een commissie uit de schuldeisers kan rechtvaardigen. De rechtbank heeft zich rekenschap gegeven van de aard en 'de belangrijkheid' van het faillissement en heeft zich daarbij in het bijzonder laten leiden door het ontbreken van complicerende omstandigheden, zoals internationale aspecten met betrekking tot de diverse bankrekeningen van verweerder, en door de omvang van de reeds aanwezige en de nog in de boedel terug te brengen

activa. De rechtbank heeft acht geslagen op hetgeen door de curator reeds is bewerkstelligd ten aanzien van het terugbrengen van activa in de boedel en op de samenhang van het onderhavige faillissement met de faillissementen van de Eurocommercevennootschappen. In dit verband heeft de rechtbank gewezen op de mogelijkheid van informeel overleg over internationale verhaalsonderzoeken tussen verzoeksters, de curator en de Eurocommerce-curatoren en op het resultaat dat langs die weg reeds is bereikt. Ten slotte heeft de rechtbank gewicht toegekend aan de bevoegdheden die de Faillissementswet toekent aan een commissie. Daarbij heeft de rechtbank met name gewezen op de mogelijkheid dat het belang van verzoeksters bij een dergelijke commissie in strijd komt met het belang bij een correcte afwikkeling van het faillissement van verweerder in privé, en op het risico dat verzoeksters oneigenlijk gebruik zouden maken van de bevoegdheden die een commissie heeft. Aldus is de rechtbank tot het oordeel gekomen dat er thans geen aanleiding is om op de voet van art. 74 Fw een voorlopige commissie uit de schuldeisers te benoemen. Daarmee heeft de rechtbank geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot art. 74 Fw.

Op grond van art. 362 lid 2 Fw is Boek 1 titel 3 Rv niet van toepassing op verzoeken ingevolge de Faillissementswet. Dit staat niet eraan in de weg dat voor de vraag wie in het kader van een verzoek ingevolge de Faillissementswet als belanghebbende kan worden aangemerkt, zo veel mogelijk aansluiting wordt gezocht bij het begrip 'belanghebbende' van art. 282 Rv en de in dat verband ontwikkelde rechtspraak. Het antwoord op de vraag of iemand als belanghebbende kan worden aangemerkt, moet worden afgeleid uit de aard van de procedure en de daarmee verband houdende wetbepalingen. Daarbij zal een rol spelen in hoeverre iemand door de uitkomst van de desbetreffende procedure zodanig in een eigen belang kan worden getroffen dat hij daarin behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang, of in hoeverre hij anderszins zo nauw betrokken is of is geweest bij het onderwerp dat in de procedure wordt behandeld dat daarin een belang is gelegen om in de procedure te verschijnen (HR 10 november 2006, «JOR» 2007/6 (Lips c.s./Broex c.s.) en HR 25 mei 2012, NJ 2012, 339). Indien ex

art. 74 Fw of art. 75 Fw een commissie uit de schuldeisers is benoemd, is de gefailleerde ex art. 105 lid 1 Fw verplicht om voor deze commissie te verschijnen en haar alle inlichtingen te verschaffen, zo dikwijls hij daartoe wordt opgeroepen. Dergelijke verstrekende verplichtingen kunnen de gefailleerde zodanig in een eigen belang treffen dat hij in de procedure ex art. 74 Fw of art. 75 Fw behoort te mogen opkomen ter bescherming van dat belang, hetgeen grond is om hem in dat verband als belanghebbende aan te merken. De rechtbank heeft verweerder terecht als belanghebbende aangemerkt.

338. Schuldeiser komt op tegen goedkeuring voor vaststellingsovereenkomst

(*Vrzngr. Rb. Zeeland-West-Brabant 17 juni 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:4258, «JOR» 2014/281, m.nt. mr. G.H. Gispén en mr. drs. L.J.B. Tomassen*)

De onderhavige beschikking van de rechter-commissaris op het verzoek ex art. 69 Fw is niet vergelijkbaar met een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis, waarvan de tenuitvoerlegging alleen kan worden geschorst door een executiegeschil aanhangig te maken, al is het alleen maar omdat er door de rechter-commissaris geen beslissing is genomen die ten uitvoer kan worden gelegd. De rechter-commissaris heeft eiseres in haar verzoek niet-ontvankelijk verklaard. Zij beoogt met het onderhavige kort geding dan ook geen schorsing van de tenuitvoerlegging van de beschikking te verkrijgen, maar een voorlopige maatregel, om te voorkomen dat de curatoren hangende de beroepsprocedure een

onomkeerbare beslissing nemen. In zoverre is er geen sprake van een executiegeschil (art. 438 Rv).

De rechter-commissaris heeft onder meer overwogen dat de curatoren reeds eerder een vaststellingsovereenkomst tot stand hadden gebracht en hij reeds bij een eerdere beschikking goedkeuring heeft gegeven voor het sluiten van een vaststellingsovereenkomst, wat eiseres ook had kunnen en moeten begrijpen. Eiseres heeft echter, gelet op de bewoordingen van de gegeven goedkeuring door de rechter-commissaris zoals verwoord in een brief van de curatoren, bezien in samenhang met de overweging in de term sheet, niet zonder meer hoeven te begrijpen dat de door de rechter-commissaris gegeven goedkeuring de goedkeuring was, zoals bedoeld in de term sheet. Gezien het feit dat in een door een curator gesloten overeenkomst vaak wordt opgenomen dat de overeenkomst wordt gesloten onder voorbehoud van toestemming van de rechter-commissaris, hetgeen een andere formulering is dan de formulering in de overwegingen van de term sheet, is het niet onbegrijpelijk dat eiseres ervan uit is gegaan dat de in de term sheet neergelegde afspraken nog moesten worden uitgewerkt en vastgelegd in een definitieve overeenkomst, waaraan de rechter-commissaris nog haar goedkeuring moest verlenen.

Eiseres wist pas op 17 maart 2014 dat de curatoren contrair zouden gaan aan haar negatieve advies. In dezelfde brief waarin de curatoren dit aankondigden, hebben de curatoren de commissie van crediteuren bericht dat de rechter-commissaris haar

goedkeuring had gegeven. Er is dan ook geen moment geweest waarop eiseres zich tot de rechter-commissaris had kunnen wenden met een verzoek ex art. 69 Fw. Het recht van hoger beroep tegen een beschikking van de rechter-commissaris ex art. 67 Fw komt uitsluitend toe aan belanghebbenden. Het is nog maar de vraag of eiseres als belanghebbende kan worden aangemerkt en ex art. 67 Fw in beroep had kunnen gaan tegen de eerder door de rechter-commissaris verleende goedkeuring. Bovendien geldt dat wanneer de rechter-commissaris eiseres als belanghebbende had aangemerkt, van haar verwacht had mogen worden dat zij haar beslissing om goedkeuring te verlenen aan eiseres kenbaar had gemaakt, gelet op de korte beroepstermijn van art. 67 Fw. De rechter-commissaris heeft dat nagelaten. Onder deze omstandigheden is begrijpelijk dat eiseres zich tot de rechter-commissaris te wenden met het verzoek haar goedkeuring te heroverwegen en, nadat zij dat had geweigerd, op 17 april 2014 een verzoek ex art. 69 Fw heeft ingediend.

Voorshands staat daarom niet vast dat de beschikking van de rechter-commissaris waarbij eiseres niet-ontvankelijk is verklaard in haar verzoek ex art. 69 Fw, in hoger beroep zal worden bekrachtigd. Gelet op de aanzienlijke (financiële) belangen die met de afwikkeling van dit faillissement gemoeid zijn, en de onomkeerbare gevolgen van het sluiten van een definitieve overeenkomst door de curatoren voor de gezamenlijke crediteuren, waaronder eiseres als grootste crediteur in dit faillissement, zal de vordering van eiseres worden toegewezen.

Aansprakelijkheid

LITERATUUR

339. Een bv in zwaar weer: turboliquidatie of faillissementsaanvraag? (*Ondernemingsrecht 2014, 121 mr. S. Renssen*)

Aan de algemene vergadering van aandeelhouders van een bv die in zwaar weer verkeert, lijken drie keuzemogelijkheden toe te komen: het aanvragen van het eigen faillissement, overgaan tot ontbinding die zal resulteren in het faillissement via art. 2:23a lid 4 BW, of een ontbinding via een turboliquidatie. De schrijver onderzoekt of

aan de algemene vergadering daadwerkelijk deze keuzemogelijkheden toekomen, waarbij hij ingaat op de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 20 maart 2014 (ECLI:NL:RBROT:2014:2052), waarin de rechtbank uiteenzet dat de genoemde keuzemogelijkheid niet bestaat: aan een bv zonder baten maar met schulden staat enkel de weg van de turboliquidatie open. Gezien de bedoeling van de wetgever bij de invoering van de turboliquidatie is deze mogelijkheid echter niet geschreven voor situaties waarin de bv enkel schulden heeft ten tijde van de ontbinding. Om duidelijk-

heid te scheppen, moet de wetstekst van art. 2:19 lid 4 BW worden aangepast.

340. De beleidsbepaler van art. 2:138/248 lid 7 BW onder de loep genomen (*Ondernemingsrecht 2014, 119, mr. W.A. Westenbroek*)

De vraag wanneer een niet-bestuurder van een bv of nv als beleidsbepaler in de zin van art. 2:138/248 lid 7 BW kan worden aangemerkt, bereikt regelmatig de Hoge Raad, maar deze heeft nog geen uitspraak gedaan waarin een duidelijke (allesomvattende) rechtsregel wordt geformuleerd.

De schrijver probeert nadere kaders te schetsen. Naar zijn oordeel is het begrip 'beleidsbepaler' uitsluitend bedoeld om aansprakelijkheid een wettelijke basis te geven en is het onlosmakelijk verbonden met de faillissementsoorzaak. Het gaat om de vraag of de betrokken persoon een rol heeft gehad in de faillissementsoorzaak en daarom aansprakelijk zou moeten zijn. Dit laatste is zijns inziens alleen het geval wanneer de beleidsbepaler (i) handelde met volledige terzijdestelling van het bestuur, (ii) samen met het bestuur het algehele beleid mede bepaalde en geen maatregelen nam om de faillissementsoorzaak af te wenden, of (iii) een 'enkele gedraging' verrichte die kort gezegd zeer nadelige gevolgen had voor de vennootschap en het faillissement heeft ingeleid.

341. (Bestuurders)aansprakelijkheid: Spaanse Villa versus Tulip Air (V&O 2014, nr. 10, p. 156, mr. C. Jaspers)

De Hoge Raad heeft op 5 september 2014 twee arresten gewezen over bestuurdersaansprakelijkheid. In de zaak Tulip Air (ECLI:NL:HR:2014:2628) verduidelijkt de Hoge Raad een aantal overwegingen uit Spaanse Villa en zet de Raad nogmaals de criteria uiteen voor aansprakelijkheid van een bestuurder uit hoofde van onbehoorlijke taakvervulling tegenover de vennootschap op grond van art. 2:9 BW, tegenover een derde op grond van art. 6:162 BW, en voor schending van een persoonlijke zorgvuldigheidsnorm. De schrijver behandelt de arresten Spaanse Villa (HR 23 november 2012, «JOR» 2013/40) en Tulip Air. Daarna gaat hij in op de rechtvaardiging voor de hoge drempel voor aansprakelijkheid van een bestuurder tegenover de vennootschap en een derde. De schrijver sluit af met de opmerking dat na Tulip Air kan worden geconcludeerd dat het debat rondom het arrest Spaanse Villa een storm in een glas water was en dat de Hoge Raad de lijn van Ontvanger/Roelofsens (HR 8 december 2006, NJ 2007/38) niet heeft verlaten.

JURISPRUDENTIE

342. Oordeel hof over onrechtmatige daad steunt op andere feiten en omstandigheden dan oordeel over pauliana (HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2930)

E en Kameleon (E c.s.) voeren aan dat het hof gelet op HR 16 juni 2000 (NJ 2000, 578) heeft miskend dat feitelijke gronden die

«JOR» geen paulianeus handelen opleveren evenmin een onrechtmatige daad kunnen opleveren.

De Hoge Raad wijst erop dat het oordeel van het hof dat de transacties niet als zodanig paulianeus zijn, op de volgende gronden steunt.

- X heeft overwaarde van de panden moeten prijsgeven bij de transacties met Q/B. De terugkoop door X van de panden met directe doorverkoop aan E c.s. bood voor X de mogelijkheid om een gedeelte van die overwaarde terug te krijgen, wat hij zonder tussenkomst van E c.s. niet kon bereiken. Dit wijst niet op samenspanning om crediteuren te benadelen.

- Het voor verhaal vatbare vermogen van X was reeds verminderd door de (niet [meer, red.] aantastbare) transacties met Q/B. De overeenkomsten met E en Kameleon hebben als zodanig de crediteuren niet benadeeld, aangezien deze overeenkomsten niet los kunnen worden gezien van de terugkoop van de panden van B, die alleen door tussenkomst van derden – E c.s. – kon worden gerealiseerd.

Het oordeel van het hof dat sprake is van onrechtmatig handelen moet, zo overweegt de Hoge Raad, worden gelezen in samenhang met zijn oordeel dat – kort gezegd – E en X met de transacties de intentie hadden gelden of voor verhaal vatbare zaken uit handen van de crediteuren van X te houden. Het oordeel gaat ervan uit dat de overeenkomsten als zodanig geoorloofd zijn, maar dat E c.s. en X bij de uitvoering daarvan een gedeelte van de overeengekomen koopprijzen niet in de koopakten hebben vermeld en dit hiermee aan het zicht van de crediteuren hebben onttrokken.

Het oordeel over het onrechtmatig handelen van E c.s. heeft dus betrekking op andere feiten en omstandigheden dan het oordeel over de pauliana. Eerstgenoemd oordeel ziet immers niet op (het doel van) de overeenkomsten zelf, maar op de omstandigheid dat bij de uitvoering ervan (in casu onder meer bij de vastlegging van de overeengekomen koopprijzen in akten) een deel van de koopprijzen aan het zicht van de crediteuren is onttrokken. E c.s. stellen dan ook ten onrechte dat het hof zijn oordeel over de pauliana heeft gebaseerd op dezelfde feitelijke grondslag als zijn oordeel over het onrechtmatig handelen.

Het oordeel is evenmin innerlijk tegenstrijdig en daarmee onbegrijpelijk. Het hof is ten slotte niet buiten de grenzen van de

rechtsstrijd getreden. De curator heeft zijn vordering mede gegrond op onrechtmatig handelen van E c.s. en het hof heeft grote vrijheid in de uitleg van de stellingen van partijen. Ook indien de curator ter onderbouwing van zijn vordering wegens onrechtmatige daad heeft volstaan met een verwijzing naar de feiten die hij ten grondslag heeft gelegd aan zijn vordering op grond van de pauliana, behoefde dat het hof niet ervan te weerhouden om een deel van die feiten ten grondslag te leggen aan zijn oordeel dat sprake was van onrechtmatig handelen.

De Hoge Raad stelt vast dat het hof er kennelijk van is uitgegaan dat de onrechtmatige daad is gepleegd door E bij zijn taakvervulling als bestuurder van Kameleon, zodat het de vraag had moeten beantwoorden of E ter zake van de benadeling persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt (HR 5 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2628). Het onderdeel klaagt terecht dat het hof niet heeft vastgesteld of sprake is van een zodanig ernstig verwijt. Een en ander kan echter niet tot cassatie leiden, nu de omstandigheden waarop het hof zijn oordeel baseert dat sprake is van onrechtmatig handelen, erop neerkomen dat E niet alleen in privé (met betrekking tot de woning), maar ook in hoedanigheid van bestuurder van Kameleon (met betrekking tot het studentenhuus) doelbewust met X heeft samengespannen om een gedeelte van de overeengekomen koopprijzen aan het zicht van crediteuren van X te onttrekken. Dit laat geen andere conclusie toe dan dat E persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt van de door Kameleon gepleegde onrechtmatige daad.

343. Aandeelhouder en indirect bestuurder ontbonden vennootschap aansprakelijk na turboliquidatie (Rb.

Midden-Nederland 24 september 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4312)

C heeft de eerste op grond van een met Vebu gesloten beëindigingsovereenkomst verschuldigde betalingstermijn voldaan. Als gevolg van haar faillissement (d.d. 21 december 2012) heeft zij de overige drie verschuldigde termijnen (in totaal € 93.750) niet betaald. Haar zustervennootschap Installatietechniek had zich in de beëindigingsovereenkomst hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor betaling, maar heeft dit bedrag ook niet voldaan, nu zij reeds op

31 december 2011 is ontbonden zonder vereffening. Vebu betoogt dat Holding als direct bestuurder van Installatietechniek en G als indirecte bestuurder van Installatietechniek onrechtmatig jegens haar hebben gehandeld.

Installatietechniek is op 31 december 2011 bij gebrek aan baten ontbonden zonder vereffening. De rechtbank gaat er daarom van uit dat Installatietechniek is ontbonden door een besluit van de algemene vergadering, in dit geval haar enig aandeelhouder Holding, vertegenwoordigd door haar bestuurders G en B (art. 2:19 BW). De algemene vergadering heeft het recht over te gaan tot ontbinding van de vennootschap waarin de aandelen worden gehouden. Onder omstandigheden kan het uitoefenen van die bevoegdheid misbruik van recht opleveren. Ook de bestuurder van de aandeelhouder kan aansprakelijk zijn voor als gevolg daarvan optredende schade, indien hem van het misbruik van recht persoonlijk een ernstig verwijt treft. De rechtbank is van oordeel dat Holding in haar hoedanigheid van aandeelhouder van Installatietechniek misbruik van recht heeft gemaakt en dat G als bestuurder van Holding daarvan persoonlijk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Daarbij betreft de rechtbank a) dat Holding de (enige) bestuurder was van Installatietechniek, b) dat Holding ook de aandeelhouder en enige bestuurder was van C en c) dat G3 als indirect aandeelhouder van Holding financieel belanghebbend was.

Op grond van de financiële cijfers van C hoefde Holding op het moment van het besluit tot ontbinding van Installatietechniek geen ernstige rekening te houden met insolventie van C. Deze omstandigheid legt echter onvoldoende gewicht in de schaal. In haar hoedanigheid van bestuurder van Installatietechniek heeft Holding haar handtekening gezet onder de beëindigingsovereenkomst, vertegenwoordigd door G. Installatietechniek heeft zich toen hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de schuld van C. Daarmee is gegeven dat het de bedoeling van partijen was dat dit Installatietechniek zekerheid bood en daaraan is inherent dat partijen rekening hebben gehouden met eventuele insolventie van C, waarbij Vebu zou zijn aangewezen op de mogelijkheid van benutting van het krediet door Installatietechniek. Het was voor Holding en G duidelijk dat juist die mogelijkheid door de turboliquidatie van Instal-

latietechniek zou worden gefrustreerd. Als Installatietechniek niet was ontbonden en zij Vebu ten laste van het krediet had betaald, zou deze betaling ten nadele zijn gekomen van de andere voor het krediet aansprakelijke groepsvennootschappen. Door die betaling zou uiteindelijk mogelijk een regressschuld van Installatietechniek aan de overige deelnemers van het krediet zijn gecreëerd. Installatietechniek, een inactieve vennootschap zonder activa van enige betekenis, zou deze regressschuld niet hebben kunnen voldoen. De vraag of op Holding in haar hoedanigheid van aandeelhouder van Installatietechniek en op G in hoedanigheid van bestuurder van Holding de verplichting rustte om Installatietechniek te laten voortbestaan en daarmee betaling door Installatietechniek aan Vebu te faciliteren, in het voordeel van Vebu maar in het nadeel van de overige kredietnemers, beantwoordt de rechtbank bevestigend. Het zojuist beschreven scenario was immers voor G en Holding, die tevens aan het hoofd stond van de overige kredietnemers, al voorzienbaar op het moment waarop zij mede namens Installatietechniek de beëindigingsovereenkomst ondertekenden. Holding en G hebben dan ook onrechtmatig gehandeld jegens Holding door te besluiten Installatietechniek te ontbinden.

344. Schuldeisersverzet (Rb.

Midden-Nederland 7 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1642, «JOR» 2014/260, m.nt. mr. drs. C.M. Harmsen)

SNS Bank heeft ten kantore van het handelsregister een verklaring (ex art. 2:404 lid 1 BW) neergelegd waarbij zij haar hoofdelijke aansprakelijkheid voor de uit rechtshandelingen van (ex-dochtervennootschappen) Propertize en PRPZ voortvloeiende schulden intrekt. Ook heeft zij haar voornemen tot beëindiging van haar overblijvende aansprakelijkheid voor schulden ter inzage gelegd (zie art. 2:404 lid 3 BW). Twee curatoren hebben verzet tegen dit voornemen gedaan ex art. 2:404 lid 5 BW. De vraag is of de gefailleerde vennootschappen een vordering op Propertize hebben die onder de reikwijdte van de aansprakelijkheidsverklaring van SNS Bank valt.

De rechtbank is van oordeel dat derden onder 'uit de rechtshandelingen van Propertize voortvloeiende schulden' redelijkerwijs ook kunnen begrijpen verplichtingen tot vergoeding van schade voor zover deze zijn

terug te voeren op en niet zouden kunnen zijn ontstaan zonder rechtshandelingen van Propertize. Bij het verrichten van rechtshandelingen moet er immers rekening mee worden gehouden dat die rechtshandelingen, in combinatie met latere rechtshandelingen of feitelijke handelingen (dan wel nalaten daarvan), schade tot gevolg kunnen hebben. De rechtbank sluit met deze ruime uitleg van de reikwijdte van een verklaring als de onderhavige aan bij de parlementaire geschiedenis en bij jurisprudentie in dit kader.

Propertize en de gefailleerde vennootschappen hebben kredietovereenkomsten gesloten, uit hoofde waarvan op Propertize een bancaire zorgplicht rust. Propertize is tekortgeschoten in de nakoming van die zorgplicht waardoor de gefailleerde vennootschappen niet meer in staat waren aan hun financiële verplichtingen te voldoen en zijn gefailleerd. Zij hebben hierdoor schade geleden ter hoogte van het totale boedeltekort. De gefailleerde vennootschappen hebben dus mogelijk een vordering van die omvang op Propertize die voortvloeit uit rechtshandelingen van Propertize. De door de curatoren gestelde vordering valt onder de reikwijdte van de aansprakelijkheidsverklaring van SNS Bank. Ook vorderingen met een voorwaardelijk karakter vallen onder de reikwijdte van de aansprakelijkheidsverklaringen. Een ruime uitleg van de reikwijdte van dit soort verklaringen brengt dit mee.

In het geval zal blijken dat de curatoren, na het beëindigen van de aansprakelijkheid van SNS Bank, voldoende waarborgen hebben voor de voldoening van de gestelde vordering op Propertize, dan verklaart de rechtbank het verzet van de curatoren ongegrond en eindigt de overblijvende aansprakelijkheid van SNS Bank. De rechtbank wijst een tussenvonnissen om aan de hand van de in te brengen enkelvoudige jaarrekening van Propertize te beoordelen of de vermogenstoestand van Propertize voldoende waarborg biedt voor de voldoening van de vorderingen.

Harmsen zet in zijn noot uiteen waarom het goed mogelijk zou kunnen zijn dat de rechtbank in de onderhavige casus de grenzen van de reikwijdte van de 403-verklaring heeft overschreden.

345. Decharge (Rb. Overijssel 18 juni 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:3475, «JOR» 2014/262, m.nt. mr. U.B. Verboom)

In geschil is de uitleg van de dechargebepaling zoals opgenomen in het aandeelhoudersbesluit. Volgens vaste jurisprudentie geldt als uitgangspunt voor de uitleg van een bepaling de bedoeling van partijen. De rechtbank zal moeten nagaan welke zin partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Het gaat hier om een zakelijke overeenkomst die tussen professionele partijen is gesloten en waarbij partijen juridische bijstand van een notaris hebben genoten. Een redelijke taalkundige/grammaticale uitleg brengt naar het oordeel van de rechtbank mee dat voorshands moet worden aangenomen dat de decharge zo moet worden uitgelegd dat deze zich mede uitstrekt over de aan de bestuurder (De Graaf Holding BV) gelieerde vennootschappen gedane betalingen. Daarbij heeft de rechtbank mede in aanmerking genomen dat alle betalingen in de boekhouding van GBL zijn verwerkt en daaruit redelijkerwijs zijn af te leiden. Voorts was GBL op de hoogte van die betalingen en was de omvang daarvan bekend. Daarnaast mag het er voor worden gehouden dat de notaris heeft voldaan aan de op hem rustende *Belehrungspflicht* en (de aandeelhouders/bestuurders van) GBL zodoende heeft gewezen op (de gevolgen van) decharge. Het niet voldoen aan de stelplicht brengt mee dat GBL ter zake van de door haar verdedigde uitleg van de dechargebepaling niet zal worden toegelaten tot het bewijs daarvan. Nu De Graaf, hoewel formeel niet de bestuurder van GBL, als indirect/middellijk bestuurder van De Graaf Holding toch als feitelijk bestuurder van GBL is opgetreden, geldt de aan De Graaf Holding verleende decharge ook voor De Graaf in privé.

346. Selectieve betaling (Hof 's-Hertogenbosch 3 september 2014, ECLI:NL:GHSHE:2013:4010, «JOR» 2014/273, m.nt. mr. C. Rijckenberg)

Uit de vastgestelde feiten wordt geconcludeerd dat de bestuurder zich schuldig heeft gemaakt aan onrechtmatige selectieve betaling doordat hij de groepsvennootschap vanaf 22 juni 2008 opdracht heeft gegeven om in totaal € 74.500 aan hem zelf over te maken aan huurpenningen. Dit betekent namelijk rekenkundig het volgende:

vóór 22 juni 2008 was er al € 40.000 aan huur betaald. Van de totaal verschuldigde huur van ongeveer € 125.000 over de volledige huurperiode van juli 2007 tot 18 juli 2008 op 22 juni 2008 moest derhalve nog € 85.000 worden betaald. Van dit bedrag is na 22 juni 2008 (de dag dat de bestuurder wist dat de groepsvennootschap naar een einde ging) tot en met 30 juli 2008 nog € 74.500 betaald, ruim 86% van de totale huurvordering. Daarmee heeft de bestuurder veel meer ontvangen dan welke crediteur in die periode heeft ontvangen, terwijl is gesteld noch gebleken dat de betaling van deze huurpenningen van voldoende groot bedrijfsbelang was om de bestuurder dermate te bevoordelen. Daar waar niet is gebleken dat de bestuurder voor 22 juni 2008 voldoende zeker wist dat de groepsvennootschap naar het einde ging, en de twee betalingen van voor 22 juni 2008 in totaal € 40.000 bedroegen, terwijl op dat moment reeds een bedrag van € 120.000 aan huurpenningen inclusief de huur van juni 2008 opeisbaar was, kan niet worden geoordeeld dat die betalingen zodanig selectief waren dat zij als onrechtmatig moeten worden gekwalificeerd. Rijckenberg doorloopt in zijn noot onder meer stapsgewijs de criteria aan de hand waarvan moet worden vastgesteld of sprake is van onrechtmatige selectieve betaling.

347. Exhibitieplicht (Hof 's-Hertogenbosch 11 maart 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:703, «JOR» 2014/285, m.nt. mr. D.J.F.F.M. Duynstee)

Bij de beantwoording van de vraag of de curator gehouden is om appelland de gevraagde inzage te verlenen, wegen de volgende feiten mee:

- de door de curator gestelde concrete feiten zijn sterk gegrond op de al dan niet gebrekkige volledige administratie van failliet en/of sterk verweven met die administratie;
- de curator kan uit hoofde van zijn functie in een geschil als het onderhavige niet volledig gelijkgesteld worden met een willekeurige civiele partij;
- de curator heeft te allen tijde inzage in de administratie van failliet en heeft gebruikgemaakt van uit die administratie afkomstige stukken die zijn standpunt onderbouwen;
- het is alleszins redelijk om rekening te houden met de mogelijkheid dat er zich in de administratie stukken bevinden waarvan

de inhoud de door de curator concreet gestelde feiten kan ontcrachten;

- failliet is opgericht op 2 juni 2000, A is als bestuurder vertrokken rond 1 juni 2002, het faillissement is uitgesproken op 14 november 2002 en de curator heeft A in eerste aanleg gedagvaard bij dagvaarding van 15 maart 2007. A is dus maar kort bestuurder geweest, was al enige maanden geen bestuurder meer op de dag dat het faillissement werd uitgesproken en er is sprake van een aanzienlijk tijdsverloop tussen de dag van zijn vertrek en de dag waarop de dagvaarding in eerste aanleg is uitgebracht. Met inachtneming van deze feiten brengt het verdedigingsbelang van A mee, mede gelet op het in art. 6 EVRM gewaarborgde beginsel van de 'equality of arms', dat de curator A inzage moet geven in de volledige administratie. Door een dergelijke inzage krijgt A bewijsrechtelijk gezien een meer met de curator vergelijkbare positie. Zulks is te meer van belang nu A in de hoofdzaak is opgedragen te bewijzen dat de negatieve marktontwikkelingen zo dominant waren dat daarin hoe dan ook een belangrijke oorzaak van het faillissement was gelegen. Het debat tussen partijen is nog niet beëindigd. Nieuwe stellingen kunnen nog worden ingenomen en nieuwe inzichten kunnen nog worden bereikt. Alleen al daarom leidt het enkele feit dat A reeds meerdere malen inzage in de administratie heeft gehad, niet tot afwijzing van de vordering tot inzage. Voor zover de curator gehouden is tot vergoeding van de door A geleden schade, veroorzaakt door het verzuim van de curator om tijdig uitloop van de BCA-polis te kopen, is dit een boedelschuld. Waar de 'bodenvordering', in dit geval een concurrente vordering, een boedelschuld is, is de vordering tot betaling van een voorschot hierop ook een boedelschuld. Indien niet op voorhand zeker is dat alle boedelschulden kunnen worden voldaan, kan een vordering tot veroordeling van de curator tot betaling van een concurrente vordering van een boedelcrediteur niet op voorhand worden toegewezen, omdat dit een doorbreking van de paritas creditorum-regel betekent. Indien immers niet vaststaat dat het boedelactief toereikend is om alle boedelschulden te voldoen, moeten die schulden in beginsel naar evenredigheid worden voldaan, behoudens de daarvoor geldende wettelijke regels van voorrang (zie HR 28 september 1990, NJ 1991, 305).

Beslag- en executierecht

LITERATUUR

348. Uitbestede executie (WPNR

2014/7033, mr. A. Steneker)

In 2011 oordeelde de Hoge Raad in het arrest ING/Hielkema q.q. (NJ 2012, 74) dat verkoop van verpande zaken door de curator ('oneigenlijke lossing') een wijze van executie van het pandrecht is. In 2013 zei de Hoge Raad in het arrest Staatssecretaris van Financiën/X (ECLI:NL:HR:2013:BZ4072) hetzelfde over hypotheek. In 2014 oordeelde de Hoge Raad in het arrest Feenstra q.q./ING («JOR» 2014/118) dat ook verkoop van verpande zaken door de niet failliete pandgever een wijze van executie van het pandrecht kan zijn. Deze drie arresten roepen een aantal vragen op: welke eisen moeten aan verkoop door de klant of de curator worden gesteld wil de verkoop kwalificeren als executie van het pand- of hypotheekrecht en kan verkoop door de hypotheekgever buiten faillissement ook executie zijn? De schrijver beantwoordt beide vragen.

349. Oneigenlijke lossing als vorm van parate executie (!) (WPNR 2014/7033, mr. S.J.L.M. van Bergen)

Zowel de civiele als de fiscale kamer van de Hoge Raad plaatst de figuur van oneigenlijke lossing onder de wettelijke bepalingen over onderhandse executieverkoop. De schrijfster analyseert beide uitspraken (HR 25 februari 2011, NJ 2012, 74 (ING/Hielkema q.q.) en HR 15 maart 2013, BNB 2013/131). Na het uiteenzetten van de fiscale achtergrond van beide uitspraken en een bespreking van de figuren eigenlijke en oneigenlijke lossing, gaat de schrijfster in op de grondslag die de Hoge Raad in het verleden hanteerde voor oneigenlijke lossing, maar die hij met ING/Hielkema q.q. heeft verlaten. Deze ontwikkeling leidde tot de beschikking van de fiscale kamer van 15 maart 2013, waarin de Hoge Raad afstand neemt van de dwingendrechtelijke vereisten voor een onderhandse executieverkoop van verhypothekerde zaken ex art. 3:268 lid 2 BW. De schrijfster concludeert dat, getiteld op de strikt fiscale aarde van het geschil dat aan de Hoge Raad voorlag, het arrest niet zo ruim moet worden opgevat dat ook

buiten de fiscale grenzen de vereisten van art. 3:268 lid 2 BW facultatief zijn geworden. 350. Geen misbruik van executiebevoegdheid van een VVE jegens de hypotheekhouder (JBN 2014, 49, mr. A.J.H. Pleijsier) De schrijver bespreekt het arrest van het Hof Amsterdam van 13 april 2013 («JOR» 2014/173), waarin de vraag speelt of een VVE een door haar (executoir) beslagen appartementsrecht waarop tevens een aflossingsvrije hypotheek rust, wil executeren, om achterstallige bijdragen te verhalen. De bank wil de executie niet overnemen. De VVE mag het appartement executeren om de achterstallige bijdragen te verhalen, ondanks dat zij een betrekkelijk kleine vordering heeft. Het voor de VVE gunstige neveneffect dat zij een lastig lid kwijtraakt, levert niet zonder meer misbruik van bevoegdheid op.

WETGEVING

351. Eerste Kamer akkoord met wetsvoorstel inzake executieveilingen (Stb. 2014, 352)

De Eerste Kamer heeft ingestemd met het wetsvoorstel om de executoriale veiling van onroerende zaken te verbeteren (33 484). De minister van Veiligheid en Justitie streeft naar invoering van de wet op 1 januari 2015. Volgens het overgangsrecht blijven de huidige regels gelden als vóór de datum van inwerkingtreding de executie is aangezegd. De nieuwe wet houdt onder meer de volgende wijzigingen in.

- De executieveiling moet straks worden aangekondigd op een website. De verplichting tot 'aanplakking' en publicatie in een lokaal dagblad vervalt. De veilingvoorwaarden moeten ten minste dertig dagen vóór de veiling worden bekendgemaakt (thans is dit slechts acht dagen).
- De executieveiling mag na inwerkingtreding ook uitsluitend via het internet plaatsvinden.
- Als het gaat om een woning (!) mogen straks aan de koper geen andere veilingkosten in rekening worden gebracht dan: (i) de overdrachtsbelasting of btw; (ii) het honorarium van de notaris; (iii) de kosten van het Kadaster, en (iv) de kosten van ontruiming. Verder moet vóór de veiling een indicatie

worden gegeven van de maximale hoogte van deze kosten.

- Bij woningen (!) gaat straks het risico pas over op de koper bij inschrijving van de gunning.
- Een hypotheekhouder zal vóór de veiling het huurbeding moeten invoeren als er sprake is van een woning, tenzij er gegronde redenen zijn om aan te nemen dat: (i) de verkoopopbrengst in verhuurde staat hoger is dan in onverhuurde staat; (ii) de opbrengst voldoende is om alle hypotheekhouders (die zich kunnen beroepen op een huurbeding) te voldoen, of (iii) niemand aanspraak kan maken op een huurovereenkomst. Het huurbeding hoeft niet te worden ingeroepen in geval van een onderhandse verkoop.
- Ten aanzien van de bevoegdheid voor de hypotheekhouder om de onroerende zaak onder zich te nemen als bedoeld in art. 3:267 BW wordt een machtiging van de voorzieningenrechter verplicht gesteld. Verder kunnen het beheer- en ontruimingsbeding tegen eenieder (tenzij deze een huurder is) die zich in het huis bevindt, worden ingeroepen.
- Zodra een executie van een woning is aangezegd, worden de eigenaar en de gebruikers ervan verplicht om medewerking te verlenen aan bezichtigingen. De hypotheekhouder hoeft hiervoor dan niet meer het beheerbeding in te roepen.
- Ook een executoriale beslaglegger kan een onderhandse verkoop verzoeken.
- Tegelijk met een verzoek tot onderhandse verkoop kan een ontruiming worden verzocht.
- Thans is een notaris al bevoegd verlop te vragen voor het invoeren van het huurbeding (art. 549 Rv). Een notaris zal echter straks ook processueel bevoegd zijn ten aanzien van: (i) een verzoek tot onderhandse verkoop; (ii) een verzoek tot invoering van het beheer- en ontruimingsbeding; (iii) de goedkeuringsverklaring voor uitbetaling ex art. 3:270 lid 3 BW, en (iv) de verklaring van tenietgaan van hypotheek enzovoort als bedoeld in art. 3:273 lid 2 BW (overigens geldt bij deze laatste twee verklaringen wél onmiddellijke inwerkingtreding).

JURISPRUDENTIE

352. Vorm van oneigenlijke lossing (HR 15 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:BZ4072, «JOR» 2014/270, m.nt. prof. mr. N.E.D. Faber en mr. N.S.G.J. Vermunt, tevens behorend bij «JOR» 2014/271)

Ingevolge art. 3:268 lid 1 BW is een schuldeiser/hypothekhouder bevoegd het verbonden goed in het openbaar te doen verkopen en het hem verschuldigde op de opbrengst te verhalen, indien de schuldenaar in verzuim is met de voldoening van hetgeen waarvoor de hypotheek tot waarborg strekt. Ingevolge art. 3:268 lid 2 BW is onder de in deze bepaling vermelde voorwaarden ook onderhandse verkoop mogelijk. In al deze gevallen oefent de hypothekhouder het recht van parate executie uit. Er is geen reden anders te oordelen ingeval de hypothekhouder en de hypotheekgever onderhandse verkoop zijn overeengekomen zonder dat is voldaan aan de voorwaarden die art. 3:268 lid 2 BW stelt. Ook in dat geval geschiedt de verkoop van het verbonden goed immers ten behoeve van de hypothekhouder en kan deze zich als separatist verhalen op de opbrengst daarvan (HR 3 december 1993, NJ 1994, 176). Dit is niet anders bij verkoop door de curator krachtens overeenstemming tussen hem en de hypothekhouder ingeval de hypotheekgever in faillissement verkeert (zogenoemde oneigenlijke lossing). Oneigenlijke lossing is dus een vorm van executie, te onderscheiden van lossing (art. 58 lid 2 Fw) die juist geschiedt ter voorkoming van uitoefening van het recht van executie (HR 25 februari 2011, «JOR» 2014/271 (ING/Hielkema q.q.)). Gelet op de omstandigheid dat de hypothekhouder in casu vooraf heeft ingestemd met de onderhandse verkoop door de curator en aanspraak is blijven maken op de opbrengst, zij het na aftrek van de overeengekomen boedelbijdrage, moet ervan worden uitgegaan dat ook hier sprake is van een vorm van executie. Daaraan doet niet af dat de verkoop en de levering van het verbonden goed niet plaatsvinden op last van de hypothekhouder en evenmin dat geen overeenkomst is gesloten waarbij de curator zich heeft verbonden het verbonden goed namens de hypothekhouder te verkopen. Op grond van hetgeen hiervoor is overwogen, moet de levering ingevolge een verkoop in het kader van een oneigenlijke lossing – daaronder begrepen de verkoop waarmee de hypothekhouder heeft

ingestemd – worden aangemerkt als een levering tot executie van zekerheid, bedoeld in art. 24ba lid 1 aanhef en onder d Uitv.besl. OB 1968. Het hof heeft vastgesteld dat de verkoop en de levering van het schip aan belanghebbende hebben plaatsgevonden met instemming van de hypothekhouders (de bank en de Belastingdienst). Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, hebben de verkoop en de levering derhalve plaatsgehad in het kader van oneigenlijke lossing, zodat ter zake van de levering in beginsel art. 12 lid 4 Wet OB 1968 in samenhang gelezen met art. 24ba lid 1 aanhef en onder d Uitv.besl. OB 1968 van toepassing is.

353. Oneigenlijke lossing II (HR 25 februari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO7109, «JOR» 2014/271, m.nt. prof. mr. N.E.D. Faber en mr. N.S.G.J. Vermunt, tevens behorend bij «JOR» 2014/270)

Ingevolge art. 3:248 lid 1 BW is de pandhouder bevoegd het verpande goed te verkopen en het hem verschuldigde op de opbrengst te verhalen als de pandgever in verzuim is met de voldoening van hetgeen waartoe de zekerheid van het pand dient. Op de voet van art. 3:250 BW geschiedt deze verkoop in het openbaar, doch ingevolge art. 3:251 BW is ook onderhandse verkoop mogelijk. In al deze gevallen oefent de pandhouder het recht van parate executie uit als bedoeld in art. 3:248 lid 1 BW. Daaronder valt mitsdien ook het geval dat de pandhouder en de pandgever ingevolge art. 3:251 lid 2 onderhandse verkoop zijn overeengekomen. Er is geen reden hierop een uitzondering aan te nemen als de pandhouder en pandgever van de hun in de wet verleende vrijheid gebruik hebben gemaakt en zijn overeengekomen dat deze onderhandse verkoop door de pandgever zal geschieden. Ook in dat geval geschiedt de verkoop van het verpande goed immers ten behoeve van de pandhouder en kan deze zich als separatist verhalen op de opbrengst daarvan. Dit is niet anders in faillissement bij verkoop door de curator krachtens overeenstemming tussen hem en de pandhouder. Deze verkoop valt daarom binnen het toepassingsbereik van art. 57 Fw en moet worden beschouwd als (een vorm van) uitoefening van het recht van parate executie van de pandhouder. Oneigenlijke lossing is dus een vorm van executie, terwijl lossing als bedoeld in art. 58 lid 2 Fw juist geschiedt ter voorkoming van uitoefening van het recht van executie. Eigenlijke en

oneigenlijke lossing moeten, zowel bij pand als bij hypotheek, aldus van elkaar worden onderscheiden. De onderhavige verkoop door de curator moet worden beschouwd als de uitoefening van het recht van executie van de pandhouder.

354. Executie onroerende zaken geschorst (Vrzng. Rb. Midden-Nederland 4 april 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1318, «JOR» 2014/278, m.nt. prof. mr. drs. J.W.A. Biemans)

Gedaagde in het onderhavige executiegeschil heeft beslag gelegd op twee tot de huwelijksgoederengemeenschap van eiser en zijn vrouw behorende onroerende zaken. Eiser vordert opheffing en een verbod tot verdere executie.

De voorzieningenrechter overweegt dat het aandeel van een deelgenoot in een gemeenschap in een vermogensrecht van andere aard is dan het eigendom van tot de gemeenschap behorende zaken en uitgangspunt moet zijn dat bij het leggen van het beslag wordt gespecificeerd op welk vermogensrecht het wordt gelegd, nu bij de executie het daarbij te verkopen goed immers zal moeten zijn gespecificeerd. Derhalve is niet op juiste wijze beslag gelegd ten laste van de schuldenaar op de onroerende zaken. Dat de executant zich kan verhalen op de huwelijksgoederengemeenschap die bestaat tussen de schuldenaar en zijn echtgenote, maakt het voorgaande niet anders. De beslagen zullen daarom worden opgeheven.

Van misbruik van recht ex art. 3:13 lid 2 BW kan sprake zijn indien de executant, mede gelet op de belangen aan de zijde van de wederpartij die door de executie kunnen worden geschaad, geen in redelijkheid te respecteren belang heeft bij de gebruikmaking van zijn bevoegdheid om in afwachting van de uitslag van het hoger beroep tot tenuitvoerlegging over te gaan. De schuldenaar voert aan dat op de onroerende zaken rechten van hypotheek rusten en dat de hoogte van de resterende aan de onroerende zaken verbonden hypothekschulden de WOZ-waarden in 2013 overstijgen. Weliswaar stelt de schuldeiser dat de WOZ-waarde traditioneel gezien lager ligt dan de werkelijke waarde, maar dit vormt, ook indien wordt uitgegaan van een hogere werkelijke waarde van de onroerende zaken, onvoldoende weerspreking van de stellingen dat bij een eventuele executie geen opbrengst resteert die aan de schuldeiser zou kunnen toekomen. Bij deze stand van zaken zal de opbrengst van

executoriale verkoop van de onroerende zaken door de schuldeiser – na aftrek van de kosten – integraal naar de hypotheekhouder gaan, zodat van de opbrengst niets resteert ter voldoening aan het vonnis. Nu executoriale verkoop van de onroerende zaken bovendien onomkeerbare gevolgen heeft die niet met schadevergoeding hersteld kunnen worden, maakt de schuldeiser misbruik van haar uit het vonnis voortvloeiende rechten indien zij de executie van de onroerende zaken zou doorzetten. Daarom zal de executie – mede ter voorkoming van toekomstige executiegeschillen – worden geschorst totdat in hoger beroep bij incidenteel arrest zal zijn beslist op een verzoek tot schorsing van de uitvoerbaarheid bij voorraad van het vonnis, dan wel totdat bij eindarrest op de zaak zal zijn beslist. Biemans bespreekt in zijn noot het beslag op een aandeel van een deelgenoot in een gemeenschap en hoe hierbij te werk moet worden gegaan. Hij vraagt zich af of de voorzieningenrechter in de onderhavige kwestie niet een te strenge maatstaf heeft aangelegd.

355. Geheimhouding en verklaringplicht (*Vrzngr. Rb. Amsterdam 3 juli 2014*, «JOR» 2014/283, m.nt. mr. E. Loesberg)

Zoals ook in de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 4 augustus 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AR4008 is overwogen, dient het maatschappelijk belang dat is gediend met de geheimhoudingsverplichting van gedaagde (een stichting beheer derdengelden van een advocaat), te wijken voor het maatschappelijk belang dat is gemeid met de verklaringplicht ex art. 476a Rv, te weten het waarborgen van de mogelijkheid van verhaal door een schuldeiser op alle goederen van de schuldenaar, dus ook door middel van derdenbeslag, welk beslag zonder verklaring illusoir wordt. Aan de stelling van gedaagde dat het beslag ook zonder verklaring blijft liggen, zodat geen sprake is van een illusoir beslag, wordt voorbijgegaan. Het is de curator nu juist niet bekend of het beslag doel heeft getroffen en zo ja, voor hoeveel, en hij kan dus ook niet beoordelen of hij (de boedel) er nog belang bij heeft om de lopende procedure voort te zetten. Indien het beslag geen doel heeft getroffen, worden onnodig kosten gemaakt. Voorts valt niet in te zien waarom art. 476a Rv niet ook in de conservatoire fase zou gelden. Loesberg zet in zijn noot uiteen waarom de onderhavige uitspraak naar zijn oordeel niet juist is.

356. Beslag voor schadevergoeding op te maken bij staat (*Vrzngr. Rb. Amsterdam 5 februari 2014*, ECLI:NL:RBAMS:2014:436, «JBPr» 2014/44 m.nt. mr. E. Loesberg)

Verhuurder verkoopt verhuurde pand aan derde en handelt daarmee in strijd met recht van huurder om als eerste het gehuurde te kopen. Verhuurder wordt veroordeeld tot schadevergoeding nader op te maken bij staat. Huurder legt vervolgens executoriaal beslag op panden van verhuurder. Deze vordert opheffing van de beslagen. De voorzieningenrechter oordeelt dat uit art. 504a Rv, dat inhoudelijk overeenstemt met art. 441 Rv, volgt dat in beginsel executoriale beslaglegging mogelijk is. In dit geval is voor het leggen van het beslag voldoende dat de vordering van huurder (te zijner tijd) bepaalbaar is; de vordering hoeft niet reeds bepaald te zijn. In een geval als dit kan executoriaal beslag worden gelegd, zonder dat al kan worden geëxecuteerd. Het executoriale beslag krijgt hierdoor het karakter van een conservatoir beslag. Voor de vraag of het beslag (deels) moet worden opgeheven, hanteert de voorzieningenrechter dezelfde criteria als voor opheffing van conservatoir beslag.

Internationaal

LITERATUUR

357. Internationaal insolventierecht: wat is er nog over van het territorialiteitsbeginsel? (*Tvl 2014*, 33, mr. dr. A.J. Berends)

De gevolgen in Nederland van een buiten de EU geopende insolventieprocedure worden beheerst door het territorialiteitsbeginsel. De werking van dit beginsel is in de laatste Yukos-uitspraken echter sterk beperkt. De schrijver bespreekt de problematische route tussen volledige erkenning van de buitenlandse procedure, en de resten van het territorialiteitsbeginsel. Bekeken wordt of de invoering van de UNCITRAL Modelwet dit probleem zou kunnen oplossen.

358. De werking van de art. 1:88 en 1:89 BW bij grensoverschrijdende borgtochten (*JBN 2014*, 52, mr. B.F.P. Lhoëst)

De afgelopen jaren is een aantal buitenlandse banken onaangenaam verrast door de verstrekende gevolgen van de typisch Nederlandse gezinsbeschermende

bepalingen van art. 1:88 en 1:89 BW. Bij wanbetaling door de debiteur blijkt de door de buitenlandse bank ter zekerheid verlangde borgstelling opeens minder zekerheid te geven dan verwacht doordat de echtgenote van de borgsteller met succes een beroep doet op vernietiging van de borgtochtvereenkomst. De schrijver bespreekt twee uitspraken van het Hof Arnhem, van 12 juni 2012 (ECLI:NL:GHARN:2012:BX0484) en 6 november 2012 (ECLI:NL:GHARN:2012:BY2736) waarin de problematiek van grensoverschrijdende borgtochten in volle omvang aan de orde komt.

359. Erkenning van een bail-in besluit van de Single Resolution Board of DNB in de Verenigde Staten (*Tvl 2014*, 35 mr. dr. T.M.C. Arons)

Op 1 januari 2016 treedt de tweede pijler van de Europese bankenunie in werking, het Eenvormig Afwikkelingsmechanisme of Single Resolution Mechanism (SRM). Met de

inwerkingtreding van de SRM-verordening zullen Europese banken die in (financiële) problemen verkeren op Europees niveau door de Single Resolution Board (SRB) worden hersteld of afgewikkeld. Dit herstel vindt allereerst plaats door middel van een *bail-in*, waarbij de verliezen worden afgeschreven op de aandeelhouders en crediteuren met ongedekte vorderingen op de bank. De schrijver behandelt de effectiviteit van de *bail-in* methode. Buitenterritoriale toepassing is nodig voor gelijke concurrentie en voldoende *bail-in* vermogen. De schrijver onderzoekt of de Amerikaanse rechter de *bail-in* erkent van schuld(instrument)en beheerst door Amerikaans recht. Hij wijst erop dat *bail-in* een afwikkelingsmaatregel is. Binnen de EU is deze erkenning geregeld in de Sanerings- en liquidatierichtlijn voor banken. Zolang er geen sprake is van een bijkantoor in de VS zal de Amerikaanse rechter op basis van wederkerigheid de Europese *bail-in* erkennen.

Geraadpleegde bronnen voor FIPSignaleringen (vanaf 31 oktober tot en met 20 november 2014)

<i>Advocatenblad</i>	<i>Onderneming & Financiering (O&F)</i>
<i>Ars Aequi & Ars Aequi Katern (AA)</i>	<i>Ondernemingsrecht</i>
<i>Het Financieele Dagblad (FD)</i>	<i>Rechtspraak Insolventie</i>
<i>Journal ondernemingsrecht</i>	<i>Rechtspraak van de Week (RvdW)</i>
<i>Juridische Berichten voor het Notariaat (JBN)</i>	<i>Rechtspraak.nl</i>
<i>Juridisch up to Date (JutD)</i>	<i>Staatscourant (Stcrt.)</i>
<i>Jurisprudentie Arbeidsrecht («JAR»)</i>	<i>Themis</i>
<i>Jurisprudentie Burgerlijk Procesrecht («JBPr»)</i>	<i>Tijdschrift voor Insolventierecht (Tvl)</i>
<i>Jurisprudentie in Nederland («JIN»)</i>	<i>Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur (TVOB)</i>
<i>Jurisprudentie Onderneming & Recht («JOR»)</i>	<i>Tijdschrift voor de Ondernemingsrechtpraktijk (TOP)</i>
<i>Maandblad voor Vermogensrecht</i>	<i>Tijdschrift voor Privaatrecht (TvPr)</i>
<i>Nederlands Juristenblad (NJB)</i>	<i>Trema</i>
<i>Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk recht (NTBR)</i>	<i>Vennootschap & Onderneming (V&O)</i>
<i>Nederlandse Jurisprudentie (NJ)</i>	<i>Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR)</i>
<i>NJ Feitenrechtspraak civiele uitspraken (NJF)</i>	<i>Wsnp Periodiek</i>

Deze rubriek wordt samengesteld door:

mw. mr. D.P. Van Strien met medewerking van mr. M. ter Beek (VMBS Advocaten), mr. G.G. Boeve (RESOR), mr. F. el Houzi (AKD), mr. F. Laagland ((VMBS Advocaten), mr. M.J.W. Schollen (Wetenschappelijk Bureau, Hoge Raad der Nederlanden), mr. R.J. Versteeg (Banning N.V.) en mr. L.L. ten Wolde (Bosselaar & Strengers Advocaten)

360. Overgang van onderneming en faillissement: over een blinde vlek bij curatoren of *wishful thinking* onder arbeidsrechtjuristen

PROF. DR. R.M. BELTZER

De overdracht van een onderneming uit een failliete boedel leidt niet tot toepasselijkheid van de (Europese) regels inzake overgang van onderneming, aldus art. 7:666 BW. Hoewel de wettekst duidelijk is, is twijfel gerezen of de categorische uitsluiting in overeenstemming is met hoe het Hof van Justitie van de EU naar deze materie kijkt. Houdt het hof vast aan een formele benadering – faillissement is faillissement – of bieden de uitspraken van het hof ruimte voor de gedachte dat ‘wezen voor schijn’ gaat, zoals gebruikelijk in het arbeidsrecht? In dat geval zouden kant-en-klare plannen tot voortzetting van de onderneming na faillissement in de gevarezone terecht kunnen komen. Ik onderzoek of een overdracht van een onderneming vanuit faillissement niettemin als een overgang van onderneming kan worden bestempeld.

Inleiding

Het zal de lezer niet ontgaan zijn dat de discussie over de toepasselijkheid van de regels met betrekking tot overgang van onderneming (art. 7:662 e.v. Burgerlijk Wetboek ('BW')) in faillissement recent is opgelaaid. De aanleiding daarvoor is de pre-pack geweest: het vooraf plannen van een voortzetting van een in moeilijkheden verkerende onderneming met behulp van een beoogd curator die later, na het uitspreken van het faillissement, in zijn dan formele rol als curator deze voortzetting realiseert.¹

De vraag is waarom deze discussie überhaupt bestaat, nu art. 7:666 BW *luce clarius* bepaalt dat geen sprake is van een overgang van onderneming 'indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort'. Zowel bij de 'gewone' doorstart als bij de moderne variant van de pre-pack wordt de onderneming overgedragen vanuit faillissement. Waarom dan toch twijfel? Waarom starten de bonden procedures tegen in

moeilijkheden verkerende bedrijven als Estro en Heiploeg? In deze bijdrage zal ik ingaan op deze materie.² Duidelijk zal worden dat de Europese richtlijn waarop art. 7:666 BW is gebaseerd en de op basis van die richtlijn gewezen rechtspraak van het Hof van Justitie een beeld schetsen dat twijfel doet zaaien over de juistheid van de stelling dat overdracht van een onderneming vanuit faillissement nimmer een overgang van onderneming meebrengt. Die vaststelling kan belangrijke gevolgen hebben. Een overgang van onderneming brengt immers mee dat de verkrijger verplicht wordt al het personeel over te nemen, met behoud van hun arbeidsvoorwaarden. Dat kan een overnemer ervan weerhouden de onderneming uit de boedel over te nemen, met kapitaalvernietiging en verlies van werkgelegenheid als potentiële gevolgen.

¹ Ondernemingen waar deze gang van zaken is gerealiseerd, zijn Winkelketen Schoenenreus, lingeriefabrikant Marlies Dekkers, bloemenexporteur Florimex, drukkerij Dijkman en het Ruwaard van Putten Ziekenhuis.

² Een woord vooraf: het karakter van deze bijdrage staat niet toe de vele meningen die over dit onderwerp al zijn gedebiteerd uitvoerig te behandelen. Ik verwijs graag naar het meest recente artikel hierover, alsmede naar de daar genoemde literatuur en rechtspraak: P. Huffman en I. Zaal, 'De toepasselijkheid van de Richtlijn overgang van onderneming bij insolvente ondernemingen', «TAP» 2014, nr. 3, p. 167-173.

Het Europese kader: Abels, D'Urso en Spano

De discussie over de toepasselijkheid van de art. 7:662 e.v. BW in faillissement is niet nieuw. In de tijd voordat de Europese richtlijn overgang van ondernemingen (de eerste versie dateert uit 1977³) er iets over meldde en voordat doorstart, ge-pre-paakt of niet, een issue was (en wellicht, maar dat kan ik niet met cijfers staven, minder voorkwam),

In arresten na Abels heeft het Hof van Justitie steeds benadrukt dat de uitzondering op de toepasselijkheid van de regels met betrekking tot overgang van onderneming alleen geldt indien sprake is van een *op liquidatie gerichte procedure*

gingen er al stemmen op het faillissement uit te zonderen van de dwingende overgang. Het belangrijkste argument was dat het faillissementsrecht een aparte positie in het Nederlandse rechtssysteem inneemt: indien de Europese richtlijn bij faillissement van toepassing zou zijn, zou tekort gedaan worden aan het systeem en de strekking van dit rechtsgebied. Die strekking is de vaak tegenstrijdige belangen van de verschillende bij faillissement betrokken personen met elkaar in evenwicht te brengen. In de praktijk betekent dit dat de curator een zo hoog mogelijke opbrengst voor de failliete boedel probeert te krijgen ter voldoening van de schuldeisers. De hoogste opbrengst kan worden verkregen indien de onderneming als een lopend bedrijf kan worden verkocht. De kansen op een dergelijke verkoop worden sterk verkleind indien de koper verplicht wordt alle werknemers mee over te nemen.

In de zaak Abels⁴ oordeelde het Hof van Justitie voor het eerst over de toepasselijkheid van de richtlijn: die is niet van toepassing op de overgang van een failliete onderneming. De wat verlate reactie van de Nederlandse wetgever op dit arrest is art. 7:666 BW, dat uit 2002 dateert. In de procedure van surseance van betaling zijn de art. 7:662 e.v. BW wel van toepassing, aldus het hof, nu deze procedure niet zozeer is gericht op liquidatie van het vermogen, maar juist op voortzetting van de onderneming. Dit leidt in de praktijk tot een scherp juridisch onderscheid: neemt de verkrijger een failliete onderneming over, dan heeft hij geen last van de art. 7:662 e.v. BW (en veel andere arbeidsrechtelijke bepalingen) en kan hij die werknemers overnemen die hem goedgevallen en op zijn eigen (arbeids)voorwaarden een arbeidsovereenkomst aanbieden. Dit is anders indien de verkrijger een onderneming heeft overgenomen die in surseance van betaling verkeert – de verkrijger zal dan al

het personeel moeten overnemen met behoud van al hun rechten en verplichtingen uit de arbeidsovereenkomst. Dat onderscheid kan worden gerechtvaardigd als men vaststelt dat de beide procedures verschillende doelen dienen: liquidatie versus behoud. De vraag is echter of die tweedeling in de praktijk zo scherp is.

In arresten na Abels heeft het Hof van Justitie steeds benadrukt dat de uitzondering op de toepasselijkheid van de regels met betrekking tot overgang van onderneming alleen geldt indien sprake is van een *op liquidatie gerichte procedure*. Zo oordeelde het hof in de zaak D'Urso⁵ dat de richtlijn van toepassing kan zijn op overdrachten van ondernemingen die onder de Italiaanse procedure van buitengewoon bewind zijn geplaatst. Er zijn twee varianten van onderbewindstelling mogelijk: met en zonder voortzetting van de werkzaamheden, dit ter discretie van de Minister van Industrie. In het voorgelegde geval besloot het hof dat de richtlijn van toepassing is wanneer een onderneming onder buitengewoon bewind is geplaatst en de werkzaamheden worden voortgezet en tijdens de werking van het decreet een onderneming in de zin van de richtlijn wordt overgedragen. Het doel van de procedure is dan immers de toekomst van de onderneming te waarborgen. Zouden de werkzaamheden niet zijn voortgezet, dan zou het doel van de procedure zijn het vermogen van de schuldenaar te vereffenen en de opbrengst van dit vermogen te gebruiken om de crediteuren te betalen. Ruim vier jaar later gaf het hof – wederom in een Italiaanse casus (Spano/Fiat) – opnieuw antwoord op een vergelijkbare prejudiciële vraag. Ook in deze zaak was het doel van de procedure niet vereffening, maar voortzetting van de onderneming, zodat de richtlijn van toepassing was.⁶ In deze zaken trok het hof een vergelijking met de Nederlandse procedures van surseance van betaling en faillissement. Het hof leek daarbij alleen aandacht te schenken aan wat ik hier het formele doel noem. Op basis van die rechtspraak zou dus geoordeeld kunnen worden dat in faillissement geen sprake kan zijn van een overgang van onderneming, omdat de faillissementsprocedure vanouds gericht is op liquidatie.

Van formeel naar materieel doel?

De discussie over het belang van het doel van de procedure kreeg een nieuwe impuls door het op 12 maart 1998 gewezen arrest Dethier/Dassy.⁷ Het hof oordeelde dat bij het beoordelen van de vraag wat het doel van een nationale (in casu: Belgische) insolventieprocedure is 'ook rekening (moet) worden gehouden met de modaliteiten van de 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'. Dit is naar mijn mening een uitbreiding van eerdere rechtspraak: van een nadruk op louter en alleen het formele doel van de procedure verschuift het accent naar een benadering

3 Richtlijn 77/187 van 14 februari 1977 inzake het behoud van rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (Pb. EG van 5 maart 1977, L 61/26), vervangen door Richtlijn 98/50 van 29 juni 1998 (Pb. EG van 17 juli 1998, L 201/88), die op haar beurt is vervangen door Richtlijn 2001/23 van 12 maart 2001 (Pb. EG van 22 maart 2001, L 82/16).

4 HvJEG 7 februari 1985, NJ 1985, 900.

5 HvJEG 25 juli 1991, NJ 1994, 168.

6 HvJEG 7 december 1995, NJ 1996, 643.

7 HvJEG 12 maart 1998, «JAR» 1998/100.

waarin het materiële aspect – wat gebeurt er feitelijk? – van belang wordt. In deze zaak had de verwijzende rechter duidelijk gemaakt dat het doel van de procedure – een vereffeningprocedure – liquidatie van het vermogen was. Het hof stelde echter vast dat het doel van de Belgische vereffeningprocedure niet eenduidig kan worden vastgesteld en dat dan naar ‘de modaliteiten van de procedure’ moet worden gekeken. Het hof oordeelde uiteindelijk dat de richtlijn van toepassing is bij overgang van een onderneming die zich in de procedure van gerechtelijke vereffening bevindt indien de werkzaamheden tijdens die procedure worden voortgezet. Uit deze uitspraak kan in ieder geval de conclusie worden getrokken dat het formele doel van de procedure, althans: zoals deze wordt voorgesteld door de verwijzende rechter, niet de enige factor is die een rol speelt bij het antwoord op de vraag of de richtlijn bij een overgang van een onderneming van toepassing is. Ik neem daarbij de stelling in dat dit evenzeer geldt indien de betreffende procedure een faillissementsprocedure is: het is immers niet aan de verwijzende rechter te bepalen wat het doel van de procedure is, dat stelt het hof zelf vast. Met de *modaliteiten* van elke procedure, alsmede met het doel van de richtlijn dient derhalve rekening te worden gehouden. Dat laatste doel is vooral: bescherming van de arbeidsovereenkomst van de werknemer indien de onderneming waar hij werkzaam is wordt overgedragen. De arbeidsrechtjurist weet dat de definities uit de richtlijn door het Hof van Justitie zeer ruim in het voordeel van de werknemer worden uitgelegd.

Ruim een halfjaar na het arrest Dethier/Dassy bevestigde het hof deze uitspraak in het arrest *Europièces/Sanders*.⁸ Indien ik deze twee uitspraken secuur lees, komt bij mij de gedachte op dat de uitspraak van het hof voornamelijk was ingegeven door het feit dat tijdens de Belgische vereffeningprocedure de werkzaamheden feitelijk werden voortgezet. Indien dit juist is, zou deze uitspraak belangrijke gevolgen kunnen hebben voor het denken over de toepasselijkheid van de art. 7:662 e.v. BW in de Nederlandse faillissementspraktijk. Of men nu wel of niet vindt dat het formele doel van de Nederlandse faillissementsprocedure duidelijk is – liquidatie van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers dan wel het bepalen van het evenwicht tussen de verschillende belangen van de bij het faillissement betrokken partijen –, feit is dat de praktijk bij failliete ondernemingen – in de woorden van het hof: de ‘modaliteiten van de procedure’ – op essentiële punten overeenstemt met die van de Belgische vereffeningprocedure. De activiteiten van ondernemingen worden tijdens faillissement veelal feitelijk voortgezet met het oog op een doorstart of verkoop aan een derde. Bij pre-pack is dat zelfs het hoofddoel. Ik realiseer mij dat pre-pack zelf geen ‘procedure’ is, maar dat lijkt mij een woordenspel: waar het om gaat, is dat het faillissement het vehikel is waarmee de pre-pack gestalte krijgt.⁹ Het is niet ondenkbaar dat het

hof na de arresten Dethier/Dassy en *Europièces/Sanders* tot de conclusie komt dat ook het doel van de Nederlandse faillissementsprocedure waar het om het faillissement van ondernemingen gaat (inmiddels) ‘niet eenduidig kan worden vastgesteld’ en dat de modaliteiten van de procedure dienen te worden bekeken. Kent het hof dan net zo veel gewicht toe aan de feitelijke voortzetting van werkzaamheden als het in voornoemde arresten deed, dan kan dat uiteindelijk belangrijke gevolgen hebben voor ons art. 7:666 BW. De stelling dat faillissement van oudsher op liquidatie is gericht, baat mijns inziens niet indien faillissement wordt tussengevoegd om te realiseren wat in feite met een klassieke reorganisatie kan worden bewerkstelligd. Uit de feiten zal duidelijk moeten worden waartoe de procedure wordt ingezet. De stelling dat tevens – of: vooral – een zo hoog mogelijke opbrengst wordt nagestreefd, is dan in mijn optiek zeker niet in alle gevallen doorslaggevend. De zeer ruime, werknemersvriendelijke, ‘materiële’ benadering – wezen gaat voor schijn – die het Hof van Justitie de laatste jaren hanteert ten aanzien van in feite alle in de richtlijn gebruikte termen – onderneming, overgang, werknemer, arbeidsvoorwaarde – doet vermoeden dat het hof de in de richtlijn gebezigde term ‘(faillissements)procedure met het oog op liquidatie’¹⁰, als uitzondering op de toepasselijkheid van de richtlijn, niet in formele zin zal hanteren. Het

Ik realiseer mij dat pre-pack zelf geen ‘procedure’ is, maar dat lijkt mij een woordenspel: waar het om gaat, is dat het faillissement het vehikel is waarmee de pre-pack gestalte krijgt

feit dat het arrest Abels dateert van voor opname van het huidige art. 5 van de richtlijn doet daar mijns inziens niet aan af, nu die bepaling een codificatie vormt van dat arrest en geen breuk met de rechtspraak van het Hof van Justitie is beoogd.

Het doel van de doorstart

Laten wij echter niet te hard van stapel lopen. Het voortzetten van de onderneming kan en zal simpelweg vaak de boedel ten goede komen, zodat de curator nog steeds opereert binnen het klassieke doel van de faillissementsprocedure – een zo hoog mogelijk opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Dit is slechts anders indien de opzet is geweest goedkoop van personeel af te komen. Voor die situatie hebben we echter al de misbruikleer (art. 3:13 BW) van de Hoge Raad uit het arrest *De Boek/Van*

⁸ HvJEG 12 november 1998, C-399/96.

⁹ Van een surseance van betaling zou men zich immers nooit bedienen, vermoed ik, of de onderneming nu levensvatbaar is of niet.

¹⁰ Ik lees de zinsnede ‘met het oog op liquidatie’ in samenhang met de direct daaraan voorafgaande tekst ‘de faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure’, en dus niet alleen in samenhang met ‘soortgelijke procedure’. Kortom: de eis dat de procedure is gericht op liquidatie geldt evenzeer voor de faillissementsprocedure. De toets is aan het hof, niet aan de nationale wetgever.

Gorp.¹¹ De vraag is echter of het voornoemde, klassieke doel niet wat is geërodeerd. In het arrest Sigmacon II¹² heeft de Hoge Raad aangegeven dat andere belangen dan het belang van een zo hoog mogelijke liquidatieopbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers voor de curator evenzeer een rol kunnen spelen, ja zelfs kunnen prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. De Hoge Raad verwijst daarbij naar continuïteit van de onderneming en behoud van werkgelegenheid. De vraag is of hieruit kan worden afgeleid dat het formele doel van de faillissementsprocedure niet (alleen) het vereffenen van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van

doet of het doel van die procedure liquidatie is, dan kunnen lidstaten in hun wetgevingen bepalen dat de verkrijger niet aansprakelijk wordt voor oude schulden en/of dat de sociale partners mogen overeenkomen in de arbeidsvoorwaarden wijzigingen aan te brengen die bedoeld zijn om de werkgelegenheid veilig te stellen door het voortbestaan van de onderneming te verzekeren. Hiermee wordt het alles-of-niets-karakter van de richtlijn wat verzacht. De Nederlandse wetgever heeft hiervan geen gebruik gemaakt – in tegenstelling tot onze directe buurlanden – wellicht vanuit de gedachte dat de richtlijn helder is wat de toepasselijkheid in Nederlandse insolventieprocedure betreft. De vraag is of dat optimisme terecht is. Als dat niet zo is, zou ik de wetgever sterk in overweging geven nog eens goed naar art. 5 van de richtlijn te kijken.

Het doel van de pre pack – wezen gaat voor schijn

Kan men bij het voorgaande twijfel zaaien indien het gaat om een ‘normale’ doorstart (hetgeen Verburg in het artikel hierna zeker zal doen), bij pre-pack is er een hardere noot te kraken. De pre-pack vindt weliswaar plaats in het kader van een faillissementsprocedure – lees: die wordt tussen de situatie vóór en na de doorstart geschoven –, maar dat maakt de pre-pack in mijn optiek zelf nog niet tot een procedure die (tevens) ziet op liquidatie. We zullen dus moeten bezien waartoe de pre-pack dient. In de meeste gevallen kan zij, meen ik, worden gezien als een welkome manier om de belangen van alle stakeholders te dienen. Het is dan ook geenszins mijn bedoeling hier ‘paniek te zaaien’ en te roepen dat het idee niet deugt. Het zou goed zijn indien de voor- en tegenstanders van de pre-pack zich goed rekenschap geven van elkaars argumenten. Het is niet zo dat pre-pack niet meer dan een geniepige manier is om anderen buiten de deur te houden. Dat maakt de pre-pack echter nog niet arbeidsrechtelijk onaantastbaar. Dát is mijn stelling in deze bijdrage: indien zou blijken dat zij wordt ingezet om in stilte te reorganiseren, waarna het faillissement in feite instrumenteel wordt ingezet, voorzie ik problemen ten aanzien van de toepasselijkheid van de richtlijn overgang van ondernemingen. De geslotenheid van het vooroverleg kan daarbij zeker een negatieve rol spelen: sommigen zien vuur indien zij rook ontwaren. In een normale situatie van reorganisatie gelden speciale arbeidsrechtelijke procedures, zoals opgenomen in de WOR, de WMCO, de SER Fusiegedragsregels en specifieke bepalingen uit Boek 7 Titel 10 BW. De curator heeft van die regels in faillissement vrijwel geen last. De vraag is gerechtvaardigd of een pre-pack hiermee in bepaalde gevallen niet wat teveel van het goede wordt. Ik benadruk dat indien sprake is van een echte faillissementssituatie, mijn bezwaar niet geldt. Probleem is dat die toets bij de rechtbank vrij summier is. Hierbij past echter een *caveat*: laten we niet vergeten dat onze formele benadering ten aanzien van de richtlijn al eerder is afgestraft. Niet eens zo lang geleden keek de Europese rechter recht door concernconstructies heen om het begrip ‘werknemer’, op basis van een vrijwel

Indien zou blijken dat de pre-pack wordt ingezet om in stilte te reorganiseren, voorzie ik problemen ten aanzien van de toepasselijkheid van de richtlijn overgang van ondernemingen

de gezamenlijke schuldeisers is, maar (tevens) het vinden van een balans tussen de verschillende bij het faillissement betrokken belangen. Of, minder verstrekkend, dat dit het doel van de faillissementsprocedure is in geval van het faillissement van ondernemingen.¹³ Als een van deze twee vragen bevestigend wordt beantwoord, dan kan dat gevolgen hebben voor de formulering of de uitleg van art. 7:666 BW. Indien immers de Hoge Raad stelt dat de faillissementsprocedure wel degelijk tevens op andere belangen ziet dan die van de schuldeisers, zoals het behoud van continuïteit van de onderneming en de daaraan verbonden werkgelegenheid, dan is het een kleine en logische stap om hetgeen hiervoor ‘middel’ werd genoemd (mede) tot doel van de procedure te maken. Dit doel voldoet dan wellicht niet meer aan de door het Hof van Justitie gestelde eisen om te mogen afzien van toepasselijkheid van de richtlijn. Daarbij teken ik aan dat de richtlijn zelf voorziet in de mogelijkheid de scherpe kanten van een totale overname van al het personeel van een failliete onderneming af te halen. Art. 5 van de richtlijn bepaalt dat de bepalingen van de richtlijn niet van toepassing zijn op de overgang van een onderneming die is verwickeld in een faillissementsprocedure of soortgelijke procedure met het oog op liquidatie van het vermogen onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie, welke instantie een door de overheid gemachtigde curator mag zijn. Interessanter is het tweede lid van het artikel: bevindt een onderneming zich in een insolventieprocedure en staat die onderneming onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie, waarbij het er niet toe

11 HR 28 mei 2004, JOL 2004/281. Zie over deze zaak uitgebreid M.L. Lennarts en S.N. de Valk, ‘Aansprakelijkheid van bestuurders jegens werknemers wegens misbruik van faillissement’, *ArA* 2004/2.

12 HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472.

13 Ik merk hierbij op dat de curator, naar het oordeel van de Hoge Raad, niet onrechtmatig handelde door voorbij te gaan aan een door de Ontvanger gedaan voorstel, ook niet als dat voorstel uiteindelijk voordeliger voor de boedel zou zijn geweest. Zie ook de noot van W.M. Kleijn onder het arrest.

onnavolgbare redenering, op te rekken.¹⁴ Het is geen vreemde gedachte dat het hof eens zal menen dat de manier waarop wij de faillissementsprocedure soms benutten – als tussenschakel voor wat in feite een reorganisatie is – ertoe leidt dat de richtlijn van toepassing is.

Tot slot

De titel van mijn bijdrage spreekt van een blinde vlek bij curatoren en *wishful thinking* onder arbeidsrechtjuristen. In het voorgaande heb ik geprobeerd duidelijk te maken dat de generieke uitsluiting van art. 7:666 BW in geval van overgang van een failliete onderneming geen vrijhaven is om in alle gevallen een onderneming in afgeslankte vorm te laten doorstarten. Curatoren dienen zich dit goed te realiseren. Recent kwam de Rechtbank Leeuwarden tot hetzelfde oordeel en paste, in weerwil van de klare tekst van art. 7:666 BW, niettemin de art. 7:662 e.v. BW toe op de overgang van een failliete onderneming, al geef ik direct toe dat hier meer sprake van misbruik leek.¹⁵ Anderzijds zal de arbeidsrechtjurist zich goed rekenschap moeten geven van het feit dat vrijwel niemand voor het eigen gemak of gewin een faillissement aanvraagt en er in de meeste gevallen wel degelijk ‘wat aan de hand’ is. Hoe nuttig de pre-pack ook kan zijn, het gebrek aan transparantie zorgt voor achterdocht. Berichten in de media hebben daar voldoende voorbeelden van laten zien. Controle op de ‘werkelijke’

reden voor faillissement en controle op de juistheid van de gekozen weg wordt nu eenmaal lastiger indien een en ander zich achter gesloten deuren afspeelt. Wie kiest voor geheimhouding, roept een zeker wantrouwen over zich af – waarmee ik niet wil zeggen dat dat wantrouwen steeds gerechtvaardigd is. De vakbonden, die nu een aantal pre-packs aanvallen, dienen niet per se het werknemersbelang indien zij ernaar streven deze stille deals de nek om te draaien. Zij spannen het paard achter de wagen indien de onderneming daarna alsnog ‘echt’ failliet gaat en er niets voor werknemers overblijft. Er zou in mijn optiek heel wat zijn gewonnen indien de scherpe kanten van de alles-of-niets-benadering van art. 7:666 BW zou verdwijnen. De richtlijn overgang van ondernemingen biedt die opening. Gemakkelijker te realiseren en dichterbij huis: vervang de summere toets bij de rechtbank door een toets die wat meer handen en voeten heeft en laat de rechter zich een oordeel vormen of de onderneming nog te redden is alvorens het faillissement uit te spreken. Dat past ook uitstekend in Europese bewegingen op dit terrein die erop gericht zijn het behoud van de insolvente onderneming te bevorderen (zie de bijdrage van Huffman in deze uitgave).¹⁶

Over de auteur

Prof. dr. R.M. Beltzer is hoogleraar Arbeid & Onderneming aan de Universiteit van Amsterdam.

14 Ik doel uiteraard op de zaak Albron/Roest, HvJ EU 21 oktober 2010, C 242/09.

15 Rb. Noord-Nederland, ktr., loc. Leeuwarden, 22 augustus 2014, «JAR» 2014/234.

16 ‘A new European approach to business failure and insolvency’ (COM(2012) 742 final).

361. De doorstart in faillissement en het debiet van '662'

PROF. MR. L.G. VERBURG

Deze bijdrage gaat in op de vraag of op een na de faillietverklaring van de vervreemder geëffectueerde doorstart de regeling van de overgang van onderneming ('662') van toepassing is. Vier argumenten passeren de revue, waaronder het argument dat het doel van de Nederlandse faillissementsprocedure verschuift, het argument dat de Abels-leer inmiddels zou zijn verlaten en het argument dat de pre-pack het zwaartepunt van de overname naar voren haalt. Geen van de argumenten haalt de eindstreep. Het op doorstarts in faillissement van toepassing verklaren van 662 barricadeert deze transacties en belast de werkgelegenheid. Het tegengaan van misbruik vergt een fijnzinniger benadering.

De doorstart in faillissement: met of zonder pre-pack

In deze bijdrage concentreer ik mij op de vraag of op een na de faillietverklaring van de vervreemder geëffectueerde doorstart de regeling van de overgang van onderneming als bedoeld in de art. 7:662 e.v. Burgerlijk Wetboek ('662') van toepassing is. Mijn betoog heeft zowel betrekking op de doorstart die voorafgaand aan de faillietverklaring is voorbereid met betrokkenheid van een beoogd curator (de pre-pack¹) als op de al tientallen jaren bekende doorstart in faillissement die zonder deze betrokkenheid tot stand komt. In mijn visie is er voor de vraag naar het bereik van 662 geen wezenlijk verschil tussen beide soorten doorstarts. Het verschil ziet immers op de wijze waarop de doorstart voorafgaand aan de faillietverklaring wordt voorbereid. Het verschil in aanpak heeft geen betrekking op de uitdrukkelijke bedoeling van partijen de beoogde overgang te doen plaatsvinden na de faillietverklaring. De pre-pack zal het zwaartepunt in de voorbereiding van de transactie door de bank genomen iets naar voren (kunnen) halen. De pre-pack zal mogelijk ook de ondertekening en uitvoering van hetgeen is voorbereid voortvarender en met een betere kans op een niet te overhaaste realisatie laten gebeuren.

1 De opmars van de pre-pack en de voor- en nadelen van deze aanpak zijn uitvoerig beschreven in het recent aan de Vereniging 'Handelsrecht' uitgebrachte preadvies van Verstijlen: F.M.J. Verstijlen, Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack, in: *Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod*, Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht' 2014, Zutphen: Uitgeverij Paris 2014, p. 13-65. Het voorgenoemde wetsvoorstel betreffende de pre-pack introduceert het beoogd curatorschap in de wet. Ik meng mij niet in de discussie of dit reeds naar huidig recht is toegelaten.

In de door mij gehanteerde definitie van de pre-pack blijft al hetgeen dat zich afspeelt tot het faillissement van de vervreemde partij niettemin feitelijk steken in de voorbereidingsfase. Dat wil zeggen dat het (definitieve) akkoord van de curator met de voorgenomen transactie met inachtneming van de toezichhoudende taak van de rechter-commissaris met betrekking tot dit akkoord na de faillietverklaring valt. Dan pas vindt de verkoop plaats door de ondertekening van de documentatie betreffende de overname, waarna partijen overgaan tot de uitvoering van hetgeen is afgesproken. Dat betekent tevens dat eerst na de faillietverklaring van de vervreemder de verkrijger feitelijk de exploitatie van de overgedragen activiteit(en) ter hand neemt. Op deze doorstart (pre-packed of niet) heb ik het oog.²

Art. 7:666 BW

Art. 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG bepaalt dat de art. 3 en 4 van deze Richtlijn over het behoud van de rechten der werknemers niet van toepassing zijn op een overgang van een onderneming, wanneer de vervreemder is verwickeld in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van

2 Ktr. Leeuwarden (vznr.) 22 augustus 2014, «JAR» 2014/234 m.nt. Huffman (Jan de Roos Transport Lemmer) blijft derhalve buiten bespreking. Er was geen sprake van een doorstart in faillissement. In deze kwestie verleende de curator geen medewerking aan een doorstart en ging de overgang van de onderneming volledig buiten hem om. Dit laatste aspect duidt erop dat de overgang in feite reeds zijn beslag kreeg vóór het moment van de faillietverklaring. Dan speelt 662 onverkort. Ik kan mij daarom vinden in het resultaat. Op de overwegingen van de voorzieningenrechter valt (wel) het nodige af te dingen. Ik verwijs te dien aanzien naar de *tour de horizon* van argumenten in de tekst van mijn bijdrage.

het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door een overheidsinstantie gemachtigde curator mag zijn). Dit geldt, tenzij een lidstaat anders bepaalt. Nederland heeft dit laatste niet gedaan: art. 7:666 lid 1 BW implementeert art. 5 lid 1 van de Richtlijn en legt expliciet vast dat 662 niet geldt in het geval dat de werkgever (de vervreemder) in staat van faillissement is verklaard.³ Het formele feit van de faillietverklaring is beslissend voor het niet van toepassing zijn van 662. De tekst van art. 5 lid 1 van Richtlijn 2011/23 borduurt voort op het Abels-arrest van het Hof van Justitie uit 1985⁴ en de na 1985 nog omtrent het thema verschenen jurisprudentie van dit hof. In Abels overwoog het Hof van Justitie dat de Richtlijn (de toenmalige voorloper van Richtlijn 2001/23) niet van toepassing is op de overgang van een onderneming in geval van een faillissementsprocedure, maar wel toepassing vindt bij een procedure als de surseance, ofschoon deze met de faillissementsprocedure enkele kenmerken gemeen heeft.

De argumenten die zich verzetten tegen toepassing van de Richtlijn in geval van faillissement gaan in de visie van het Hof van Justitie in het in 1998 gewezen Dethier/Dessy-arrest niet op wanneer in de betrokken procedure het toezicht van de rechter een meer beperkte draagwijdte heeft dan bij faillissement, en de procedure primair gericht is op het behoud van de boedel alsook, zo mogelijk, op de voortzetting van de onderneming door middel van een collectieve opschorting van de betalingsverplichtingen.⁵ Het valt op dat het Hof van Justitie met de toevoeging 'primair' bij procedures die kenmerken gemeen hebben met de faillissementsprocedure ruimte biedt voor een iets genuanceerder benadering. Deze benadering doet recht aan de economische werkelijkheid waarin regelgevers stevast een weg trachten te vinden die rekening houdt met de diversiteit in de betrokken belangen. Wij kennen aldus de faillissementsprocedure die *primair* gericht is op liquidatie van het vermogen (geen 662), soortgelijke procedures die *primair* gericht zijn op liquidatie (evenmin 662) en andere min of meer soortgelijke procedures die *primair* gericht zijn op het behoud van de boedel. In dit laatste type procedure (denk aan onze surseance van betaling) zijn de regels omtrent de overgang van onderneming onverkort van toepassing.

Het Abels-arrest is helder, art. 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23

3 Beltzer en Van der Pijl stelden nog recent, in 2013, dat 662 in geval van een overname van een failliete onderneming niet van toepassing is en dat dit tot gevolg heeft dat 'de verkrijger van de onderneming, en bij doorstart is dat dus veelal dezelfde ondernemer, niet verplicht is het aan de onderneming verbonden personeel over te nemen'. R.M. Beltzer en J. van der Pijl, 'De rechtspositie van werknemers bij surseance van betaling en faillissement', in: L.G. Verburg en W.A. Zondag (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Monografieën Sociaal Recht, deel 31, derde druk, Deventer: Kluwer 2013, p. 207-238, op p. 225. Ik plaats de kanttekening dat de verkrijger in ieder geval in juridische zin natuurlijk steeds een andere partij is. Bij een doorstart in faillissement verkoopt men niet aan zichzelf.

4 Hof van Justitie EG 7 februari 1985, NJ 1985, 900 m.nt. PAS (Abels).

5 Hof van Justitie EG 12 maart 1998, «JAR» 1998/100 (Dethier/Dessy), punt 22.

is duidelijk en de Nederlandse wetgever heeft zich in art. 7:666 BW al evenzeer bediend van tekst die goed leesbare kost vormt. Toch zijn er de laatste jaren, zeker sinds de opkomst van de pre-pack als variant op het thema van de doorstart in faillissement, geluiden dat 662 wellicht toch in faillissementssituaties van toepassing zou kunnen zijn.⁶ Ik weeg de diverse argumenten. U zult lezen dat ze geen van alle de eindstreep halen.

Tour de horizon van de argumenten vóór toepassing van 662 in faillissement

1. Het argument van het verschuiven van het doel van de Nederlandse faillissementsprocedure

Het doel en de strekking van de Faillissementswet ('Fw') is onbestreden primair gericht op liquidatie.⁷ De curator opereert sinds jaar en dag vanuit het op liquidatie gerichte belang van de collectiviteit van de crediteuren. Hij is belast

De pre-pack verschuift het doel van de faillissementsprocedure niet

met het beheer en de vereffening van de failliete boedel (art. 68 Fw). De jurisprudentie laat zien dat maatschappelijke belangen, waaronder de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid, een rol mogen hebben.⁸ Hoe dit precies in voorkomend geval uitpakt, is hier niet relevant. De faillissementsprocedure verandert als zodanig niet van doel, indien in bepaalde faillissementen de maatschappelijkheid van een betrokken belang een ruimer gewicht in de weegschaal legt.

De pre-pack is net als andere doorstarts in faillissement gericht op het behoud van het organisatorisch verband tussen de te verkopen activa. De gedachte is dat het in samenhang doen overnemen van bepaalde activa per saldo een betere koopprijs teweegbrengt dan een losse verkoop van de afzonderlijke delen. Ongetwijfeld dient het aangaan van de transactie nog andere relevante belangen, waaronder het belang van behoud van zo veel mogelijk werkgelegenheid. In de procedure welke voerde tot het Abels-arrest

6 Vergelijk J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet?', *ArbeidsRecht* 2013/38 en met meer nadruk P. Huffman en I. Zaal, 'De toepasselijkheid van de Richtlijn overgang van onderneming bij insolvente ondernemingen', «TAP» 2014/98. Zie voorts de adviezen van de Nederlandse Orde van Advocaten van 21 januari 2014 en de vakgroep Arbeidsrecht van de UvA op het voorontwerp van een wetsvoorstel betreffende de pre-pack, www.internetconsultatie.nl/wet_continuïteit_ondernemingen. Positieve(r) geluiden over de pre-pack treft men o.a. bij M.R. van Zanten, 'Aan het werk met de pre-pack', *ArbeidsRecht* 2013/10, 47, E. Loesberg, 'Hoe gaat het met de pre-pack?', «TOP» 2014/309 en Verstijlen t.a.p.

7 De toevoeging 'primair' dekt af dat een dossier grijze tinten mag hebben, biedt plaats aan de nuances die men in de literatuur treft ten aanzien van het doel van de faillissementsprocedure. Zie daarover P. Huffman en I. Zaal, 'De toepasselijkheid van de Richtlijn overgang van onderneming bij insolvente ondernemingen', «TAP» 2014/98 met verdere verwijzingen.

8 HR 24 februari 1995, NJ 1996, 472 m.nt. WMK en HR 19 april 1996, NJ 1996, 727 m.nt. WMK.

wees de Nederlandse regering op het aspect dat potentiële verkrijgers bij een uitbreiding van de werkingssfeer van de Richtlijn tot de situatie van faillissement ervan zouden kunnen worden weerhouden de onderneming op voor de boedel aanvaardbare voorwaarden over te nemen. Dit kon ertoe leiden dat de activa van de onderneming afzonderlijk zouden worden verkocht.⁹ Stein verwoordt in zijn NJ-noot onder het Happé/Scheepstra-arrest van de Hoge Raad van

De Abels-leer omtrent het formele feit van het faillissement voor het niet van toepassing zijn van '662', staat als een huis

30 oktober 1987 als reden voor het in faillissement niet van toepassing laten zijn van 662: *'Een belangrijke overweging is daarbij geweest dat toepassing van de richtlijn in de faillissementsituatie een negatief effect op de werkgelegenheid kan hebben, omdat de curator zich genoodzaakt zal kunnen zien het bedrijf van de failliete ondernemer te liquideren in een geval waarin hij dit met vermindering van het personeelsbestand aan een gegadigde had kunnen overdoen.'*¹⁰ Dit citaat heeft aan relevantie niet ingeboet.

Het belang van de werkgelegenheid van de werknemers vormt overigens geen belang dat zonder meer haaks staat op het belang van de overige crediteuren. Doorstarts dienen doorgaans zowel het belang van de crediteuren (zonder doorstart verliest alles veelal snel waarde, afzonderlijke verkoop van activa is bewerklijker en levert vaak minder op, de curator is geld kwijt aan loonbetalingen over de opzegtermijn) als dat van (het deel van) de werknemers die het werk kunnen volgen.

In Abels werd beslist dat 662 in faillissement buiten toepassing blijft in de wetenschap dat de faillissementsprocedure zich als gevolg van dit oordeel zou (blijven) lenen voor de doorstart in faillissement. Dit gebruik voor doorstarts bepaalt of verandert dus niet het doel van de faillissementsprocedure, althans niet voor de toepassing van 662. In mijn visie maakt de omvang van het gebruik voor doorstarts evenmin verschil. Zou het gebruik van een faillissementsprocedure in plaats van het formele feit van de faillietverklaring de toegang tot 662 bepalen, dan had het oordeel in Abels heel anders moeten luiden. Richtlijn 2001/23 heeft de jurisprudentie van het Hof van Justitie daarentegen in de Richtlijn geïncorporeerd. Dat betekent dat het gebruik van de faillissementsprocedure voor doorstarts Richtlijnconform is.

Het voorgenomen wetsvoorstel betreffende de pre-pack wijzigt het doel en de strekking van de Faillissementswet niet. Het doel van de faillissementsprocedure is en blijft gericht op liquidatie vanuit het belang van de collectiviteit van de crediteuren. Dat het voorgenomen wetsvoorstel in het kopje wat wervende tekst bevat over het bevorderen van de continuïteit van ondernemingen, betekent niet dat de Faillissementswet zelf van koers verandert. De beoogd

curator zal zich bij zijn taakuitoefening net als de curator moeten laten leiden door de belangen van de gezamenlijke crediteuren.

2. Het argument dat latere jurisprudentie van het Hof van Justitie zou aangeven dat het formele feit van een faillissement niet meer beslissend is voor de toepassing van 662

Een tweede argument is dat uit na Abels verschenen jurisprudentie van het Hof van Justitie zou blijken dat het formele feit van een faillissement niet langer beslissend is voor de vraag of de overname van de toepassing van de regels omtrent de overgang van onderneming is uitgezonderd. Dit standpunt berust op een verkeerde lezing van deze jurisprudentie. Art. 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23 spreekt over faillissementsprocedures en 'soortgelijke procedures met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie'. Welke procedures zijn (nog) soortgelijk en welke niet (meer)? De regels inzake faillissement en overeenkomstige procedures zijn in de diverse lidstaten zeer verschillend van aard. Het Hof van Justitie constateerde dit al in het Abels-arrest (punt 17).

Het Hof van Justitie diende na Abels afhankelijk van de voorgelegde zaken een weg te vinden ten aanzien van de per lidstaat te beantwoorden vraag welke procedure nog wel en welke niet meer voldoende soortgelijk is aan de faillissementsprocedure. Het D'Urso-arrest uit 1991¹¹ en het Spano/Fiat-arrest uit 1995 bevestigden het uitgezonderd zijn van de faillissementsprocedure. Spano/Fiat liet zien dat dit bij een andersoortige procedure anders kan liggen. Ik citeer: *'Anders dan bij faillissementsprocedures, houdt de procedure waarbij wordt vastgesteld dat de onderneming in moeilijkheden verkeert, ...'*¹² In het Dethier/Dessy-arrest uit 1998 oordeelde het Hof van Justitie over een gerechtelijke vereffening. Een gerechtelijke vereffening is een ander soort procedure dan een faillissementsprocedure. Ik citeer: *'...in geval van vereffening de vereffenaar, ofschoon hij door de rechter wordt benoemd, een orgaan van de vennootschap is dat overgaat tot verkoop van de activa onder toezicht van de algemene vergadering, dat er geen bijzondere procedure bestaat voor de vaststelling van het passief onder toezicht van de rechtbank, en dat een schuldeiser in beginsel zijn vordering tegen de vennootschap ten uitvoer kan doen leggen en veroordeling kan vorderen. Bij faillissement daarentegen is de curator, als vertegenwoordiger van de schuldeisers, een derde ten opzichte van de vennootschap; hij gaat over tot de vaststelling van het actief onder toezicht van de rechter, het passief van de vennootschap wordt vastgesteld volgens een bijzondere procedure en individuele uitwinningshandelingen zijn verboden.'*¹³ Het Hof van Justitie legt het onderscheid helder uit.

Een halfjaar na Dethier/Dessy oordeelde het Hof van

9 Hof van Justitie EG 7 februari 1985, NJ 1985, 900 (Abels), r.o. 21.

10 HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 191 m.n. PAS (Happé/Scheepstra).

11 Hof van Justitie EG 25 juli 1991, NJ 1994, 168 (d'Urso).

12 Hof van Justitie EG 7 december 1995, NJ 1996, 743 (Spano/Fiat), punt 29.

13 Hof van Justitie EG 12 maart 1998, «JAR» 1998/100 (Dethier/Dessy), punt 29.

Justitie in het *Europièces*-arrest over een vrijwillige vereffening. Een vrijwillige vereffening kent nog meer verschillen: *'Vrijwillige vereffening blijkt dus, althans wat een aantal modaliteiten betreft, nog meer van faillissement te verschillen dan gerechtelijke vereffening.'*¹⁴ Deze verschillen met de faillissementsprocedure noopten tot een (bredere) toetsing van de aard van de soortgelijkheid. Dat is wat het Hof van Justitie in *Dethier/Dessy* en in *Europièces* op het netvlies had. Op het punt van het uitgezonderd zijn van de faillissementsprocedure zelf, treft men in de laatste twee arresten geen nuancering van eerdere jurisprudentie. Juist niet: punt 27 van het *Europièces*-arrest stelt *'om te beginnen'* kort en goed onder verwijzing naar het *Abels*-arrest dat de Richtlijn niet van toepassing is op de overgang van onderneming in het kader van een faillissementsprocedure.

3. Het argument dat de pre-pack het zwaartepunt van de overname naar voren schuift en maakt dat deze plaatsvindt voorafgaand aan de faillietverklaring

Een andere stelling betreft de gedachte dat voor de toepassing van 662 bij een pre-pack de overname vóór de faillietverklaring van de vervreemder gestalte krijgt. De stelling luidt dan dat het zwaartepunt van de transactie vóór de faillietverklaringen ligt en dat dit zwaartepunt beslissend is. Ik noteer in de eerste plaats dat er een onderscheid valt te maken tussen het zwaartepunt van de voorbereiding van de transactie en het zwaartepunt van de transactie zelf. Het zwaartepunt van de voorbereiding van een doorstart in faillissement (pre-packed of niet pre-packed) ligt vrijwel altijd vóór de faillietverklaring. Dat is maar goed ook. De te verkopen activiteit zal in het algemeen na het uitspreken van het faillissement snel in waarde afnemen. Het gaat in die zin dus om 'bederfelijke waar'. Liquidatie door verkoop van deze bederfelijke waar heeft derhalve een spoedeisend karakter. Het is zeker bij wat complexere transacties verstandig dat betrokken partijen de verkoop hebben voorbereid. Dat voorkomt het soort ongelukken dat inherent is aan overhaaste en ondoordachte deals. De doorstart is dus bij voorkeur voorbereid, of zo u wilt: voorgekookt. Wie dit voorgekookt zijn een pejoratieve betekenis geeft, houdt kennelijk van onvoorbereide deals en onderkent niet dat deze zwaar op de maag kunnen liggen. Het zwaartepunt van de transactie is voor de toepassing van 662 nooit bepalend geweest. De aanduiding 'het zwaartepunt van de transactie' is bovendien behoorlijk vaag, zo vaag dat wij bij aanvaarding van deze maatstaf een *lawyers paradise* betreden. Het is voor het bepalen van het moment van de overgang van een onderneming als maatstaf niet bruikbaar.

Het in dit kader wel genoemde arrest van de Hoge Raad inzake *Happé/Scheepstra* van 30 oktober 1987 onderbouwt het standpunt van het belang van het zwaartepunt als maatstaf niet. Het ging in het arrest uit 1987 niet om het

zwaartepunt in het overleg (dat wil zeggen: de onderhandelingen) over een overname, maar over het moment waarop daadwerkelijk vrijwel alle activa in handen van de verkrijger waren gekomen. Dat is een totaal ander zwaartepunt. In *Happé/Scheepstra* speelde een rol dat een deel van de activa al vóór de datum van het faillissement zou zijn verkocht. Dat is in de pre-pack niet aan de orde. Alle activa worden in geval van een pre-pack eerst na de datum van het faillissement overgenomen. De Hoge Raad overwoog overigens dat de stelling dat een gedeeltelijke overname vóór het faillissement ook het na faillissement overgedragen deel als het ware 'meezuigt' in de toepassing van 662, in haar algemeenheid niet als juist kan worden aanvaard. Kortom, wat het arrest aan aanknopingspunten biedt, pleit voor de maatstaf die het Hof van Justitie heeft gegeven in het in de volgende paragraaf te behandelen arrest uit 2005.

Wat is dan wel de maatstaf voor het bepalen van het moment van een overname voor de toepassing van 662? Deze maatstaf is te vinden in het *Celtec*-arrest van het Hof van Justitie van 26 mei 2005.¹⁵ Het Hof van Justitie stelt dat het tijdstip van de overdracht in art. 3 lid 1 van Richtlijn 2001/23 aldus moet worden opgevat, dat het ziet op het tijdstip waarop *de hoedanigheid van ondernemer* die de betrokken entiteit exploiteert, van de vervreemder op de verkrijger overgaat (r.o. 36). Dit tijdstip kan niet afhankelijk worden gesteld van de instemming van de vervreemder of verkrijger, noch van die van de bonden of werknemers zelf (r.o. 37). De (beïnvloedbare) wilsovereenstemming tussen partijen valt expliciet af als richtsnoer. Wie het 'zwaartepunt' van de transactie tot uitgangspunt neemt, zoekt aansluiting bij de instemming van de vervreemder en de verkrijger (want deze partijen kunnen zwaartepunten 'sturen') en dat is dus nu juist wat het *Celtec*-arrest als maatstaf verbiedt. Het tijdstip waarop de hoedanigheid van ondernemer die

Het zwaartepunt van de transactie is geen maatstaf voor het bepalen van het moment van een overname: de Celtec-maatstaf regeert

de betrokken entiteit exploiteert, van de vervreemder op de verkrijger overgaat, is objectief vast te stellen. Dit moment valt bij de pre-pack, en meer algemeen bij de doorstart in faillissement, na de faillietverklaring van de betrokken vervreemder. Dan pas wordt getekend en uitvoering gegeven aan wat is afgesproken.¹⁶

¹⁵ Hof van Justitie EG 26 mei 2005, «JAR» 2005/205 (Celtec).

¹⁶ In deze zin ook *Verstijlen* t.a.p., p. 57. Naar mijn overtuiging verkreeg in de in noot 2 reeds genoemde uitspraak van Ktr. Leeuwarden (vzng.) 22 augustus 2014, «JAR» 2014/234 m.nt. Hufman (Jan de Roos Transport Lemmer) de verkrijger onder toepassing van de Celtec-maatstaf (door de rechter ten onrechte gemist) de betreffende activiteiten (wel) reeds vóór de faillietverklaring. Vandaar ook dat de curator in die kwestie nergens meer aan hoefde mee te werken.

¹⁴ Hof van Justitie EG 12 november 1998, «JAR» 1999/15 (*Europièces*), punt 34.

4. Het argument dat in Engeland de pre-pack binnen het bereik van de regels omtrent de overgang van onderneming valt

Een wel gehanteerd argument is dat de pre-pack uit het Verenigd Koninkrijk is geïmporteerd en dat men aldaar de Engelse pendant van 662 ('TUPE') toepast op de pre-packs die de aangewezen *administrator* met kopers tot stand brengt. Dit zou dan ook moeten gelden voor Nederlandse

solventieprocedures waarbij '*the object of such proceedings is primarily to safeguard the assets of the insolvent undertaking and, where possible, to continue the business of the undertaking by means of a collective suspension of the payment of debts with a view to reaching a settlement which will ensure that the undertaking is able to continue operating in the future*'.¹⁹ In het Verenigd Koninkrijk komen pre-packs voor in verschillende soorten insolventieprocedures. Het is in de visie van het EAT in OTG/Barke enorm lastig vast te stellen welke soort precies aan de orde is. Dit hangt niet af van de aard van de procedure, maar van de vraag naar de intenties van de betreffende *administrator* en die intenties treden bovendien ook nog eens pas in een wat later stadium naar buiten: *The first occasion when the administrator will have to declare which of the statutory objects he is pursuing, is when he files his proposals*.²⁰ Dat moment ligt binnen acht weken na zijn aantreden. Om deze reden koos het EAT voor de *absolute approach* (TUPE is steeds van toepassing) in plaats van de *fact-based approach* (het hangt af van het doel van de betreffende procedure of TUPE van toepassing is of niet). Een steeds weer moeten zoeken naar intenties acht het EAT aldus geen begaanbaar pad.²¹ Ik voeg eraan toe dat in veel gevallen in het Verenigd Koninkrijk geen sprake is van een door de rechtbank aangewezen *administrator*. Het gaat, zo blijkt uit onderzoek, in 70% van de gevallen om '*out of court appointments of administrators*' door de in moeilijkheden verkerende partij zelf.²² Dat geeft het thema van het bereik van de regelgeving op het gebied van de overgang van onderneming natuurlijk een andere dynamiek.

Conclusie en afsluiting

Mijn opvatting luidt dat de Nederlandse faillissementsprocedure onverkort onder de uitzondering van art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23 valt en dat blijkens de feitelijke constatering gelet op de Celtec-maatstaf van het Hof van Justitie het tijdstip van de overdracht na de faillietverklaringen valt.

Het heeft iets opmerkelijks dat enige vakbonden en wat recente arbeidsrechtelijke literatuur momenteel zoveel

Het feit dat in de UK voor de pre-pack de regels van overgang van onderneming gelden, is geen reden in Nederland dezelfde kant uit te gaan

pre-packs. Men moet altijd voorzichtig zijn met dergelijke vergelijkingen. De lidstaten mogen zelf bepalen of zij gebruikmaken van de uitzondering in art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23. Wie toch meent dat men bij het spelen van leentjebuur alles moet overnemen, vergeet dat men dan ook het Engelse ontslagrecht in huis haalt. Indien men zich beperkt tot TUPE, maakt men zich schuldig aan selectief shoppen. Ons ontslagrecht verschilt aanmerkelijk van dat van onze burens aan de andere kant van de Noordzee. Er valt iets voor te zeggen dat de wetgever in Nederland, gelet op ons rigide ontslagrecht, het belang van de doorstart in faillissement als uitlaatklep anders benadert dan de burens uit het VK voor wie het verschil tussen wel of geen TUPE aanzienlijk minder impact heeft op vragen rond de continuïteit van in zwaar weer verkerende ondernemingen.¹⁷ Het argument houdt bovendien geen rekening met de eigenaardigheden van het Engelse systeem. In een uitspraak van het Employment Appeal Tribunal (EAT) inzake OTG/Barke van 16 februari 2011¹⁸ geeft het EAT aan dat men in het Verenigd Koninkrijk een probleem heeft dat in het Abels-arrest niet speelde. In Abels was de formele aard van de procedure beslissend in de zin dat een faillissement (als op liquidatie gericht) buiten 662 valt en de surseance van betaling (als op continuïteit gericht) binnen het bereik van 662 valt. Dat heldere onderscheid ontbreekt bij onze burens aan de andere zijde van de Noordzee. Het EAT refereert aan insolventieprocedures die gericht zijn op liquidatie (de rechter spreekt over procedures van het type Abels) en in-

17 In de Wet Werk en Zekerheid (WWZ) geeft onze wetgever de uitlaatklep (ik doel op verminderde werknemersbescherming) nog meer ruimte. Art. 673c lid 1 van Boek 7 BW bepaalt vanaf 1 juli 2015 dat de wettelijk verplichte ontslagvergoeding (de zogenaamde transitievergoeding) niet is verschuldigd bij een ontslag dat plaatsvindt na een surseance of faillissement. Ik vermoed dat dit nieuwe aspect een belangrijk punt zal worden in het nadenken over scenario's rond de doorstart. Ik sluit niet uit dat het aantal surseances in de toekomst iets toeneemt. De gedachte dat een vermindering van werknemersbescherming doorstarts bevordert, wint aldus ook buiten faillissementssituaties terrein. De regering stelde op 13 februari 2014 in de Tweede Kamer tijdens het debat over het wetsvoorstel Wet Werk en Zekerheid ten aanzien van het niet verschuldigd zijn van de transitievergoeding in geval van (faillissement en) surseance: '*Bij surseance is een en ander niet verschuldigd, omdat het de doorstart minder waarschijnlijk maakt*'. *Handelingen II* 2013/14, 33 818, 54-9-31.

18 OTG Ltd v Barke & Ors, UKEAT/0320/09/RN, www.employmentcasesupdate.co.uk.

19 OTG/Barke par. 8 (4). Het EAT citeert hier uit Abels.

20 OTG/Barke par. 21 (3).

21 Het EAT had eerder in 2008 – in *Oakland v Wellwood (Yorkshire) Limited* [2009] IRLR 250 – de *fact based* benadering aangehouden. In OTG/Barke ging het EAT om en koos voor de nieuwe 'absolute' koers. Verstijlen t.a.p., p. 60, noot 225, vermeldt nog *Court of Appeal re Key 2 Law (Surrey) LLP v D'Antiquis* [2012] B.C.C. 375 en geeft aan dat in deze zaak het formele doel van de procedure bepalend was. Het *Court of Appeal* kiest inderdaad de *absolute approach*, niet zozeer vanwege het doel zelf, als wel – in dezelfde lijn als OTG/Barke – vanwege het feit dat men aan de start van de *administration* procedure niet kan vaststellen of het gaat om een soortgelijke procedure in de zin van art. 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23.

22 Pre-pack Empirical Research: Characteristic and Outcome Analysis of Pre-pack Administration, Final Report to the Graham Review April 2014 prepared by Prof. Peter Walton en Chris Umfreville, p. 17. Het rapport spreekt op de betreffende bladzijde over een *small number of court appointments*.

problemen met de pre-pack etaleren (terwijl de doorstart altijd al bestond). Wint men het pleit bij de rechter met de stelling dat art. 7:666 BW een dode letter moet worden, dan torpedeert dit toekomstige doorstarts. Het gevolg is niet alleen een aanmerkelijke kapitaalvernietiging (de meeste boedels vallen dan ten offer aan aasgieren, durfals of brokkenpiloten), maar het effect is juist ook het verlies van veel meer werkgelegenheid.

Ik treed in deze kolommen verder niet in de discussie rond het al of niet gewenst zijn van het ruimte geven aan de pre-pack. Natuurlijk dient er aandacht te zijn voor situaties van misbruik.²³ Het is aan de rechtbank die zich buigt over een faillissementsaanvraag en aan (beoogd) curatoren om misbruik geen ruimte te bieden en te bewerkstelligen dat in beginsel de beste deal op tafel komt te liggen. De Faillissementswet kent in art. 13a Fw de mogelijkheid van verzet. Deze verzetmogelijkheid is er ook voor belanghebbende partijen als betrokken vakbonden en werknemers. De ondernemingsraad heeft ten aanzien van de voorgenomen

doorstart een adviesrecht (art. 25 lid 1 sub a Wet op de ondernemingsraden). In het (waarschijnlijk relatief korte) adviestraject zal de misbruikvraag op tafel kunnen komen.²⁴ Zou uit onderzoek blijken dat aanvullende regels nodig zijn, dan is de wetgever aan zet. Blijft de wetgever in die nog te onderzoeken situatie in gebreke, dan is het uiteindelijk aan het Hof van Justitie zich uit te laten over de vraag of Nederland misbruik in voldoende mate tegengaat (art. 5 lid 4 Richtlijn 2001/23).²⁵

Het tegengaan van misbruik vergt een fijnzinniger benadering dan het op doorstarts in faillissement van toepassing verklaren van 662. Dat laatste barricadeert toekomstige transacties, juist ook die doorstarts die recht doen aan het maatschappelijke belang van de werkgelegenheid.

Over de auteur

Prof. mr. L.G. Verburg is hoogleraar arbeidsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen.

23 Vergelijk over dit thema bijvoorbeeld Beltzer en Van der Pijl t.a.p., p. 225-231, P.R.W. van Schaik, 'Misbruik van Faillissementsrecht: pro's en contra's', *ArbeidsRecht* 2013/39, R.J. van der Ham, 'Liever failliet dan doorgaan met slecht personeel: over het risico van misbruik van de pre-pack', *Arbeids-Recht* 2014/28 en E. Loesberg, 'Hoe gaat het met de pre-pack?', «TOP» 2014/309.

24 Het adviesrecht van de ondernemingsraad blijft na een surseance in tact. Zie HR 6 juni 2001, *NJ* 2001/477 en «JOR» 2001/146 m.nt. Kortmann (YVC). Ik meen dat hetzelfde geldt na een faillietverklaring.

25 Vergelijk J. Israël en S.C.J.J. Kortmann, 'Europa en het Nederlandse insolventierecht', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh en L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht*, Serie Onderneming en Recht, Deel 42-II, Deventer: Kluwer 2007, p. 601-627, op p. 610. Terecht stellen deze auteurs dat de beantwoording niet zal meevallen nu de Richtlijn zelf het faciliteren van de doorstart in faillissement door de vermindering van de arbeidsrechtelijke bescherming juist legitiem acht.

362. Arbeidsrechtelijke gevolgen van een doorstart in Duitsland en België

MR. P. HUFMAN

In Nederland zijn op grond van art. 7:666 BW de beschermende bepalingen inzake overgang van onderneming uitgezonderd wanneer de vervreemder zich in een faillissementsprocedure bevindt. In Duitsland en België is de Richtlijn Overgang van Onderneming op dat punt anders geïmplementeerd. Ik zet kort uiteen wat de arbeidsrechtelijke gevolgen van een overdracht van de onderneming die zich in een insolventieprocedure bevindt zijn, en hoe dat verschilt van de Nederlandse situatie.

De tegenstelling tussen arbeidsrecht en insolventierecht is het meest duidelijk bij een overdracht van de onderneming gedurende de insolventieprocedure. Aan de ene kant is er het belang van de werknemers bij het behoud van hun baan en arbeidsvoorwaarden. Aan de andere kant wil de koper, maar vaak ook de schuldenaar, zo snel mogelijk de verkoop realiseren van een zo veel mogelijk afgeslankte onderneming. Met art. 5 van Richtlijn 2001/23/EG (hierna: 'de Richtlijn') is getracht een balans te slaan tussen deze verschillende belangen. Op grond van dit artikel kunnen lidstaten bepalen dat de beschermende regels met betrekking tot overgang van onderneming niet van toepassing zijn wanneer de vervreemder zich in een insolventieprocedure bevindt die gericht is op liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Wanneer lidstaten geen gebruik maken van deze mogelijkheid biedt lid 2 mogelijkheden tot beperking van de lasten voor de verkrijger. In deze bijdrage zet ik uiteen hoe een reorganisatie in een insolventieprocedure (in Nederland een doorstart genoemd) plaatsvindt in Duitsland en België. Hierbij zal ik vooral ingaan op de overdracht van (een deel van) de onderneming gedurende de insolventieprocedure en de arbeidsrechtelijke gevolgen daarvan. Daarbij komt aan de orde op welke wijze art. 5 van de Richtlijn is geïmplementeerd en wat dit betekent voor de arbeidsrechtelijke gevolgen van een overdracht van de onderneming in een insolventieprocedure. Ik zal alleen de belangrijkste punten aanstippen.

Duitsland - de insolventieprocedure

Sinds de invoering van de *Insolvenzordnung* ('InsO') in 1999 kent Duitsland een unitaire insolventieproce-

re.¹ Wanneer sprake is van betalingsonmacht, dreigende betalingsonmacht of een te grote schuldenlast kan de rechtbank de insolventieprocedure openen.² Daarbij wordt een bewindvoerder (*Insolvenzverwalter*) aangewezen, waarop de beheer- en beschikkingsbevoegdheid van de schuldenaar overgaat.³ De insolventieprocedure kan zowel in liquidatie als reorganisatie resulteren. Het hoofddoel van de procedure is een zo hoog mogelijke opbrengst voor de schuldeisers.⁴ Het behoud van de onderneming is ook een doel van de procedure, maar dient alleen plaats te vinden wanneer dit in het belang is van de gezamenlijke schuldeisers.

In de meeste gevallen wordt tot liquidatie van de onderneming overgegaan. Wanneer niet tot volledige liquidatie van de onderneming wordt overgegaan, zijn er verschillende opties om de insolvente onderneming te reorganiseren. Allereerst kan de schuldenaar een *Insolvenzplan* (schuldeisersakkoord) sluiten met de verschillende schuldeisers waarin bijvoorbeeld een regeling met betrekking tot schuldvermindering wordt getroffen. Daarnaast kan een, voor deze bijdrage meest relevante scenario, zogenoemde *übertragende Sanierung* plaatsvinden. Hierbij wordt – kort

- 1 *Insolvenzordnung* vom 5 oktober 1994, *BGBI* I S. 2866. In 2012 heeft een herziening van de *Insolvenzordnung* plaatsgevonden, onder andere om het reorganiserend vermogen van bedrijven in financiële nood te versterken. Zie hierover: B.A. Schuijling, 'Hervorming van het Duitse insolventierecht: versterking van het reorganiserend vermogen', *Tvl* 2012/15.
- 2 §§ 16-19 InsO.
- 3 § 80 InsO. Op verzoek van de schuldenaar kan ook een procedure van *Eigenverwaltung* worden geopend, waarbij hij beheer- en beschikkingsbevoegd blijft onder toezicht van een bewindvoerder. Op grond van § 279 InsO zijn de arbeidsrechtelijke bepalingen uit de *Insolvenzordnung* dan ook van toepassing. De schuldenaar zal de daarin opgenomen verplichtingen moeten naleven, onder toezicht van de bewindvoerder.
- 4 § 1 InsO.

gezegd – de onderneming of een deel daarvan verkocht gedurende het liquidatieproces.⁵ De opbrengst van de verkoop gaat naar de gezamenlijke schuldeisers, evenals de opbrengst van de verkoop van eventuele andere activa. De levensvatbare onderneming (sactiviteit) wordt voortgezet in een andere (nieuw opgerichte of reeds bestaande) rechtspersoon die vrij is van schulden en verplichtingen.⁶ Een uitzondering hierop vormen de verplichtingen die de kopende partij overneemt die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomsten op grond van de regels met betrekking tot overgang van onderneming.

§ 613a BGB en het Insolvenzarbeitsrecht

De arbeidsrechtelijke gevolgen van de overdracht zijn vastgelegd in § 613a van het *Bürgerliches Gesetzbuch* ('BGB'). Wanneer sprake is van een overgang van onderneming, moet de verkrijger van de onderneming alle rechten en plichten die voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst overnemen. Daarnaast bevat § 613a BGB een ontslagverbod wegens de overgang.

Ondanks hevige protest van verschillende partijen is de toepasselijkheid van § 613a BGB niet uitgesloten bij een overgang van onderneming in een insolventieprocedure. De wetgever heeft doorslaggevend geacht dat het niet aantrekkelijker moest zijn binnen een insolventieprocedure te reorganiseren dan daarbuiten. Er is dus geen gebruikgemaakt van de mogelijkheid die de Richtlijn biedt om de toepasselijkheid van de betreffende regels uit te sluiten wanneer de vervreemder zich in een op liquidatie gerichte insolventieprocedure bevindt. De wetgever en rechtspraak hebben wel getracht aan de bewindvoerder en potentiële kopers tegemoet te komen en zo een balans te slaan tussen de belangen van de werknemers bij het behoud van hun ontslagbescherming en de belangen van de schuldeisers bij de verkoop van de onderneming met ontslag van een deel van het personeelsbestand.

In de rechtspraak is een beperking van de overname van aansprakelijkheid aangenomen. Hiermee wordt gebruikgemaakt van de beperking die art. 5 lid 2 van de Richtlijn biedt. Het *Bundesarbeitsgericht* (BAG)⁷ heeft, al voor invoering van de *Insolvenzordnung*, meerdere keren beslist dat de verkrijger bij een overgang van onderneming waarbij de vervreemder zich in een insolventieprocedure bevindt niet aansprakelijk is voor de vorderingen die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten die al ontstaan zijn voor opening van de insolventieprocedure.⁸ De verkrijger is wel aansprakelijk voor vorderingen op grond van de arbeidsovereenkomsten die ontstaan na de opening

van de insolventieprocedure. Het moment van de overgang is dus van groot belang. Heeft de overgang namelijk toch voor de opening van de procedure plaatsgevonden, dan is de verkrijger opeens wel aansprakelijk voor alle eerder ontstane vorderingen op grond van de arbeidsovereenkomsten.

Daarnaast heeft de wetgever in de *Insolvenzordnung* voorzien in een aantal arbeidsrechtelijke bepalingen waarmee het traditioneel werknemers beschermende ontslagregime wordt verlicht (het zogenoemde *Insolvenzarbeitsrecht*). Zo kan de bewindvoerder de onderneming als het ware afslanken gedurende de insolventieprocedure om hem dan te verkopen. In beginsel is het gewone arbeidsrecht

De wetgever heeft doorslaggevend geacht dat het niet aantrekkelijker moest zijn binnen een insolventieprocedure te reorganiseren dan daarbuiten

van toepassing in insolventie, tenzij anders bepaald in de *Insolvenzordnung*, wat op een aantal punten het geval is. Allereerst is in de *Insolvenzordnung* de opzegtermijn gemaximeerd op drie maanden.⁹ Wel zal de bewindvoerder in beginsel de buiten de insolventie geldende procedure-regels voor ontslag in acht moeten nemen. Dat betekent dat hij voor het ontslag een rechtsgeldige reden moet hebben, de ondernemingsraad moet horen en dat hij voor bepaalde categorieën werknemers de bijbehorende procedures moet volgen.¹⁰ Doet hij dit niet, dan kan de werknemer binnen drie weken in verzet komen tegen het ontslag. §§ 120-128 InsO biedt de bewindvoerder wat verlichting van enkele medezeggenschapsrechtelijke verplichtingen. Zo geldt dat de bewindvoerder, net als buiten insolventie, moet onderhandelen met de ondernemingsraad over een *Interessenausgleich* en sociaal plan¹¹ wanneer sprake is van een voorgenomen inkrimping van het bedrijf (waar het ontslag van een deel van het personeel ook onder kan vallen).¹² Wanneer de bewindvoerder tot overeenstemming komt met de ondernemingsraad, dan is doorgaans een namenlijst in de overeenkomst opgenomen van werknemers die door de inkrimping worden getroffen. Die namenlijst is van belang, omdat het rechtsvermoeden ontstaat dat de opzegging van hun arbeidsovereenkomst rechtsgeldig plaatsvindt voor

5 De overdracht van de onderneming of een deel daarvan kan ook onderdeel zijn van een *Insolvenzplan* (een schuldeisersakkoord), maar doorgaans is het idee van een *Insolvenzplan* de onderneming in zijn oorspronkelijke vorm te behouden.

6 O.E.F. Lobo, *World Insolvency Systems: a comparative study*, Toronto: Carswell 2009, p. 318-319.

7 Hoogste rechterlijke instantie op arbeidsrechtelijk gebied.

8 BAG 17 januari 1980, *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW) 1980, 1124; BAG 27 april 1988, *NJW* 1988, 3035.

9 § 113 InsO.

10 Denk aan toestemming van de bevoegde instantie bij het ontslag van een zwangere vrouw of de benodigde instemming van de ondernemingsraad wanneer hij een werknemersvertegenwoordiger ontslaat.

11 De *Interessenausgleich* regelt de voorwaarden waaronder de inkrimping van de onderneming plaatsvindt. Het sociaal plan bevat maatregelen die de gevolgen voor werknemers moeten verzachten – met name ontslagvergoedingen. Zie hierover uitgebreid: G.N.H. Kemperink, 'De Ondernemingskamer en het medezeggenschapsrecht in rechtsvergelijkend perspectief', *Ondernemingsrecht* 2003/562.

12 § 111 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) en § 125 InsO. Normaliter is er geen maximumtermijn aan de onderhandelingen verbonden, waardoor de ondernemingsraad een dergelijke reorganisatie flink kan vertragen.

de werknemers die op die lijst staan.¹³ De opzegging kan alleen worden aangevochten op grond van grove fouten, die de werknemer zal moeten bewijzen.¹⁴ Op grond van § 125 en § 126 InsO kan de bewindvoerder vaststelling van de rechtsgeldigheid van de ontslagen bij de rechtbank verzoeken, wanneer er geen ondernemingsraad is of geen overeenstemming is bereikt binnen drie weken.¹⁵ Buiten

Er worden manieren gezocht om de toepasselijkheid van § 613a BGB te ontwijken

insolventie kent de onderhandeling geen maximumtermijn, waardoor de ondernemingsraad een reorganisatietraject aanzienlijk kan vertragen. Vindt een overdracht van de onderneming plaats, dan ontstaat ook het rechtsvermoe-den dat de ontslagen van de werknemers op de namenlijst niet vanwege de overgang van onderneming hebben plaatsgevonden.¹⁶ Bovendien kan ook de verkrijger vervangende toestemming vragen aan de rechter voor de opzeggingen.¹⁷ Ondanks een verlichting van het ontslagrechtelijke regime door middel van de hiervoor genoemde regels in de *Insolvenzordnung* wordt de koop van een insolvente onderneming toch als risicovol gezien. De bewindvoerder zal immers eerst drie weken met de ondernemingsraad moeten onderhandelen en/of een gerechtelijke procedure moeten doorlopen om er zeker van te zijn dat de opzeggingen rechtsgeldig zullen plaatsvinden. Er worden dus manieren gezocht om de toepasselijkheid van § 613a BGB te ontwijken, bijvoorbeeld door het sluiten van beëindigingsovereenkomsten met de werknemers met gelijktijdige ondertekening van een nieuwe arbeidsovereenkomst bij de verkrijger. Deze praktijk is echter door het BAG afgestraft vanwege onrechtmatige ontduiking van § 613a BGB.¹⁸ De werking van § 613a BGB wordt nu ontweken door werknemers in een *Transfergesellschaft* te plaatsen, en na enige tijd bij de verkrijger in dienst te nemen.¹⁹ Er wordt een tripartiete overeenkomst gesloten tussen de werknemer, de insolvente werkgever en het *Transfergesellschaft*, waarin is bepaald dat de arbeidsovereenkomst bij de insolvente werkgever eindigt en dat de werknemer een nieuwe arbeidsovereenkomst sluit

met de *Transfergesellschaft*. Omdat de activiteit van de onderneming niet meegaat, is geen sprake van overgang. Vervolgens wordt weer een dergelijke overeenkomst gesloten waarbij de werknemer weer in dienst treedt van de koper van de oude werkgever (de oude onderneming in de nieuwe rechtspersoon). Wederom is geen sprake van overgang van onderneming. Het BAG staat deze constructie alleen toe wanneer die niet alleen gericht is op het ontduiken van § 613a BGB.²⁰ De constructie waarbij de werknemer welgeteld een halfuur in dienst was van de *Transfergesellschaft* werd gezien als een onrechtmatige ontduiking van § 613a BGB. Opzeggingen die met de overgang samenhangen, zijn soms ook toegestaan. Dan moet wel bijvoorbeeld een concreet saneringsplan of bedrijfsconcept voorhanden zijn, op grond waarvan kan worden aangetoond dat de hele onderneming moet sluiten wanneer de opzeggingen niet plaatsvinden.²¹

België

Het Belgische insolventierecht kent twee verschillende insolventieprocedures, elk duidelijk met een ander doel, die op elkaar aansluiten. De Faillissementswet ('FW') voorziet in een rechtskader voor liquidatie van ondernemingen die niet meer te redden zijn. Daarnaast bestaat sinds 2009 de Wet op de Continuïteit van Ondernemingen (WCO), die een procedure van gerechtelijke reorganisatie regelt die strekt tot behoud van de continuïteit van de onderneming of haar activiteiten.²² De gedachte is dat een onderneming in financiële problemen in eerste instantie door middel van een procedure uit de WCO probeert te reorganiseren.²³ Als dat niet mogelijk blijkt, kan het faillissement worden uitgesproken en de volledige onderneming geliquideerd worden. Het verschil tussen de procedures is van groot belang voor de positie van werknemers wanneer in de procedure gereorganiseerd wordt.

Faillissement en een eventuele overdracht

Wanneer de schuldenaar op duurzame wijze heeft opgehouden te betalen, bevindt hij zich in staat van faillissement.²⁴ De schuldenaar verliest zijn beheer- en beschikkingsbevoegdheid en in het faillissementsvonnis wordt een curator aangewezen die dit overneemt.²⁵ Hoewel de opzegtermijnen in volle omvang van toepassing blijven, geldt de bijzondere ontslagbescherming van bijvoorbeeld ondernemingsraadleden niet in een faillissementsprocedure. Het Hof van Cassatie²⁶ heeft in meerdere zaken bepaald

13 § 125 InsO. Dit geldt overigens niet voor de opzegging van arbeidsovereenkomsten van werknemers voor wie een bijzondere ontslagprocedure geldt, zoals ondernemingsraadleden.

14 § 125 lid 1 onder 1 InsO.

15 § 126 InsO. De rechtbank wijst het verzoek toe wanneer hij van oordeel is dat de financiële situatie van de onderneming, met inachtneming van de sociale belangen van de werknemers, vereist dat de inkrimping zonder voorafgaand bemiddelingsproces wordt doorgevoerd.

16 § 128 lid 2 InsO.

17 § 128 lid 1 InsO.

18 BAG 28 april 1987, *Der Betrieb* 1988, 400; BAG 11 februari 1992, *Arbeitsrechtliche Praxis* nr. 13 § 1 BetrVG.

19 W. Bichlmeier, 'Die Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaft (BQG) in der Insolvenz', *Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht* 2006, p. 239-245; M.J. Pils, 'Umgehung van § 613a BGB durch Einsatz einer Transfergesellschaft: erneuter Prüfstand der Transfergesellschaft?', *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 2013, p. 125-130.

20 BAG 18 augustus 2011, *Fachdienst Arbeitsrecht* 2012, 326757; BAG 25 oktober 2012, *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht* 2013, 97.

21 BAG 22 maart 2003, *NZA* 2003, p. 1027-1029.

22 Art. 16 WCO.

23 De procedure van gerechtelijke reorganisatie kan ook worden geopend wanneer de schuldenaar zich al in staat van faillissement bevindt, ex. art. 23 WCO.

24 Art. 2 FW.

25 Art. 11 en 16 FW.

26 Hoogste rechterlijke instantie.

dat het faillissementsvonnis in principe de beëindiging van de ondernemingsactiviteiten en het ontslag van alle werknemers behelst.²⁷ Daarmee is de curator niet verplicht bijzondere procedures te doorlopen die van toepassing zijn op arbeidsovereenkomsten.

Voor het uitzonderlijke geval dat na het faillissement een overdracht van de onderneming plaatsvindt, geldt hoofdstuk III van nationale cao nr. 32bis, waarin de regels met betrekking tot overgang van onderneming zijn geïmplementeerd.²⁸ De verkrijger kan werknemers vrij selecteren.²⁹ De motivering hiervoor is het feit dat de faillissementsprocedure nadrukkelijk is ingericht voor liquidatie van het vermogen van de schuldenaar (vervreemder), zodat van de uitzondering van art. 5 van de Richtlijn gebruik kan worden gemaakt.³⁰ Een overdracht van de onderneming uit faillissement in België lijkt dus erg veel op de doorstart in Nederland, nu de koper de werknemer die hij wil vrij kan selecteren.

Gerechtelijke reorganisatie en de overdracht

De schuldenaar kan de opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie (die is neergelegd in de WCO) verzoeken wanneer de continuïteit van de onderneming, nu of in de toekomst, bedreigd is.³¹ Wordt de procedure geopend, dan wordt een gerechtsmandataris aangewezen. De schuldenaar blijft in beginsel beheer- en beschikkingsbevoegd. De gerechtelijke reorganisatie kent vervolgens drie reorganisatiescenario's: door middel van een gewoon schuldeisersakkoord, een dwangakkoord en/of een overdracht van de onderneming onder gerechtelijk gezag.³² Wanneer de overdracht van de onderneming het gekozen pad is, heeft de gerechtsmandataris de opdracht de overdracht te organiseren en realiseren, in naam en voor rekening van de schuldenaar.³³ Zijn er meerdere kopers, dan moet hij het bod aannemen waarbij de meeste werkgelegenheid behouden blijft, mits de hoogte van het bod niet onder de liquidatiewaarde van de onderneming ligt.³⁴ De gerechtsmandataris sluit een koopovereenkomst met de koper, waarin zij ook de gevolgen voor de betrokken werknemers moeten vastleggen.³⁵ Daarbij zijn zij wel

gebonden aan de regels van cao nr. 102, waarin de gevolgen voor werknemers bij de overdracht geregeld zijn.³⁶ Omdat sprake is van een andere situatie dan de overdracht van activa na faillissement, is besloten een andere regeling te treffen, waarbij meer rekening wordt gehouden met de belangen van werknemers. Het uitgangspunt is dat alle rechten en verplichtingen uit arbeidsovereenkomsten overgaan op de koper.³⁷ Voor de overdracht onder gerechtelijk gezag is dus geen gebruik gemaakt van de uitsluiting van de regels van overgang van onderneming uit art. 5 van de Richtlijn. De verkrijger kan wel werknemers selecteren op basis van technische, economische of organisatorische criteria.³⁸ Een nadere uitleg van die criteria is niet gegeven, maar bij de totstandkoming van de bepaling is overwogen dat deze een evenwicht moet bieden tussen het belang van de slagingskansen van de overdracht en de belangen van de werknemers.³⁹ Daarnaast mag de selectie niet discriminatoir zijn en moet de verhouding tussen het aantal werknemers en werknemersvertegenwoordigers behouden blijven.⁴⁰ De verkrijger heeft daarbij de mogelijkheid tot heronderhandeling van de individuele en collectieve arbeidsvoorwaarden.⁴¹ Daarmee is de beperking die is toegestaan op grond van art. 5 lid 2 sub b van de Richtlijn geïmplementeerd. Hoe dit in de praktijk werkt, is mij echter niet duidelijk. Er is nog geen (gepubliceerde) rechtspraak of literatuur over verschenen.

De werknemers die worden overgenomen, moeten in de koopovereenkomst worden genoemd. Daarnaast moet de koopovereenkomst de schulden jegens werknemers die

Als reorganisatie niet mogelijk blijkt, kan het faillissement worden uitgesproken en de volledige onderneming geliquideerd worden

de koper overneemt bevatten. De verkrijger kan bij de arbeidsrechtbank homologatie van de koopovereenkomst verzoeken.⁴² Wanneer de arbeidsrechtbank de koopovereenkomst homologeert, kan de verkrijger niet gebonden zijn aan andere schulden jegens werknemers dan degene die daarin zijn opgenomen. Daarmee is een beperking aan de overname van de verplichtingen uit arbeidsovereenkomsten uit art. 5 lid 2 sub a van de Richtlijn aangenomen. Wel kan de arbeidsrechtbank de homologatie weigeren wanneer de wettelijke procedurele voorwaarden niet zijn vervuld of wanneer sprake is van misbruik van recht.⁴³ De

27 Bijvoorbeeld Hof van Cassatie 25 juni 2001, S.00.0041.N; Hof van Cassatie 20 juni 2011, S.10.0159.N/14/.

28 Cao nr. 32bis van 6 juni 1985. In België worden door de Nationale Arbeidsraad nationale cao's gesloten met zogeheten interprofessionele werkgevers- en werknemersorganisaties. De nationale cao's worden vervolgens door een Koninklijk Besluit algemeen verbindend verklaard en krijgen daarmee de status van wetgeving.

29 Art. 12 cao nr. 32bis.

30 Advies nr. 1.392 van de Nationale Arbeidsraad (NAR), p. 10.

31 Art. 17 § 2 sub 1 WCO.

32 Zie voor een uitgebreidere omschrijving S. Brijs en N. van Landuyt, 'De Belgische Wet Continuïteit Ondernemingen (WCO): soepel herstructureren via een keuzemenu', «FIP» 2013, p. 92-97.

33 Art. 60 WCO. De schuldenaar verliest dus zijn beheer- en beschikkingsbevoegdheid wanneer het op een overdracht onder gerechtelijk gezag aankomt.

34 Art. 62 WCO; *Parl. St.* 2012-2013, 2692/001, p. 30.

35 Art. 61 WCO; art. 13 cao nr. 102.

36 Cao nr. 102 van 5 oktober 2011.

37 Art. 9 cao nr. 102.

38 Art. 12 cao nr. 102.

39 Advies nr. 1.779 van de Nationale Arbeidsraad.

40 Toelichting bij art. 10 cao nr. 102.

41 Art. 11 cao nr. 102: individuele arbeidsvoorwaarden kunnen worden gewijzigd voor zover dit nodig is wegens ETO-redenen; art. 10 cao nr. 102: collectieve arbeidsvoorwaarden kunnen gewijzigd worden wanneer dat noodzakelijk is om de werkgelegenheid veilig te stellen.

42 Art. 61 § 5 WCO.

43 De rechtbank toetst of is voldaan aan de wettelijke voorwaarden en of geen sprake is van schending van de openbare orde. In het Belgische

arbeidsrechtbank kan niet oordelen over de inhoud van het akkoord. Wordt de homologatie geweigerd, dan kan de overdracht van de onderneming alsnog doorgaan,⁴⁴ maar is de verkrijger ook gebonden aan de schulden die hij niet is overeengekomen. De overdracht kan ook plaatsvinden

Wanneer de arbeidsrechtbank de koopovereenkomst homologeert, kan de verkrijger niet gebonden zijn aan andere schulden jegens werknemers dan degene die daarin zijn opgenomen

wanneer de verkrijger geen homologatie door de arbeidsrechtbank verzoekt. Hij loopt dan wel het risico dat aan de overgenomen werknemers mogelijk vorderingen kleven die hij op het moment van de overdracht niet kent. De (gepubliceerde) rechtspraak hierover is tot nu toe nog zeer beperkt.

Tot slot

In het voorgaande heb ik getracht een kort overzicht te geven van de wijze waarop de Duitse en Belgische

wetgever de arbeidsrechtelijke gevolgen van een overgang van onderneming hebben vormgegeven wanneer de vervreemder zich in een insolventieprocedure bevindt. Kort gezegd, is het in Duitsland een stuk lastiger om een onderneming door te starten vanuit een insolventieprocedure. De beschermende regels met betrekking tot overgang van onderneming zijn grotendeels van toepassing wanneer de vervreemder zich in een insolventieprocedure bevindt. Hoewel beperkingen zijn aangebracht in de overname van verplichtingen worden toch constructies bedacht om de werking van de beschermende bepalingen te omzeilen. De overname van een onderneming uit een Belgisch faillissement lijkt vrijwel gelijk aan de Nederlandse doorstart. Een dergelijke overname komt alleen vrijwel niet voor, nu de Belgische wetgever de WCO-procedure als hét reorganisatie-instrument heeft aangewezen. De doorstart via de Belgische gerechtelijke reorganisatieprocedure kan uiteindelijk gedeeltelijk tot hetzelfde resultaat leiden als een doorstart in Nederland, maar de koper zal daarvoor wel wat meer hobbels, in de vorm van een koopovereenkomst die gehomologeerd moet worden door de arbeidsrechtbank, moeten nemen.

Over de auteur

Mr. P. Huffman is promovenda aan de Universiteit van Amsterdam.

recht is sprake van schending van de openbare orde bij rechtsmisbruik.

44 Arbeidsrechtbank Bergen 16 september 2011, *Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht* 2011/5, p. 522-526.

363. De rol van de OR bij een pre-pack: tijd voor een wettelijke regeling

DR. I. ZAAL

De pre-pack faillissementen van onder meer Estro en Heiploeg hebben het afgelopen jaar voor veel ophef gezorgd. Een van de bezwaren tegen deze pre-packs is dat de werknemers(vertegenwoordigers) niet zijn betrokken. Een pre-pack wordt in het algemeen gerealiseerd zonder invloed van de ondernemingsraad ('OR') en vakbonden, terwijl het wel gaat om een ingrijpende wijziging van de organisatie. De onderneming zal worden overgedragen en mogelijk zal personeel worden ontslagen. Dit zijn beslissingen waarover de OR in het algemeen wordt geraadpleegd. Ook in het Wetsvoorstel continuïteit van ondernemingen I, waarin (een vorm van) de pre-pack zal worden gecodificeerd, wordt niets gezegd over de betrokkenheid van de medezeggenschap. In dit artikel ga ik in op de vraag of de OR op grond van de huidige wetgeving betrokken moet worden bij een doorstart via pre-pack. Ik zal tevens ingaan op de vraag op welke wijze de wetgever de rol van de OR zou kunnen vormgeven in het Wetsvoorstel continuïteit van ondernemingen I. Hieraan voorafgaand beschrijf ik in het algemeen de positie van de OR in het geval van faillissement.

Medezeggenschap en faillissement

Het faillissement van de ondernemer is een ingrijpende gebeurtenis, ook voor het personeel. De zeggenschap over de onderneming wordt overgedragen aan de curator die ook als bestuurder in de zin van de Wet op de ondernemingsraden ('WOR') zal gaan functioneren. Het salaris van het personeel vormt een boedelschuld, dus zal de curator in het algemeen snel overgaan tot ontslag van de werknemers. Bij dergelijke beslissingen is invloed van de vakbonden en de OR buiten faillissement gebruikelijk (en vaak verplicht). In het geval van faillissement ligt dit anders. De OR heeft nagenoeg geen medezeggenschapsbevoegdheden ten aanzien van het faillissement van de ondernemer.¹ De gedachte is dat het faillissementsrecht en medezeggenschap zich slecht tot elkaar verhouden, omdat het faillissement – in het belang van de schuldeisers – snel moet worden afgewikkeld en medezeggenschap vertragend werkt. Bovendien zou een (ongewenste) samenloop kunnen ontstaan tussen het beroepsrecht ex art. 26 WOR en de procedure tot faillietverklaring bij de rechtbank. In 1998 heeft minister Melkert zich daarom bij de toenmalige wijziging van de WOR op het standpunt gesteld dat het

aanvragen van het eigen faillissement niet adviesplichtig is.² Hiernaar is vervolgens in de zaak YVC-IJsselwerf – die overigens betrekking had op een verzoek tot het verlenen van surseance van betaling – verwezen door de Hoge Raad.³ Op basis van deze wetsgeschiedenis en jurisprudentie wordt in het algemeen aangenomen dat de eigen aanvraag van het faillissement niet onderworpen is aan het adviesrecht van de OR. Dit is naar mijn mening ten onrechte, maar het gaat te ver om daar uitgebreid op in te gaan in dit artikel. Ik verwijs hiervoor naar mijn proefschrift.⁴ Na de faillietverklaring geldt de medezeggenschap van werknemers onverkort. Dit betekent bijvoorbeeld dat wanneer de curator de onderneming overdraagt aan een derde, hij daarover de OR moet raadplegen.⁵

1 Zie hierover: M. Genova, 'Verrassing, we zijn failliet', *Praktijkblad ondernemingsraad* 2013-5, p. 12-15.

2 Een aanvraag tot faillietverklaring door de schuldeisers is sowieso niet adviesplichtig, omdat geen sprake is van een besluit van de ondernemer. *Kamerstukken II* 1996-1997, 24 615, nr. 28, p. 30.

3 HR 6 juni 2001, NJ 2001, 477 (YVC IJsselwerf).

4 I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap*, diss. 2014, p. 236.

5 Zie ook over de positie van de OR bij faillissement: M.G. Rood, 'Over medezeggenschapsrechtelijke aspecten bij insolventie van de werkgever', in: I.P. Asscher-Vonk, *Onderneming en werknemer*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, W.P.J. Kroft, 'De curator en de medezeggenschap van werknemers' in: S.C.J.J. Kortmann e.a., *De curator een octopus*, Deventer: Tjeenk Willink 1996, M.F. Broekman, 'De ondernemingsraad en faillissement', *ArbeidsRecht* 1999-4.

Pre-pack en medezeggenschap

Bij een pre-pack wordt op verzoek van de ondernemer een stille bewindvoerder (ook wel beoogd curator genoemd) aangewezen, die – samen met de ondernemer – een activatransactie (doorstart) voorbereidt die na de faillietverklaring zal worden geëffectueerd. De pre-pack is op dit moment niet in de wet geregeld, maar sommige rechtbanken zijn bereid eraan mee te werken door middel van het aanwijzen van een stille bewindvoerder. Omdat de

Het verzoek tot benoeming van een stille bewindvoerder is adviesplichtig ex art. 25 lid 1 sub n WOR

pre-pack niet wettelijk geregeld is, is er ook geen regeling over de betrokkenheid van de medezeggenschap. Bij de bekende doorstarts via pre-pack lijkt er geen betrokkenheid van de vakbonden en de OR te zijn geweest. Zo was er in ieder geval geen betrokkenheid van de OR en vakbonden bij de pre-packs van Neckermann en Estro.⁶ De pre-pack moet snel en in het geheim worden geregeld en daarbij past medezeggenschap slecht, lijkt de gedachte te zijn. In deze paragraaf onderzoek ik of de OR onterecht niet bij een pre-pack wordt betrokken. Ik ga daarbij met name in op het adviesrecht van de OR.

Is het verzoek tot benoeming van een stille bewindvoerder in het geval van de pre-pack adviesplichtig?⁷ Dat is het geval indien de stille bewindvoerder beschouwd wordt als een deskundige in de zin van art. 25 lid 1 sub n WOR. Een (voorgenomen) besluit valt onder art. 25 lid 1 sub n WOR indien aan de volgende drie vereisten is voldaan: (i) er is sprake van een adviesopdracht, (ii) deze opdracht wordt verleend aan een deskundige buiten de onderneming en (iii) deze adviesopdracht heeft betrekking op een adviesplichtig (voorgenomen) besluit in de zin van art. 25 lid 1 sub a tot en met m van de WOR. Ten aanzien van de eerste twee vereisten is doorslaggevend dat de stille bewindvoerder een *deskundige van buiten de onderneming* is die *advies* geeft. De stille bewindvoerder zal in ieder geval van *buiten de onderneming* zijn. Of hij ook een deskundige is en advies geeft, hangt af van de taakomschrijving. Omdat de stille bewindvoerder niet in de wet is geregeld, is het niet eenvoudig zijn taken te omschrijven. Sommige auteurs beschouwen de stille bewindvoerder als een *fly on the wall* die zich vooral laat informeren door het bestuur van de onderneming.⁸ Andere auteurs menen dat hem een meer actieve rol bij de voorbereiding van de activatransactie

toekomt.⁹ Ook de voorstanders van de beperkte rol van de stille bewindvoerder zien voor hem echter een taak in het adviseren van de ondernemer ten aanzien van de activa/passiva-transactie. Zo stellen Jongepier en Hoogenboezem dat de stille bewindvoerder zich met suggesties richt tot het bestuur, dat zijn taak zich beperkt tot het beoordelen van het verkoopproces en het voorbereiden van een activatransactie.¹⁰ Volgens rechtspraak.nl laat de stille bewindvoerder zich door de ondernemer informeren over wat hem te wachten staat in het geval van een faillissement. Verder kan de stille bewindvoerder antwoord geven op vragen van de ondernemer. Deze vragen kunnen bijvoorbeeld gaan over de mogelijkheden van een doorstart (na faillissement).¹¹ In de praktijk lijkt het zo te zijn dat de stille bewindvoerder de ondernemer met advies bijstaat over een eventuele doorstart. In de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel continuïteit van ondernemingen I – dat vooral een codificatie van de huidige praktijk lijkt te zijn – overweegt de minister dat de beoogd curator bijvoorbeeld een gecontroleerd liquidatieproces kan voorbereiden of de voorwaarden kan toetsen waaronder na faillissement verkoop van de levensvatbare onderdelen plaats kan vinden.¹² Dit zijn taken die mijns inziens vallen onder advisering in de zin van art. 25 lid 1 sub n WOR. Het feit dat het bij de aanstelling van een stille bewindvoerder in het geval van een pre-pack niet gaat om een opdrachtovereenkomst, maar om een overeenkomst sui generis, staat mijns inziens niet aan de toepasselijkheid van art. 25 lid 1 sub n WOR in de weg. Een dergelijke beperking is niet in de wetsgeschiedenis of jurisprudentie gelezen. Art. 25 lid sub n WOR wordt juist ruim uitgelegd in de – overigens schaarse – rechtspraak. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat de aanstelling uiteindelijk door de rechtbank geschiedt. Het verzoek daartoe wordt door de ondernemer zelf gedaan en dat kan worden beschouwd als een voorgenomen besluit in de zin van art. 25 WOR. De laatste voorwaarde van art. 25 lid 1 sub n WOR heeft betrekking op het verband tussen de adviesopdracht en een andere adviesplichtige aangelegenheid. Daarbij is doorslaggevend dat het te zijner tijd voorgenomen besluit (mede) gebaseerd is op het advies van de externe deskundige. Niet noodzakelijk is dat ten aanzien van deze aangelegenheid al voldaan moet zijn aan het criterium dat sprake is van een voorgenomen besluit. Zoals eerder opgemerkt, richt het werk van de stille bewindvoerder zich mede op het adviseren over een mogelijke doorstart. Een dergelijke aangelegenheid valt onder art. 25 lid 1 sub a WOR, zodat aan het laatste vereiste ook is voldaan. Het hangt enigszins van de taakuitoefening van de stille bewindvoerder af, maar ik sluit niet uit dat het verzoek tot benoeming van een stille bewindvoerder onder

6 Zie bijvoorbeeld: 'Pre-pack-faillissement Neckermann roept vragen op', https://www.fnvbondgenoten.nl/mijnbranche/branches/handel/nieuws/868913-prepackfaillissement_neckermann_roept_vragen_op/.

7 In de praktijk komen verschillende vormen van stille bewindvoerder voor. Ik beperk me in dit artikel tot de bewindvoering in het geval van een pre-pack.

8 W.J.P. Jongepier en K.P. Hoogenboezem, 'Wie is de stille bewindvoerder?', «FIP» 2013-6, p. 194-197.

9 PH.W. Schreurs, 'Hoe stil is de stille bewindvoerder nu eigenlijk?', «FIP» 2013-8, p. 270-272.

10 W.J.P. Jongepier en K.P. Hoogenboezem, 'Wie is de stille bewindvoerder?', «FIP» 2013-6, p. 194-197.

11 Zie <http://www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Pages/Vier-vragen-over-de-stille-bewindvoerder.aspx>.

12 Toelichting p. 7 en 8.

art. 25 lid 1 sub n WOR valt.

Naast een adviesrecht op grond van art. 25 lid 1 sub n WOR kan gedacht worden aan een adviesrecht op grond van art. 25 lid 1 sub a WOR, indien de ondernemer – met ondersteuning van de stille bewindvoerder – de activa-transactie zo geconcretiseerd heeft dat sprake is van een voorgenomen besluit tot overdracht van de onderneming. Van Zanten is van mening dat de benoeming van een stille bewindvoerder niet adviesplichtig is. Hij gaat daarbij echter niet inhoudelijk in op de toepasselijkheid van art. 25 WOR, maar geeft aan dat een adviesrecht van de OR niet bij het karakter van de pre-pack past, omdat sprake is van een ‘faillissementssituatie’ en ten aanzien van faillissement hebben Hoge Raad en minister geoordeeld dat dit buiten het adviesrecht valt. Als dit al het geval is – ik plaats daarbij mijn kanttekeningen (zie hiervoor) – verliest Van Zanten uit het oog dat het in het geval van een pre-pack niet gaat om een ‘gewone faillissementssituatie’, maar veelal om een vorm van reorganisatie waarbij het faillissement wordt gebruikt. Ook wordt wel gezegd dat het gaat om een voorfase van faillissement.¹³ Juist wanneer sprake is van een reorganisatie en niet van een liquidatie, past een rol van de OR daarbij. In Nederland is immers algemeen geaccepteerd dat de OR en vakbonden geraadpleegd moeten worden bij een reorganisatie van de onderneming. Van Zanten stelt verder dat in het geval van faillissement de *paritas creditorum* geldt en dat de medezeggenschap van werknemers daarbij niet past.¹⁴ Art. 2:377 Burgerlijk Wetboek (‘BW’) spreekt echter over gelijkheid van schuldeisers ten aanzien van de voldoening van hun schuld. Met andere woorden: het gaat om gelijkheid ten aanzien van financiële aanspraken en niet om gelijke (mede)zeggenschap. Een adviesrecht van de OR doorbreekt de *paritas creditorum* dan ook niet. Ik concludeer dat een adviesrecht van de OR ten aanzien van het verzoek tot benoeming van een stille bewindvoerder niet uitgesloten is.

Naast een adviesrecht kan de OR gebruikmaken van andere bevoegdheden. Bij de nv heeft de OR op grond van art. 2:107a BW een spreekrecht.¹⁵ De OR kan ook als belanghebbende in verzet komen tegen de aanvraag tot faillietverklaring (art. 10 Fw).¹⁶ In een verzetsprocedure kan de OR bijvoorbeeld aanvoeren dat misbruik wordt gemaakt van de faillissementsprocedure. Een geslaagd verzet kan leiden tot vernietiging van het faillissement. Bij vernietiging van het faillissement wordt de arbeidsrelatie beheerst door de wettelijke regels zoals deze gelden buiten faillissement. Dit betekent bijvoorbeeld dat in het geval van overdracht van de onderneming alle werknemers ex art. 7:662 e.v. BW zijn overgegaan op de verkrijger. Een belangrijk nadeel van de verzetsprocedure is dat deze binnen acht dagen moet worden ingesteld. Omdat de ondernemer de OR niet

betreft bij de faillietverklaring, kan het zijn dat deze niet op de hoogte is van het faillissement en niet tijdig in verzet komt. Verder kan de OR natuurlijk gebruikmaken van het informatierecht van art. 31 WOR en in overleg treden met de ondernemer. Ook hiervoor is echter vereist dat hij op de hoogte is van het (aankomende) faillissement van de ondernemer.

Het Wetsvoorstel continuïteit van ondernemingen I: kansen voor een integrale benadering

Mijn conclusie is dan ook dat niet uitgesloten is dat het verzoek tot het aanwijzen van een stille bewindvoerder in het geval van een pre-pack onder het adviesrecht van de OR valt. Dit hangt echter af van de specifieke taak van de stille bewindvoerder en zal niet in alle gevallen zo zijn. Of dit wenselijk is, is een andere vraag. Een volledig adviesrecht inclusief beroepsrecht staat op gespannen voet met de doelstellingen van de pre-pack. Deze dient immers snel en in het geheim te worden voorbereid en uitgevoerd. Het lijkt me dan ook wenselijk dat er in het geval van faillissementssituaties een specifieke medezeggenschapsprocedure wordt gecreëerd, die recht doet aan enerzijds het belang van werknemers om betrokken te worden bij een ingrijpende reorganisatie en anderzijds aan het belang van alle bij de pre-pack betrokkenen bij een snelle oplossing. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een adviesrecht zonder beroep (vergelijkbaar met dat van art. 30 WOR) of betrokkenheid van de OR bij het verzoek aan de rechtbank om een stille bewindvoerder te benoemen. Het uitgangspunt dient te zijn dat de OR zo vroeg mogelijk in het proces wordt betrokken. De bevoegdheid kan onder geheimhouding worden uitgeoefend, zodat de pre-pack niet wordt gefrustreerd. Van belang is dat OR, stille bewindvoerder en bestuur daar afspraken over maken. Verder lijkt het mij wenselijk dat een specifiek informatie-recht wordt opgenomen voor de situatie dat een verzoek

De Wet continuïteit van onderneming is een uitgelezen kans voor de wetgever om integraal naar de positie van werknemers bij faillissement te kijken

tot faillietverklaring of een verzoek tot benoeming van een stille bewindvoerder wordt gedaan. Op deze manier wordt voorkomen dat een faillissement voor ondernemingsraden als een verrassing komt. Van der Ham komt met een vergelijkbaar voorstel. Hij stelt dat ondernemingsraden bij slecht functionerende ondernemingen in adviestrajecten of convenanten ex art. 32 WOR een aanzegtermijn moeten bedingen. Deze aanzegtermijn houdt in, als ik hem goed begrijp, dat de ondernemer een pre-pack enkele dagen voordat deze moet worden bewerkstelligd moet aankondigen aan de OR. Hij verwijst daarbij naar de

13 Vgl. R.J. Van der Ham, ‘Liever failliet dan doorgaan met slecht personeel’, *ArbeidsRecht* 2014/28.

14 M.R. van Zanten, ‘Aan het werk met de pre-pack!’, *ArbeidsRecht* 2013/47.

15 *Kamerstukken II* 2003-2004, 28 179 nr. B, p. 9.

16 *Kamerstukken II* 1996-1997, 24 156, nr. 28, p. 30.

termijn van drie dagen uit de Engelse regeling.¹⁷ Het lijkt mij wenselijk dat dit wettelijk wordt geregeld. Het Wetsvoorstel continuïteit ondernemingen I biedt daarvoor een uitgelezen kans. Ook zou de wetgever de positie van vakbonden bij een pre-pack kunnen regelen in het wetsvoorstel.

Het Wetsvoorstel continuïteit ondernemingen I is een uitgelezen kans voor de wetgever om eindelijk eens integraal naar de positie van medezeggenschap bij faillissement te

kijken. Een goede regeling voor de OR is daarbij van groot belang. Als de wetgever dit niet goed regelt, bestaat het risico dat een pre-pack door de rechter aan volledige medezeggenschap wordt onderworpen en dat de nieuwe regeling haar nuttig effect verliest.

Over de auteur

Dr. I. (Ilse Zaal) is Universitair Docent arbeidsrecht en ondernemingsrecht aan de Universiteit van Amsterdam.

17 R.J. Van der Ham, 'Liever failliet dan doorgaan met slecht personeel', *ArbeidsRecht* 2014/28.

364. Misbruik van faillissementsrecht – over gedupeerde werknemers en glad ijs

MR. J. VAN DER PIJL

Een doorstart biedt voordelen, ook voor werknemers, nu een deel van de werkgelegenheid in de regel bij een doorstart behouden blijft. Een doorstart leent zich echter ook gemakkelijk voor misbruik door de werkgever, die immers eenvoudig en goedkoop van (onder meer) personeel afkomt. In deze bijdrage wordt nagegaan waar de grens tussen gebruik en misbruik ligt en wat de instrumenten zijn die een gedupeerde werknemer ter beschikking staan. Er staat de werknemer een heel arsenaal aan middelen ter beschikking, maar daarbij de juiste keuze maken, blijkt nog niet altijd eenvoudig te zijn.

Inleiding

Misbruik van faillissement kan vanuit arbeidsrechtelijk perspectief (de invalshoek van de special waarvan deze bijdrage deel uitmaakt) niet los worden gezien van het fenomeen doorstart. Onder doorstarten, een begrip dat niet in de wet is gedefinieerd, wordt verstaan het (laten) afsterven van de onderneming door middel van het faillissement om vervolgens (onderdelen van) dezelfde onderneming na de nodige wijzigingen die vooral gelegen zijn in het inkrimpen van het personeelsbestand in een nieuwe juridische entiteit voort te zetten.¹ De doorstart heeft voor een werkgever die zijn onderneming uitsluitend in afgeslankte zin denkt te kunnen voortzetten verschillende voordelen, nu het faillissement de rechten van de werknemer aanzienlijk inperkt. Het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 ('BBA') is in geval van faillissement niet van toepassing, zodat de arbeidsovereenkomsten zonder voorafgaande toestemming van het Uitkeringsinstituut werknemersverzekeringen ('UWV') kunnen worden opgezegd; ook na de invoering van de Wet Werk en Zekerheid ('WWZ') per 1 juli 2015 kan een curator zonder tussenkomst van UWV of kantonrechter opzeggen.²

In faillissement zijn in beginsel geen ontslagvergoedingen (meer) verschuldigd en dat geldt vanaf 1 juli 2015 ook voor de onder het nieuwe regime geïntroduceerde transitievergoeding.³ Terzijde, de transitievergoeding is straks ook in geval van surseance niet langer verschuldigd, zodat surseance mogelijk wint aan aantrekkingskracht onder de WWZ. Voorts zijn opzegtermijnen gemaximeerd. Van speciaal belang voor de doorstarter is ten slotte dat ook de regels omtrent overgang van ondernemingen, opgenomen in art. 7:662-665 Burgerlijk Wetboek ('BW'), niet van toepassing zijn. In art. 7:666 BW is de toepasselijkheid van deze artikelen in geval van de overname van een failliete onderneming uitdrukkelijk uitgesloten. Dit brengt mee dat de verkrijger van de onderneming – en bij doorstart is dat veelal direct of indirect dezelfde ondernemer – niet verplicht is al het aan de onderneming verbonden personeel over te nemen. Evenmin is hij aansprakelijk voor (loon) verplichtingen van voor die overgang. Mocht hij 'oude' werknemers in dienst willen nemen, dan kan hij in principe vrijelijk onderhandelen over hun arbeidsvoorwaarden. Het zijn deze voordelen die een werkgever ertoe kunnen verleiden een doorstart te orkestreren om zodoende via een faillissement de als knellend ervaren arbeidsrechtelijke verplichtingen te omzeilen. Daarbij is interessant waar de grens ligt tussen enerzijds gerechtvaardigd gebruik van deze doorstartmogelijkheden en anderzijds misbruik daarvan.⁴ In dit artikel wordt gekozen voor een praktische

¹ R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de privaot en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2008, p. 206.

² Althans dat lijkt de bedoeling van de wetgever te zijn. Van de WWZ maakt een nieuw vierde lid van art. 40 Fw deel uit, dat de art. 7:669 en 671 BW in geval van faillissement buiten toepassing verklaart. In de zgn. Verzamelwet wordt echter beoogd dit te schrappen (aldus de Vijfde nota van wijziging d.d. 29 oktober 2014, TK 33 988, nr. 21) omdat dit overbodig zou zijn, nu art. 40 lid 1 Fw al een zelfstandig opzeggingsbevoegdheid voor de curator zou opleveren, hetgeen mij in strijd lijkt met

de totstandkomingsgeschiedenis en ratio van art. 40 Fw.

³ Aldus art. 7:673c lid 1 BW (nieuw).

⁴ Zie over misbruik van faillissement ook: A.J.C. Theunissen, *De overgang van de insolvente onderneming*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2009,

insteek, gebaseerd op de meest recente ontwikkelingen in wetgeving, rechtspraak en literatuur, waarbij enkele aanbevelingen worden gedaan om misbruik te voorkomen.

Misbruik van bevoegdheid

Bij misbruik van faillissementsrecht vanuit arbeidsrechtelijk perspectief wordt voornamelijk gedoeld op misbruik van de bevoegdheid om het eigen faillissement aan te vragen.⁵ Misbruik van bevoegdheid is geregeld in art. 3:13 BW, dat in lid 2 bepaalt dat een bevoegdheid onder meer

Misbruik van bevoegdheid kan leiden tot twee gevolgen, te weten: de uitoefening van de bevoegdheid kan niet worden afgedwongen, of de schade die door het misbruik ontstaat moet op grond van art. 6:162 BW worden vergoed

kan worden misbruikt *‘door haar uit te oefenen (...) met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.’* Het maken van misbruik van een bevoegdheid wordt vaak gekwalificeerd als een vorm van onrechtmatig handelen, hoewel dit strikt genomen niet zuiver is.⁶ Misbruik van bevoegdheid kan leiden tot twee gevolgen, te weten: de uitoefening van de bevoegdheid kan niet worden afgedwongen, of de schade die door het misbruik ontstaat moet op grond van art. 6:162 BW worden vergoed.⁷ De vraag in dit kader is of uitsluitend sprake is van misbruik indien de faillissementsaanvraag *met geen ander doel* is aangevraagd dan het ontlopen van de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers.⁸ Een dergelijke opvatting kan als de beperkte uitleg worden aangemerkt nu volgens deze redenering een aangifte van een eigen faillissement geen misbruik kan opleveren, indien (ook) sprake is van een reële faillissementssituatie. Een ruimere uitleg gaat er echter van uit dat ook sprake kan zijn van misbruik van bevoegdheid als de bevoegdheid het eigen

faillissement aan te vragen *hoofdzakelijk* wordt gebruikt om de werknemersbescherming te omzeilen. Met andere woorden, ook indien de werkgever in een financiële toestand verkeert die een faillissement zou rechtvaardigen, kan volgens deze ruimere opvatting sprake zijn van misbruik.⁹ Met een tweetal arresten aan het begin van deze eeuw lijkt de Hoge Raad te kiezen voor de ruime leer.¹⁰ In die gevallen gaf de financiële situatie op zichzelf genomen aanleiding tot aangifte van het faillissement, maar werd aangenomen dat ook dan sprake kan zijn van misbruik van bevoegdheid. Enige nuancering blijft niettemin noodzakelijk: indien een doorstart met slechts een deel van het werknemersbestand een gevolg is van de benarde financiële situatie, is daarmee nog niet gezegd dat sprake is van misbruik. Als indicatoren voor misbruik worden wel genoemd: het gaat om de aanvraag van het eigen faillissement; het aanvragen van het faillissement vindt plaats na (vergeefse) pogingen van de werkgever om werknemers te ontslaan; er ligt al een plan voor een doorstart klaar; en er bestaan nauwe banden tussen (de aandeelhouders en bestuurders van) de failliete onderneming en de overnemende partij.

Instrumentarium gedupeerde werknemer

De meest voorkomende gang van zaken bij een doorstart is dat de curator allereerst de rechter-commissaris om een machtiging vraagt om – daags na de faillietverklaring – alle arbeidsovereenkomsten te mogen opzeggen. In de regel wordt deze machtiging direct verleend, waarna de arbeidsovereenkomsten op de kortst mogelijke termijn worden beëindigd. De curator gaat vervolgens in gesprek met potentiële overnemers. Leidt dit tot een doorstart, dan sluit de curator een overeenkomst, waarbij de betreffende activa aan de overnemende partij worden overgedragen. Deze overnemende partij treedt vervolgens rechtstreeks in contact met voormalige werknemers naar keuze, met wie hij al dan niet overeenstemming bereikt over (de voorwaarden van) een nieuwe arbeidsovereenkomst. Een werknemer heeft vervolgens een behoorlijk arsenaal aan middelen ter beschikking om zich tegen deze gang van zaken te verzetten, indien hij daartoe aanleiding ziet, bijvoorbeeld omdat hem geen arbeidsovereenkomst wordt aangeboden of hooguit één onder condities die hij niet wil aanvaarden:¹¹

p. 39 e.v., P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en insolventie*, Deventer: Kluwer 2012, p. 137-174, H. Biesheuvel, 'Misbruik van eigen faillissementsaanvraag vanuit arbeidsrechtelijk perspectief', «FIP» 2010/4, p. 114-119 (alle met uitgebreide analyses van op dat moment bestaande jurisprudentie).

5 Aanvraag van het eigen faillissement kan ook misbruik van bevoegdheid opleveren als geen sprake is van (benadeling van de positie van) werknemers, HR 26 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:48. Vanuit meer vermogensrechtelijk perspectief is het evenzeer denkbaar dat de bevoegdheid om een faillissement van een wederpartij aan te vragen misbruik oplevert; dit valt buiten het bestek van deze bijdrage.

6 Voor onrechtmatig handelen en misbruik van bevoegdheid gelden verschillende criteria; uitgebreider hierover E.J.H. Schrage, *Misbruik van bevoegdheid*, Mon. BW nr. A4/2.13, Deventer: Kluwer 2012.

7 Huijgen, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 3:13 BW, aant. 2.

8 Aldus Kortmann in zijn noot onder Hof 's-Gravenhage 10 januari 1996, JOL 1996/16 (Ammerlaan).

9 Rb. 's-Gravenhage oordeelde in 2013 niettemin dat *'misbruik van bevoegdheid niet aan de orde (is) als het faillissement van X in de gegeven omstandigheden onvermijdelijk was'*, Rb. 's-Gravenhage 12 juni 2013, «JAR» 2013/171.

10 HR 29 juni 2001, JOL 2001/169 (Multi Terminal Waalhaven/FNV e.a.) en HR 28 mei 2004, JOL 2004/281 (Digicolor).

11 Niet onlosmakelijk gelieerd met het leerstuk van misbruik faillissementsrecht, maar wel relevant genoeg voor de praktijk om in een voetnoot te vermelden, zijn de mogelijkheden die de Wet melding collectief ontslag ('WVCO') en de Wet op de ondernemingsraden (WOR) aan gedupeerde werknemers bieden. Ten aanzien van de WVCO geldt dat de curator op grond van art. 5 verplicht is om bij een collectief ontslag de vakorganisaties te raadplegen voordat hij tot opzegging overgaat; het niet in acht nemen van deze verplichting leidt tot vernietigbaarheid van de opzegging door de curator. De WOR biedt de mogelijkheid om de ondernemingsraad het (nog niet algemeen aanvaarde) standpunt in te

a. verzet tegen faillietverklaring

Op grond van art. 10 Faillissementswet ('Fw') heeft iedere belanghebbende (waaronder de werknemer, maar ook een vakorganisatie en de ondernemingsraad) het recht van verzet tegen het faillissement in te stellen binnen acht dagen na uitspraak van de rechtbank. Indien het verzet wordt gehonoreerd en het faillissement wordt vernietigd, kunnen werknemers ervoor kiezen de opzegging van hun arbeidsovereenkomst alsnog te vernietigen. Op grond van art. 13a Fw wordt er immers op dat moment van uitgegaan dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator met terugwerkende kracht wordt beheerst door de wettelijke regels die van toepassing zijn buiten faillissement. Op de voet van het BBA (en straks: van de nieuwe WWZ-regels in het BW) kan een werknemer opzegging van de arbeidsovereenkomst dan aanvechten.¹² Voordeel hiervan is dat door de vernietiging van het faillissement alsnog de regels van overgang van onderneming gaan gelden (art. 7:666 BW verliest immers haar effect), waardoor de betrokken werknemers bij een eventuele overname in de regel aanspraak zullen kunnen maken op een dienstverband bij een eventuele overnemende partij. Ik pleit overigens voor een stringenter toets c.q. invulling van de toets door de rechtbank die het faillissementsrekest behandelt. Waarom niet kritisch doorvragen naar de (doorstart)plannen en/of de mening van de ondernemingsraad vragen? Dan kan bij voorbaat worden geverifieerd of niet sprake lijkt te zijn van misbruik. Niet onvermeld mag blijven dat tegen een dergelijke stringenter toets bezwaren bestaan, zoals een (te) zware belasting van de rechterlijke macht en de vraag of de belangen van werknemers dan niet te veel gewicht toekomt (hetgeen strijdigheid met de paritas creditorum op kan leveren).¹³

b. bezwaar tegen machtiging rechter-commissaris

Werknemers kunnen ook bezwaar maken tegen de machtiging die door de rechter-commissaris is afgegeven aan de curatoren om de arbeidsovereenkomst op te zeggen.¹⁴ Conform art. 67 lid 1 Fw, kan van iedere beschikking van de rechter-commissaris gedurende vijf dagen beroep worden ingesteld bij de rechtbank.¹⁵ Een succesvol beroep leidt vervolgens tot vernietiging van de beschikking c.q. de

machtiging en daarmee, aldus art. 72 lid 2 Fw, tot vernietigbaarheid van de opzegging door de curator. Complicatie hierbij is nog wel dat na vernietiging van de opzegging een werknemer alsnog bij de failliete onderneming in dienst blijft, hetgeen wel als een pyrrusoverwinning wordt gekwalificeerd, nu de vraag is wat hij daarmee opschieft. Hij profiteert slechts tijdelijk van de loongarantieregeling en houdt daarna hooguit een (weliswaar preferente) boedelvordering op de voet van art. 40 lid 2 Fw op de boedel, maar er kan (daardoor) sprake zijn van een negatieve boedel en bovendien: de doorstarter heeft hiervan geen last.

c. Afdwingen afspraken in overnameovereenkomst

Zowel op formele als op informele wijze kunnen curator en rechter-commissaris bewogen worden om in de overnameovereenkomst afspraken te maken ten behoeve van de werknemers, bijvoorbeeld over de wijze van selectie. De formele route vindt zijn basis ook weer in art. 67 lid 1 Fw (dat regelt dat tegen beschikkingen van de rechter-commissaris beroep bij de rechtbank kan worden ingesteld) en/of in art. 69 lid 1 Fw (dat ieder der schuldeisers, waaronder ook de werknemers, de mogelijkheid biedt bij verzoekschrift tegen elke handeling van de curator bij de rechter-commissaris op te komen). Deze processuele mogelijkheden kunnen worden ingezet bij de aanpak van een ongewenste doorstart. Ook informeel kan door werknemers (of vakorganisatie en/of ondernemingsraad) bij de curator en de rechter-commissaris worden aangedrongen op heldere afspraken, waaraan ook werknemers rechtstreeks rechten kunnen ontleen, door deze afspraken als derdenbeding in de zin van art. 6:253 BW aan te merken.¹⁶ Op de curator rust bovendien ook de verplichting rekening te houden met overige (maatschappelijke) belangen, waaronder het behoud van werkgelegenheid.¹⁷

d. kennelijk onredelijk ontslag

Er zal in de praktijk niet snel met succes een beroep op de kennelijk onredelijkheid van de opzegging door de curator worden gedaan, laat staan dat daardoor misbruik aan het juiste adres aan de orde wordt gesteld

laten nemen dat bij een eigen faillissementsaanvraag sprake is van een adviesplichtig besluit in de zin van art. 25 WOR, uitgebreid en in relatief positieve zin hierover: I. Zaal, *De reikwijdte van medezeggenschap* (diss. 2014).

- 12 Vanaf 1 juli 2015 geldt in dat geval een vergelijkbare regeling (zie art. 7:671 en 7:671a BW), waarbij de werknemer binnen twee maanden kan vorderen dat de opzegging, die zonder zijn instemming en zonder voorafgaande toestemming van het UWV heeft plaatsgevonden, wordt vernietigd ofwel de dienstbetrekking wordt hersteld.
- 13 Zie de conclusie van A-G Spier bij HR 11 juli 2014, *RvdW* 2014/986, voor uitgebreide beschouwingen hieromtrent, alsook over de eventuele verplichting van bestuurders om een belangenafweging te maken alvorens het faillissement van de rechtspersoon aan te vragen.
- 14 Een (uitzonderlijk) voorbeeld van een vernietiging van de machtiging van de rechter-commissaris: Rb. 's-Gravenhage 6 april 2010, «JAR» 2010/119.
- 15 Zie ook lid 2 over het (uitgestelde) aanvangstijdstip van deze zeer korte termijn.

Voorts is het mogelijk om de opzegging van de curator aan te merken als kennelijk onredelijk (art. 7:681 BW). Overigens zal deze mogelijkheid vanaf 1 juli 2015 met invoering van de WWZ niet meer bestaan. Bovendien kan een opzegging van de curator weliswaar in theorie kennelijk onredelijk zijn, bijvoorbeeld als de curator een kennelijk onredelijke maatstaf aanlegt bij de selectie van voor ontslag in aanmerking komend personeel,¹⁸ maar in de praktijk zal een curator niet snel handelen in strijd met

16 HR 1 oktober 2004, «JAR» 2004/257 (Gesink/Taxicentrale Middelburg).

17 HR 12 mei 1989, *NJ* 1990, 130, HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472 en HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727.

18 HR 12 januari 1990, *NJ* 1990, 662 m.nt. PvS (Van Gelder Papier).

zijn verplichting als goed werkgever,¹⁹ nu een curator in de regel immers niet veel anders kan – uit hoofde van zijn verplichting in het belang van de boedel te handelen – dan op zijn minst de lopende boedelschuld zo veel mogelijk te beperken door een snelle opzegging van alle arbeidsovereenkomsten. Het is bovendien zelden of nooit de curator die keuzes maakt bij de selectie van voor ontslag in aanmerking komende werknemers (hij ontslaat ze immers in de regel allemaal). Er zal daarom in de praktijk niet snel met succes een beroep op de kennelijk onredelijkheid van de opzegging door de curator worden gedaan, laat staan dat daardoor misbruik aan het juiste adres aan de orde wordt gesteld.²⁰

e. onrechtmatige-daadsactie richting doorstarter (althans bestuurder/aandeelhouder)

Misbruik van bevoegdheid kan zich voordoen in de vorm

Naar mijn mening kan niet per geval worden gezien of het doel en de modaliteiten van de Nederlandse faillissementsprocedure zijn gericht op liquidatie dan wel continuïteit van de onderneming

van een onrechtmatige daad en onder meer leiden tot aansprakelijkheid, mits dan voldaan is aan de bekende vereisten uit art. 6:162 BW: onrechtmatige daad, toerekenbaarheid van de daad aan de dader, schade, causaal verband tussen daad en schade en relativiteit. Gezien de kort aangehaalde rechtspraak²¹ kan dit een effectieve optie zijn, met name indien aannemelijk gemaakt kan worden dat de doorstart is voorbereid, dat de ondernemer (althans diens bestuurder en/of aandeelhouder) ook betrokken is bij de nieuwe onderneming en ten slotte dat de failliete onderneming niet lang voor de eigen faillissementsaanvraag tevergeefs pogingen heeft gedaan om werknemers te ontslaan, is dit voor gedupeerde werknemers een aantrekkelijke variant.

f. rechtstreeks beroep op art. 7:662 e.v. BW (overgang van onderneming)

Voorts doet zich in toenemende mate de relevante vraag voor of bij een voorbereide doorstart de regels omtrent overgang van onderneming en het bijbehorende behoud van rechten door werknemers wel buiten werking kunnen blijven. Voorbeeld uit de recente jurisprudentie vormt in dit verband de uitspraak over de gang van zaken bij het faillissement van een aantal vennootschappen in het concern van Jan de Roos.²² De ondernemer vroeg het faillissement van enkele vennootschappen uit de groep aan en wilde vervolgens de activiteiten in kort voor het faillissement opgerichte nieuwe vennootschappen voortzetten, waarbij

niet onvermeld mag blijven dat hij dit voor de derde keer in een beperkte aantal jaren deed. Overduidelijk doel was hierbij om een belangrijk aantal schuldeisers buiten spel te zetten en niet in de laatste plaats ook slechts met een deel van het personeelsbestand verder te gaan. De kantonrechter in deze zaak durfde het aan om op basis van de bedoeling van art. 7:666 BW (dat als gezegd de regels 7:662 e.v. bij faillissement buiten werking stelt) te concluderen dat dit artikel hier toepassing miste, zodat, ondanks het feit dat de vennootschappen daadwerkelijk failliet gingen, toch sprake was van toepasselijkheid van regels van overgang van onderneming, waardoor alle betrokken werknemers van rechtswege in dienst bleken te zijn gekomen van de doorstartende onderneming. Daarbij knoopte de rechter aan bij het zgn. Abels-arrest van het Europese Hof van Justitie uit 1985.²³ Daarin werd geoordeeld dat de regels omtrent de overgang van een onderneming buiten toepassing kunnen blijven in geval van de Nederlandse faillissementsprocedure, omdat deze insolventieprocedure gericht is op liquidatie van de onderneming, terwijl in geval van een insolventieprocedure die is gericht op continuïteit van de onderneming (zoals in Nederland: surseance) de regels omtrent de overgang van onderneming wel gewoon onverkort van toepassing blijven. De kantonrechter oordeelde in dit geval dat de wijze waarop de betreffende werkgever de faillissementsprocedure gebruikte, evident gericht was op continuïteit van de onderneming en zette daarmee art. 7:666 BW buitenspel. Hoewel de uitkomst zeer te billijken valt, lijkt mij de redenering te kort door de bocht. Het gaat immers niet om de specifieke intentie van de aanvrager van het faillissement, maar om – aldus het Europese Hof van Justitie – het doel en de modaliteiten van de insolventieprocedure.²⁴ Naar mijn mening kan niet per geval worden gezien of het doel en de modaliteiten van de Nederlandse faillissementsprocedure zijn gericht op liquidatie dan wel continuïteit van de onderneming. In zoverre zou ik in de aangehaalde zaak het zuiverder hebben gevonden indien de weg van verzet tegen faillietverklaring dan wel de onrechtmatige-daadsroute door de werknemers was bewandeld. Ik stip ten slotte de zgn. pre-pack aan. Dit is de voorbereide doorstart waarbij de beoogde (of: 'stille') curator al in de voorfase betrokken wordt bij de onderhandelingen over een eventuele doorstart die onmiddellijk en aansluitend op een faillietverklaring volgt. Nu de bedoeling is dit een wettelijke basis te geven, is het niet illusoir te veronderstellen dat deze variant een procedure is die gericht is op continuïteit van de onderneming, waardoor art. 7:666 haar werking verliest.²⁵ Wel moet hieraan toegevoegd

19 Dat op een curator dergelijke werkgeversverplichtingen rusten volgt uit het zgn. Landsbanki-arrest: HvJ EU 3 maart 2011, «JAR» 2011/93.

20 Rb. 's-Gravenhage 6 april 2010, «JAR» 2010/119.

21 Zie noot 8 en noot 10; voor een voorbeeld uit recente lagere rechtspraak: Rb. Zwolle-Lelystad 26 september 2012, LJN BY344, PRG 2013/214.

22 Rb. Noord-Nederland 22 augustus 2014, «JAR» 2014/234 (m.nt. P. Hufman).

23 HvJ EU 7 februari 1985, NJ 1985, 900.

24 Hierover uitgebreider Beltzer in deze special: Overgang van onderneming en faillissement: over een blinde vlek bij curatoren of *wishful thinking* bij arbeidsrechtjuristen.

25 Wetsvoorstel Continuïteit ondernemingen I, uitgebreid (en kritisch) hierover: P. Hufman en I. Zaaij, 'De toepasselijkheid van de Richtlijn overgang van onderneming bij insolvente ondernemingen', «TAP» 2014/98. Anders: F.M.J. Verstijlen, 'Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack', in: *Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod: Preadvies van de Vereniging 'Handelsrecht'* 2014, p. 13-65.

worden dat het wetsvoorstel de taken en bevoegdheden zo klein mogelijk houdt, zodat ten aanzien van het beoogd curatorschap nog nauwelijks van een specifieke, laat staan formele procedure kan worden gesproken.²⁶

g. voor werknemers die wél mee overgaan: beroep op opvolgend werkgeverschap (art. 7:668a BW)

Ten slotte stip ik kort aan dat werknemers die wel mee overgaan naar de doorstarter, maar die korte tijd later hetzij in de proeftijd, hetzij door middel van het niet verlengen van hun arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd hun baan verliezen en dat als misbruik ervaren, evenzeer (enige) bescherming toekomt. Een proeftijdbeding na een doorstart bij faillissement is nietig, indien het om nagenoeg dezelfde werkzaamheden gaat, wanneer sprake is van zodanige banden tussen de oude en de nieuwe werkgever dat het inzicht dat de vorige werkgever heeft gekregen in de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemer in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.²⁷ Ook het sluiten van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kent voor de doorstarter beperkingen.²⁸ Krachtens betrekkelijk recente jurisprudentie van de Hoge Raad²⁹ is sprake van opvolgend werkgeverschap in de zin van art. 7:668a lid 2 BW indien niet alleen sprake is van nagenoeg dezelfde werkzaamheden bij de opvolgende werkgever, maar ook indien er tussen de oude en de nieuwe werkgever zodanige banden bestaan dat de kennis en het inzicht dat de oude werkgever in de kwaliteiten en de vaardigheden van de werknemer had moeten worden toegerekend aan de nieuwe werkgever. Over dit ‘zodanige banden’-criterium is inmiddels de nodige lagere jurisprudentie geweest.³⁰ Van groot belang voor de faillissementspraktijk is echter de wijziging die de Wet Werk en Zekerheid met ingang van 1 juli 2015 met zich brengt. In art. 7:668a BW wordt dan toegevoegd dat het niet relevant meer is of bij de doorstarter inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer. Dit is van belang voor de doorstartpraktijk, nu dit betekent dat al snel sprake zal zijn van opvolgend werkgeverschap en het dus lastiger wordt om bepaalde tijdscontracten overeen te komen.³¹ Bovendien dient een overnemende partij zich te realiseren dat met de overname, als ware de overgenomen onderneming een Trojaans paard, ook de transitievergoeding, te berekenen over het gehele dienstverband bij de gefailleerde ondernemer, wordt binnengehaald. Deze regels gelden vanaf 1 juli 2015 en

het is zelfs de vraag of de transitievergoeding straks niet ook reeds verschuldigd is als het gaat om overnames die vóór 1 juli 2015 hebben plaatsgevonden. Ik ben geneigd die vraag, gezien de onmiddellijke werking van art. 7:673 e.v. BW (nieuw), bevestigend te beantwoorden. Geschrokken doorstarters zouden nog kunnen wijzen op het nieuwe art. 7:673c lid 1 BW, dat bepaalt dat de transitievergoeding ‘niet langer verschuldigd [is], indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard (...)’, maar dat lijkt toch uitsluitend te doelen op de opzegging door de curator en de doorstarter niet te helpen.

Conclusies en aanbevelingen

Geduceerde werknemers staat een betrekkelijk uitgebreid instrumentarium ter beschikking om misbruik van faillissement aan te pakken, maar het is wel zaak telkens zorgvuldig de juiste route te kiezen, waarbij met name verzet tegen de faillietverklaring en het aanspreken van de doorstarter c.q. bestuurder/aandeelhouder op onrechtmatig handelen het meest kansrijk lijken. Ik pleit voorts voor een prominentere rol voor de rechtbank bij wie een ondernemer zijn eigen faillissement aanvraagt. De rechtbank kan direct vragen stellen over recente, mislukte pogingen om personeelskosten te reduceren, en over de eventuele plannen voor c.q. voorbereiding van een doorstart. Ook kan de rechtbank nagaan of de ondernemingsraad is geraadpleegd (deze zou zelfs standaard kunnen worden gehoord). In de voorfase kan dan vaak al de vinger op de zere plek worden gelegd.

Van groot belang voor de faillissementspraktijk is de wijziging die de Wet Werk en Zekerheid met ingang van 1 juli 2015 met zich brengt

De rechter-commissaris zou voorts kritischer kunnen zijn bij de verlening van de machtiging aan de curator om de overeenkomst op te zeggen, waarbij als voorwaarde kan worden gesteld dat – indien van toepassing – de WMCO wordt nageleefd, waardoor de vakorganisaties in een vroeg stadium aan tafel worden genood.³² Ten slotte is er een verantwoordelijkheid voor zowel de curator als de rechter-commissaris om na te gaan in hoeverre in de overeenkomst met de doorstarter kan worden afgedwongen, dat reguliere selectiecriteria bij de overname c.q. doorstart kunnen worden gehanteerd.

Over de auteur

Mr. J. (Job) van der Pijl is advocaat bij DingemansVanderKind te Amsterdam en buitenpromovendus aan de Universiteit van Amsterdam.

26 F.M.J. Verstijlen, ‘Pre-packing in the Netherlands, de beoogde “beoogd curator”’, *NJB* 2014, 803; Ph.W. Schreurs, ‘Hoe stil is de stille bewindvoerder nu eigenlijk’, *«FIP»* 2013, p. 270-271.

27 HR 24 oktober 1986, *NJ* 1987, 293, per 1 januari 2015 min of meer gecodificeerd in artikel 7:652 lid 8 aanhef en sub c BW, en – recent – *Vrzngr. Rb. Noord-Nederland* 24 juli 2014, *«JAR»* 2014/233.

28 *Ktr. Venlo* 19 januari 2011, *«JAR»* 2011/182, *Rb. Limburg*, 3 september 2014, *«JAR»* 2014/251.

29 HR 11 mei 2012, *RvdW* 2012/725 (Van Tuinen/Taxicentrale Wolters).

30 *Vrzngr. Amsterdam* 28 februari 2013, *«JAR»* 2013/182 m.nt. E. Knipschild (Zelkova), *Rb. Limburg* 3 september 2014, *«JAR»* 2014/251.

31 Dit lijkt een terugkeer naar de leer uit het HR-arrest *Isik/Boekenvoordeel*, HR 14 juli 2006, *«JAR»* 2006/190.

32 Er schijnt zelfs bij een enkele rechtbank de praktijk te bestaan dat curatoren over een permanente machtiging beschikken voor de opzegging van arbeidsovereenkomsten in verschillende faillissementen.

365. De failliete werkgever en zijn werknemers

MR. E. LOESBERG

In dit artikel wordt de rechtspositie van de werknemers besproken in het geval hun werkgever failliet is verklaard. Omdat de Hoge Raad het karakter van het faillissement en die beginselen vaak vooropstelt, zal allereerst worden nagegaan wat een faillissement is, welke belangen door de curator moeten worden behartigd en welke beginselen van faillissementsrecht kunnen worden onderscheiden. Daarna wordt ingegaan op art. 39 Faillissementswet ('Fw') met betrekking tot het faillissement van de huurder, omdat volgens de Hoge Raad in dit artikel eenzelfde belangenafweging als in art 40 Fw, dat ziet op het faillissement van de werkgever, is opgenomen en voor de uitleg van art. 40 Fw de uitleg van art. 39 Fw dan ook van belang is. Vervolgens volgt een bespreking van art. 40 Fw. Het artikel wordt afgesloten met een slotbeschouwing.

Inleiding

In het hiernavolgende zal ik de rechtspositie van de werknemers bespreken in het geval hun werkgever failliet is verklaard. Onder andere wordt de vraag beantwoord welke vorderingen jegens de curator of in het faillissement van de werkgever geldend kunnen worden gemaakt.

Omdat de Hoge Raad het karakter van het faillissement¹ en die beginselen vaak vooropstelt², zal ik allereerst nagaan wat een faillissement is, welke belangen door de curator moeten worden behartigd en welke beginselen van faillissementsrecht kunnen worden onderscheiden. Bij de bespreking van het karakter van het faillissement noem ik de drie soorten schulden die na faillietverklaring van de schuldenaar kunnen worden onderscheiden. Dat onderscheid is van belang om de vorderingen van de werknemer te kunnen duiden. De beginselen van faillissementsrecht, bestaande overeenkomsten worden niet geraakt door de faillietverklaring van één van de partijen, het fixatiebeginsel en de paritas creditorum, zijn eveneens van belang om de positie van de werknemer, nadat zijn werkgever failliet is verklaard, te kunnen bepalen. Aan de hand van voorbeelden wordt het belang van deze beginselen voor de positie van de werknemers toegelicht.

Daarna zal ik ingaan op art. 39 Fw met betrekking tot het faillissement van de huurder, omdat volgens de Hoge Raad in dit artikel eenzelfde belangenafweging als in art. 40 Fw, dat ziet op het faillissement van de werkgever, is

opgenomen en voor de uitleg van art. 40 Fw de uitleg van art. 39 Fw dan ook van belang is.

Vervolgens bespreek ik art. 40 Fw. Ik sluit af met een slotbeschouwing.

Faillissement

Een faillissement is een collectief beslag ten gunste van de schuldeisers van de failliet op het moment van de faillietverklaring.³ Hieruit kan worden afgeleid dat in het geval van een faillissement drie soorten schulden dienen te worden onderscheiden. De schuldeiser die een vordering heeft op het moment van de faillietverklaring, kan deze vordering ter verificatie indienen.⁴ Verkrijgt de schuldeiser na de faillietverklaring een vordering op de schuldenaar, dan doet die vordering – in beginsel⁵ – niet mee in het faillissement. Kan het ontstaan van de vordering aan de curator worden toegerekend, dan is sprake van een boedelschuld.⁶ Een

1 Zie (bijvoorbeeld): HR 11 juli 2014, NJ 2014/407 (ABN AMRO/Berzona).

2 Zie (bijvoorbeeld): HR 3 november 2006, NJ 2007/155 (Nebula); HR 14 januari 2011, NJ 2011/114 (Aukema q.q./Uni-Invest); HR 19 april 2013, NJ 2013/291 (Koot/Tideman q.q.).

3 Zie T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht*, diss. Groningen 2012, p. 11; HR 11 juli 2014, NJ 2014/407 (ABN AMRO/Berzona). Wessels spreekt over 'het faillissementsbeslag'. Zie Wessels, *Insolventierecht I*, 3e druk, 2012, par. 1008.

4 Zie art. 108-137 Fw. Vanuit de passiefzijde bekeken, is sprake van een faillissementsschuld.

5 Is de boedel door de handeling van de failliet gebaat, dan is de daaruit voortvloeiende schuld een boedelschuld. Zie art. 24 Fw. Een voorbeeld is dat de failliet voor een beperkt bedrag na zijn faillietverklaring een waardevolle auto heeft verkregen. De auto valt in de boedel en de koopsom is een boedelschuld.

6 In zijn arrest van 19 april 2013, NJ 2013/291 (Koot/Tideman q.q.) overweegt de Hoge Raad dat '(...) boedelschulden [zijn] die schulden die een onmiddellijke aanspraak geven jegens de faillissementsboedel hetzij ingevolge de wet, hetzij omdat zij door de curator in zijn hoedanigheid zijn aangegaan, hetzij omdat zij een gevolg zijn van een handelen van de cura-

boedelschuld dient – in beginsel – meteen door de curator te worden betaald.⁷ Ook zijn er boedelschulden krachtens wetsduiding.⁸ In zijn arrest van 19 april 2013, *NJ* 2013/291 (Koot/Tideman q.q.) heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat ook vorderingen die na de faillietverklaring zijn ontstaan, maar voortvloeien uit op het moment van de faillietverklaring bestaande rechtsverhoudingen, ter verificatie kunnen worden ingediend.⁹ Dit leidt ertoe dat thans minder dan in het verleden van belang is of de schuldeiser op het moment van de faillietverklaring al een vordering heeft en niet slechts een toekomstige vordering.

In het faillissementsvonnis wordt tevens een curator aangesteld.¹⁰ Door de faillietverklaring wordt de failliet beschikkingsonbevoegd met betrekking tot het vermogen dat in de failliete boedel valt.¹¹ In zijn plaats is de curator beheer- en beschikkingsbevoegd met betrekking tot het vermogen van de failliet dat in de boedel valt.¹² De curator dient de

failliete boedel te vergroten¹³ en te gelde te maken. Nadat de boedel te gelde is gemaakt en de boedelschulden zijn voldaan, wordt het surplus verdeeld over de schuldeisers wier vorderingen zijn geverifieerd.

Door de curator te behartigen belangen

De curator dient de belangen van de schuldeisers te behartigen.¹⁴ Daarnaast dient hij de gerechtvaardigde belangen van de schuldenaar¹⁵ terwijl hij ook maatschappelijke belangen, zoals behoud van werkgelegenheid, dient te behartigen.¹⁶ Wat mij betreft, dient de curator als belangenbehartiger, ongeacht of zij ook schuldeiser zijn, de werknemers te wijzen op de hen (eventueel) toekomstige rechten. Dit betekent dat de werknemers, als zij (nog)

Ook dient de curator de werknemers erop te wijzen dat zij (mogelijk) een beroep op de loongarantieregeling kunnen doen

niet door de faillissementsrechter zijn gehoord, erop moeten worden gewezen dat zij verzet¹⁷ tegen de faillietverklaring kunnen aantekenen. Ook dient de curator de werknemers erop te wijzen dat zij (mogelijk) een beroep op de loongarantieregeling¹⁸ kunnen doen.¹⁹ Ten slotte dient de curator op grond van art. 57 lid 3 Fw ‘(...) *de belangen te behartigen van de bevoorrechte schuldeisers die in rang boven de (...) pand- en hypotheekhouders en beperkt gerechtigden gaan*’. Een voorbeeld van een casus dat de curator op grond van art. 57 lid 3 Fw de belangen van een werknemer dient te behartigen, betreft de matroos die geen loon heeft ontvangen. Wordt het schip, waarop de matroos voer, door de bank als hypotheekhouder geveild, dan dient de curator van de werkgever van de matroos ervoor te zorgen dat de bank een zodanig bedrag aan de boedel afdraagt, dat de vordering van de matroos kan worden voldaan.²⁰ Het loon heeft namelijk een hogere rang dan de rang van de hypotheekhouder.²¹ Het kan zijn dat de matroos desondanks met lege handen achterblijft, omdat de volledige opbrengst van de executie in de boedel

tor in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting. Onder het aangaan van een schuld door de curator in deze zin is te verstaan dat de curator deze schuld op zich neemt bij een rechtshandeling, doordat zijn wil daarop is gericht (art. 3:33 en 35 BW).

- 7 Betaalt de curator een boedelschuld niet, dan is niet uitgesloten dat de schuldeiser verlop van de voorzieningenrechter krijgt voor conservatoir beslag 'op' de faillissementsrekening.
- 8 Een voorbeeld is art. 40 Fw. Het loon dat na de faillietverklaring opeisbaar wordt, is een boedelschuld en dient dus – in theorie – meteen door de curator te worden betaald. Betaling blijft in de praktijk vaak achterwege, omdat de curator er rekening mee houdt dat sprake zal zijn van een negatieve boedel, dat wil zeggen dat er meer boedelschulden zijn dan opbrengsten. In het geval van een negatieve boedel gelden de voorrangregels die ook buiten faillissement van toepassing zijn. Zie HR 28 september 1990, *NJ* 1991/305 (De Ranitz q.q./Ontvanger) alsmede HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3080 (CZ/Scholtes q.q.). In CZ/Scholtes q.q. overweegt de Hoge Raad onder andere: *'Een boedelvordering behoeft geen verificatie en kan daarom buiten het faillissement om tegen de curator worden ingesteld, zoals CZ Zorgkantoor in dit geding heeft gedaan. Indien vaststaat dat de boedel onvoldoende actief heeft om een boedelvordering te voldoen, levert dat een grond op voor afwijzing van die vordering, omdat bij de verdeling van het actief geen vorderingen kunnen worden voldaan waarvoor de boedel niet de middelen heeft.'*
- 9 De Hoge Raad overweegt in Koot/Tideman q.q. *'dat [v]orderingen die voortvloeien uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar en die geen boedelschuld opleveren (...), behoren tot bedoelde vorderingen op de schuldenaar, ook als ze pas tijdens het faillissement ontstaan, zoals onder meer blijkt uit art. 37 en 37a Fw en de op art. 37 Fw gegeven toelichting (Van der Feltz I, p. 409)'. De vordering tot affinanciering is geen boedelschuld meer, omdat de Hoge Raad in Koot/Tideman q.q. terugkomt op HR 12 november 1993, *NJ* 1994, 229 (Frima q.q./Blankers-van Gennip). De vordering tot affinanciering waar Frima q.q./Blankers-van Gennip op ziet, is ook geen faillissementsschuld, omdat deze vordering gebaseerd was op de PSW (oud) en ontstond door de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator. Die vordering ontstond derhalve niet (rechtstreeks) op grond van de arbeidsovereenkomst. Dit laat onverlet dat de door de curator ontslagen werknemer ook op grond van de arbeidsovereenkomst en/of de pensioenovereenkomst (mogelijk) een vordering tot affinanciering heeft en die vordering dus wel kan worden geverifieerd.*
- 10 Art. 14 Fw.
- 11 Art. 23 Fw. De failliet wordt niet handelingsonbekwaam. Hij kan steeds rechtshandelingen verrichten en – in theorie – nieuwe schulden maken. Deze schulden worden – in beginsel – niet 'uit' de failliete boedel voldaan.
- 12 Art. 68 Fw.

- 13 Soms kan een verrekening worden vernietigd. Zie art. 54 Fw. Transacties die paulianeus zijn, kunnen ook worden vernietigd. Zie art. 42 en 49 Fw. Is aan de vereisten van art. 2:138 dan wel 248 BW voldaan, kan de bestuurder aansprakelijk worden gesteld voor het faillissementstekort. Ook is het mogelijk dat de curator een zgn. 'Peters-Gatzenvordering' instelt. Vgl. HR 14 januari 1983, *NJ* 1983, 597 (Peeters q.q./Gatzen).
- 14 Zie (bijvoorbeeld): HR 16 december 2011, *NJ* 2012/515 (Prakke/Gips). Zie ook Van Zanten (2012), p. 14-15.
- 15 Zie HR 20 maart 1981, *NJ* 1981/640 (Veluwse Nutsbedrijven). Zie (ook): Van Zanten (2012), p. 17-18.
- 16 Zie HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727 (Macclou). Zie (ook): Van Zanten (2012), p. 31-41.
- 17 Vgl. art. 10 Fw.
- 18 Zie art. 61-66 WW.
- 19 Zie E. Loesberg, 'De werknemer en zijn insolvente werkgever (I)', *TvI* 1998, p. 119.
- 20 Zie HR 12 juli 2002, *NJ* 2002/437 (Verdonk q.q./Ontvanger).
- 21 Art. 8:211 jo 216 jo 217 BW en art. 8:821 jo 827 BW.

terecht komt en daaruit de faillissementskosten worden voldaan. In de praktijk rijst (soms) de vraag hoe de curator met de verschillende hiervoor genoemde belangen dient om te gaan, zeker als die tegenstrijdig zijn. In zijn arrest van 16 december 2011, NJ 2012, 515 (Prakke/Gips) heeft de Hoge Raad onder andere overwogen: *‘De faillissementscurator kan wegens een onzorgvuldige uitoefening van zijn wettelijke taak tot beheer en vereffening van de boedel persoonlijk aansprakelijk zijn jegens degenen in wier belang hij die taak uitoefent, te weten de (gezamenlijke)*

De curator kan een bestaande overeenkomst nakomen, maar daartoe is hij niet verplicht

schuldeisers, en jegens derden met de belangen van wie hij bij de uitoefening van die taak rekening heeft te houden, zoals de gefailleerde. Voor zover de faillissementscurator bij de uitoefening van zijn taak niet is gebonden aan regels, komt hem in beginsel een ruime mate van vrijheid toe. De curator dient zich te richten naar het belang van de boedel, maar het is in beginsel aan zijn inzicht overgelaten op welke wijze en langs welke weg dat belang het beste kan worden gediend. Hetzelfde geldt voor de wijze waarop hij rekening houdt met andere bij het beheer en de afwikkeling van de boedel betrokken belangen en voor de wijze waarop hij bij dat beheer of die afwikkeling uiteenlopende, soms tegenstrijdige belangen tegen elkaar afweegt.’ Uit dit arrest kan wat mij betreft worden afgeleid dat de curator in beginsel vrij is om te bepalen aan welke belangen hij voorrang zal verlenen. Hij kan bijvoorbeeld akkoord gaan met een lagere koopprijs voor de onderneming van de failliet als daardoor werkgelegenheid behouden blijft. Op grond van Prakke/Gips is de curator echter niet verplicht te kiezen voor het bod van degene die de meeste werkgelegenheid wenst te behouden. Kiest de curator voor het bod van degene die de meeste (ex-)werknemers van de failliet een arbeidsovereenkomst zal aanbieden, dan dient hij er wel voor te zeggen dat die werknemer(s) een stevige rechtspositie krijgen.²² Het lijkt mij niet de bedoeling dat de curator lijkt te kiezen voor behoud van werkgelegenheid, maar het risico loopt dat (uiteindelijk) werkgelegenheid niet is behouden²³ en in de boedel een lagere koopprijs is gevloeid dan mogelijk was geweest.²⁴

- 22 De curator moet zich ervan vergewissen dat de werknemer niet tijdens de proeftijd kan worden ontslagen of dat de arbeidsovereenkomst na korte tijd eindigt omdat de bepaalde tijd voorbij is.
- 23 Omdat de koper de arbeidsovereenkomsten met de (ex-)werknemers van de failliet al weer snel heeft beëindigd.
- 24 Voorkomen moet worden dat appels met peren worden vergeleken. Spaart de curator boedelkosten uit omdat de werknemers tijdens de opzegtermijn in dienst treden van de koper van de onderneming, dan kan die besparing bij het bod van degene die werkgelegenheid wenst te behouden worden opgeteld om dat bod te kunnen vergelijken met een bieder die geen of minder werkgelegenheid wenst te behouden te kunnen vergelijken.

Bestaande overeenkomsten worden niet geraakt door de faillietverklaring van een van de partijen

Een beginsel van faillissementsrecht is dat bestaande contracten niet worden ‘geraakt’ door de faillietverklaring van een van de partijen.²⁵ Overeenkomsten vervallen noch wijzigen door de faillietverklaring van een van de partijen.²⁶ Dit betekent niet dat de nakoming van een bestaande overeenkomst door de curator gewaarborgd is. De curator heeft namelijk een recht op wanprestatie.²⁷ Hij kan een bestaande overeenkomst nakomen, maar daartoe is hij niet verplicht. Naar aanleiding van het arrest van de Hoge Raad van 3 november 2006, NJ 2007/155 (Nebula) rees de vraag of het recht op wanprestatie van de curator niet alleen inhoudt dat hij niet tot een doen kan worden verplicht, maar ook dat hij niet tot een dulden, bijvoorbeeld van een huurder, kan worden gehouden. In Nebula had de economisch eigenaar nadat de juridisch eigenaar failliet was verklaard (een deel van) de eigendom aan een derde verhuurd. De curator van de juridisch eigenaar wenste deze derde niet te dulden en vorderde de ontruiming door de derde. Volgens de Hoge Raad hoefde de curator deze derde niet te dulden en kon de curator de derde tot ontruiming nopen. In zijn arrest van 11 juli 2014, NJ 2014/407 (ABN AMRO/Berzona) overweegt de Hoge Raad onder andere: *‘De aan de curator ten dienste staande mogelijkheid om uit overeenkomst voortvloeiende verbintenissen (“passief”) niet na te komen, betreft verbintenissen die uit of ten laste van de boedel moeten worden voldaan, zoals een betaling, de afgifte van een zaak of de vestiging van een recht. De op deze prestaties gerichte vorderingen dienen — indien de curator het niet in het belang van de boedel oordeelt om deze te voldoen — in het faillissement geldend te worden gemaakt door indiening ter verificatie. Het uitspreken van het faillissement heeft echter niet tot gevolg dat de curator ook (“actief”) een bevoegdheid of vordering toekomt die de wet of de overeenkomst niet toekent, zoals tot ontruiming of opheffing van het gehuurde als de huurovereenkomst nog*

- 25 In Koot/Tideman q.q. overweegt de Hoge Raad onder andere: *‘Op zichzelf brengt het faillissement geen wijziging in de verbintenissen die voortvloeien uit een overeenkomst (Van der Feltz I, p. 409).’*
- 26 Een contractueel ontbindingsrecht in geval dat aan de lessee surseance van betaling wordt verleend, is echter geoorloofd. Zie HR 13 mei 2005, NJ 2005/406 (Tiethoff en Douma q.q./Amstel Lease).
- 27 De Hoge Raad overweegt in Koot/Tideman q.q.: *‘De curator heeft echter, zoals blijkt uit art. 37 lid 1 art. 37 lid 1 Fw, de mogelijkheid om overeenkomsten niet gestand te doen en dus de daaruit voortvloeiende verbintenissen niet na te komen (vgl. HR 3 november 2006, LJN AX8838, NJ 2007/155, LJN AX8838, NJ 2007/155). Die verbintenissen leveren in het faillissement een concurrente vordering op die, indien het geen geldvordering betreft, overeenkomstig art. 133art. 133 Fw voor de geschatte waarde kan worden ingediend (Van der Feltz I, p. 388-389). Indien de curator de overeenkomst niet gestand doet, kan de wederpartij deze ook ontbinden, na de weg van art. 37 lid 1 Fw te hebben gevolgd, en heeft zij daarnaast wegens het tekortschieten in de nakoming van de overeenkomst een concurrente vordering op grond van art. 37aart. 37a Fw. Ingeval de curator in verband met het belang van de boedel besluit de overeenkomst niet gestand te doen, resteert voor de wederpartij dus steeds – behoudens door de wet erkende redenen van voorrang – een concurrente vordering.’*

loopt. Dit zou immers in strijd komen met het beginsel dat het faillissement geen invloed heeft op bestaande wederkerige overeenkomsten, dat bij de invoering van de Boeken 3, 5 en 6 Burgerlijke Wetboek ('BW') is bevestigd (Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 387-390).²⁷ Het recht op wanprestatie van de curator houdt derhalve niet in dat hij ook niet tot een dulden kan worden gehouden.

Omdat de curator wel tot een dulden verplicht is, meen ik dat hij de werknemer in beginsel dient toe te laten tot het werk. Op grond van de faillietverklaring van de werkgever kan de werknemer de toegang tot het werk niet worden geweigerd. Wil de curator de werknemer niet toelaten, dan zal hij hem op non-actief²⁸ dienen te stellen dan wel te schorsen.²⁹ De werknemer kan de curator vervolgens in rechte betrekken³⁰ en de door de curator genomen maatregel ter discussie stellen.

Omdat ook bestaande arbeidsovereenkomsten niet worden geraakt door de faillietverklaring van de werkgever, kan de curator van de werknemer nakoming daarvan verlangen. Zo kan hij de werknemer in beginsel 'houden' aan een overeengekomen concurrentiebeding. De werknemer kan de kantonrechter op grond van art. 7:653 BW onder andere vragen het concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk te vernietigen.^{31,32}

Het fixatiebeginsel³³

Een ander beginsel van faillissementsrecht is het zogenoemde fixatiebeginsel. Door de faillietverklaring wordt de rechtspositie van alle bij het faillissement betrokkenen jegens elkaar onveranderlijk.³⁴ Uitgangspunt is dat de werknemer die een te verifiëren vordering op de failliete werkgever heeft, die vordering niet buiten het verificatieproces om betaald krijgt. Heeft de werknemer op het moment van de faillietverklaring niet alleen een vordering op maar ook een schuld aan de failliete werkgever, dan kan hij tot verrekening³⁵ overgaan en wordt zijn vordering

daardoor voldaan.³⁶ Op het fixatiebeginsel bestaan, zoals uit dit voorbeeld blijkt, uitzonderingen. De bestuurder van de vennootschap die een vordering op de failliete werkgever heeft, kan die vordering echter niet verrekenen met zijn schuld aan de boedel op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. Daaraan staat art. 6:127 lid 3 BW in de weg.³⁷

De paritas creditorum³⁸

Het derde beginsel van faillissementsrecht is de gelijkheid van schuldeisers³⁹, de zogenoemde paritas creditorum. De schuldeisers hebben in hun onderlinge verhouding een gelijke aanspraak op de netto executieopbrengst, tenzij sprake is van voorrang. De wet kent drie soorten van voorrang.⁴⁰ In de eerste plaats hebben de vorderingen van de pand en hypotheekhouder voorrang.⁴¹ In de tweede plaats kent de wet bijzondere voorrechten (voorrechten op specifieke goederen) en algemene voorrechten (voorrechten op alle goederen).⁴² Pand en hypotheek gaat voor voorrecht, tenzij de wet anders bepaalt.⁴³ Bijzondere voorrechten gaat voor algemene voorrechten, tenzij de wet anders bepaalt.⁴⁴ De hiervoor geschetste casus dat de loonvordering van de matroos voor de voorrang van de hypotheekhouder op het schip gaat, is een voorbeeld dat de wet anders bepaalt. De algemene preferentie van de matroos gaat immers voor de hypotheek op het schip.

Voor de werknemers zijn de voorrechten van art. 3:288 aanhef onder c, d en e BW van belang. Art. 3:288 aanhef en onder c BW bepaalt: *'De bevoorrechte vorderingen op alle goederen zijn de vorderingen ter zake van (...) hetgeen een werknemer, een gewezen werknemer en hun nabestaanden ter zake van reeds vervallen termijnen van pensioen van*

Bijzondere voorrechten gaat voor algemene voorrechten, tenzij de wet anders bepaalt

de werkgever te vorderen hebben, voor zover de vordering niet ouder is dan een jaar.' Art. 3:288 aanhef en onder d BW bepaalt: *'De bevoorrechte vorderingen op alle goederen zijn de vorderingen ter zake van (...) hetgeen waarop een werknemer, niet zijnde een bestuurder van de rechtspersoon bij wie hij in dienst is, een gewezen werknemer en hun nabestaanden ter zake van in de toekomst tot uitkering komende termijnen van pensioen jegens de werkgever recht hebben.'* In zijn arrest van 24 januari 2003, NJ 2003/197 (Niehe/Heidinga) overwoog de Hoge Raad onder andere: *'Art. 3:288, aanhef en onder d, bevat dezelfde regel als*

28 Vgl. Van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer 2011, p. 52-53.

29 Vgl. Van der Grinten (2011), p. 202-203; H.L. Bakens, *Schets van het Nederlandse arbeidsrecht*, Deventer 2011, p. 98.

30 Zie art. 25 Fw.

31 Ook zou hij zich (misschien) erop kunnen beroepen dat de wetgever (blijkbaar) vindt dat het concurrentiebeding vervalt door de faillietverklaring van de werkgever. In wetsvoorstel 28 167 was namelijk bepaald dat het concurrentiebeding komt te vervallen als de werkgever in staat van faillissement is verklaard. Dit wetsvoorstel is door de Eerste Kamer niet aanvaard. Echter niet omdat de Kamer het met deze voorgestelde bepaling niet eens was, maar om andere redenen.

32 Het Hof 's-Hertogenbosch heeft uitgemaakt dat de curator zich in de casus die ter beoordeling aan het hof was voorgelegd niet op het concurrentiebeding kon beroepen, omdat hij de werknemers had ontslagen en hij in de ontslagbrief niet had bepaald dat de werknemers tijdens de opzegtermijn niet elders in dienst mochten treden. Zie Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 januari 2007, «JOR» 2007/58 (Van Lanen/Eikendal q.q. en Eikendal q.q./De Bont en Verhoeven).

33 Zie Van Zanten (2012), p. 19-22.

34 HR 28 april 2006, NJ 2006/503 (Huijzer q.q./Rabobank).

35 Zie art. 53 Fw.

36 Vgl. Ktr. Almelo 22 december 2006, «JOR» 2007/285 (Roelofs/Windwall) en Hof Arnhem 21 augustus 2007, «JOR» 2007/285 (Daniëls q.q./Roelofs).

37 Zie HR 18 september 2009, NJ 2009/438 (Bandel/Van den End q.q.).

38 Zie Van Zanten (2012), p. 12.

39 Zie art. 3:277 BW.

40 Zie art. 3:278 BW.

41 Zie art. 3:227 BW.

42 Zie art. 3:278 lid 2 BW.

43 Zie art. 3:279 BW.

44 Zie art. 3:280 BW.

art. 1195, aanhef en onder 4, (oud) BW, zoals deze laatste bepaling sinds de wet van 30 mei 1968, Stb. 270, luidde. De preferentie had blijkens de bewoordingen van art. 1195 (oud) betrekking op “hetgeen waarop een arbeider (...), een gewezen arbeider, alsmede hun nabestaanden aan in de toekomst tot uitkering komende termijnen van toegezegd pensioen jegens de werkgever recht hebben”. In deze bewoordingen is tot uitdrukking gebracht dat het moet gaan om een vordering van de werknemer jegens de werkgever aan (toekomstige) pensioentermijnen.’ Uit de

onder andere: ‘De rechtbank heeft terecht geoordeeld dat voorrechten alleen ontstaan uit de wet (art. 3:278 lid 2 BW). De aansprakelijkheid van Econcern berust op de door haar afgegeven 403-verklaring (HR 28 juni 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4663, NJ 2002/447, rov. 3.4.3 (Akzo Nobel/ING Bank)). Nu art. 2:403 BW, noch enige andere wettelijke bepaling aan de vordering die op deze aansprakelijkheidsverklaring berust, een voorrecht verbindt, heeft de rechtbank met juistheid geoordeeld dat de vordering van Hertogs op Econcern niet bevoorrecht is. Daaraan doet niet af het door Hertogs gestelde accessoire en subsidiaire karakter van de op de aansprakelijkheidsverklaring gebaseerde vordering, noch haar stelling dat het zou gaan om een nevenrecht, wat van deze stellingen ook zij. Het door Hertogs gedane beroep op art. 6:142 BW kan reeds geen doel treffen, omdat door het afleggen van de aansprakelijkheidsverklaring geen sprake is van overgang van een vordering op een nieuwe schuldeiser.’⁴⁸

In de derde plaats vloeit voorrang voort uit andere in de wet aangegeven gronden.⁴⁹ In de praktijk komt het vaak voor dat de werknemer een leaseauto van de zaak krijgt. Stel dat leasemaatschappij A een leaseovereenkomst met werkgever B heeft gesloten en werknemer C in een door B van A geleasede auto rijdt. Omdat B de leasetermijnen niet betaalt, ontbindt A de leaseovereenkomst. B verzoekt C om de auto bij de A in te leveren.⁵⁰ C weigert dat, omdat hij nog een vordering op B heeft. Omdat B de auto op grond van de arbeidsovereenkomst aan C ter beschikking heeft gesteld, heeft C wat mij betreft jegens B een beroep op een retentierecht.⁵¹ Of de Hoge Raad ook een retentierecht van C jegens B aanneemt, is niet zeker, omdat er onvoldoende samenhang zou zijn tussen de vordering van C op B tot betaling van loon en de schuld van C aan B tot teruggave van de auto.⁵² Gesteld dat C jegens B zich op een retentierecht zou kunnen beroepen, rijst de vraag of hij dat retentierecht ook aan A kan tegenwerpen. Ook die vraag zou ik bevestigend willen beantwoorden.⁵³ Ervan uitgaande dat B – voor A kenbaar – met A leasecontracten ten behoeve van haar werknemers heeft gesloten, zou ik menen dat B in haar relatie met A bevoegd was om de auto aan C ter beschikking te stellen dan wel C die bevoegdheid van B niet hoefde te betwijfelen en C het retentierecht op grond van

Wat mij betreft, is een contractuele afvloeiingsregeling preferent als de C-factor 1 of kleiner is

tekst van de genoemde bepalingen en Niehe/Heidinga q.q. moet worden afgeleid dat de uitkeringen preferent zijn, maar de premievorderingen niet.

Op grond van art. 3:288 aanhef en onder e BW is al hetgeen een werknemer over het lopende en het voorafgaande kalenderjaar in geld op grond van de arbeidsovereenkomst van zijn werkgever te vorderen heeft, alsmede de bedragen door de werkgever aan de werknemer in verband met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst verschuldigd uit hoofde van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de arbeidsovereenkomst preferent op alle goederen van de werkgever. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 23 mei 1980, NJ 1980/502 (Nebig/Nolen) uitgemaakt dat ook een contractuele afvloeiingsregeling preferent is, tenzij sprake is van bijzondere omstandigheden. Wat mij betreft,⁴⁵ is van bijzondere omstandigheden geen sprake en is een contractuele afvloeiingsregeling preferent als de C-factor 1 of kleiner is.⁴⁶

In het arrest van de Hoge Raad van 11 april 2014, NJ 2014/309 (Hertogs/Deterink q.q.) had werknemer Hertogs niet alleen een vordering op zijn failliete werkgever Evelop B.V., maar op grond van een door Econcern N.V. afgelegde ‘403-verklaring’⁴⁷ ook een vordering op Econcern. Omdat de vordering van Hertogs op Evelop op grond van art. 3:288 onder e BW bevoorrecht was, meende Hertogs dat ook zijn vordering op Econcern bevoorrecht was. De Hoge Raad is het niet met Hertogs eens. Hij overweegt

45 Zie E. Loesberg, ‘De curator en de werknemer (DGA): vriend en/of vijand’, in: *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, Deventer 2000, p. 29-30.

46 De kantonrechtformule is vastgesteld door de Kring van Kantonrechtters. Vgl. Van der Grinten (2011), p. 469. De vergoeding ex art. 7:685 BW wordt ‘bepaald’ door de formule: $A \times B \times C$, waarin A het gewogen aantal gewerkte dienstjaren is, B de (maand)beloning en C de correctiefactor. Vgl. Van der Grinten (2011), p. 473, is sprake van een zogenoemde neutrale ontbinding, dan bedraagt de C-factor 1. Treft de werknemer in het bijzonder een verwijt, dan is de C-factor kleiner dan 1. Kan de werkgever in het bijzonder worden verweten dat sprake is van gewichtige redenen, dan is de C-factor groter dan 1.

47 Kort gezegd, kan een concern een ‘geconsolideerde’ jaarrekening voor het concern publiceren als aan de vereisten van art. 2:403 BW is voldaan. Onder andere dient de moederverenootschap schriftelijk te verklaren zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de uit rechtshandelingen van de dochters voortvloeiende schulden.

48 Zie ook HR 11 april 2014, RvdW 2014/590 (UWV/Deterink q.q.).

49 Zie art. 3:278 BW.

50 Ik besprak deze casus eerder. Zie E. Loesberg, ‘Samenloop van verhaal’, in: *Knelpunten bij beslag en executie*, Serie Onderneming en Recht, deel 49, Deventer 2009, p. 482-483.

51 Art. 3:290 jo 6:52 BW. Betaalt de werkgever het loon niet als gevolg van betalingsonmacht, dan heeft de werknemer mogelijk een vordering op het UWV op grond van de in de art. 61-66 WW opgenomen loongarantieregeling. Omdat het beroep op de loongarantieregeling volgens de CRvB een laatste redmiddel voor de werknemer vormt als hij niet op een andere manier voldoening kan afdwingen, kan de werknemer niet worden tegengeworpen dat hij (ook) een beroep kan doen op de loongarantieregeling. Zie (bijvoorbeeld) CRvB 19 juni 2013, USZ 2013/221. Zie (ook): P.R.W. Schaik, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Deventer 2012, p. 78.

52 Zie HR 28 juni 1996, NJ 1997/397 (Hendriks/Slot q.q.).

53 Zie Wessels, *Insolventierecht II*, 3e druk, 2012, par. 2534.

art. 3:291 lid 2 BW ook aan A kan tegenwerpen.⁵⁴ Mocht de vordering van C niet worden voldaan, dan kan hij de veroordeling van B door de rechter krijgen tot betaling van zijn vordering.⁵⁵ Vervolgens kan hij op grond van art. 435 lid 3 Rv beslag ten laste van B op de auto leggen. Dit beslag moet aan A worden over betekend. Maakt A (tijdig⁵⁶) bezwaar tegen dit beslag, geldt het beslag jegens hem slechts als conservatoir en kan de executie jegens hem slechts plaatsvinden uit hoofde van een tegen hem verkregen executoriale titel om deze executie te dulden. Een titel om de executie te dulden, zal C kunnen krijgen omdat hij het retentierecht ook aan A kan tegenwerpen. Maakt A niet (tijdig) bezwaar, dan kan C tot openbare verkoop van de auto overgaan. Omdat hij op grond van art. 3:292 BW⁵⁷ voorrang heeft boven al degenen aan wie hij het retentierecht kan tegenwerpen, zal uit de executie-opbrengst eerst de vordering van C worden voldaan. Het surplus zal aan A worden uitgekeerd. Het retentierecht van C vervalt niet, als B failliet wordt verklaard.⁵⁸ Omdat de auto geen eigendom is van B en dus niet in de boedel valt, kan de curator van B de auto niet op grond van art. 60 Fw opeisen. Ook dan kan C wat mij betreft op grond van art. 435 lid 3 Rv ten laste van B beslag op de auto leggen. Omdat C zijn vordering op B niet uit de boedel voldaan wenst te krijgen⁵⁹, maar wil verhalen op de auto van A, kan C de curator van B in rechte betrekken en in die procedure zijn vordering laten vaststellen.⁶⁰ Vervolgens kan er worden geëxecuteerd, zoals hiervoor is beschreven.⁶¹

Art. 39 Fw

Is de huurder failliet verklaard, dan kan de huurovereenkomst – kort gezegd – in ieder geval op een termijn van drie maanden worden opgezegd. De huur die na de faillietverklaring opeisbaar wordt, is op grond van art. 39 Fw boedelschuld. In zijn arrest van 14 januari 2011, *NJ* 2011/114 (Aukema q.q./Uni-Invest) overweegt de Hoge Raad onder andere: ‘(...) dat de regeling van art. 39 berust op een afweging van enerzijds het belang van de boedel tot voorkoming van het oplopen van boedelschulden ter zake van niet langer gewenste huurverhoudingen, en anderzijds het belang van de verhuurder bij betaling van de huurprijs’. In Aukema q.q./Uni-Invest was tussen de verhuurder en de huurder overeengekomen dat de verhuurder recht had

op schadevergoeding als de huurovereenkomst als gevolg van de faillietverklaring van de huurder voortijdig zou eindigen. De curator wenste deze schadevergoedingsvordering niet te erkennen en krijgt van de Hoge Raad gelijk. De Hoge Raad overweegt: ‘De opzegging op de voet van artikel 39 is een regelmatige wijze van beëindiging van de huurovereenkomst, die niet tot schadevergoeding verplicht. Het resultaat van de bedoelde belangenafweging kan niet worden doorbroken door het bedingen van een recht op schadevergoeding ter zake van de huur die verschuldigd zou zijn geworden indien de huurovereenkomst niet tussentijds op de voet van artikel 39 zou zijn beëindigd.’ Met betrekking tot de positie van de werknemer na faillietverklaring van de werkgever is dit arrest van belang omdat de Hoge Raad overweegt: ‘Het vorenoverwogene strookt met hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in zijn arrest van 12 januari 1990, nr. 13748, *LJN* AC2325, *NJ* 1990/662, betreffende het op een soortgelijke belangenafweging berustende art. 40 Fw.’ Het door de Hoge Raad genoemde arrest is het arrest inzake Van Gelder Papier. In laatstgenoemd arrest legt de Hoge Raad art. 40 Fw uit. Uit Aukema q.q./Uni-Invest dient te worden afgeleid dat art. 39 Fw en art. 40 Fw vergelijkbare bepalingen zijn. Voor de uitleg van art. 40 Fw is dan ook de wetgeschiedenis van art. 39 Fw en de jurisprudentie met betrekking tot art. 39 Fw van belang. In het Regeringsantwoord naar aanleiding van het Verslag van de Tweede Kamer staat dat: ‘[o]ok in geval de gehuurde zaak nog niet is geleverd, is art. 39 als *lex specialis*, toepasselijk’.⁶² Hieruit kan worden afgeleid dat art. 40 Fw een ‘specialis’ is ten opzichte van art. 37 Fw, dat op wederkerige overeenkomsten in het algemeen ziet. Dit betekent wat mij betreft niet dat met betrekking tot de arbeidsovereenkomst art. 37 Fw nimmer van toepassing is. Het na de faillietverklaring van de werkgever geldende ontslagrecht is geregeld in art. 40 Fw. Voor zover het gaat om de continuïteit van de arbeidsovereenkomst, is art. 37 Fw van toepassing.⁶³ Dit leidt ertoe dat de werknemer de curator een redelijke termijn kan stellen om de arbeidsovereenkomst gestand te doen. Doet hij de arbeidsovereenkomst niet gestand, dan kan de curator geen nakoming van de arbeidsovereenkomst vragen en kan – wat mij betreft – de curator ook geen nakoming van het concurrentiebeding meer vragen.⁶⁴ Doet hij de arbeidsovereenkomst gestand, dan moet hij zekerheid stellen voor de bestaande en toekomstige vorderingen van de werknemer op de failliete werkgever, waardoor de schulden van de failliete werkgever aan de werknemer op het moment van de faillietverklaring ‘promoveren’ tot boedelschulden.⁶⁵ Uit Aukema q.q./Uni-Invest kan worden afgeleid dat de curator die de arbeidsovereenkomst op grond van art. 40

54 Zie HR 16 juni 2000, *NJ* 2000/733 (Derksen/Rabobank) alsmede HR 5 maart 2004, *NJ* 2004/548 (VGC/GE SeaCo).

55 Nadat B failliet is verklaard, kan C zijn vordering op B ter verificatie bij de curator van B indienen. Komt het tot een verificatievergadering en wordt de vordering van C geverifieerd, dan levert het proces-verbaal van de verificatievergadering een titel op. Zie art. 196 Fw.

56 Binnen acht dagen na de betekening.

57 Het retentierecht is een voorbeeld van een andere in de wet aangegeven grond voor voorrang. Zie art. 3:278 BW.

58 Dat blijkt uit art. 60 Fw. Zie (ook): HR 20 maart 1981, *NJ* 1981/640 (Veluwse Nutsbedrijven).

59 Zie art. 29 Fw.

60 Zie art. 25 Fw.

61 Vgl. H.A.G. Fikkers, Verhaalsuitoefening op een zaak van een derde, *TCR* 2000, p. 12-16.

62 Van der Feltz I, p. 422.

63 Zie E. Loesberg, ‘Werknemers en insolventie’, *JORplus* 2002, p. 61, alsmede E. Loesberg (2000), p. 18. Zie ook Wessels, *Insolventierecht II*, 3e druk, 2012, par. 2533. Van Zanten meent dat art. 40 Fw wel exclusief is en ook ziet op de continuïteit van de arbeidsovereenkomst. Zie Van Zanten (2012), p. 119-121.

64 Zie E. Loesberg (2000), p. 25-26.

65 Zie E. Loesberg (2000), p. 23.

Fw opzegt – in beginsel – niet schadeplichtig is.⁶⁶ Ook een opzegging op grond van art. 40 Fw moet als regelmatig worden gekwalificeerd. Een overeenkomst tussen de werkgever en de werknemer kan er niet toe leiden dat de werknemer een boedelvordering dan wel een te verifiëren vordering tot betaling van een afvloeiingsregeling heeft. Nog steeds geldt het Van Gelder Papier-arrest.⁶⁷ Naast de verwijzing in Aukema q.q./Uni-Invest naar Van Gelder Papier, kan erop worden gewezen dat de Hoge Raad in Koot/Tideman q.q. niet terugkomt op Van Gelder Papier.⁶⁸ Een op een bestaande overeenkomst gebaseerde afvloeiingsregeling, kan – ondanks Koot/Tideman q.q. – niet worden geverifieerd, omdat zulks niet past binnen het systeem van art. 40 Fw, zoals door de Hoge Raad uitgelegd in Van Gelder Papier en Aukema q.q./Uni-Invest. Van belang voor de uitleg van art. 40 Fw is ook het arrest van de Hoge Raad van 15 november 2013, NJ 2014/68 (Nieuweburen/Romania).⁶⁹ In Nieuweburen/Romania rees de vraag of de bank die na een beroep daarop door de verhuurder de, op verzoek van de huurder afgegeven, bankgarantie had ‘uitbetaald’, verhaal had op de failliete huurder. De Hoge Raad overweegt onder andere: ‘dat de in het arrest Aukema q.q./Uni-Invest bedoelde afweging heeft slechts betrekking op de verhouding tussen verhuurder en boedel. De op die afweging berustende regeling van artikel 39 Fw strekt niet mede ter bescherming van het belang van de gefailleerde. Er is daarom geen reden om een beding waarbij de huurder zich heeft verplicht tot vergoeding van de schade die de verhuurder lijdt door een voortijdig einde van de huurovereenkomst als gevolg van het faillissement van de huurder, nietig te achten jegens de gefailleerde huurder zelf, ingeval de huurovereenkomst wordt opgezegd op de voet van het artikel’. Het arrest Aukema q.q./Uni-Invest moet dan ook aldus worden verstaan dat dit beding in het geval van opzegging op de voet van art. 39 Fw alleen geen effect sorteert jegens de boedel. Dit betekent dat een op een overeenkomst tussen werkgever en werknemer gebaseerde vordering van de werknemer tot betaling van een afvloeiingsregeling geen boedelvordering noch een te verifiëren vordering in het faillissement van de failliete werkgever oplevert, maar wel jegens hem persoonlijk geldend kan worden gemaakt. Heeft de failliete werkgever vermogen dat niet in het faillissement valt, dan kan de werknemer daarop zijn vordering tot betaling van een afvloeiingsregeling verhalen. Eindigt het faillissement van de werkgever doordat alle boedelschulden en alle faillissementsschulden zijn voldaan – hetgeen in Van Gelder Papier het geval was – dan kan de werknemer de werkgever aanspreken voor zijn vordering tot betaling van een afvloeiingsregeling. In de praktijk komt het nog steeds voor dat de werknemer bij zijn indiensttreding met de werkgever een

golden parachute overeenkomt. Is deze golden parachute ‘afgedekt’ met een (abstracte) bankgarantie, dan kan de werknemer – als de tekst van de bankgarantie daaraan niet in de weg staat – een beroep doen op de bankgarantie in het geval hij na faillietverklaring van de werkgever door de curator wordt ontslagen. De bank heeft voor het door haar betaalde bedrag evenwel geen ‘regres’ op de failliete werkgever. De Hoge Raad overweegt in Nieuweburen/Romania immers: ‘Indien, zoals in deze zaak, een derde de nakoming van die vordering heeft gegarandeerd, brengen het faillissement van de huurder en een opzegging van de huurovereenkomst op de voet van artikel 39 Fw dus geen verandering in de verplichtingen uit die garantie, tenzij anders is bedongen. Voor de eventueel uit de nakoming van de garantie voor de derde voortvloeiende regresvordering op de gefailleerde huurder geldt eveneens dat deze niet kan worden uitgeoefend jegens de failliete boedel van de huurder. Indien de voorwaarden van de garantie dat toestaan, kan de garant hieraan een verweermiddel ontnemen jegens de verhuurder.’

Art. 40 Fw

Is de werkgever failliet verklaard, dan kan de arbeidsovereenkomst op grond van art. 40 Fw in ieder geval op een termijn van zes weken worden opgezegd.⁷⁰ Anders dan in het geval de werkgever niet failliet is verklaard, kan de opzegging ook tegen een datum voor het einde van een kalendermaand geschieden.⁷¹ Omdat in art. 40 Fw geen beperking aan het moment van opzegging is gekoppeld, kan ook geruime tijd na de faillietverklaring de arbeidsovereenkomst op grond van art. 40 Fw worden opgezegd.⁷² Voor 1 januari 1999 werd de opzegtermijn van zes weken in art. 40 Fw (oud) verlengd met de verlengde opzegtermijn van art. 7:672 BW (oud). Omdat verkregen rechten worden geëerbiedigd, kan de werknemer die op 1 januari 1999 al in dienst was van de later failliet verklaarde werkgever en toen al recht had op een verlengde opzegtermijn van art. 7:672 BW (oud) omdat hij destijds ouder dan 45 jaar was, zich erop beroepen dat de opzegtermijn van zes weken wordt verlengd met de termijn van art. 7:672 BW (oud).⁷³ In het geval dat de werkgever in Nederland failliet is gevraagd en de werknemer bijvoorbeeld in Duitsland voor de werkgever werkzaam is, rijst de vraag of de curator op grond van art. 40 Fw de arbeidsovereenkomst kan opzeggen of dat de Duitse *Insolvenzordnung* van toepassing is. Art. 10 van de Insolventieverordening bepaalt dat op die vraag het op de arbeidsovereenkomst toepasselijke recht van toepassing is, inclusief het insolventierecht van het toepasselijke recht.⁷⁴ Is (bijvoorbeeld) sprake van een

66 Vgl. P.R.W. Schaink, ‘De gevolgen van het arrest Koot/Tideman voor arbeidsrechtelijke casusposities’, *Tvl* 2014/2.

67 Vgl. (over de uitleg van het arrest van de Hoge Raad inzake Van Gelder Papier): E. Loesberg (2000), p. 19.

68 De Hoge Raad noemt een aantal arresten, waarop hij wel terugkomt.

69 Zie ook HR 22 november 2013, NJ 2014/69 (Autodrôme/Silvius q.q.).

70 Zie Asser/Heerma van Voss 7-V* 2008, nr. 368.

71 Zie HR 22 mei 1970, NJ 1970/419 (Smits/Bloemsma q.q.).

72 Vgl. Loesberg (2002), p. 59-60; R.M. Beltzer en J. van der Pijl, ‘De rechtspositie van werknemers bij surseance van betaling en faillissement’, in: *Arbidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer 2013, p. 217-218.

73 Vgl. Loesberg (2002), p. 60.

74 Dit volgt uit het toelichtend rapport van M. Virgos en E. Schmit. In randnummer 125 van hun rapport zeggen zij: ‘Article 10 derogates from

rechtskeuze voor Nederlands recht, dan is op grond van art. 8 van de Rome-I verordening (in beginsel) Nederlands insolventierecht van toepassing op de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator.⁷⁵

De art. 37 t/m 40 Fw zien gezien de tekst van deze bepalingen, waaruit impliciet⁷⁶ blijkt dat de wetgever ervan uitgaat dat het gaat om op het moment van de faillietverklaring al bestaande overeenkomsten, alleen op bestaande overeenkomsten. Neemt de curator, nadat de werkgever failliet is verklaard, een werknemer in dienst, dan is art. 40 Fw niet van toepassing op de opzegging van deze arbeidsovereenkomst door de curator. Partijen zullen het reguliere ontslagrecht dienen toe te passen, als zij de na de faillietverklaring van de werkgever tot stand gekomen arbeidsovereenkomst wensen te beëindigen.⁷⁷ Ook art. 40 Fw betreft alleen arbeidsovereenkomsten die op het moment van de faillietverklaring van de werkgever al tot stand waren gekomen.⁷⁸

De curator heeft voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst de machtiging van de rechter-commissaris nodig.⁷⁹ Zegt hij de arbeidsovereenkomst op zonder machtiging, dan is die opzegging vernietigbaar, op welke vernietigbaarheid de werknemer binnen vijf dagen na de opzegging een beroep moet doen.⁸⁰ In de opzegging moet

the general application of the law of the State of the opening of proceedings (Article 4) and makes the effects of the proceedings on employment contracts and on labour relations subject to the law of the Contracting State applicable to the contract of employment, including its law on insolvency.

Het rapport Virgos-Schmit is onder andere te raadplegen op: aei.pitt.edu.

75 Vgl. Loesberg (2002), p. 60-61. Ten onrechte gaat Schaïnk ervan uit dat de Nederlandse curator de arbeidsovereenkomst met een werknemer die in Duitsland voor de failliete werkgever werkt en waarop, bijvoorbeeld op grond van een keuze voor toepasselijkheid van dat recht, Duits recht van toepassing is, die overeenkomst op grond van art. 40 Fw kan opzeggen. Zie Schaïnk (2012), p. 200. De curator zal op grond van het Duitse insolventierecht de arbeidsovereenkomst dienen op te zeggen. Daarvoor heeft hij op grond van art. 68 lid 2 Fw wel de toestemming van de Nederlandse rechter-commissaris nodig. Zie A.J. Berends, *Insolventie in het internationaal privaatrecht*, Deventer 2011, p. 289-290. De omvang van de vordering van de werknemer wordt bepaald door de *lex causae*, dat is in de genoemde casus het Duitse recht. De rang van diens vordering wordt echter bepaald door de *lex concursus*, dat is in de geschetste casus het Nederlandse recht. Zie Berends (2011), p. 281. Werkt de werknemer buiten de Europese Unie voor de failliete werkgever, dan kan de arbeidsovereenkomst in alle gevallen op grond van art. 40 Fw worden opgezegd. Zie Berends (2011), p. 158-166.

76 Art. 37 Fw bepaalt onder andere: '(...) *ten tijde van de faillietverklaring zowel door de schuldenaar als door zijn wederpartij in het geheel niet of slechts gedeeltelijk is nagekomen* (...); terwijl art. 40 Fw onder andere bepaalt: '*Van de dag der faillietverklaring af zijn het loon en de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden boedelschuld*'.

77 Na vernietiging van de faillietverklaring is op grond van art. 13a Fw op de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator eveneens het reguliere ontslagrecht van toepassing.

78 In het verleden heb ik verdedigd dat arbeidsovereenkomsten die tussen de curator en de werknemer zijn gesloten door de curator op grond van art. 40 Fw kunnen worden opgezegd. Op dit standpunt kom ik terug. De tekst van art. 40 Fw sluit niet uit dat de curator de door hem gesloten arbeidsovereenkomst op grond van art. 40 Fw opzegt, maar de art. 37 t/m 40 Fw zien uitsluitend op bestaande overeenkomsten. Zie Loesberg (2000), p. 27-28.

79 Zie art. 68 lid 2 Fw.

80 Zie art. 72 lid 2 Fw.

de curator melding maken van de mogelijkheid appel in te stellen tegen de machtiging en van de termijn waarbinnen de werknemer appel kan instellen. Maakt de curator geen melding van de appelmogelijkheid en/of van de termijn waarbinnen het appel moet worden ingesteld, dan is de opzegging eveneens vernietigbaar op welke vernietigbaarheid de werknemer binnen veertien dagen na de opzegging een beroep moet doen.⁸¹ Meestal zet de curator de onderneming van de failliete werkgever niet (lang) voort. Die onderneming wordt aan een derde vervreemd of de curator gaat tot liquidatie over. De praktijk is vaak dat de curator alle werknemers ontslaat. Dan zal een appel tegen de machtiging meestal geen zin hebben. Is de onderneming vervreemd of de exploitatie van de onderneming gestaakt, is het ontslag van de werknemers onvermijdelijk. Appel tegen de machtiging zal in de praktijk alleen zin hebben als de curator niet alle werknemers ontslaat en de keuze van de curator van de werknemers die hij heeft ontslagen gewraakt kan worden.

In zijn arrest inzake Van Gelder Papier heeft de Hoge Raad overwogen dat de curator de werknemer op grond van art. 40 Fw kan ontslaan, indien voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet in het belang van de boedel is. Omdat dit vereiste niet in art. 40 Fw staat, maar door de Hoge Raad wordt 'ingelesen', meen ik dat de kantonrechter slechts marginaal mag toetsen of voortzetting van de arbeidsovereenkomst al dan niet in het belang van de boedel is. Wat mij betreft, is de curator (in beginsel) vrij in de keuze welke werknemers hij ontslaat en welke werknemers hij (voorlopig) in dienst houdt. De curator moet bijvoorbeeld de kosten kunnen reduceren en hij moet kunnen kiezen voor de 'goedkoopste' werknemers. Zou het anders zijn, dan

De curator heeft voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst de machtiging van de rechter-commissaris nodig

resteert slechts spoedige vervreemding van de onderneming van de gefailleerde werkgever dan wel staking daarvan, hetgeen tot het ontslag van alle werknemers zal leiden. De curator moet wel verantwoording afleggen hoe hij de werknemers die hij wenst te ontslaan, heeft geselecteerd. Afspiegeling en anciënniteitbeginselen⁸² zijn wat mij betreft niet (direct) van toepassing.⁸³ In dit verband is van belang dat een opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator volgens de Hoge Raad in Van Gelder Papier in

81 Zie art. 67 lid 2 Fw.

82 Vraagt de werkgever ex art. 6 BBA om een ontslagvergunning, dan dient het UWV WERKbedrijf het verzoek te toetsen aan het Ontslagbesluit. In het Ontslagbesluit (*Stcrt.* 2014, 5210) zijn afspiegeling en anciënniteitbeginselen opgenomen.

83 De minister zegt in de Memorie van Antwoord van 2 november 1987 tot Wijziging van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945: '*Met het oog op een zo goed mogelijke verkoop, zal de curator niet steeds rekening kunnen en behoeven te houden met de door het GAB gehanteerde selectiecriteria*'. Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 19 810, nr. 5, p. 7.

beginsel niet kennelijk onredelijk is. Die opzegging kan wel kennelijk onredelijk zijn indien sprake is van een kennelijk onredelijke selectie. Van een kennelijk onredelijke selectie zal sprake kunnen zijn als de curator zijn keuze van de werknemers die hij ontslaat niet kan verantwoorden.

Is sprake van een onregelmatig ontslag⁸⁴, bijvoorbeeld omdat de werknemer ten onrechte door de curator op staande voet is ontslagen, dan is de vergoeding ex art. 7:680 BW boedelschuld.⁸⁵ In dat geval kan het ontstaan

In geval van een collectief ontslag zal de curator het voornemen van het collectief ontslag aan de vakbonden dienen te melden

van de vordering aan de curator worden toegerekend. Hij heeft de werknemer immers onregelmatig of ten onrechte op staande voet ontslagen. Hetzelfde geldt als sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag ex art. 7:681 BW door de curator.⁸⁶

In art. 6 lid 2 onder c Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 ('BBA') staat dat voor een opzegging van de arbeidsovereenkomst geen ontslagvergunning nodig is: 'indien de opzegging geschiedt ten gevolge van faillissement van de werkgever (...)'. Dit leidt er wat mij betreft toe dat de curator voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst geen ontslagvergunning nodig heeft⁸⁷, ook in het geval hij de werknemer op grond van disfunctioneren wenst te ontslaan. Wat mij betreft, moet een discussie of de opzegging al dan niet geschiedt ten gevolge van het faillissement van de werkgever worden vermeden. Op grond van de tekst van het BBA kan daar echter anders over worden gedacht.⁸⁸ Wordt het faillissement vernietigd, dan is op de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator het reguliere ontslagrecht van toepassing.⁸⁹ Dit leidt ertoe dat de werknemer zich op de vernietigbaarheid van de opzegging kan beroepen, omdat hij zonder ontslagvergunning ontslagen is.⁹⁰ Wat mij betreft, zijn individuele beletsen (beletselen in de persoon van de werknemer), zoals het opzegverbod tijdens ziekte⁹¹ na de faillietverklaring, van de werknemer (in beginsel) niet van toepassing en kan de curator de zieke werknemer ontslaan.⁹² Ik zou denken

dat de curator ook een werknemer die lid is van de ondernemingsraad kan ontslaan, als voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet in het belang van de boedel is.⁹³ Daar heeft de Hoge Raad echter nog geen uitspraak over gedaan. Opzegverboden met een internationaalrechtelijke achtergrond, zoals het opzegverbod van de werknemster die bevallingsverlof geniet⁹⁴, zijn na de faillietverklaring van de werkgever nog steeds van toepassing, omdat in de desbetreffende internationale regeling geen uitzondering is gemaakt voor de faillietverklaring van de werkgever.⁹⁵ Collectieve beletsen, beletselen ten aanzien van alle werknemers, zijn (gedeeltelijk) wel van toepassing. In geval van een collectief ontslag zal de curator het voornemen van het collectief ontslag aan de vakbonden dienen te melden.⁹⁶ De vakbonden zullen met betrekking tot het voorgenomen ontslag door de curator dienen te worden geraadpleegd. Art. 3 lid 2 van de Wet Melding Collectief Ontslag bepaalt: 'De raadpleging, (...), heeft ten minste betrekking op de mogelijkheden om de collectieve ontslagen te voorkomen of in aantal te verminderen alsook op de mogelijkheid de gevolgen ervan te verzachten, door het nemen van sociale begeleidingsmaatregelen, meer bepaald om bij te dragen tot de herplaatsing of de omscholing van de werknemers ten aanzien van wie bij de werkgever het voornemen bestaat de arbeidsovereenkomst te beëindigen.' Heeft de curator het voorgenomen ontslag niet gemeld of de vakbonden niet geraadpleegd, dan is de opzegging van de arbeidsovereenkomsten vernietigbaar.⁹⁷

In theorie kan na de faillietverklaring van de werkgever door de werknemer dan wel door de curator een verzoekschrift ex art. 7:685 BW tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst worden ingediend. Omdat een vergoeding ex art. 7:685 BW de in art. 40 Fw opgenomen belangenafweging zou doorkruisen, meen ik dat de kantonrechter geen vergoeding aan de werknemer ten laste van de curator zou dienen toe te kennen.⁹⁸

Het arrest van de Hoge Raad van 13 juli 2012, «JOR» 2012/307 (Aeilkema/Omta q.q.) betreft de curieuze casus dat Aeilkema niet alleen indirect bestuurder van de failliete werkgever was, maar tevens als buitendienstmedewerker bij haar in dienst was. De curator had niet gezien dat Aeilkema ook werknemer was en had verzuimd hem te ontslaan. Een geruime tijd na de faillietverklaring claimde Aeilkema het loon na de faillietverklaring. De curator stelde dat Aeilkema zich niet op art. 40 Fw kon beroepen,

84 Zie art. 7:677 lid 2 BW.

85 Zie E. Loesberg (1998), p. 70. Zie ook Van der Grinten (2011), p. 336.

86 Zie E. Loesberg (1998), p. 72. Zie ook Van der Grinten (2011), p. 334.

87 Vgl. Bakels (2011), p. 166, alsmede: Asser/Heerma van Voss 7-V* 2008, nr. 333.

88 Beltzer en Van der Pijl betogen dat de curator een ontslagvergunning nodig heeft als hij de werknemer op grond van disfunctioneren ontslaat. Zie Beltzer en Van der Pijl (2013), p. 213.

89 Zie art. 13a Fw.

90 Zie art. 6 jo 9 BBA.

91 Zie art. 7:670 lid 1 BW alsmede: E. Loesberg (1998), p. 72. Zie ook Van der Grinten (2011), p. 334.

92 De minister zegt in de Memorie van Antwoord van 2 november 1987 tot Wijziging van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945: 'De civielrechtelijke ontslagverboden zijn niet van toepassing.' Zie Tweede Kamer, vergaderjaar 1987-1988, 19 810, nr. 5, p. 6. Het standpunt van Beltzer en Van der Pijl dat de ontslagverboden wel van toepassing zijn, is

niet juist. Zie Beltzer en Van der Pijl (2013), p. 214. Hun observatie dat de (meeste) opzegverboden 'de facto' niet van toepassing zijn, lijkt mij wel juist. Zie Beltzer en Van der Pijl (2013), p. 214.

93 Zie E. Loesberg (1998), p. 75. Zie ook Van der Grinten (2011), p. 334, alsmede Bakels (2011), p. 166.

94 Zie art. 7:670 lid 2 BW. Dat een vrouw die een kind heeft gekregen recht heeft op bevallingsverlof staat in het ILO-verdrag nr. C 183 van 2000, welk verdrag door Nederland is geratificeerd. ILO-verdragen werken rechtstreeks in de Nederlandse rechtsorde.

95 Vgl. Rb. Roermond 15 januari 2013, ECLI:NL:RBROE:2003:AF4984.

96 Art. 3 lid 1 Wet Melding Collectief Ontslag.

97 Art. 7 Wet Melding Collectief Ontslag.

98 Beltzer en Van der Pijl achten de kans dat een vergoeding wordt toegerekend, beperkt. Zie Beltzer en Van der Pijl (2013), p. 222.

omdat de werkgever als gevolg van een eigen aangifte van Aeilkema als indirect bestuurder failliet was verklaard. De Hoge Raad overweegt: *'Het hof heeft (...) vastgesteld dat [Aeilkema] op 1 juni 2004 een arbeidsovereenkomst met [de failliete werkgever] heeft gesloten. Vaststaat dat de curator de overeenkomst, voor zover nodig, eerst op 29 december 2008 op de voet van art. 40 F. heeft opgezegd. De door het hof (...) genoemde omstandigheden kunnen niet zijn kennelijke oordeel dragen dat de arbeidsovereenkomst voordien op een andere wijze tot een einde is gekomen.'* De casus inzake: Aeilkema/Omta q.q. laat zien dat de curator soms niet weet wie werknemers zijn van de failliete werkgever. Hij doet er verstandig aan bij twijfel – voor zoveel nodig – de arbeidsovereenkomst op te zeggen om te voorkomen dat een derde geruime tijd na de faillietverklaring betoogt werknemer te zijn en het loon na de faillietverklaring claimt.

Art. 40 Fw kent geen eigen loonbegrip. Datgene dat normaliter loon is, is ook loon in de zin van art. 40 Fw.⁹⁹ Niet duidelijk is of een zogenoemde loyalty bonus als loon in de zin van art. 40 Fw moet worden geduid. In zijn vonnis van 8 maart 2006, «JOR» 2006/166 (Van Hoof/Dulack en Van Andel q.q.) heeft de kantonrechter in Utrecht de vraag of de vordering van Van Hoof tot uitbetaling van een bonus als boedelvordering moet worden gekwalificeerd omdat een van de voorwaarden voor het ontvangen van de bonus, namelijk zijn betrokkenheid bij de realisatie van de verkoop van de onderneming van de inmiddels failliete werkgever van Van Hoof, eerst tijdens de aan het faillissement voorafgaande surseance van betaling¹⁰⁰ was gerealiseerd, niet beantwoord, omdat sprake was van een

verificatiegeschil. Ik kan mij voorstellen dat sprake is van een boedelvordering, omdat de prestatie die de werknemer diende te verrichten eerst tijdens de surseance van betaling heeft plaatsgevonden.¹⁰¹

Heeft de werkgever de werknemer voor de faillietverklaring ontslagen tegen een tijdstip waarop de werkgever inmiddels failliet is verklaard, dan kan de werknemer een vordering op grond van kennelijk onredelijk ontslag¹⁰² ter verificatie indienen. Dat de werknemer eventueel door de curator tegen een eerder tijdstip is ontslagen, doet niet ter zake, omdat het ontslag door de werkgever niet kan worden ingetrokken en dat ontslag al dan niet kennelijk onredelijk is. Wat mij betreft, is voor de vraag of het ontslag kennelijk onredelijk is van belang dat de werkgever inmiddels failliet is verklaard en mijns inziens moet op grond daarvan de vordering van de werknemer niet worden gehonoreerd.¹⁰³ In zijn arrest van 3 februari 2000, «JOR» 2000/63 (Fokker 55+) heeft het Hof Amsterdam geoordeeld dat met oudere werknemers gemaakte afspraken over hun vertrek bij het bereiken van de vijfenvijftigjarige leeftijd als beëindigingsovereenkomsten moesten worden geduid en de overeengekomen afvloeiingsregelingen konden worden geverifieerd, ook al waren zij na de faillietverklaring van de werkgever 55 jaar geworden en waren zij door de curatoren ontslagen. Ik vind die uitspraak verdedigbaar, omdat de gemaakte afspraken zo konden worden verstaan dat de arbeidsovereenkomsten van rechtswege op het moment dat de betrokken werknemers 55 jaar oud werden, zouden eindigen.¹⁰⁴

In de praktijk zal het voorkomen dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst voor de faillietverklaring van de werkgever heeft ontbonden tegen een tijdstip na de faillietverklaring. Kan de curator het verzoek ex art. 7:685 BW nog intrekken¹⁰⁵, rijst de vraag of hij dat moet doen. Stel bijvoorbeeld dat de kantonrechter de arbeidsovereenkomst tussen werkgever A en werknemer B op 3 november 2014 heeft ontbonden met ingang van 1 december 2014 met toekenning aan B ten laste van A van een vergoeding van € 500.000 met de bepaling dat het verzoek voor 29 november 2014 kan worden ingetrokken en A op 25 november 2014 failliet wordt verklaard. Trekt de curator

99 Zie HR 3 december 1999, NJ 2000, 53 (LISV/Wilderink q.q.). In LISV/Wilderink q.q. overweegt de Hoge Raad: *'De aan het einde van de dienstbetrekking voor het recht op vakantie in de plaats komende aanspraak op een uitkering in geld behoort als loon in de zin van de art. 7A:1638 en 7A:1638q (oud) BW (thans art. 7:616 onderscheidenlijk 7:625) te worden aangemerkt (HR 6 maart 1998, nr. 16550, NJ 1998, 527). Het begrip loon in de zin van art. 40 lid 4F, wijkt, getuige ook de geschiedenis van deze wet, niet af van het begrip loon in de zin van het Burgerlijk Wetboek. Ingevolge art. 40 lid 4 F vormt een zodanige uitkering derhalve van de dag der faillietverklaring af een boedelschuld. De aanspraak op die uitkering ontstaat, ongeacht of deze betrekking heeft op vakantieaanspraken opgebouwd vóór de dag der faillietverklaring dan wel op nadien opgebouwde aanspraken, eerst bij de beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Nu die beëindiging hier heeft plaatsgevonden na de dag der faillietverklaring, is de uitkering in geld niet slechts boedelschuld voorzover zij betrekking heeft op vakantieaanspraken opgebouwd vanaf die dag, zoals de Rechtbank heeft geoordeeld, maar in haar geheel.'* Omdat het loon over de opzegtermijn boedelschuld is, zou ik menen dat de vergoeding voor de niet opgenomen vakantiedagen, nog steeds boedelschuld is. Daarbij is van belang dat de Hoge Raad in Koot/Tideman q.q. niet op LISV/Wilderink q.q. is teruggekomen, terwijl zij dat met betrekking tot andere eerdere arresten wel heeft gedaan. Zie (ook) B.J. Tideman en R.P.R. Nolten, 'Vordering tot vergoeding van niet-genoten vakantiedagen van door de curator ontslagen werknemers: boedelschuld of toch niet?', Tvl 2013/43, A.J. Tekstra, 'Drie soorten boedelschulden in faillissement', «FIP» 2013/4, p. 132, en W.J.M. van Andel en T.T. van Zanten, 'Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden', Tvl 2013/26.

100 Op grond van art. 249 Fw zijn – kort gezegd – boedelschulden in de surseance van betaling boedelschulden in het daarop volgende faillissement.

101 Vgl. HR 3 december 1999, NJ 2000, 53 (LISV/Wilderink q.q.).

102 Zie art. 7:681 BW.

103 Vgl. Rb. Groningen 25 februari 2000, «JOR» 2000/156 (Van Dijk/Wolgen q.q.).

104 Dat in de beëindigingsovereenkomsten was overeengekomen dat de kantonrechter zou worden gevraagd de arbeidsovereenkomst te ontbinden dan wel een ontslagvergunning zou worden gevraagd, doet daar niet aan af. Het hof overwoog ter zake: *'Curatoren hebben evenwel niet, althans niet voldoende gemotiveerd betwist dat, zoals door geïntimeerden gesteld, de in de beëindigingsovereenkomsten bedoelde procedures via de kantonrechter of directeur Regionaal Bureau voor de Arbeidsvoorziening niet meer dan een formaliteit vormden, zulks in overeenstemming met de gangbare arbeidsrechtpraktijk. Gelet hierop, en op hetgeen partijen in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs over en weer van elkaar mochten verwachten, moet de opvatting van curatoren dat de in de beëindigingsregeling vervatte procedure aan het bindend karakter van de regeling in de weg stond, worden verworpen.'*

105 Zie art. 7:685 lid 9 BW.

het verzoek niet in, dan eindigt de arbeidsovereenkomst op 1 december 2014. De arbeidsovereenkomst hoeft door de curator niet meer te worden opgezegd en hij bespaart het loon over de opzegtermijn. Omdat de vergoeding is ontstaan door de beschikking van de kantonrechter van 3 november 2014, heeft B een preferent te verifiëren vordering van € 500.000. Gaat de curator ervan uit dat (uiteindelijk) sprake zal zijn van een negatieve boedel (de opbrengst van het te gelde maken en vergroten van de boedel is kleiner dan de totaliteit aan boedelschulden), dan moet de curator zo min mogelijk boedelschulden maken. In dat geval zal hij het verzoek niet moeten intrekken. Omdat er geen ruimte is voor enige uitkering aan faillissementsschuldeisers, zal ook de vordering van B niet worden voldaan. Als de inschatting van de curator is dat (uiteindelijk) sprake zal zijn van een ‘vette’ boedel (nadat de boedelschulden zijn voldaan resteert er geld om de preferente schuldeisers volledig en de concurrenten (gedeeltelijk) uit te betalen), zal hij moeten zorgen voor zo min mogelijk schulden (boedelschulden en faillissementsschulden) in het algemeen en zal hij het verzoek wel moeten intrekken. Deze beslissing is niet steeds eenvoudig, omdat kort na de faillietverklaring niet altijd duidelijk zal zijn dat sprake is van een negatieve dan wel van een ‘vette’ boedel.

Slotbeschouwing

Bestaande arbeidsovereenkomsten vervallen noch wijzigen door de faillietverklaring van de werkgever. Het recht op wanprestatie van de curator houdt niet in dat hij de werknemer de toegang tot het werk kan ontfagen. Wil hij dat de werknemer zijn werkzaamheden voor de failliete

werkgever niet voortzet, dan zal hij de werknemer op non-actief moeten stellen of schorsen. In het geval dat voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet in het belang van de boedel is, kan de curator de arbeidsovereenkomst op grond van art. 40 Fw opzeggen. Omdat de Hoge Raad in Aukema q.q./Uni-Invest leert dat in art. 39 Fw dezelfde belangenafweging is opgenomen als in art. 40 Fw, is voor de uitleg van art. 40 Fw de wetsgeschiedenis van art. 39 Fw en de jurisprudentie ten aanzien van art. 39 Fw van belang. Omdat een opzegging ex art. 39 Fw regelmatig is en een contractuele schadevergoedingsvordering volgens Aukema q.q./Uni-Invest niet in het faillissement (ter verificatie) kan worden ingediend, kan ook een contractuele afvloeiingsregeling in het faillissement van de werkgever niet geldend worden gemaakt. Dit betekent dat Van Gelder Papier nog steeds geldt, hetgeen bevestigd wordt door Koot/Tideman q.q. waarin de Hoge Raad niet terugkomt op Van Gelder Papier.

De werknemer die op het moment van de faillietverklaring vordering heeft op de failliete werkgever, kan deze vorderingen ter verificatie indienen. Deze vorderingen zijn preferent, voor zover dat voortvloeit uit art. 3:288 BW. Een vordering op grond van een contractuele afvloeiingsregeling bij voorbaat, bijvoorbeeld in een sociaal plan, levert geen boedelvordering noch een faillissementsvordering op. Deze vordering kan alleen op de failliete werkgever zelf en niet op de boedel worden verhaald.

Over de auteur

Mr. E. Loesberg is senior rechter in de Rechtbank Oost-Brabant; hij is werkzaam als voorzieningenrechter.

366. Pensioen bij faillissement van een werkgever

PROF. MR. DRS. M. HEEMSKERK

In deze bijdrage analyseer ik de pensioengevolgen bij faillissement van de werkgever. Eerst bespreek ik de wettelijke verplichting voor de werkgever om het pensioen extern onder te brengen bij een pensioenuitvoerder en de verplichting voor pensioenuitvoerders om pensioentekorten te voorkomen. Daarna bespreek ik de pensioengevolgen voor werknemers van wie de werkgever failliet gaat. Vervolgens bespreek ik de aansprakelijkheid voor bestuurders van failliete vennootschappen die niet tijdig pensioenpremies hebben afgedragen. Ik sluit af met een conclusie.

De externe onderbrengingsplicht voor pensioen

Gaat een werkgever failliet, dan is het aanvullend pensioen daarmee niet verdwenen. Het hart van de pensioenwetgeving is gericht op pensioenbescherming en dat komt tot uiting in de wettelijke verplichting voor werkgevers om het voor werknemers bestemde pensioenvermogen extern onder te brengen bij een pensioenuitvoerder (art. 23 Pensioenwet). De juridische scheiding tussen werkgever en pensioenuitvoerder voorkomt dat het voor pensioen bestemde geld verloren gaat als de werkgever failliet gaat. Zo'n 75% van de werknemers neemt deel aan een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds, zoals ABP, Zorg en Welzijn of Bpf Bouw. Andere pensioenuitvoerders zijn de ondernemingspensioenfonds (Hoogovens Pensioenfonds, Philips Pensioenfonds) en pensioenverzekeraars, zoals Aegon en Nationale Nederlanden. Het pensioengeld mag dus niet op de balans van de werkgever staan als (werk)kapitaal, maar moet veilig extern zijn ondergebracht. Voor de directeur-groootaandeelhouder ('dga')¹ geldt die verplichting niet. Hij kan zijn pensioen in eigen beheer hebben. Zijn pensioen – en het nabestaandenpensioen van zijn partner en kinderen – kan bij faillissement ook 'failliet gaan'. Kortom: is er een dga, dan is extra voorzichtigheid geboden bij de beoordeling van de pensioengevolgen.

Pensioenbescherming tegen faillissement pensioenuitvoerder

De overheid is van oordeel dat pensioenuitvoerders niet failliet behoren te gaan. Er zijn allerlei financiële spelregels voor pensioenfondsen in de Pensioenwet opgenomen in een

financieel toetsingskader (FTK) die dat tegengaan. Zo moet een pensioenfonds een herstelplan indienen en maatregelen nemen om alle pensioenverplichtingen na te komen. Als uiterste redmiddel is er voor pensioenfondsen de mogelijkheid om de pensioenaanspraken en pensioenuitkeringen te korten (art. 134 Pensioenwet). Die kortingsmaatregel was bedoeld als paardenmiddel. Door de financiële crises daalde de waarde van de pensioenbeleggingen en stond de marktrente historisch laag. Het resultaat was voor veel pensioenfondsen een te lage dekkingsgraad. In april 2013 werd het pensioen van 5,5 miljoen mensen gekort (ook wel aangeduid als afstempelen).² Bij verzekeraars is korten niet mogelijk. Voor hen gelden de financiële voorschriften uit de Wet op het financieel toezicht.

Overheidsaansprakelijkheid bij pensioen < 50%

De overheid kan aansprakelijk zijn indien bij faillissement er een pensioenverlies is van meer dan 50%. Dat blijkt uit art. 8 van de Insolventierichtlijn 2008/94 en twee uitspraken van het HvJ EG. In het Robins-arrest uit 2007 oordeelde het HvJ kort en goed dat de lidstaat een pensioenuitkering van minimaal 49% van zijn opgebouwde pensioenrechten moet 'garanderen'.³ In het Hogan-arrest uit 2013 werd de Ierse overheid op de vingers getikt nadat door het faillissement van werkgever Waterford Crystal nog slechts 16 tot maximaal 41% van het opgebouwd pensioen overbleef.⁴ Het effect van deze Europese bescherming is nuttig als ondergrens. Het komt naar mijn inschatting (nog) niet voor dat Nederlandse pensioenuit-

¹ Voor een definitie van dga zie art. 1 Pensioenwet. De dga kan zijn pensioen op grond van overgangsrecht extern moeten onderbrengen.

² Persbericht DNB 22 januari 2013, 'Kortingen pensioenfondsen vallen lager uit'.

³ HvJ 25 januari 2007, NJ 2007, 319 (Robins).

⁴ HvJ EU 25 april 2013, C 398/11, TRA 2013/73 (Hogan).

voeders minder dan 50% van het opgebouwd pensioen overhouden na faillissement. Daarom lijkt dit vooralsnog weinig toepasbaar in de praktijk.

Faillissement: pensioenopbouw stopt?

Stopt de deelname aan de pensioenregeling, dan behoudt de werknemer zijn tot dat moment opgebouwde pensioenaanspraken.⁵ De Pensioenwet bepaalt eveneens dat

lid 5 Pensioenwet). Wie bijvoorbeeld niet beschikbaar is voor de arbeidsmarkt of als zelfstandige start of anderszins geen WW-rechten heeft, heeft geen nabestaandende dekking. Dat partnerpensioen wordt, indien er wél tijdelijke dekking is, vastgesteld alsof er zou zijn opgebouwd. Bij een kort dienstverband is er dus weinig partnerpensioen. Overigens kan de werknemer ervoor kiezen om een deel van zijn ouderdompensioen uit te ruilen voor partnerpensioen (art. 61 Pensioenwet). Dat gebeurt weinig. Advocaten dienen in voorkomende gevallen werknemers hierop te wijzen om aansprakelijkheid te voorkomen.

Geen VUT of voorwaardelijk pensioen en verlies aan indexatie?

Vervroegde uittreding ('VUT') en voorwaardelijk pensioen zijn geen opgebouwd pensioen. Daardoor zijn de beschermende regels die bij pensioen gelden – waaronder de affinancieringsplicht – niet van toepassing. Gaat de werkgever failliet, dan verliest de werknemer zijn vooruitzicht op VUT en voorwaardelijk pensioen. Die aanspraken op VUT en voorwaardelijk pensioen zijn niet afgefinancierd. Voorwaardelijk pensioen komt veel voor in pensioenreglementen als 'reparatie' voor het wegvallen van de fiscale mogelijkheid voor VUT en prepensioen. Dat voorwaardelijk pensioen kan in afwijking van de Pensioenwet binnen uiterlijk vijftien jaar nadat de voorwaardelijke pensioenaanspraken waren toegezegd worden opgebouwd en gefinancierd. Is het niet gefinancierd binnen die vijftien jaar en gaat de werkgever failliet, dan is de voorwaarde niet vervuld en het pensioenvooruitzicht weg. Bij vaststellingsovereenkomsten met werknemers is het oppassen geblazen voor advocaten. Zo oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden op 25 juni 2014 dat de advocaat die een werknemer bijstond bij zijn vaststellingsovereenkomst, de werknemer onvoldoende had gewezen op de pensioenrisico's bij faillissement van zijn werkgever daarvoor aansprakelijk was.⁹ De advocaat had de werknemer, van wie de advocaat wist dat hij ernstig ziek was, moeten waarschuwen voor de risico's die de vaststellingsovereenkomst opleverde voor zijn pensioen. De werknemer had benadrukt dat hij zich zorgen maakte om zijn pensioensituatie en het faillissementsrisico van de werkgever. Onderdeel van de vaststellingsovereenkomst uit 2009 was de bepaling dat de directie garandeert dat bestaande aanspraken op de VUT-regeling en de overgangsregeling voor oudere werknemers van kracht blijven. Op 8 juli 2010 gaat de werkgever failliet. De betaling van de werkgever aan de pensioenopbouw eindigde toen. Daarmee was de garantie een lege huls gebleken. De advocaat had volgens het hof moeten onderzoeken of het faillissementsrisico had kunnen worden 'wegonderhandeld'. Van belang was tevens dat hij de risico's voor het pensioen niet voldoende met de werknemer had besproken. Bovendien was het mogelijk om met het pensioenfonds afspraken te maken over een faillissementsbestendige pensioenstorting.

Pensioenfouten bij een faillissement van de werkgever kunnen leiden tot hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders en beroepsfouten van advocaten

pensioenaanspraken moeten zijn afgefinancierd.⁶ Die combinatie van affinanciering door de werkgever en de externe onderbrengingsplicht biedt werknemers relatieve zekerheid. De werknemer voor wie deelname aan de pensioenregeling eindigt, wordt een gewezen deelnemer (een zogenaemde slaper). De hoofdregel is dat bij faillissement de arbeidsovereenkomst na opzegging door de curator eindigt en dat daarmee de pensioenopbouw stopt.⁷ Dat is geen automatisme. Beslissend is of de deelname aan de pensioenregeling eindigt. Dat moet blijken uit het pensioenreglement. Vaak staan er in het pensioenreglement separate bepalingen over einde deelname. In het pensioenreglement kan ook de mogelijkheid staan dat de (ex-) deelnemer de deelname vrijwillig voortzet.⁸ In dat geval dient hij de gehele pensioenpremie te betalen, dus ook de werkgeversbijdrage. Zo kan de deelnemer of zelfstandige een pensioengat voorkomen.

Geen nabestaandenpensioen?

Faillissement kan betekenen dat de dekking voor nabestaandenpensioen vervalt. Gangbaar, maar dus niet verplicht, is een nabestaandenpensioen van 70% van het ouderdompensioen en een wezenpensioen van 14% van het ouderdompensioen. Als het nabestaandenpensioen op risicobasis is verzekerd, is er geen dekking indien deelname aan de pensioenregeling eindigt. Er is door dat risicokarakter in beginsel slechts een nabestaandenpensioen tijdens het dienstverband. Dit realiseren weinig werknemers (en hun advocaten) zich. Krijgt de ex-werknemer een fataal ongeval, dan heeft zijn partner geen nabestaandenpensioen en is er in beginsel geen wezenpensioen voor zijn kinderen. De Pensioenwet beschermt de nabestaanden met een tijdelijke dekking voor partnerpensioen – dus niet voor wezenpensioen – tijdens de periode dat de werknemer recht heeft op een Werkloosheidswet ('WW')-uitkering (art. 55

5 Art. 20 Pensioenwet.

6 Art. 55 Pensioenwet.

7 E. Lutjens, 'Pensioengevolgen van een ontslag', AR 2013, 2.

8 Art. 54 Pensioenwet.

9 Hof Arnhem-Leeuwarden 24 juni 2014, «JAR» 2014, 210.

Achterstallige pensioenpremies voor UWV?

Bij faillissement van de werkgever komt het voor dat de werkgever niet alle pensioenpremies heeft betaald. Het UWV is verplicht om onder omstandigheden de verplichting tot betaling van pensioenpremies in het jaar voorafgaand aan de datum waartegen de arbeidsovereenkomst door de curator is opgezegd, over te nemen (art. 64 lid 1 sub c WW). De overnameverplichting van het UWV strekt zich niet uit tot voorliggende financieringsachterstanden. Ook dient het UWV de pensioenpremie over de opzegtermijn over te nemen.

Bestuurdersaansprakelijkheid voor niet betaalde pensioenpremies

Veel bestuurders van vennootschappen realiseren zich niet of veel te laat dat het niet betalen van pensioenpremies aan hun verplichtgestelde bedrijfstakpensioenfondsen leidt tot hun hoofdelijke aansprakelijkheid voor de pensioenpremies. Dat biedt mogelijkheden voor curatoren die achterstallige pensioenpremies constateren. Bestuurdersaansprakelijkheid voor niet betaalde pensioenpremies leidt steeds vaker tot jurisprudentie. Zo waren de bestuurders van horeca-aangelegenheden La Gare¹⁰, De Bonte Koe¹¹ en Café X¹² allemaal hoofdelijk aansprakelijk.¹³ Maar ook de bestuurder van een notariskantoor in Meppel¹⁴ moest eraan geloven. Bestuurders zijn op grond van art. 23 Wet Bpf 2000 namelijk hoofdelijk aansprakelijk voor de betaling van pensioenpremies door hun onderneming aan een verplicht bedrijfstakpensioenfonds.¹⁵ Deze regeling is een kopie van de regeling van de fiscale bestuurdersaansprakelijkheid in art. 36 e.v. Invorderingswet 1990. Bestuurders van rechtspersonen die in betalingsmoeilijkheden verkeren, moeten de betalingsonmacht binnen veertien dagen nadat de premie had moeten zijn voldaan, melden aan het bedrijfstakpensioenfonds, zodat het Bpf zich kan beraden.¹⁶ Melden bevrijdt de bestuurder niet, maar geeft de

bestuurder meer ruimte om zijn hoofdelijke aansprakelijkheid te bestrijden. Zonder tijdige en rechtsgeldige melding komt de bestuurder niet meer toe aan weerlegging van het vermoeden dat het niet betalen van pensioenpremies niet aan hem te wijten is, simpelweg doordat de regelgeving dan aansprakelijkheid aanneemt. Ook bestuurders van vennootschappen die niet onder een verplichtgesteld bedrijfstakpensioenfonds vallen, kunnen aansprakelijk zijn voor pensioenschade. Dat ondervond ook de bestuurder van een Alkmaars taxibedrijf die wel de werknemerspremie inhield op het loon, maar deze (en de werkgeversbijdrage) niet afdroeg aan de pensioenuitvoerder.¹⁷

Conclusie

Opgebouwd pensioen is door pensioenwetgeving in beginsel goed beschermd, ook in geval van faillissement van de werkgever. Dat is evenwel anders indien er geen sprake is van pensioen uit de Pensioenwet, zoals bij een eigenbeheerpensioen van een dga of sommige

Gaat de werkgever failliet, dan verliest de werknemer zijn vooruitzicht op VUT en voorwaardelijk pensioen

pensioenvormen die niet zijn afgefinancierd. Advocaten die werknemers niet goed informeren over de mogelijke pensioengevolgen van faillissement, zoals het stoppen van pensioenopbouw, wegvallen van nabestaandenpensioen of VUT en voorwaardelijk pensioen, maken een beroepsfout. Bestuurders die geen pensioenpremies hebben afgedragen aan hun pensioenuitvoerder, lopen eveneens aansprakelijkheidsrisico's.

Over de auteur

Prof. mr. drs. M. Heemskerk is bijzonder hoogleraar pensioenrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en advocaat bij Blom c.s. Advocaten.

10 Rb. Den Haag 17 maart 2010, LJN BM0806 (La Gare).

11 Hof Leeuwarden 1 maart 2011, LJN BQ1741 (De Bonte Koe).

12 Rb. Haarlem 14 april 2011, PJ 2011, 79, vergelijk ook Hof Amsterdam 27 januari 2009, PJ 2009, 147.

13 De uitzondering op de regel is Ktr. Haarlem 23 november 2011, PJ 2012, 45, waarin de kelner wel formeel maar niet materieel bestuurder was.

14 Hof Leeuwarden 4 oktober 2012, PJ 2012, 199 (Notariskantoor Meppel).

15 B. Degelink, 'Bestuurdersaansprakelijkheid voor pensioenpremie', AR 2014/31.

16 Art. 23 lid 2 Wet Bpf 2000; Besluit meldingsregeling Wet Bpf 2000, Stb. 2000, 631; Kamerstukken II 1999-2000, 27 073, nr. 3, p. 20.

17 B. Degelink, AR 2014-31; Rb. Noord-Holland 5 februari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:852ECLI:NL:RBNHO:2014:852; Rb. Midden-Nederland 18 december 2013, PJ 2014/37; Hof 's-Hertogenbosch 7 februari 2012, PJ 2012/88; Rb. Leeuwarden 24 oktober 2007, PJ 2007/140.

367. De loongarantieregeling en bestuurders van rechtspersonen: een kantelend beeld

MR. P.R.W. SCHAIK

Bestuurders van rechtspersonen hebben historisch gezien een moeizame verstandhouding met het werknemersbegrip onder de Werkloosheidswet ('WW'). Dat werkt dóór in de loongarantieregeling onder de WW, in geval van faillissement. Hoge Raad en Centrale Raad van Beroep huldigden een kwart eeuw lang verschillende opvattingen. De Centrale Raad moest in 2013 op zijn schreden terugkeren, wat betekent: meer bestuurders zijn verzekerd. De auteur analyseert de gang van zaken. De vraag rijst of de wetgever de bestaande Regeling Aanwijzing Directeur-grotaandeelhouder nu ongemoeid zal laten.

Een mooie regeling, de EU-Richtlijn

Voor werknemers van een faillerende werkgever is de wettelijke loongarantieregeling van art. 61-68 WW¹ vaak 'de enige wet die telt'. Een curator die de werknemers ontslaat en het Uitkeringsinstituut werknemersverzekeringen ('UWV') als uitvoerder van de loongarantieregeling voor een intake uitnodigt, merkt regelmatig dat hij daarna niets meer van die werknemers verneemt, en evenmin van het UWV zelf, behalve dan dat deze na verloop van tijd bij hem de loonvorderingen van de werknemer indient waarin het UWV krachtens art. 66 WW is gesubrogeerd. Naar mijn ervaring geldt hier inderdaad: geen nieuws goed nieuws, in twee opzichten. Ten eerste is het dekkingsbereik van de loongarantieregeling, ofschoon in tijd en omvang beperkt, in de praktijk klaarblijkelijk voldoende om de meest voorkomende financiële gaten te dichten die de werkgever heeft laten ontstaan. Zoals wellicht bekend, voorziet de loongarantieregeling (maximaal) in, globaal gesproken: betaling van drie maanden achterstallig loon, loon over de opzegtermijn in faillissement, openstaande vakantieaanspraken en pensioenverplichtingen over een jaar.² Ten tweede blijkt de loongarantieregeling door het UWV over het algemeen adequaat te worden uitgevoerd. Men doet zijn best om, ook bij grotere faillissementen,

er voor te zorgen dat de werknemers binnen enkele weken een voorschot ontvangen. Voor wie vlak voor kerst ontslagen wordt en misschien het salaris over november nog niet heeft gehad, is dat geen onnodige luxe. En als er, door oplopende werkloosheid en forse bezuinigingen toch vertraging optreedt, blijkt de politiek, middels Kamervragen er snel bij te kunnen zijn³ om zo nodig corrigerend te interveniëren. Kortom, er is in het algemeen sprake van een mooie regeling die ook naar internationale maatstaven kan meekomen. Zij bestond al twaalf jaar toen in 1980 in EU-verband een Richtlijn werd uitgevaardigd betreffende de onderlinge aanpassing van wetgevingen der Lidstaten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van hun werkgever.⁴ De loongarantieregeling voldoet aan de criteria van de Richtlijn en moet overigens Richtlijnconform worden uitgelegd.⁵

Werknemersbegrip, zzp'er en freelancer

De Richtlijn laat het definiëren van onder meer de termen 'werknemer' en 'werkgever' over aan het nationale recht. Het werknemersbegrip in deze vindt men niet in het Burgerlijk Wetboek ('BW'), maar in de Werkloosheidswet, de art. 3-8a. Blijkens art. 3 is de werknemer de natuurlijke persoon die in 'dienstbetrekking' staat. Dat begrip is, althans in de private sector, congruent aan het

1 De officiële wettelijke benaming van de regeling luidt: 'Overneming van uit de dienstbetrekking voortvloeiende verplichtingen bij onmacht van de werkgever te betalen'.

2 Art. 64 WW. Zie ook: P.R.W. Schaijk, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Serie Recht en Praktijk Insolventierecht nr. 4, Deventer: Kluwer 2012, hoofdstuk 8, De loongarantieregeling.

3 Brief Minister SoZaWe aan Voorzitter TK dd. 9 september 2013, ref. 2013-118170.

4 Richtlijn 80/987 EG, *PbEG* 28 oktober 1980, L 283, p. 23, zoals laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2008/94/EG, *PbEU* 28 oktober 2008, L 283/36.

5 HvJ EG 14 juli 1998, *RSV* 1998/272.

begrip ‘arbeidsovereenkomst’.⁶ In de art. 4 en 5 wordt het werknemerschap van art. 3 uitgebreid tot hen die op enigerlei wijze persoonlijk arbeid of diensten verrichten, maar niet op basis van arbeidsovereenkomst, een en ander zolang zij niet als zelfstandige zijn aan te merken. Dit laatste breekt zzp’ers en freelancers op die in steeds groter getale de arbeidsmarkt bevolken. De Algemene Werkgeversvereniging Nederland heeft inmiddels bepleit voor deze groep sociale zekerheid in het leven te roepen⁷, een pleidooi dat, terzijde, ook in het belang van de overheid lijkt te zijn.⁸ Bij een deconfiture van een onderneming waar naast ‘echte’ werknemers freelancers werkzaam zijn, ontstaat een enorm verschil in behandeling tussen maatschappelijk veelal gelijkwaardige posities. Zowel de werknemer als de freelancer is crediteur van nog onbetaalde beloning, maar de eerste heeft ten opzichte van de tweede een driedubbel voordeel. Ten eerste is zijn achterstallige salarisclaim bevoorrecht (art. 3:288 sub e BW), ten tweede is zijn salaris vanaf faillissement of surseancedatum boedelschuld (art. 40, 239 Fw), en daar bovenop geniet hij ook nog loongarantie. De freelancer moet dat alles ontberen.

Bestuurders van rechtspersonen

De geschiedenis van de bestuurder van een rechtspersoon, al dan niet directeur-grotaandeelhouder (‘dga’) van een vennootschap, onder de sociale (werknemers)verzekeringen in het algemeen en ook onder de loongarantieregeling, is bewogen en beweegt de laatste tijd opnieuw. In het civiele recht wordt moeiteloos aangenomen dat die bestuurder een arbeidsovereenkomst met een rechtspersoon kan hebben. Dat hij zelf feitelijk degene is die het gezag uitoefent binnen de vennootschap wordt voor lief genomen, aldus Van der Grinten.⁹ Het begrip ‘gezagsverhouding’, eigen aan de arbeidsovereenkomst, wordt door de Hoge Raad van oudsher formeel uitgelegd: de directeur heeft de opdrachten, hem door het bevoegde orgaan van de vennootschap gegeven, als van zijn werkgever afkomstig te beschouwen, ook als hij door aandelenbezit de besluiten van dat orgaan kan beïnvloeden of zelfs kan bepalen.¹⁰ De Centrale Raad van Beroep volgde tot 1985 deze lijn¹¹, maar ging in dat jaar om.¹² In het licht van de ‘maatschappelijke ontwikkelingen op het gebied van met name de besloten vennootschap en de toename van de problemen op dat gebied met betrekking tot de sociale verzekering’ is hij tot het standpunt gekomen dat de vraag of de arbeidsverhouding van de dga als een

arbeidsovereenkomst moet worden beschouwd, afhangt van alle feitelijke omstandigheden; in het algemeen zullen die het onaannemelijk maken dat van een arbeidsovereenkomst sprake is vanwege het ontbreken van ondergeschiktheid. De nadruk die de Centrale Raad ter zake van het aannemen van een gezagsverhouding is gaan leggen op de feitelijke omstandigheden bleek al vijf jaar eerder, toen hij

De loongarantieregeling voldoet aan de criteria van de Richtlijn en moet overigens Richtlijnconform worden uitgelegd

weigerde een bestuurder van een architectencoöperatie als werknemer aan te merken omdat deze niet (materieel) was onderworpen aan de ALV van de coöperatie.¹³

De Regeling Aanwijzing DGA

Voor wat betreft bestuurders van vennootschappen is deze, inhoudelijk gedreven, benadering van de Centrale Raad vervolgens gecodificeerd, aldus dat met ingang van 1 januari 1998 in art. 6 lid 1 sub d WW is bepaald dat de dga niet in dienstbetrekking staat tot de desbetreffende bv of nv. Deze bepaling is nader uitgewerkt in een ministeriële aanwijzingsregeling¹⁴ (‘de regeling’), die in art. 2 ervan in een viertal casusposities voorziet waarin de betrokkene als dga, en daarmee als niet in dienstbetrekking wordt beschouwd. Voor het vervolg van dit betoog noem ik er drie, de onderdelen a, c en d: (a) de bestuurder die, al dan niet samen met zijn echtgenoot, meer dan de helft van de stemgerechtigde aandelen houdt; (c) bestuurders die in de algemene vergadering van de vennootschap allen een gelijk of nagenoeg gelijk aantal stemmen kunnen uitbrengen; (d) de bestuurder van een vennootschap, waarvan ten minste twee derde deel van de aandelen in handen is van bloed- of aanverwanten tot en met de derde graad. Deze regels gelden ook voor indirecte bestuurders, dus via tussenliggende vennootschappen. In art. 3 van de regeling is, voor de goede orde, nog bepaald, samengevat, dat het UWV van art. 2 mag afwijken als de betrokken bestuurder door feiten en omstandigheden aantoonbaar daadwerkelijk ondergeschikt te zijn aan de algemene vergadering van de vennootschap.

De doelgerichte redenering van het UWV

In 2013 kreeg de Hoge Raad een cassatieberoep van het UWV voorgelegd waarin werd geklaagd over onjuiste toepassing van de regeling (onderdeel d, zie hiervoor) door de Centrale Raad. Het UWV was hiertoe bevoegd, omdat op grond van art. 129d WW cassatie mogelijk is ten aanzien van onder meer de art. 3 en 6 WW en de daarop rustende bepalingen. Het ging om een bestuurder van een bv die 48% van de aandelen hield; zijn dochter

6 O.a. HR 25 maart 2011, NJ 2011, 594, m.nt. Verhulp (Gouden Kooi).

7 Zie ook: P.F. van der Heijden, ‘Gun werknemer zonder contract ook arbeidsrecht’, *NRC Handelsblad*, 21 oktober 2014.

8 Te weten: het bijdragen aan de premiekas. Zie *Het Financieel Dagblad*, 28 oktober 2014, ‘Zzp-groei is hoofdpijndossier voor ministeries en politiek’.

9 Van der Grinten, Bouwens, Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2011, hoofdstuk 1, par. 15.

10 HR 4 november 1942, AB 1943, p. 353; nadien, o.m. HR 2 juli 1997, LJN AA3216; *BNB* 1997/309.

11 Bijv. CRvB 10 december 1968, *RSV* 1969/40.

12 CRvB 4 oktober 1985, *AB* 1986/38, m.nt. Smits.

13 CRvB 29 februari 1980, *RSV* 1980, 222.

14 Regeling aanwijzing directeur-grotaandeelhouder, 19 december 1997, *Stcr.* 248, laatstelijk gewijzigd 29 mei 2008, *Stcr.* 103.

hield 26%. De kernvraag was nu of, voor de vraag of twee derde deel van de aandelen in handen van bloed- of aanverwanten was, de aandelen die de bestuurder zelf hield ook meegeteld moesten worden. Grammaticaal gezien zou het antwoord ontkennend moeten luiden, maar het UWV stond een teleologische benadering voor: de regeling was opgeschreven om aan het element gezagsver-

Na het UWV/DGA-arrest van maart 2013 was de Centrale Raad wel genooddaakt – daar komt het op neer – op zijn schreden van de materiële benadering terug te keren

houding in geval van een dga nader invulling te geven. Zij was voortgesproten uit interne richtlijnen van (destijds) de Federatie van Bedrijfsverenigingen (FBV), en daarin werden toentertijd de aandelen van alle familieleden opgeteld, inclusief die van de bestuurder zelf. Per saldo draait het om het vaststellen of er wel of geen gezagsverhouding is. Aldus samengevat het standpunt van het UWV. Daarbij komt dat in de toelichting op de regeling staat dat de specifieke dga-voorschriften de toepasselijkheid van art. 3 WW onverlet lieten. Anders gezegd: indien een vennootschapsbestuurder niet exact onder de bewoordingen van de dga-aanwijzing valt, dan kan op grond van (het algemene) art. 3 WW nog worden geconcludeerd dat van een dienstbetrekking geen sprake is, bij gebreke van een gezagsverhouding anderszins. A-G Wattel onderschreef de benadering van het UWV.

Het UWV/DGA-arrest

Zo niet de Hoge Raad.¹⁵ Alvorens in te gaan op de regeling zelf, slaat hij een piketpaal ten aanzien van art. 3 WW, als volgt: (i) volgens dit artikel is werknemer degene die in privaatrechtelijke dienstbetrekking staat; (ii) daarvoor is maatgevend of de rechtsverhouding een arbeidsovereenkomst is in de zin van art. 7:610 BW; (iii) *‘Voor aanwezigheid van een arbeidsovereenkomst is een gezagsverhouding vereist. Bij de beoordeling van de vraag of tussen een natuurlijke persoon en een rechtspersoon een gezagsverhouding bestaat, is volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad niet van belang welke personen deel uitmaken van het orgaan van de rechtspersoon dat instructies aan die natuurlijke persoon kan geven (...). Of materieel sprake is van een gezagsverhouding is bij die beoordeling daarom niet relevant. Dit brengt mee dat de statutaire bestuurder van een BV (...) die doorslaggevende zeggenschap heeft in de algemene vergadering van aandeelhouders van die vennootschap, voor die BV werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst indien hij zich verbonden heeft die werkzaamheden tegen loon te verrichten’* (rov. 3.3.3 van het arrest). Hierna komt de Hoge Raad toe aan de regels van de regeling, die hij als ‘uitzondering’ kwalificeert. Hij zegt:

‘Leidt geen van die regels tot de slotsom dat de betrokkene directeur-groootaandeelhouder is, dan brengt het hiervoor in 3.3.3 overwogene mee dat er geen ruimte is om hem desondanks niet als werknemer aan te merken wegens het ontbreken van een materiële gezagsverhouding.’ Vervolgens kiest de Hoge Raad voor de grammaticale bewoordingen van de regeling sub d, waarbij hij overwegende betekenis toekent aan het element van rechtszekerheid, gelet op de niet publieke kenbaarheid van de richtlijnen van de FBV, destijds. De bestuurder moest dus als werknemer worden aangemerkt en had, in dit geval, recht op WW-uitkering. Ik vermoed dat de minister zich over deze uitkomst achter het oor zal hebben gekrabbeld en mogelijk overweegt de regeling¹⁶ aan te passen. Immers, bij de nu vigerende grammaticale uitleg is een bestuurder die 48% van de aandelen heeft, terwijl zijn kinderen 52% houden, nog steeds niet als dga aan te merken. Dat was misschien niet de bedoeling. Ik merk verder ten aanzien van de geciteerde rechtsoverweging 3.3.3 nog op dat deze zich niet beperkt tot de rechtsverhouding tussen de bestuurder en een bv of nv, maar een ruimere strekking heeft: het gaat over bestuurders en rechtspersonen in het algemeen.

Rechtspraak nadien van de bestuursrechter

De bestuursrechtspraak sedertdien laat zien dat de boodschap van de Hoge Raad is doorgekomen. Een klager was sinds drie jaar directeur van een coöperatieve vereniging, toen deze failliet ging. Hij verzocht om toepassing van de loongarantieregeling, maar werd zowel door het UWV als in eerste instantie door de rechtbank afgewezen. Naar het oordeel van de rechtbank was de man er niet in geslaagd aannemelijk te maken dat hij onder gezag van de coöperatie dan wel haar ALV werkzaam was geweest. In hoger beroep refereerde de Centrale Raad aan het UWV/DGA-arrest, en oordeelde, onder expliciete vermelding dat hij omging, dat betrokkene als bestuurder van de coöperatie in een gezagsverhouding tot de ALV daarvan stond, dat zijn rechtsverhouding als een arbeidsovereenkomst c.q. als een privaatrechtelijke dienstbetrekking moest worden aangemerkt, en dat hij dus werknemer was in de zin van art. 3 WW.¹⁷

Een paar maanden later moest de Centrale Raad oordelen over toepassing van de loongarantieregeling bij een bestuurder van een gefailleerde bv. Buiten discussie was dat diens aandelenbelang onvoldoende was om hem onder de regeling als dga te kwalificeren. Niettemin werd hij door UWV en de rechtbank niet als werknemer aangemerkt, omdat nergens uit bleek dat er een reële gezagsverhouding met de bv zou zijn. De Centrale Raad heeft in zijn beslissing (nog) uitvoeriger dan een paar maanden eerder stilgestaan bij de overwegingen uit het UWV/DGA-arrest, o.a. met de constatering dat, nu de bestuurder statutair door de aandeelhoudersvergadering van de bv kon worden ontslagen, er geen ruimte was om hem desondanks niet als werknemer

15 HR 22 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9295; RAR 2013/85 (UWV/DGA).

16 Volgens A-G Wattel in het UWV/DGA-arrest is de regeling een algemeen verbindend voorschrift, namelijk gedelegeerde wetgeving.

17 CRvB 5 juli 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:884; USZ 2013/310, m.nt. Alink.

aan te merken wegens het ontbreken van een materiële gezagsverhouding.¹⁸

UWV moeilijk te overtuigen

Tot slot meld ik een zeer recente uitspraak in eerste instantie.¹⁹ Een broer en zus zijn beiden bestuurder van een bv waarvan de aandelen via een tussenholding worden gehouden door een stichting administratiekantoor (STAK). Deze geeft certificaten van aandelen uit, broer en zus ontvangen ieder 50%. Zij zijn verder voorzitter respectievelijk bestuurslid van de STAK, ieder met twee stemmen. Daarnaast zijn er nog drie bestuursleden met ieder één stem. De bv gaat (evenals de tussenholding) failliet en broer en zus vragen om de loongarantie. Het UWV weigert, en gaat daarbij zowel liggen voor het anker van het ontbreken van een gezagsverhouding (voor de toepassing van art. 3 WW), alsook dat van de regeling (sub c). Ten aanzien van het eerste anker maakt de rechtbank onder verwijzing naar het UWV/DGA-arrest en de zojuist aangehaalde uitspraak van de Centrale Raad korte metten. Blijft over de vraag of de regeling van toepassing is, een set van regels die, als gezegd, de Hoge Raad als uitzondering op art. 3 WW heeft gekwalificeerd. Wat we hier zien aan de zijde van het UWV is, kort gezegd, wederom een poging de regeling niet letterlijk, maar naar haar doelstelling te interpreteren, te weten de maat te nemen van wat als men als een reële gezagsverhouding beschouwt. De rechtbank gaat hier niet in mee. Zij besluit de regeling over de hele linie restrictief en grammaticaal te interpreteren. Dat betekent, ten eerste, dat, waar de regeling spreekt over aandelen, daaronder naar het oordeel van de rechtbank niet vallen certificaten van aandelen. Ten tweede, als het eerste argument niet juist zou zijn: waar de regeling sub c spreekt van bestuurders die ‘een gelijk of nagenoeg gelijk aantal stemmen kunnen uitbrengen’, mag dit niet zo ruim worden uitgelegd dat een stemverhouding van twee staat tot één daar nog onder valt. De broer en zus worden in het gelijk gesteld. Mij is niet bekend of door het UWV hoger beroep is of zal worden ingesteld.

Slotbeschouwing

Gedurende meer dan een kwart eeuw gaapte er een kloof tussen de opvatting van de Hoge Raad en die van de Centrale Raad van Beroep over het werknemerschap van een bestuurder van een rechtspersoon, met name wanneer

die bestuurder niet in een reële gezagsverhouding tot een hoger orgaan stond. De Hoge Raad huldigde en huldigt een formele opvatting, de Centrale Raad koos in 1985 voor een materiële benadering. Daardoor werden de nodige bestuurders van rechtspersonen buiten de bescherming van de sociale verzekering gesteld. Vervolgens zag, met name bedoeld voor de situatie van de BV, een ministeriële ‘Regeling aanwijzing directeur-groootaandeelhouder’ het licht, teneinde de ‘kenbaarheid’ van het begrip ‘dga’ te vergroten. De minister, en in diens voetspoor het UWV alsmede de rechtspraak, zag daarbij de regeling niet als limitatieve grondslag voor het van de WW uitsluiten van dga’s. Na het UWV/DGA-arrest van maart 2013 was de Centrale Raad wel genoodzaakt – daar komt het op neer – op zijn schreden van de materiële benadering terug te keren. Daarmee is het beeld van de onverzekerde bestuurder gaan kantelen. Het genoemde arrest bracht tevens mee dat de regeling, kort en goed, gezien moet worden als een nauwkeurig omschreven set grammaticaal uit te leggen uitzonderingsgevallen op de hoofdregel van art. 3 WW, en niet, zoals minister en UWV steeds hebben voorgestaan, als een beoordelingskader met een zekere *margin of appreciation*. Het lijkt erop dat het UWV tot op heden nog niet (geheel) is overtuigd. Er is overigens nog een residu van de ‘materiële benadering’ in stand gebleven: art. 3 van de regeling, hiervoor geciteerd: als de dga onder de termen van art. 2 van de regeling valt mag hij, te zijnen gunste, toch nog aantonen daadwerkelijk ondergeschikt te zijn aan de aandeelhoudersvergadering. Na het UWV/DGA-arrest is dit eigenlijk een vreemde eend in de bijt geworden. Ten minste twee met elkaar samenhangende vragen dringen zich op: (i) zal de jurisprudentie een restrictieve uitleg van de regeling over de hele linie gaan bevestigen? Ik vermoed het. (ii) Gaat de overheid met nieuwe regelgeving het terrein van de niet verzekerde dga uitbreiden? Dat is denkbaar. Intussen wordt van die dga enige oplettendheid verlangd. Ofschoon de kans dat hij onder het dekkingsbereik van de WW valt groter is geworden dan voorheen, kan blijken dat hij zich in zijn vertrouwen hierop heeft vergist. Wat dan rest, is terugvordering van betaalde sociale premies, voor zover mogelijk.²⁰ Is de vennootschap inmiddels failliet, dan kan, behoudens voor een eventueel werknemersdeel van de premie, slechts de curator tot terugvordering overgaan.

Over de auteur

Mr. P.R.W. Schaink is advocaat bij BLIX advocaten te Amsterdam.

18 CRvB 22 januari 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:227; USZ 2014/63.

19 Rb. Limburg 8 oktober 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:8523.

20 Zie daarover meer in detail de conclusie van de A-G, par. 9.3, bij het UWV/DGA-arrest (noot 14).

368. Wet Werk en Zekerheid: arbeidsrechtelijke veranderingen met gevolgen voor de insolventiepraktijk

MR. S. JANSEN EN MR. S.W.G. WOLTERS

Met de inwerkingtreding van de Wet Werk en Zekerheid ('WWZ') verandert het arbeidsrechtelijke stelsel ingrijpend. Onder meer gaat het ontslagsysteem op de schop en worden de zogeheten flexbepalingen aangepast. Diverse wijzigingen, die vanaf 1 januari 2015 stapsgewijs worden ingevoerd onder het motto dat het ontslagrecht 'sneller, goedkoper en eerlijker' dient te worden, zijn ook van belang voor partijen die overwegen een failliete onderneming door te starten en daarbij personeel over te nemen. De in dit kader belangrijkste wijzigingen komen in dit artikel aan bod.¹

criterium opvolgend werkgeverschap (wijziging per 1 juli 2015)

In de eerste plaats zal de nieuwe regelgeving gevolgen hebben voor het antwoord op de vraag of een 'doorstartende werkgever' ook een 'opvolgend werkgever' is. Deze wijziging is relevant voor de insolventiepraktijk. Het zijn van opvolgend werkgever heeft namelijk belangrijke arbeidsrechtelijke consequenties.

Aanvankelijk bestond in de jurisprudentie onduidelijkheid over de vraag of een doorstarter die personeel uit een gefailleerde onderneming overneemt opvolgend werkgever kan zijn in de zin van art. 7:668a lid 2 Burgerlijk Wetboek ('BW') (ketenregeling). Met het in 2006 door de Hoge Raad gewezen Boekenvoordeel/Isik-arrest² is hierover duidelijkheid geschept. De Hoge Raad heeft in dit arrest ten eerste uitgemaakt dat toepassing van art. 7:668a lid 2 BW niet beperkt is tot die gevallen waarin opvolging van werkgevers wordt misbruikt bij de hantering van tijdelijke arbeidsovereenkomsten. De Hoge Raad oordeelde

daarnaast dat regelmatige opzegging door de curator van een arbeidsovereenkomst niet in de weg staat aan de 'overeenkomstige toepassing van de in het eerste lid (van art. 7:668a BW) bepaalde omzetting in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd' als neergelegd in art. 7:668 a lid 2 BW.³ Oftewel: gelet op het voorgaande kan ook een doorstarter onder omstandigheden opvolgend werkgever zijn in de zin van art. 7:668a lid 2 BW.

Het begrip 'opvolgend werkgeverschap' heeft in 2012 nadere uitwerking gekregen in het arrest Van Tuinen/Taxicentrale Wolters.⁴ In dit arrest is geoordeeld dat om te kunnen spreken van opvolgend werkgeverschap niet alleen sprake moet zijn van het verrichten van dezelfde of soortgelijke werkzaamheden, maar óók dat 'tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever *zodanige banden* bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever'.

Met de introductie van dit tweede criterium bewerkstelligde de Hoge Raad dat minder snel geconcludeerd kan worden dat sprake is van 'opvolgend werkgeverschap'. Helemaal nieuw was de door de Hoge Raad in Van Tuinen/

1 In dit artikel wordt enkel ingegaan op de belangrijkste wijzigingen in het ontslagrecht en de flexbepalingen. De WWZ wijzigt evenwel een groter scala aan arbeidsrechtelijke bepalingen, ook in het ontslagrecht, waarbij in dit artikel niet zal worden stilgestaan. Bovendien staan wij enkel stil bij de wijzigingen voor de reguliere arbeidsovereenkomst in de zin van art. 7:610 BW. Voor (o.a.) uitzendovereenkomsten (art. 7:690 e.v. BW) gelden soms andere regels of gelden de wijzigingen niet onverkort.

2 HR 14 juli 2006, «JAR» 2006, 190 (Boekenvoordeel/Isik).

3 R.o. 3.4.2. (HR 14 juli 2006, «JAR» 2006, 190).

4 HR 11 mei 2012, «JAR» 2012/150 (en ook: HR 25 mei 2012, *RvdW* 2012, 783).

Taxicentrale Wolters gewezen lijn overigens niet. Reeds in 1986 werd dit dubbele criterium (dezelfde of soortgelijke werkzaamheden én ‘zodanige banden’) door de Hoge Raad geïntroduceerd in het arrest Slijkoord/Hekkema B.V. In laatstgenoemd arrest ging het evenwel alleen om de vraag of een nieuwe proeftijd mocht worden bedongen.⁵

Met de introductie van het ‘zodanige bandencriterium’ rees de vraag of het dubbele criterium ook zou gelden in geval van een doorstart na faillissement, omdat (in tegenstelling tot de casus die tot het Boekenvoordeel-arrest leidde) in de casus van Van Tuinen/Taxicentrale Wolters geen sprake was van een faillissementssituatie. Uit de rechtspraak blijkt echter dat lagere rechters sinds 2012 ook in faillissements-situaties het ‘zodanige banden’-criterium toepassen en dat zij Van Tuinen/Taxicentrale Wolters derhalve volgen.⁶

Met de invoering van de WWZ verandert per 1 juli 2015 wederom de beoordeling of sprake is van opvolgend werkgeverschap (voor toepassing van de ketenregeling), in die zin dat het ‘zodanige banden’-criterium daarbij niet meer zal worden gehanteerd.⁷ Deze wijziging kwam als een verrassing. Uit de memorie van toelichting⁸ blijkt namelijk dat de wetgever ten aanzien van het opvolgend werkgeverschap in art. 7:668a lid 2 BW aanvankelijk van oordeel was dat alle huidige jurisprudentie, inclusief het arrest Van Tuinen/Taxicentrale Wolters, van toepassing diende te blijven.

Uit de Nota van wijziging d.d. 3 februari 2014⁹ blijkt echter dat de wetgever van gedachten is veranderd:

‘Bij nader inzien is de regering tot de conclusie gekomen dat de invulling die in deze jurisprudentie [NB: het Van Tuinen/Taxicentrale Wolters-arrest] gegeven wordt aan het opvolgend werkgeverschap voor de toepassing van de ketenbepaling (en in het verlengde daarvan de bepaling met betrekking tot de transitievergoeding) te beperkt is. (...)’

Gelet op het doel van de ketenbepaling, namelijk dat een werknemer na zekere tijd, of een aantal tijdelijke contracten, moet kunnen beschikken over de zekerheid van een vast contract is het, in het licht van jurisprudentie, wenselijk uitdrukkelijk te bepalen dat om als opvolgend werkgever te worden aangemerkt in het kader van de ketenbepaling en de transitievergoeding geen inzicht hoeft te bestaan in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer.’

5 HR 24 oktober 1986, NJ 1987/293 (Slijkoord/Hekkema B.V.).

6 Zie bijvoorbeeld: Rb. Leeuwarden 17 oktober 2012, LJN BY0814, Rb. Amsterdam 28 februari 2013, «JOR» 2013/221 en Rb. Limburg 3 september 2014, «JAR» 2014/251. De wijze waarop invulling wordt gegeven aan ‘zodanige banden’ was daarbij wisselend (streng of soepeler) en is nog niet uitgekristalliseerd.

7 Alsmede bij de opvolgendwerkgeverschapbepaling uit de Ragetlieregel; ter zake zal nog een wijziging in art. 7:667 lid 5 BW worden ingevoerd via de zogeheten reparatiewetgeving.

8 Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 3.

9 Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 8.

Kortom: de wetgever breekt uitdrukkelijk met de heersende leer van de Hoge Raad, kennelijk om de werknemer sneller een contract voor onbepaalde tijd te laten verkrijgen.

Het voorgaande leidt ertoe dat vanaf 1 juli 2015 een werkgever niet langer inzicht hoeft te hebben in de hoedanigheid en geschiktheid van een werknemer om als opvolgend werkgever voor toepassing van de ketenregeling

Doordat per 1 juli 2015 het criterium voor opvolgend werkgever verandert, zal vrijwel elke doorstarter met de ketenregeling te maken krijgen

en de (nieuw te introduceren) transitievergoeding te kunnen worden aangemerkt. Wel zal nog sprake moeten zijn van dezelfde of soortgelijke werkzaamheden. Ook zal er een aanleiding aan te wijzen moeten zijn waardoor de werknemer van de oude naar de nieuwe werkgever overgaat. De wetgever preciseert dat nader door aan te geven dat van opvolgend werkgeverschap alleen sprake kan zijn als de overgang van de werknemer het gevolg is van een situatie die voortvloeit uit het handelen van één of beide werkgevers.¹⁰

Naar onze mening leidt deze wijziging ertoe dat een onderneming die werknemers van een failliete onderneming overneemt in het kader van een doorstart, voor wat betreft de ketenregeling en de transitievergoeding, vrijwel altijd zal worden aangemerkt als opvolgend werkgever.

De Wet Werk en Zekerheid zal met ingang van 1 januari 2015 gefaseerd worden ingevoerd. Een tweetal wijzigingen dat belangrijke consequenties heeft voor opvolgend werkgevers, wordt doorgevoerd per 1 juli 2015, namelijk:

- a. wijziging van de ketenregeling;
- b. invoering van de transitievergoeding.

Wij zullen dit hierna per onderdeel nader toelichten. Daarna gaan wij in op de wijziging c.q. introductie van enkele bepalingen die voor elke (opvolgend) werkgever van belang zijn.

Ketenregeling: van 3 x 3 x 3 naar 3 x 2 x 6 (wijziging per 1 juli 2015)

Op basis van de huidige ketenbepaling (art. 7:668a lid 1 BW) ontstaat van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd indien arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tussen dezelfde partijen (dus gesloten met dezelfde werkgever) elkaar met tussenpozen van ten hoogste 3 maanden opvolgen en (inclusief tussenpozen) een periode van 36 maanden hebben overschreden, alsmede indien tussen dezelfde partijen meer dan 3 arbeidsovereen-

10 Kamerstukken I 2013-2014, 33 818, E, p. 3, 4. Als de werknemer op eigen initiatief van werkgever wisselt, kan dus geen sprake zijn van opvolgend werkgeverschap.

komsten voor bepaalde tijd zijn gesloten met tussenpozen van ten hoogste 3 maanden. De basisregel is derhalve bij meer dan 3 x 3 x 3 (3 contracten voor bepaalde tijd in 3 jaar met tussenpozen van ten hoogste 3 maanden): contract voor onbepaalde tijd. Bij cao is momenteel nog wel een ongelimiteerde afwijking ten nadele van de werknemer mogelijk (art. 7:668a lid 5 BW).

De WWZ wijzigt de ketenregeling per 1 juli 2015 ingrijpend. De tussenpoos van de arbeidsovereenkomsten

Per 1 juli 2015 wordt de transitievergoeding ingevoerd. Het zijn van opvolgend werkgever kan leiden tot hoog oplopende transitievergoedingen

voor bepaalde tijd als hiervoor genoemd wordt verlengd van 3 naar 6 maanden. Tevens wordt de periode van 36 maanden verkort tot een periode van 24 maanden. De nieuwe basisregel wordt: 3 x 2 x 6 (3 contracten in 2 jaar met een tussenpoos van maximaal 6 maanden). Aldus ontstaat in een keten van contracten veel sneller een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

De ketenregeling geldt zoals toegelicht ook voor doorstarters die kwalificeren als opvolgend werkgever in de zin van art. 7:668a lid 2 BW. Doordat per 1 juli 2015 ook het criterium voor opvolgend werkgeverschap wordt aangepast (zie hiervoor), zal vrijwel elke doorstarter met deze regel te maken krijgen.

Onder de nieuwe ketenregeling zal het voor doorstarters die opvolgend werkgever zijn (nog) lastig(er) worden om werknemers die bij de failliete onderneming in dienst waren, een contract voor bepaalde tijd te kunnen geven. Immers zal met de nieuwe 'telling' van 3 x 2 x 6 een contract voor bepaalde tijd sneller converteren in een contract voor onbepaalde tijd. Dat komt doordat de periode van (in totaal) drie jaar is verkort tot twee jaar. Van een dienstverband van (in totaal) twee jaar is sneller sprake dan van een dienstverband van (in totaal) drie jaar, reden waarom het aantal werknemers dat door de doorstarter nog een contract voor bepaalde tijd kan worden aangeboden (zonder dat deze vervolgens converteert in een contract voor onbepaalde tijd) de facto kleiner zal zijn. Ter illustratie: op basis van de oude ketenregeling kan de doorstarter een werknemer die twee keer, zonder tussenpozen, een jaarcontract heeft gehad met de failliet, aansluitend aan het eindigen van het tweede contract nog een derde jaarcontract geven. Vanaf 1 juli 2015 is dat niet meer het geval (de periode van twee jaar wordt dan overschreden).

Bovendien telt bij opvolgend werkgeverschap ook een contract voor onbepaalde tijd tussen werknemer en de failliete onderneming mee in de keten, waardoor

eens te meer sneller sprake zal zijn van conversie.¹¹ Was een werknemer bijvoorbeeld vijf jaar voor onbepaalde tijd in dienst van de failliete onderneming en gaat de doorstarter binnen zes maanden na het eindigen van dat dienstverband een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met de werknemer aan, dan converteert die arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd direct in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (overschrijding periode van twee jaar). Hetzelfde gebeurt als de werknemer anderhalf jaar bij de failliete onderneming in dienst is geweest, daar drie contracten heeft gehad waarvan de laatste voor onbepaalde tijd werd aangegaan en de doorstarter hem binnen zes maanden na het eindigen van die derde overeenkomst, een contract voor bepaalde tijd geeft. Het contract voor bepaalde tijd dat met de doorstarter wordt aangegaan, is dan de vierde in de reeks en converteert dus naar onbepaalde tijd.¹²

De mogelijkheid om bij cao ten nadele van de werknemer af te wijken van de ketenregeling wordt beperkt. Voor zover het niet gaat om uitzendovereenkomsten als bedoeld in art. 7:690 BW, zal afwijking in beginsel slechts nog mogelijk zijn voor bij die cao te bepalen functies of functiegroepen indien 'de intrinsieke aard van de bedrijfsvoering' dit vereist.¹³ De afwijkingsnoodzaak moet uit de cao blijken en bovendien voortvloeien 'uit de aard van het productieproces in de sector'.¹⁴ De afwijkingsmogelijkheid is daarnaast niet langer ongelimiteerd, maar wordt wettelijk beperkt tot een verlenging van de periode van 24 naar 48 maanden en verhoging van het aantal contracten van 3 naar 6. Aan de tussenpoos van 6 maanden kan niets worden gewijzigd.

Het overgangsrecht voor de ketenregeling is complex. Het nieuwe recht is van toepassing op arbeidsovereenkomsten die worden aangegaan op of na 1 juli 2015. Volgt die overeenkomst binnen zes maanden na een voorafgaande arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, dan is sprake van een keten waarvoor de nieuwe regeling geldt, ook al is de voorafgaande arbeidsovereenkomst voor 1 juli 2015 geëindigd.¹⁵ Indien op 1 juli 2015 een cao geldt waarin van

11 Zie o.a. *Kamerstukken I 1997/98*, 25 263, nr. 132b, p. 18 en *Kamerstukken II 1997/98*, 25 263, nr. 132d, p. 10.

12 Zie bijvoorbeeld Ktr. Eindhoven 17 juli 2007 («JAR» 2007/218).

13 Art. 7:668a lid 5 BW. Overigens bevatten art. 7:668a lid 7 e.v. nog enkele mogelijkheden om de ketenregeling als geheel uit te sluiten c.q. zijn daarin groepen aangewezen waarvoor de ketenregeling niet geldt (zie o.a. lid 8: de ketenregeling is niet van toepassing op arbeidsovereenkomsten die zijn aangegaan in verband met een beroepsbegeleidende leerweg als bedoeld in 7.2.2 van de Wet educatie beroepsonderwijs, lid 9: de ketenregeling is niet van toepassing op de arbeidsovereenkomst met een werknemer jonger dan 18 jaar indien de gemiddelde omvang van de door hem verrichte arbeid ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen).

14 *Kamerstukken II 2013-2014*, 33 818, nr. 3, p. 96. Het gaat volgens de wetgever niet om normale schommelingen in de bedrijfsvoering door economische omstandigheden.

15 Overeenkomsten voor bepaalde tijd die daar weer aan vooraf zijn gegaan met een tussenpoos van meer dan drie maanden, tellen evenwel niet mee in deze keten.

de huidige ketenregeling wordt afgeweken of het huidige art. 7:668a BW van toepassing wordt verklaard, dan blijft het oude recht van toepassing. Het nieuwe recht wordt op deze arbeidsovereenkomsten van toepassing vanaf de expiratedatum van de cao, maar uiterlijk op 1 juli 2016.¹⁶

Transitievergoeding, art. 7:673 BW (invoering per 1 juli 2015)

Onder het huidige recht is een werkgever die met toestemming van het Uitkeringsinstituut Werknemersverzekeringen een arbeidsovereenkomst opzegt, of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet verlengt, geen ontslagvergoeding verschuldigd. Wel kan de rechter bij ontbinding van de arbeidsovereenkomst aan de werknemer een vergoeding toekennen op basis van de zogeheten kantonrechtformule. Per 1 juli 2015 verandert dit systeem drastisch. Vanaf die datum is de werkgever in beginsel een *transitievergoeding* verschuldigd indien de arbeidsovereenkomst met de werknemer ten minste twee jaar heeft geduurd en:

- de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd door werkgever;
- de arbeidsovereenkomst wordt ontbonden op verzoek van de werkgever;
- de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na het eindigen van rechtswege, op initiatief van werkgever niet aansluitend wordt voortgezet;
- de werknemer als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever zijn arbeidsovereenkomst opzegt, ontbinding daarvan verzoekt of de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op eigen initiatief niet aansluitend voortzet.¹⁷

In deze situaties is de werkgever alleen géén transitievergoeding verschuldigd als het dienstverband eindigt c.q. na een einde van rechtswege niet wordt voortgezet wegens ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer¹⁸, het bereiken van de AOW-gerechtigde (of pensioengerechtigde) leeftijd of het een werknemer betreft die op dat moment jonger is dan 18 jaar en gemiddeld maximaal twaalf uur per week werkt.

De hoogte van de transitievergoeding hangt samen met de anciënniteit van de werknemer. Over de eerste 10 jaar van het dienstverband bedraagt de vergoeding een zesde maandloon per periode van 6 maanden dat de arbeidsovereenkomst heeft geduurd. Voor elk daarop volgend jaar is de vergoeding 1/4e maandloon per periode van 6

maanden.¹⁹ Maanden gelegen voor de 18e verjaardag van de werknemer waarin hij gemiddeld maximaal 12 uur per week werkte, tellen niet mee bij het berekenen van de periode van (minimaal) 2 jaar die nodig is om voor een transitievergoeding in aanmerking te komen en evenmin bij de berekening van de vergoeding zelf. Op de basisregel voor de berekening van de transitievergoeding geldt tot 1 januari 2020 een uitzondering voor oudere werknemers (zwaarder regime, leidend tot een hogere vergoeding) en een uitzondering voor bedrijven met gemiddeld minder dan 25 werknemers die een arbeidsovereenkomst beëindigen of niet voortzetten wegens bedrijfseconomische redenen die het gevolg zijn van een slechte financiële situatie (lichter regime, leidend tot een lagere vergoeding).²⁰ De maximale transitievergoeding bedraagt € 75.000, of één jaarsalaris indien dat meer is dan € 75.000.

Wettelijk wordt bepaald dat de transitievergoeding niet langer verschuldigd is als de werkgever failliet is verklaard, in surseance van betaling verkeert²¹ of onder de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen valt (art. 7:673c lid 1 BW).²²

Als de arbeidsovereenkomst met de doorstarter anders dan tijdens faillissement, surseance van betaling of toepassing van de Wet schuldsanering natuurlijke personen ('WSNP') eindigt c.q. na een einde van rechtswege niet wordt voortgezet en aan de voorwaarden die hiervoor zijn opgesomd wordt voldaan, dan is de doorstarter dus een transitievergoeding verschuldigd. Voor doorstarters is van belang om zich te realiseren dat als het daarbij een werknemer betreft die van de failliete onderneming is overgenomen, bij de berekening van de transitievergoeding de bij de failliet doorgebrachte dienstjaren doorgaans meetellen, namelijk indien de werknemer binnen zes maanden na het eindigen van zijn

¹⁶ *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 30, p. 2.

¹⁷ Verschuldigdheid van de transitievergoeding laat onverlet dat de rechter in bepaalde gevallen aan de werknemer een *billijke vergoeding* kan toekennen. Wij verwijzen o.a. naar art. 7:671b lid 8 sub c en lid 9 sub c, alsmede de art. 7:671c lid 2 sub b en lid 3 sub c BW. Dit onderwerp wordt verder niet behandeld in dit artikel.

¹⁸ De rechter die dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar acht, kan de werknemer echter alsnog de transitievergoeding geheel of gedeeltelijk toewijzen (art. 7:673 lid 8 BW).

¹⁹ Het loonbegrip zal bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden uitgewerkt (art. 7:685 BW). Aangekondigd is dat aangesloten zal worden bij de huidige B-factor uit de kantonrechtformule. Zie (o.a.) *Kamerstukken II* 2014-2015, 33 988, nr. 17, p. 11. Op de transitievergoeding mag de werkgever bepaalde kosten die verband houden met het voorkomen of bekorten van werkloosheid en het bevorderen van een bredere inzetbaarheid van de werknemer, in mindering brengen. Zie art. 7:673 lid 6 BW. In het Besluit Transitievergoeding worden hieraan (strengere) eisen verbonden. Een concept van dit besluit is inmiddels aan de Tweede Kamer toegestuurd.

²⁰ Zie art. 7:673a BW (niet van toepassing op bedrijven met gemiddeld minder dan 25 werknemers, zie lid 2 van dit artikel) respectievelijk art. 7:673d BW.

²¹ De wet noch de wetgever meldt of onder surseance van betaling ook de *voorlopige* surseance van betaling (art. 215 Faillissementswet) moet worden verstaan. Onduidelijk is derhalve of de transitievergoeding evenmin verschuldigd is indien de werkgever in voorlopige surseance van betaling verkeert.

²² In plaats van een transitievergoeding kan op basis van een cao een 'gelijkwaardige voorziening' worden getroffen (art. 7:673b BW). Deze gelijkwaardige voorziening treedt dan in de plaats van de transitievergoeding. Deze gelijkwaardige voorziening kan (anders dan de transitievergoeding) wél verschuldigd zijn tijdens insolventie. Het is door de wetgever aan de cao-partijen overgelaten om daar afspraken over te maken. Zie *Kamerstukken I* 2013-2014, 38 818, C, p. 99.

dienstverband met de failliet in dienst wordt genomen en de doorstarter ofwel dezelfde partij is, ofwel een derde die als opvolgend werkgever kwalificeert (art. 7:673 lid 4 sub b BW). Het criterium voor het bepalen of sprake is van opvolgend werkgeverschap is daarbij gelijk aan het criterium dat bij de ketenregeling wordt toegepast en dat wij hiervoor hebben toegelicht (paragraaf 'Criterium opvolgend werkgeverschap (wijziging per 1 juli 2015)');

Door wijziging van de ketenregeling ontstaat sneller dan voorheen een contract voor onbepaalde tijd

er hoeft dus geen sprake te zijn van 'zodanige banden', maar wel dient sprake te zijn van dezelfde of soortgelijke werkzaamheden. De meeste doorstarters zullen daardoor ook in het kader van de transitievergoeding als opvolgend werkgever worden aangemerkt. Zij krijgen de dienstjaren die bij de failliet zijn doorgebracht dan 'cadeau' bij de berekening van de transitievergoeding.²³ Dit kan reden zijn om strenger te selecteren op anciënniteit bij het overnemen van personeel uit de failliete onderneming. Weliswaar komt in deze situatie de bij beëindiging van een voorafgaande arbeidsovereenkomst betaalde transitievergoeding in mindering op de door de doorstarter verschuldigde transitievergoeding (art. 7:673 lid 5 BW), maar de vraag is of deze 'anticumulatiebepaling' vaak soelaas biedt. Tijdens faillissement is immers geen transitievergoeding verschuldigd, dus als het een werknemer betreft die bij de doorstart is overgenomen van de failliete onderneming, dan is er geen transitievergoeding voldaan die de doorstarter in mindering kan brengen. Bovendien komt het ook buiten faillissement weinig voor dat een werknemer na een vertrek (al dan niet met vergoeding) weer terugkeert in dienst van zijn ex-werkgever.

Het zijn van opvolgend werkgever kan dus leiden tot (hoog) oplopende transitievergoedingen. De doorstarter kan de transitievergoeding echter in termijnen betalen, indien betaling inééns leidt tot *onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering* (art. 7:673c lid 2 BW).²⁴ In eerste instantie is het aan de werkgever (doorstarter) om te bepalen of hiervan sprake is. De werknemer die het er niet mee eens is, kan zich tot de rechter wenden.²⁵ Te verwachten valt

dat zich ter zake het begrip 'onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering' rechtspraak zal ontwikkelen, waaraan de werkgever (hopelijk) handvatten kan onttelen voor toepassing ervan in de praktijk. De werkgever die zich ten onrechte op een betalingsregeling beroept, is over de transitievergoeding wettelijke rente verschuldigd aan de werknemer.²⁶ Van het feit dat een wettelijk verplichte transitievergoeding voor werkgevers het 'laatste zetje' richting faillissement kan zijn, is de wetgever zich beperkt bewust geweest. Overwogen werd dat met een betalingsregeling tijd kan worden gewonnen gerekend, en dat de werkgever die alsnog niet aan zijn verplichtingen kan voldoen surseance van betaling kan aanvragen.²⁷ De transitievergoeding zal dan niet langer verschuldigd zijn.

Flexbepalingen (wijzigingen per 1 januari 2015)

Per 1 januari 2015 wijzigen enkele 'flexbepalingen', die voor elke werkgever die een werknemer voor bepaalde tijd in dienst neemt (dus ook een doorstarter die daartoe, ondanks het voorgaande, nog de mogelijkheid heeft) van belang zijn. Wij staan hierna stil bij de belangrijkste wijzigingen. Deze hebben deels ook consequenties voor de insolventiepraktijk.

- *Geen proeftijd in contracten voor bepaalde tijd tot ten hoogste zes maanden*

In arbeidsovereenkomsten tot maximaal zes maanden die op of na 1 januari 2015 worden aangegaan, mag géén proeftijdbeding worden opgenomen. Voor doorstarters is het effect van deze maatregel waarschijnlijk beperkt. Een proeftijd is ook onder het huidige recht niet mogelijk als de doorstarter dezelfde partij is (tenzij het gaat om wezenlijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden) of een derde die als opvolgend werkgever kwalificeert. Bij de beoordeling of van dat laatste sprake is, zal het dubbele criterium blijven gelden zoals dat in 1986 door de Hoge Raad is bepaald in het arrest Slijkkoord/Hekkema.

- *Geen concurrentiebeding in arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd*

In arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die worden aangegaan op of na 1 januari 2015 mag géén concurrentiebeding worden opgenomen, ook niet indien een voorafgaand contract voor bepaalde tijd al een concurrentiebeding bevatte. Op deze hoofdregel is één uitzondering toegelaten: een concurrentiebeding is toegestaan als dat *noodzakelijk* is vanwege *zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen*. Dit vereist een gedegen, zo veel mogelijk op het specifieke bedrijf, de betreffende branche en de specifieke functie toegespitste motivering. Het concurrentiebeding moet in de arbeidsovereenkomst zelf worden

23 Die jaren tellen dan ook mee bij de berekening van minimaal twee jaren die nodig zijn om in aanmerking te komen voor een transitievergoeding, zie art. 7:673 lid 4 jo. art. 7:673 lid 1 BW. Onder het huidige recht ziet men juist diverse uitspraken van kantonrechters die bij het bepalen van de ontbindingsvergoeding op basis van de kantonrechtersformule, dienstjaren die bij de failliet zijn doorgebracht *niet* laten meetellen in de zogeheten A-factor. Zie o.a. Ktr. Alphen aan den Rijn 1 juli 2003 («JAR» 2003/183), Ktr. Den Haag 10 oktober 2006 («JOR» 2007/21) en Ktr. Haarlem 15 juli 2010 («JAR» 2010/222).

24 De periode waarbinnen moet zijn betaald, zal worden gesteld op zes maanden, te rekenen vanaf één maand nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Zie *Kamerstukken II*, 33 818, nr. 7, p. 84.

25 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 83.

26 Van de in art. 7:673c lid 2 BW opgenomen mogelijkheid voor de minister van SZW om bij gebruikmaking van de betalingsregeling een verhoging van de transitievergoeding te bepalen, zal geen gebruik worden gemaakt; zie *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 84.

27 *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 818, nr. 7, p. 84.

opgenomen (hetgeen eveneens een breuk vormt met de thans geldende rechtspraak van de Hoge Raad).²⁸ De motivering moet gelijktijdig met het aangaan van het concurrentiebeding worden opgesteld en moet *schriftelijk* bij dat beding worden opgenomen. Het verdient aanbeveling dit in de arbeidsovereenkomst zelf te doen.²⁹ Zonder motivering is het concurrentiebeding nietig. Een onvoldoende gemotiveerd beding kan door de rechter geheel of gedeeltelijk worden vernietigd. Tot slot: de noodzaak van het beding wegens zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen moet bestaan bij het aangaan ervan, maar óók op het moment dat de werkgever zich op het beding beroept.³⁰

- De aanzegplicht

Vanaf 1 januari 2015 ontstaat voor werkgevers (dus ook voor opvolgend werkgevers) voorts een geheel nieuwe verplichting. Contracten voor bepaalde tijd die zijn aangegaan voor een periode van zes maanden of langer en die eindigen op of na 1 februari 2015, moeten dan worden *aangezegd* (niet te verwarren met ‘opgezegd’: ook na 1 januari 2015 eindigen contracten voor bepaalde tijd in beginsel van rechtswege).³¹ Deze aanzegging houdt in dat de werkgever zijn werknemer uiterlijk één maand voor het van rechtswege eindigen van de arbeidsovereenkomst schriftelijk informeert of de arbeidsovereenkomst eventueel zal worden voortgezet en, zo ja, op welke voorwaarden. Deze verplichting bestaat bij elk contract voor bepaalde tijd dat zes maanden of langer duurt, ook als het een tweede of derde contract betreft. De aanzegging mag in de arbeidsovereenkomst zelf worden opgenomen. Niet (tijdig) aanzeggen leidt tot een verplichting tot schadevergoeding (één maandsalaris bij niet aanzeggen, naar rato bij te laat aanzeggen). Wordt wel tijdig aangezegd dat het voornemen tot voortzetting bestaat, maar *niet* tegen welke voorwaarden en wordt na de einddatum doorgewerkt, dan wordt het dienstverband geacht voor dezelfde tijd (maar hoogstens één jaar) te zijn voortgezet op de vroegere voorwaarden. Dat geldt ook als *niet* is aangezegd, maar de werknemer na de einddatum van het contract voor bepaalde tijd, doorwerkt (art. 7:668 lid 4 BW). Dan is de werkgever echter ook een schadevergoeding verschuldigd. De schadevergoeding wegens het niet (tijdig) aanzeggen dient door de werknemer te worden opgeëist binnen twee

maanden nadat de arbeidsovereenkomst die niet (tijdig) is aangezegd van rechtswege is geëindigd.

De werkgever (dus ook de doorstarter) die niet (tijdig) heeft aangezegd, is de schadevergoeding echter niet verschuldigd als hij in staat van faillissement verkeert, aan hem surseance van betaling is verleend of de WSNP van toepassing is.

Conclusie

De in dit artikel besproken wijzigingen op grond van de WWZ lijken ertoe te noodzaken dat de doorstarter (nog) kritischer beziet welke medewerkers van de failliete onderneming hij overneemt. De oprekking van het begrip ‘opvolgend werkgever’ leidt ertoe dat derden die een onderneming doorstarten in vrijwel alle gevallen als opvolgend werkgever worden gekwalificeerd. Dientengevolge tellen dienstjaren bij de failliet mee bij de berekening van een toekomstige transitievergoeding en wordt het, mede door aanscherping van de ketenregeling, in meer gevallen onmogelijk om nog een contract voor bepaalde tijd aan te kunnen bieden. De doorstarter kan dit vermijden door na het eindigen van het dienstverband met de failliet meer dan een halfjaar te wachten, voordat de werknemer een contract wordt geboden, of de werknemer geheel andere werkzaamheden aan te bieden. In de praktijk zal dit geen werkbare oplossing zijn.³²

Het wordt door de invoering van de WWZ al met al minder aantrekkelijk om bij een doorstart medewerkers die langer dan twee jaar in dienst waren van de failliete onderneming over te nemen. Of met de invoering van de nieuwe regeling recht wordt gedaan aan de idee dat met de maatregelen uit de WWZ ‘transitie van werk naar werk’ wordt bevorderd, is daarmee de vraag.

Over de auteurs

Mr. S. Jansen en mr. S.W.G. Wolters zijn beiden werkzaam als advocaat bij Banning N.V. te 's-Hertogenbosch.

28 HR 28 maart 2008, «JAR» 2008/113 (Philips/Oostendorp).

29 Hoewel de wetgever aangeeft dat de motivering ook mag worden opgenomen in een apart document, dat tezamen met het beding wordt opgesteld en getekend, zie Kamerstukken 33 818, nr. 7, p. 129.

30 Zie *Kamerstukken II* 2013-2014, 33 319, nr. 3, p. 91/92. De wetgever geeft niet helder aan welke sanctie moet volgen indien ten tijde van het aangaan van het beding de noodzaak daartoe wel bestond en die noodzaak ook voldoende was gemotiveerd, maar ten tijde van het beroep op het beding de noodzaak niet meer bestond. Aannemelijk lijkt dat ook in dat geval de rechter het beding geheel kan vernietigen ex art. 7:653 lid 3 sub a BW.

31 Dit geldt óók als de arbeidsovereenkomst is ingegaan vóór 1 januari 2015. Art. 7:668 BW heeft onmiddellijke werking. Om werkgevers niet in praktische problemen te brengen, is een uitzondering gemaakt voor contracten die eindigen binnen één maand na inwerkingtreding van de wet.

32 Nog los van de vraag of daarbij sprake zou zijn van misbruik van recht, hoewel dat (gelet op HR 29 juni 2007, «JAR» 2007/215 (Greenpeace), welk arrest voor zover ons bekend onverminderd blijft gelden) in principe niet het geval zal zijn.

369. De curator als werkgever: ervaringen van mr. B.F.M. Knüppe

MR. E. LOESBERG

In 1977 werd mr. B.F.M. Knüppe advocaat-stagiair van de destijds bekende curator mr. R.P.W. Frima.¹ Ben Knüppe is nu al tien jaar geen advocaat meer, maar nog wel curator in het faillissement van DSB Bank N.V. ('DSB'). Ik sprak met Knüppe over zijn ervaringen als curator in een groot aantal grote en kleinere faillissementen.² Ik vroeg hem vooral hoe hij meent dat omgegaan dient te worden met de werknemers die in dienst zijn van de failliete werkgever. Wat mij betreft kan de praktijk profiteren van de ervaringen en opvattingen van Knüppe. Vandaar dat bijgaand verslag van ons gesprek in deze special van «FIP» is opgenomen.

Eerste ervaringen

Omdat mr. Frima gespecialiseerd was in faillissementen, begon Ben Knüppe als beginnend advocaat in die praktijk en bleef daarin hangen. In die tijd was art. 1639aa Burgerlijk Wetboek ('BW') (oud) nog niet van toepassing³ en kon de werkgever de onderneming vervreemden zonder dat de werknemers van rechtswege in dienst traden van de verkrijger van de onderneming. Activa-passivatransacties vonden dan ook veelal tijdens de surseance van betaling plaats of zelfs buiten een formele insolventieprocedure om. De curator kon na de faillietverklaring van de (voormalige) werkgever slechts constateren dat de onderneming voor de faillietverklaring al was verkocht. Kon de failliet 'nette taxatierapporten' laten zien, waaruit bleek dat de koopprijs klopte, en was de koopprijs bij 'de meest gereede partij', dat wil zeggen de bank of de fiscus, terechtgekomen, dan stond de curator met lege handen. Voor de werknemers bleef er meestal niets over. Na invoering van de art. 1639aa e.v. BW (oud), rees de vraag of die artikelen ook van toepassing waren en de werknemers van rechtswege in dienst traden van de verkrijger als de curator na faillietverklaring van de werkgever de onderneming had vervreemd. De onzekerheid of de curator de onderneming 'vrij van werknemers' kon verkopen, heeft destijds veel werkgelegenheid gekost.⁴ Als 'hulpje' van Frima was Knüppe

betrokken bij het faillissement van Nederhorst Staal Constructie BV in Gorinchem. In dat faillissement trof de curator een kluis met horloges aan. Deze horloges waren bestemd voor werknemers die veertig jaar in dienst waren. De curator heeft deze horloges niet (meteen) vervreemd, maar uitgedeeld als een werknemer tijdens het faillissement het genoemde jubileum haalde. Knüppe vindt dat de curator zulke gebruiken dient voort te zetten. In de eerste jaren van zijn loopbaan was het afwikkelen van faillissementen vooral een praktisch gebeuren. De technocratisering kwam later.

Latere ervaringen en tips (1)

Knüppe adviseert voor een boedelteam te zorgen. Oudere werknemers bijvoorbeeld die niet in dienst kunnen treden van de verkrijger, kan de curator misschien tijdelijk in dienst houden, zodat zij behulpzaam kunnen zijn bij de afwikkeling. Van belang is dat een kernteam in stand blijft dat het geheugen van de failliete vennootschap vormt. De curator moet het kernteam aan zich proberen te binden. Als het kernteam er niet meer zou zijn, moet externe expertise, zoals van accountant en consultants, worden ingehuurd. Dat kost meestal meer dan het in dienst houden van werknemers. Omdat externen geen dossierkennis hebben, laten die ook veel kansen liggen. Een deel van de werknemers op een goede manier voor de failliete

1 Vgl. HR 12 november 1993, *NJ* 1994, 229 (Frima q.q./Blankers-Van Genip).

2 Tijdens het interview werden door mr. Knüppe Nederhorst Staal Constructie B.V. in Gorinchem, Fokker en DSB genoemd.

3 Richtlijn 77/187 dateert van 17 februari 1977. De lidstaten kregen twee jaar de tijd om de richtlijn te implementeren. De art. 1639aa e.v. BW (oud) traden op 27 juni 1981 in werking.

4 Het Hof van Justitie EG van 7 februari 1985, *NJ* 1985, 900 (Abels) leert

– kort gezegd – dat de richtlijn overgang van onderneming niet (dwingend) van toepassing is als de curator de onderneming vervreemd. De genoemde onzekerheid is geëindigd door het arrest van de Hoge Raad van 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 191 (Happe/Scheepstra). De Hoge Raad leert dat de curator de onderneming kan vervreemden zonder dat de werknemers van rechtswege in dienst treden van de verkrijger.

werkgever laten werken, zorgt voor een betere kwaliteit van het werk en optimaliseert het boedelresultaat. Deze observatie geldt ook voor kleinere boedels. Bij een ‘mkb-faillissement’ met twintig werknemers, is er niets op tegen om de boekhouder met een ‘nette’ reputatie nog enige tijd in dienst te houden. Bij de accountant van de failliet en de fiscus kan worden nagegaan hoe de reputatie van de boekhouder is. De boekhouder kan worden verteld dat hij de administratie moet blijven voeren en hij daar netjes voor zal worden beloond.

Degenen die de curator niet meer nodig heeft, dienen door hem te worden ontslagen. Knüppe is er voorstander van dat die werknemers waarvan de curator niet zeker weet of hij die nog nodig heeft, niet meteen worden ontslagen. Dat kan natuurlijk alleen als er ‘geen ellende is met de kostendecking’.

In het geval van een doorstart moet de curator zich niet bemoeien met de persoonsselectie door de verkrijger. Dan stel je je kwetsbaar op. Hooguit kan hij bedingen maken op macrogebied, bijvoorbeeld dat ten minste 50% van de werknemers van de failliete werkgever tegen dezelfde of vergelijkbare voorwaarden in dienst kan treden van de verkrijger. Daarmee worden de boedelkosten (het salaris over de opzegtermijn) beperkt. Anders dreigt het ‘muizengaatje’ in Van Gelder Papier⁵ zich te realiseren: dat de opzegging door de curator van de arbeidsovereenkomst kennelijk onredelijk zou kunnen zijn. Bij verkoop van de onderneming dient niet te worden uitgegaan van een (te) optimistische businesscase. Knüppe heeft liever geen koper die ‘gouden bergen’ belooft. Is de koper te optimistisch, dan dreigt hij ook weer failliet te gaan. De curator is volgens Knüppe geen ‘advocaat’ van de boedel en dient de werknemers te wijzen op hun rechten, bijvoorbeeld met betrekking tot hun auto van de zaak.

Fokker

Bij Fokker waren bijna tienduizend mensen in dienst. Omdat Fokker acht weken in surseance heeft verkeerdt, was er veel tijd voor de voorbereiding van de ontslagen. Onder andere is het databestand van medewerkers up-to-date gemaakt. Fokker⁶ werd op vrijdag 16 maart 1996 failliet verklaard. Op zaterdag 17 maart 1996 hadden de werknemers een ontslagbrief in huis. Gelukkig is een werknemer die vier dagen eerder was overleden, niet ontslagen. Een aantal werknemers dat door de curatoren was ontslagen, heeft zich beroepen op een overeenkomst van voor de faillietverklaring (waarin was overeengekomen dat zij Fokker zouden verlaten nadat zij 55 jaar zouden zijn geworden en zij dan recht zouden hebben op een afvloeiingsregeling) en die af-

vloeiingsvergoeding ter verificatie ingediend. De curatoren weigerden deze vorderingen te erkennen, omdat de arbeidsovereenkomsten door de opzegging door de curatoren waren geëindigd. Nadat de werknemers van het Hof Amsterdam⁷ gelijk hadden gekregen, hebben de curatoren de strijdbijl begraven. Daardoor kregen deze werknemers duidelijkheid. Uit Fokker 55+ blijkt dat niet duidelijk is welke werknemers wel en welke werknemers geen recht hebben op een afvloeiingsregeling. De curatoren gunden de werknemers die geïndividualiseerd waren in het kader van het sociaal plan dat zij (uiteindelijk) de overeengekomen afvloeiingsregeling hebben ontvangen. Het was triest voor de werknemers die nog niet voldoende geormerkt waren.

In het geval van een doorstart moet de curator zich niet bemoeien met de persoonsselectie door de verkrijger. Dan stel je je kwetsbaar op

Knüppe vindt het merkwaardig dat de werknemers die door de curatoren worden ontslagen (in beginsel) geen afvloeiingsregeling krijgen, ook als er voldoende geld is in de boedel. De concurrente schuldeisers krijgen meer, hetgeen ten koste gaat van de werknemers. Het is niet goed verteerbaar als concurrente schuldeisers behoorlijke percentages krijgen en de werknemers genoeg moeten nemen met zes weken salaris. Pensioen is minder vaak een issue.⁸ In het faillissement van Fokker hebben de curatoren een deal gesloten met het pensioenfonds. Eenmalig is een bedrag van 100 miljoen gulden aan het pensioenfonds betaald. De Pensioenwet gaat uit van evenwicht tussen de werkgeversvertegenwoordigers en de werknemersvertegenwoordigers. Dat evenwicht wordt verstoord door de faillietverklaring van de werkgever. De werkgeversvertegenwoordigers blijken dan ook vooral werknemers te zijn! Het bestuur van het pensioenfonds vindt dan per definitie dat de curator moet betalen. Er is dan geen *counterveiling balance* meer.

DSB Bank en tips (2)

Bij DSB waren op het moment van de faillietverklaring zo’n 1900 werknemers in dienst. De werknemers die sales- en marketingfuncties hadden, waren niet meer nodig en zijn meteen ontslagen. Ook de leden van de raad van bestuur waren niet meer nodig en zijn ontslagen. Je moet met een grote schil beginnen. Kijk welke mensen je nodig hebt en hoe deze zich ontwikkelen. Kan de boedel zich permitteren om die mensen in dienst te houden? Een

5 Zie: HR 12 januari 1990, *NJ* 1990/662 (Van Gelder Papier). Een opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator op grond van art. 40 Fw is slechts in uitzonderingsgevallen kennelijk onredelijk, bijvoorbeeld bij een kennelijk onredelijke selectie.

6 Failliet werden verklaard: ‘N.V. Koninklijke Nederlandse vliegtuigenfabriek Fokker’, ‘Fokker Aircraft B.V.’, ‘Fokker Administration B.V.’ en ‘Fokker Aviation B.V.’.

7 Hof Amsterdam 3 februari 2000, «JOR» 2000, 63 (Fokker 55+).

8 Destijds leerde de Hoge Raad dat financiering van pensioen omdat de curator de werknemer had ontslagen, een boedelschuld opleverde. Zie: HR 12 november 1993, *NJ* 1994, 229 (Frima q.q./Blankers-Van Gennip). De Hoge Raad is in een later arrest met zoveel woorden teruggekomen op dit arrest. De financieringsschuld dient thans als te verifiëren schuld te worden gekwalificeerd. Zie: HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291 (Koot/Tideman q.q.). Tevens geldt sinds 1 januari 2000 een verbod van uitstelfinanciering.

aantal werknemers was vitaal voor de afwikkeling van de failliete bank. Het zou hoogst onverstandig zijn geweest de treasury mensen en de ICT'ers te ontslaan. Van belang is dat degenen die je het hardst nodig hebt, in de praktijk meteen gaan solliciteren. Het is niet verstandig om die mensen al 'half buiten' te zetten. Diegenen moet je binnenhouden door perspectief te bieden. De funding om de mensen in dienst te houden, kan bij de belanghebbenden, zoals de

De curator moet vooral de crises managen. Het dagelijkse reilen en zeilen dient hij aan anderen over te laten

separatisten, worden gezocht. Bij DSB was van meet af aan duidelijk dat sprake was van een 'vette boedel' en dat ook de concurrente schuldeisers aan bod zouden komen. Ook was er voldoende liquiditeit. Het collectieve geheugen van de failliete vennootschap moet worden veiliggesteld. Dat is een concreet boedelbelang. Dat betekent dat de ICT, e-mails en presentaties veilig moeten worden gesteld. Op dezelfde lijn ligt het vasthouden van de kennis van de werknemers. Als curator ben ik vooral op zoek naar duizendpoten naast enkele specialisten. Ik houd vaak de tweede of de derde man van een afdeling aan. Op die manier is het mogelijk om een werknemer na faillietverklaring van zijn werkgever nog perspectief te bieden. Hij of zij kan immers nog groeien in salaris, terwijl hij of zij goedkoper zal zijn dan de baas van de afdeling. Ook in een krimpende organisatie kan mensen derhalve perspectief worden gegeven. Ten aanzien van de werknemers die (voorlopig) in dienst kunnen blijven, moet ook eerlijk en duidelijk worden gecommuniceerd. Vanaf het eerste moment moet duidelijk zijn dat alle werknemers vroeg of laat zullen worden ontslagen. Daarbij kan worden opgemerkt dat des te harder de werknemers werken en des te beter zij hun werk doen, hoe eerder het doek ook voor hen zal vallen. Wel geeft Knüppe aan dat de werknemers tijdig zullen horen, wanneer zij worden ontslagen. Hij geeft zo de werknemers voor een langere periode zekerheid. Bij DSB weten bepaalde werknemers al dat zij tot en met 2015 in dienst kunnen blijven. Degenen die door Knüppe worden ontslagen, worden de laatste zes weken vrijgesteld van werk. Dit kan worden verantwoord, omdat de werknemers die na de faillietverklaring meteen zijn ontslagen ook zes weken zijn vrijgesteld. Van belang is dat de werknemers het druk hebben en dat het werk uitdagend blijft. Daarvoor moet de curator zorgen. Werknemers worden vastgehouden doordat zij, als zij in dienst blijven, ieder kwartaal achteraf een extra betaling van 30% krijgen. Dit betekent dat ieder kwartaal 90% van een maandsalaris extra wordt uitbetaald. Deze regeling geldt onder twee voorwaarden. De werknemer moet in ieder geval een voldoende beoordeling hebben gekregen. In de tweede plaats moet hij of zij niet of nauwelijks ziek zijn geweest of om andere redenen niet hebben gewerkt. Werknemers kunnen ook cursussen volgen, bijvoorbeeld om hun 'AFM-licentie' te behouden. Bij DSB wordt één keer per jaar een personeelsuitje georganiseerd. Daarbij zijn

de curatoren ook aanwezig en proberen daar met iedereen een gesprek aan te knopen. Voorkomen moet worden dat de werknemers over belangrijke ontwikkelingen niet door de curatoren maar door de pers worden geïnformeerd. Onder andere kent DSB een eigen intranet. Een objectieve thermometer of het goed gaat, is het ziekteverzuim. Bij DSB is het verzuim nu gemiddeld 1,8%. Van belang is dat in een faillissement sprake is van een omgekeerde pionierssituatie. Het bedrijf implodeert. De werknemers die in dienst blijven, krijgen steeds meer taken. Krijgen de curatoren de indruk dat een werknemer eigenlijk weg wil, dan wordt er met hem of haar gesproken. Daarbij wordt een tweetal alternatieven aangeboden. De werknemer kan een andere baan zoeken, waarbij de werknemer vervolgens voor bijvoorbeeld tweeënhalve dag in de week van de nieuwe werkgever wordt 'gehuurd'. Daardoor krijgt de werknemer betere kansen op de arbeidsmarkt. De curatoren zullen aan de nieuwe werkgever 'per uur' meer moeten betalen dan zij aan de werknemer zelf betalen. Daar staat tegenover dat zij de werknemer (gedeeltelijk) kunnen behouden en de werknemer ook niet meer fulltime in dienst is. Met de nieuwe werkgever wordt vaak afgesproken dat met een opzegtermijn van bijvoorbeeld drie maanden het aantal uren dat de werknemer per week wordt ingehuurd, kan worden verminderd. Het alternatief is dat de werknemer voor zichzelf begint en hij vervolgens door de curatoren wordt 'ingehuurd'. Daarbij kan de voormalige werknemer ook opdrachten van derden aanvaarden. Zo is bijvoorbeeld de personeelsfunctionaris van DSB voor zichzelf begonnen. Op parttime basis vervult hij (tevens) zijn oude functie voor de boedel. Van belang is dat de curator de coördinatie en regie in handen houdt. De curator moet vooral de crises managen. Het dagelijkse reilen en zeilen dient hij aan anderen over te laten. Bij DSB hebben Knüppe en zijn medecurator Rutger Schimmelpenninck een goed ingewerkte boeldirectie, bestaande uit een oud-Fokker manager en een registeraccountant die partner bij Deloitte was. Die doen dat beter en goedkoper dan de curator dat kan doen.

Ook bij ontslag van werknemers is de communicatie van groot belang. In de ontslagbrief moet begrijpelijke taal worden gehanteerd. Verstandig is om in die brief ook het nummer van een *paral legal* of een vakbond te vermelden, waar informatie kan worden ingewonnen. De curator moet zich niet in 'nevelen hullen', maar duidelijk zijn. Knüppe belt de vakbonden voor overleg en benadert ook de ondernemingsraad. In een informele setting dient te worden overlegd. In de in de wet of cao genoemde termijnen verhouden zich meestal niet met de faillissementssituatie en zijn dan ook niet van toepassing. Communiceer wat je doet, wat je aantreft en wat je vindt. Vakbonden zijn vaak olie in de machine. Zegt de vakbond dat de curator geen keus heeft, dan wordt jouw werk een stuk gemakkelijker. Voor overleg met de bonden maak je tijd. Dat heeft ook te maken met regiefunctie in beginfase. Je moet je goed voorbereiden, zodat je het faillissement kunt afwickelen. Op grond van art. 40 Fw is de opzegtermijn meestal zes weken. Knüppe ontslaat de werknemers tegen 'de eerst

mogelijke datum'. Naast de ontslagbrief zorgt hij voor een toelichting. In de toelichting staat dat de opzegtermijn meestal zes weken bedraagt. Bij 'weekloners' en arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, kan de arbeidsovereenkomst mogelijk eerder eindigen. In de toelichting wordt 'voorlichting' gegeven. Meestal weet men niet dat de loongarantieregeling het volledige salaris vergoedt. Dat is vaak een opluchting voor werknemers.

Toen op 19 oktober 2009 het faillissement van DSB werd uitgesproken, waren de salarissen over oktober nog niet waren betaald. De werknemers hadden naar het Uitkeringsinstituut werknemersverzekeringen ('UWV') kunnen worden gestuurd.⁹ Het UWV had dan niet voor begin november voorschotten uitgekeerd en het volledige salaris nog veel later. Omdat na ampel beraad de verwachting was dat toch alle boedelschulden en alle preferente schulden zouden kunnen worden betaald, kon de *paycheck* over oktober door de curatoren zelf worden gedaan en kon 'het circus' van de loongarantieregeling worden vermeden. Daarbij was ook van belang dat er in de onderneming veel spanning was. Er waren veel supporters van Scheringa.¹⁰ Het UWV had zich op de faillietverklaring van DSB voorbereid en moest eraan wennen dat de loongarantieregeling niet aan bod kwam. Zij had alleen een taak bij het inschrijven van de ontslagen werknemers als werkzoekenden en bij het aanvragen van reguliere werkloosheidsuitkeringen.

De pre-pack

Volgens Knüppe is de pre-pack een nuttig instrument. Het kan schade voor schuldeisers en werknemers beperken. In grotere faillissementen is het ook eigenlijk ondoenlijk om

onvoorbereid aan de start te verschijnen. De rechtbank en de stille bewindvoerder moeten wel buitengewoon kritisch en allergisch zijn wanneer de aandeelhouder van de failliete vennootschap ook weer direct of indirect opduikt als nieuwe aandeelhouder. De pre-pack is dan een alternatieve vorm van een bedrijfssanering. Het probleem is dat er dan echt geen sprake is van een *level playing field*. Wat Knüppe betreft, is er geen probleem als de dga van de failliete vennootschap voor bijvoorbeeld het halve salaris bedrijfsleider in de nieuwe opzet wordt. Een mooie constructie vindt Knüppe dat een terugkooprecht van een maand wordt overeengekomen. Een alternatief is een onvoorwaardelijk en onherroepelijk aanbod met een geldigheid van een paar dagen. De stille bewindvoerder moet pas na de faillietverklaring met het bod naar de rechter-commissaris gaan. Dat is ook in het belang van degene die de onderneming wenst voort te zetten. Bij Fokker zijn de activatransacties, die later de basis zijn geweest voor Fokker Aviation, pas na de faillietverklaring vormgegeven. De chronologie moet zuiver blijven, omdat anders art. 7:663 BW dreigt.

Slotbeschouwing

Het gesprek met Knüppe heeft wat mij betreft nuttige informatie voor de praktijk opgeleverd. Hoe kun je werknemers 'vasthouden', wat doe je wel en wat moet je vooral niet doen.

Over de auteur

Mr. E. Loesberg is senior rechter in de Rechtbank Oost-Brabant; hij is werkzaam als voorzieningenrechter.

⁹ Zie: art. 61-66 Werkloosheidswet.

¹⁰ D. Scheringa was Chief Executive Officer van DSB Bank N.V.

370. Wetgevingsoverzicht

Bijgewerkt tot 26 november 2014

		Tweede Kamer		Eerste Kamer		Staatsblad	Datum inwerkingtreding
		Behandeling Tweede Kamer	Aangenomen Tweede Kamer	Behandeling Eerste Kamer	Aangenomen Eerste Kamer		
31911	Wijziging Wft met betrekking tot televisiereclame over geldkrediet						
33484	Wijziging Rv en BW (transparanter en voor breder publiek toegankelijk maken executoriale verkoop onroerende zaken)				2014, 352		1 januari 2015
33849	Implementatiewet richtlijn en verordening kapitaalvereisten				2014, 253		1 januari 2015
33949	Wet toezicht kredietunies						
33994	Herziening strafbaarstelling faillissementsfraude						
34011	Wet civielrechtelijk bestuursverbod						

Commentaar?....

Sdu

oprecht
de beste
keuze



Ik dacht het wel!

Met Sdu Commentaar heeft u altijd de meest actuele en diepgaande commentaren, uitspraken en wetgeving bij de hand - digitaal of in boekvorm. Nieuwe tijden vragen om nieuwe standaardwerken.



Test onze (gratis) commentarensselectie en oordeel zelf
www.sducommentaar.nl

Korting voor
abonnees FIP!

Verdiepingscursus

FIP Themamiddag: Arbeid en Insolventie

Het FIP Themanummer besproken en vertaald naar de praktijk

Donderdag 5 maart 2015

Van der Valk Hotel te Breukelen

12:30 – 18:30 uur



Bestemd voor

Advocaten en juristen die in hun praktijk te maken hebben of krijgen met arbeidsrecht en/of ondernemingsrecht.

Bent u FIP (proef-)abonnee?

Dan ontvangt u 25% korting, u betaalt dan slechts € 431,25 (excl. BTW) voor deelname aan de cursus. (Deze korting is niet geldig in combinatie met andere kortingen)

Nog geen abonnee van het Tijdschrift Financiering, Zekerheden en InsolventierechtPraktijk (FIP)?

Geef u dan nu op om ook voor deze ledenkorting in aanmerking te komen!

4

NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

PO
ADVOCATEN

In deze cursus bespreken de redacteuren van het FIP themanummer **Arbeidsrecht en Insolventierecht** de ontwikkelingen op deze rechtsgebieden en bezien die vanuit individuele, collectieve en Europese context. Een unieke gedachtenuitwisseling in theorie en praktijk, gegeven door ervaren specialisten uit advocatuur, universiteit en rechterlijke macht.

De middag begint met een bespreking van de individuele aspecten van faillissement en ontslag. Wat is de rechtspositie van de werknemer, hoe dient de curator zich wel (en niet) op te stellen en welke rol speelt daarbij art. 40 Fw? Vervolgens worden ook de collectieve aspecten besproken. Welke rol spelen medezeggenschap en CAO, maar ook de SER fusie gedragsregels en de Wet Melding Collectief Ontslag komen aan bod. Hierna volgt een blik op het Nederlandse systeem binnen Europa. Hoe verhoudt zich dat met België of Duitsland? En wat zijn de plannen van de Europese Commissie? De middag sluit af met een debat over actuele ontwikkelingen zoals de (pre-packed) doorstart en overgang van onderneming, waarbij de stille bewindvoerder, de rol van de schuldeiser en de bescherming van de werknemer niet onbesproken zullen blijven. De cursus sluit af met een borrel waar u met de sprekers, redactie en medecursisten nader kennis kunt maken en na kunt praten over al deze onderwerpen.

Kortom een must voor de jurist die in de praktijk te maken heeft met arbeids- of insolventierecht!

Sprekers:



Prof. mr. R.M. (Ronald) Beltzer, hoogleraar arbeid en onderneming, Universiteit van Amsterdam



Prof. mr. P.M. (Michael) Veder, hoogleraar insolventierecht Radboud Universiteit Nijmegen



Prof. mr. L.G. (Leonard) Verburg, hoogleraar arbeidsrecht Radboud Universiteit Nijmegen



Mr. E. (Egbert) Loesberg, senior rechter Rechtbank 's-Hertogenbosch



Mr. J. (Job) van der Pijl, advocaat bij DingemansVanderKind te Amsterdam



Mw. mr. P. (Pam) Huffman, promovenda Universiteit van Amsterdam

Sdu JURIDISCHE
OPLEIDINGEN

Schrijf u in op
www.sdujuridischeopleidingen.nl