

Arbeidsrechtelijke aspecten in faillissement – een update

Bb 2017/62

Dit artikel behandelt de recente jurisprudentie op het snijvlak van het arbeids- en faillissementsrecht in vogelvucht. In juni van dit jaar erkende de Hoge Raad dat de ondernemingsraad in bepaalde gevallen een adviesrecht heeft tijdens faillissement. In de Estro-uitspraak werd geoordeeld dat op een pre-pack de overgang van onderneming van toepassing kan zijn. Bovendien werd eerder door het College van de Rechten van de Mens uitgesproken dat bij het aannemen van personeel na een doorstart, sprake kan zijn van verboden onderscheid op grond van leeftijd.

1. De Estro-uitspraak en de pre-pack praktijk

De pre-pack discussie heeft een hoge vlucht genomen door de uitspraak van het Hof van Justitie EU op 22 juni 2017. Bij een pre-pack, ook wel “flitsfaillissement”, wijst de rechtbank op verzoek van de schuldenaar een beoogd curator en beoogd rechter-commissaris aan, zodat vóór faillissement in stilte de mogelijkheden van een eventuele doorstart direct ná faillissement kunnen worden onderzocht. In een dergelijke situatie is geen sprake van liquidatie van de (failliete) onderneming, maar van voortzetting van de onderneming na faillietverklaring. In faillissement kon op grond van art. 7:666 BW geen sprake zijn van een overgang van onderneming zodat een doorstarter niet verplicht kan worden alle werknemers met behoud van alle rechten en verplichtingen van de failliete onderneming over te nemen. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft echter in antwoord op de prejudiciële vragen van de Kantonrechter Almere aangegeven dat een pre-pack niet is uitgezonderd van de Europese Richtlijn 2001/23/EG betreffende de overgang van onderneming. In dat geval genieten de werknemers de bescherming van de regeling van overgang van onderneming, omdat – aldus het Hof van Justitie EU – het faillissement is gericht op een doorstart en niet gericht is op het eigenlijke doel van de faillietverklaring, namelijk liquidatie van de onderneming. Bij een pre-pack wordt de onderneming immers voortgezet, niet geliquideerd. Werknemers hebben bij een pre-pack dus dezelfde rechten als bij een reguliere overname. De uitspraak is door de bonden ‘historisch’ genoemd en heeft heel wat pennen in beweging gebracht. Wat betekent deze uitspraak voor de praktijk? Betekent dit het einde van de pre-pack praktijk of zal de discussie bij een voorbereide doorstart vóór faillissement veranderen en de doorstart zo worden voorbereid dat, hoewel er sprake kan zijn van een overgang van onderneming, de doorstart niet als overgang van onderneming kwalificeert? In dat kader kunnen wij ons voorstellen dat met het doel een overgang van onderneming

te voorkomen bij een doorstart in een arbeidsintensieve sector wordt besloten, niet het qua aantal een deskundige merendeel van de werknemers een baan aan te bieden. Dit betekent dat een beoogd curator bij een pre-pack hierop zou kunnen voorsorteren en zodoende een overgang van onderneming uit kan sluiten. Naast de voorbereide doorstart vóór faillissement is het naar aanleiding van de Estro-uitspraak ook denkbaar dat in bepaalde situaties bij een reguliere doorstart ná faillissement ook sprake kan zijn van een overgang van onderneming. Deze vraag wordt niet beantwoord door het Hof van Justitie EU, maar is zeer wel relevant voor de praktijk. In het licht van de vele vragen die voortvloeien uit de Estro-uitspraak is het wetsvoorstel Wet continuering ondernemingen I (hierna: WCO I) – dat een wettelijke basis dient te geven aan de pre-pack praktijk – van de plenaire vergadering van de Eerste Kamer gehaald en zijn extra vragen gesteld aan de minister. Deze vragen zullen na het zomerreces worden beantwoord zodat nog niet duidelijk is wat het lot van dit wetsvoorstel is.

2. Misbruik van faillissement na Estro

Vanuit de praktijk komt vaak de vraag naar voren of een faillissement een goed middel is om een onderneming te reorganiseren. Werknemers kunnen in faillissement zonder toestemming van UWV door de curator worden ontslagen, er is geen transitievergoeding verschuldigd en de opzegtermijn is tot een minimum beperkt. Voor veel ondernemers een goedkope oplossing om snel van werknemers af te komen. De onderneming gaat failliet en wordt doorgestart met de door de nieuwe werkgever uitgekozen werknemers zodat na de doorstart een nieuwe sterkere organisatie neergezet kan worden. In het algemeen kan worden gesteld dat indien het faillissement het vooropgezette doel heeft om de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers te ontduiken, dit misbruik van bevoegdheid op kan leveren. In het licht van de Estro-uitspraak is misbruik van faillissement in dergelijke gevallen echter in een ander daglicht komen te staan. Naar aanleiding van de Estro-uitspraak is het immers onwaarschijnlijk dat een doorstart die wordt voorbereid vóór het faillissement – wat gebeurt bij een dergelijke reorganisatie – misbruik oplevert nu de regeling van overgang van onderneming van toepassing wordt geacht en de werknemers zodoende bescherming genieten indien sprake is van een overgang van onderneming. De mogelijkheid om een onderneming via faillissement te reorganiseren is daarmee dan ook zo goed als van tafel. De doorstarter kan immers niet enkel arbeidsovereenkomsten aanbieden aan werknemers die hij zelf uitkiest indien sprake is van een overgang van onderneming. Bovendien kan in dergelijke situaties worden aangenomen dat van een overgang van onderneming snel sprake is omdat de overige onderdelen van

¹ Mr. B.H.E. Veldmaat en mr. F. van Assendelft de Coningh zijn beide advocaat bij CMS Amsterdam.

de onderneming na faillissement door de doorstarter veelal in stand gelaten worden.

3. Adviesrecht van de ondernemingsraad in faillissement

Een faillissement leidt er niet direct toe dat de onderneming ook ophoudt te bestaan. Uit de wetsgeschiedenis en de literatuur blijkt dat de curator gedurende het faillissement op één lijn te stellen is met de ondernemer alsmede de bestuurder in de zin van de Wet op de Ondernemingsraden (hierna: WOR). Als logisch gevolg geldt het adviesrecht van de ondernemingsraad wanneer de curator bepaalde belangrijke beslissingen neemt gedurende faillissement. In navolging van de literatuur en de wetsgeschiedenis heeft de Hoge Raad op 2 juni 2017 dan ook bevestigd dat het adviesrecht van een ondernemingsraad in beginsel ook kan gelden ten tijde van een faillissement (HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982). De Hoge Raad kwam aan deze vraag toe nadat de Ondernemingskamer op 26 mei 2016 oordeelde dat de ondernemingsraad géén adviesrecht zou hebben ten aanzien van de doorstart van DA in faillissement. Hoewel art. 25 van de WOR de ondernemingsraad vergaande adviesrechten geeft, is de Hoge Raad in haar arrest van 2 juni 2017 iets genuanceerder en geeft zij de ondernemingsraad niet het volledige adviesrecht in faillissement. De Hoge Raad oordeelt dat het adviesrecht van de ondernemingsraad niet bestaat wanneer het belangrijke besluit van de curator ziet op besluiten tot verkoop van goederen en ontslag van werknemers, ook niet als dat tot gevolg heeft dat de onderneming wordt gesloten. In dat geval is namelijk sprake van liquidatie van de onderneming, en heeft de ondernemingsraad geen adviesrecht. De reden hiervoor is dat het adviesrecht van de ondernemingsraad zich niet gemakkelijk laat rijmen met het faillissementsrecht dat erop is gericht een zo hoog mogelijke opbrengst voor de schuldeisers te genereren. De ondernemingsraad komt volgens de Hoge Raad wel een adviesrecht toe wanneer de curator belangrijke besluiten neemt die zien op de voortzetting of doorstart van de onderneming. In het geval van DA, waar de onderneming werd doorgestart, had de ondernemingsraad dus een adviesrecht. De tweedeling die de Hoge Raad maakt is merkwaardig in het licht van de WOR, nu de WOR geen enkele aanleiding geeft om onderscheid te maken tussen deze twee geschetste situaties. Het lijkt erop dat de Hoge Raad een parallelle heeft getrokken met de Estro-zaak waarin werd geoordeeld dat ook sprake kan zijn van een overgang van onderneming bij een pre-pack. Daar komt bij dat het wetvoorstel WCO I ook stelt dat de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging bij de voorbereiding van een dreigend faillissement dient te worden betrokken, tenzij het belang van de onderneming zich hiertegen verzet. De reden die hiervoor wordt gegeven in de wetsgeschiedenis is dat de gevolgen van een faillissement voor werknemers over het algemeen groter zijn dan voor andere schuldeisers. Ook dient de betrokkenheid van de ondernemingsraad misbruik te voorkomen. Zodoende wordt het van belang geacht ook de werknemers te betrekken bij een faillissement dat wordt aangewend om de

onderneming te kunnen doorstarten. De uitspraak van de Hoge Raad in het DA-arrest lijkt dan ook niet uit de lucht te komen vallen, de basis in de WOR om onderscheid te maken tussen verschillende situaties in faillissement lijkt te anticiperen op het wetvoorstel WCO I en de Estro-uitspraak.

4. Selectie van personeel bij doorstart

Op 28 juni 2016 zijn de ondernemingen van McGregor Fashion Group B.V. failliet verklaard en zijn de arbeidsovereenkomsten met de werknemers beëindigd. Een deel van de bedrijfsactiviteit werd overgenomen door een derde die een aantal van de ex-werknemers van McGregor een arbeidsovereenkomst aanbood. Bij het aanbieden van de arbeidsovereenkomst werden de ex-McGregor werknemers geselecteerd op anciënniteit: ex-McGregor werknemers met een arbeidsovereenkomst langer dan zeven jaar kregen geen arbeidsovereenkomst aangeboden. Negen ex-McGregor werknemers stelden zich dan ook op het standpunt dat als gevolg hiervan verboden onderscheid is gemaakt op grond van leeftijd omdat als gevolg van dit gehanteerde anciënniteitscriterium de oudere werknemers worden benadeeld waarvoor geen objectieve rechtvaardiging kan worden gegeven. Zij dienen een klacht in bij het College van de Rechten van de Mens. Het College van de Rechten van de Mens heeft geoordeeld dat bij een doorstart na faillissement het de doorstarter in beginsel vrijstaat om te bepalen wie hij een functie aanbiedt. Deze keuzevrijheid reikt echter niet zo ver dat verboden onderscheid op grond van leeftijd mag worden gemaakt. Uit statistisch onderzoek is gebleken dat de doorstarter indirect leeftijds onderscheid heeft gemaakt jegens werknemers in de leeftijdscategorie van 55+ omdat deze groep harder werd getroffen door het anciënniteitscriterium dat de doorstarter hanteerde (acht van de negen werknemers die het verzoek indienden). De doorstarter heeft aangegeven dat het onderscheid op basis van leeftijd nodig was om de doorstart te realiseren en dit derhalve een legitiem doel oplevert dat het onderscheid objectief rechtvaardigt. Het College van de Rechten van de Mens oordeelt dat dit inderdaad een legitiem doel is, maar dat financieel-economische overwegingen in slechts zeer beperkte gevallen een rechtvaardiging kunnen vormen voor onderscheid op basis van leeftijd. Hier kan dit niet als rechtvaardiging dienen. Met dit oordeel wordt nog maar eens onderstreept dat het arbeidsrecht in faillissement doorwerkt en de doorstarter niet in alle gevallen zijn eigen regels kan hanteren als het gaat om die selectie van personeel bij overname van de failliete boedel.

5. Opvolgend werkgeverschap

Met het intreden van de Wet werk en zekerheid op 1 juli 2015 is een belangrijke arbeidsrechtelijke regel gewijzigd ten aanzien van opvolgend werkgeverschap. Van opvolgend werkgeverschap is na deze wetswijziging immers al sprake indien de nieuwe functie bij de doorstarter wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als in de vorige functie bij de failliete onderneming. Hiervoor is

niet meer nodig dat er zodanige banden bestaan tussen de failliete onderneming en de doorstarter (het Van-Tuinen-criterium is losgelaten). Als gevolg hiervan zal de doorstarter ten aanzien van de anciënniteit van de werknemer als opvolgend werkgever worden aangemerkt. De gevolgen voor de ketenregeling zijn dan ook groot wanneer de anciënniteit van de werknemers bij de doorstarter worden meegenomen. Het aanbieden van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zal niet mogelijk zijn als de werknemer al drie of meer arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd heeft gehad of meer dan één arbeidsovereenkomst heeft gesloten met de failliet én twee jaar of langer in dienst is. Bovendien wordt de anciënniteit vóór het faillissement bij opvolgend werkgeverschap ook meegenomen bij de berekening van de transitievergoeding.

6. Conclusie

In faillissement en bij de pre-pack geldt een arbeidsrechtelijk regime dat de laatste jaren haar teugels strakker lijkt aan te trekken. Doorstarters dienen steeds meer rekening te houden met de werknemer beschermende regels van het arbeidsrecht waardoor het doorstarten van een onderneming steeds minder aantrekkelijk lijkt te worden. Een tendens die op het eerste gezicht in het voordeel van de werknemers lijkt te zijn, maar waar ons inziens ook een keerzijde aan zit. Wanneer werknemers stevig beschermd worden bij een (voorbereide) doorstart in faillissement, kan dit ertoe leiden dat minder ondernemingen zullen doorstarten en zodoende alsnog geliquideerd worden. Als gevolg zullen ook de arbeidsplaatsen vervallen die bij een doorstart behouden waren gebleven. De vraag is of de inzet op dit individuele belang van de werknemers, dat in de recente ontwikkelingen het grotere belang van zoveel mogelijk baanbehoud onder zo gunstig mogelijke omstandigheden voor de doorstarter overtroefde, er niet voor zal zorgen dat een doorstart van een failliete onderneming schaars zal worden en als gevolg daarvan werkgelegenheid verloren zal gaan.