

De Curator en het Personeel

De Curator en het Personeel

Insolad Jaarboek 2018

Onder redactie van:

Mr. E.J.R. Verwey
Mr. M.A. Broeders
Mr. Ph.W. Schreurs

2018

WOLTERS KLUWER – Deventer

Verkorte citeerwijze: Verwey, Broeders & Schreurs (red.), *De Curator en het Personeel* (Insolad Jaarboek 2018) 2018/[paragraafnummer].

Volledige citeerwijze: E.J.R. Verwey, M.A. Broeders & Ph.W. Schreurs (red.), *De Curator en het Personeel* (Insolad Jaarboek 2018), Deventer: Wolters Kluwer 2018.

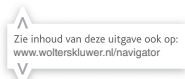
ISBN 978 90 13 14819 0
ISBN 978 90 13 14820 6 (E-book)
NUR 827-704

© 2018 Insolad

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h t/m 16m Auteurswet jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor verschuldigde wettelijke vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp). Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland BV, gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 8 augustus 2007 onder depotnummer 127/2007. Deze vindt u op www.wolterskluwer.nl of kunt u opvragen via de klantenservice.



NAVIGATOR

Inhoud

Arbeidsrecht, een kameleon	VII
1. Artikel 4.3.4. voorontwerp insolventiewet revisited Mr. W.J.P. Jongepier	1
2. It takes Smallsteps to pre-pack: een analyse Mr. M.R. van Zanten	15
3. Wet melding collectief ontslag en curator Mr. L.C.J. Sprengers	81
4. De Curator en de Ondernemingsraad – een onderzoek naar werkbare medezeggenschap in faillissement Mr. Ph.W. Schreurs	99
5. <i>Smallsteps</i> : en hoe nu verder? Prof. mr. L.G. Verburg	119
6. Werknemers: internationale verwickelingen en ontwikkelingen Mr. M.A. Broeders	143
7. De gevolgen van de Wwz voor het insolventierecht Mr. drs. H.H. Kreikamp	161
8. De curator als werkgever Mr. P.R.W. Schaink	209
9. Concurrentie en aanverwante bedingen na faillietverklaring van de werkgever Mr. E. Loesberg	225

Inhoud

10.	Het karakter van de loongarantieregeling Mr. H. van Steenbergen	235
11.	Over bezoldigde personen, in dienst van den gefailleerde: verleden, heden en toekomst van art. 40 Fw Mr. dr. T.T. van Zanten en mr. I.M.A. Lintel	257

Arbeidsrecht, een kameleon

1. De Curator en het Personeel

Toen precies een jaar geleden het Insolad bestuur het congressthema 2018 bepaalde en de keuze op 'De Curator en het Personeel' viel, gebeurde dat eigenlijk vooral omdat in deze langzamerhand imposante serie insolventierechtelijke beschouwingen voor het laatst in 1999 aandacht werd besteed aan de rol en positie van de werknemers. Het was tijd om de materie weer eens gestructureerd tegen het licht te houden. Zoals bekend, wordt de positie van de werknemer in faillissementen steeds belangrijker waar de curator – meer dan vroeger – niet zo maar om heen kan.

Het arbeidsrecht staat zowel in en buiten faillissement in de aandacht. Afhankelijk van de regeringen en de economische welvaart verandert het arbeidsrecht mee. In tijden van crisis wordt er ingegrepen en wanneer er voorspoed heerst, wordt er meer verdeeld.

Relevant in de faillissementspraktijk is dat het oorspronkelijke beperkte, maar scherpe uitgangspunt van de 19^e eeuwse faillissementswetgever langzaam verlaten lijkt te worden. Waar oorspronkelijk collectief verhaal op de voorgrond stond, blijkt heden ten dage het belang van de werknemers een niet te onderschatten factor te zijn geworden. Een factor die zodanig aan belang heeft gewonnen – mede gelet op de maatschappelijke belangen – dat optimale uitoefening van verhaal daaraan ondergeschikt kan worden gemaakt. De bijdragen in deze bundel reflecteren vanuit verschillende invalshoeken op deze beweging.

De redactie die een jaar geleden aan de slag ging, kon op dat moment niet vermoeden dat insolventierecht, arbeidsrecht en medezeggenschapsrecht in 2017 indringend met elkaar geconfronteerd werden en deze bundel zo enorm aan actualiteit won.

2. Arbeidsrecht en politiek: een huwelijk met pieken en dalen

Op arbeidsrechtelijk gebied was er aanzwellende kritiek op de Wet Werk en Zekerheid (WWZ) en onbedoelde effecten daarvan.¹ De verlaagde maatstaven voor voortgezet werkgeverschap leidden tot problemen bij doorstarts, terwijl ook het zich langzaam aan de crisis ontworstelende MKB grote last had van de regeling voor langdurig zieken. De verkiezingen en de lange formatie die daarop volgde, luidden een lange tijd van onzekerheid in.

Het regeerakkoord dat werd gepresenteerd op 10 oktober 2017 bevat een aantal voornemens op het gebied van het arbeidsrecht die relevant zijn voor de insolventiepraktijk. Het nieuwe kabinet is van plan om wijzigingen in de WWZ door te voeren. Het kabinet erkent dat de WWZ er toe heeft geleid dat ontslag, ook in situaties waar dat redelijkerwijze aan de orde is, wordt bemoeilijkt. Er zal een cumulatiegrond van het ontslag worden geïntroduceerd waarbij een rechter per geval een afweging kan maken. De transitievergoeding zal daarop worden aangepast en de rechter kan meer toekennen dan nu het geval is.

Een ander voornemen is dat de voorwaarde dat het dienstverband 2 jaren moet hebben bestaan vóórdát een recht op een transitievergoeding bestaat, komt te vervallen. De transitievergoeding zal dus sneller verschuldigd worden. Het regeerakkoord laat zien dat het arbeidsrecht steeds in beweging is. Ook al hebben deze wijzigingen niet direct invloed op faillissementssituaties, bij herstructurering buiten faillissement zijn deze wijzigingen relevanter.

3. Arbeidsrecht en de veranderde Faillissementswet

Tegelijkertijd blijft de Nederlandse wetgever ook niet stilzitten op het gebied van het faillissementsrecht. De prepack wetgeving ligt ter behandeling in de Eerste Kamer. In deze bundel komt het wetsvoorstel aan de orde en wordt door Marc van Zanten becommentarieerd in het licht van de recente uitspraak van het Europese Hof.

Het Hof kwam in juni 2017 met de Smallsteps-uitspraak die de net aan de kinderschoenen ontgroeide pre-packpraktijk nagenoeg de nek omdraaide. Bij het sluiten van de kopij resteerde nog altijd grote onzekerheid over de vraag of en in hoeverre ook de klassieke faillissementsdoorstart daardoor getroffen wordt.

1. Zie de bijdrage van L. Verburg.

Inmiddels is er een eerste uitspraak van een lagere rechter die oordeelt dat een pre-pack doorstart niet leidt tot overgang van onderneming, en de verwachting is dat komende jaren andere uitspraken zullen volgen.

Verder is op dit moment het wetsvoorstel voor de homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement in consultatie. Volgens de Memorie van Toelichting bij dit wetsvoorstel ziet de voorgestelde regeling op ondernemingen die in de kern levensvatbare en goede activiteiten hebben, maar vanwege een te zware schuldenlast toch insolvent dreigen te raken. Het reorganiseren wordt geplaatst in het belang van de onderneming en alle daarbij betrokken partijen, waaronder de schuldeisers en werknemers. De bedoeling van de wetgever is overigens dat de individuele rechtspositie van werknemers niet kan worden gewijzigd door een akkoord.

Zoals de zaken er thans voor staan zullen bij een volgende *down turn*, indien het huidige wettelijke kader blijft zoals het is, zowel werknemers als schuldeisers de dupe zijn. In de gedachteswisselingen daarover lijkt het belang van werknemers en dat van schuldeisers soms wel als tegengestelde belangen te worden gezien. Maar een going concern verkoop, of een transactie waarbij de toekomstige reorganisatiewaarde wordt gerealiseerd is vaker wel dan niet voor zowel werknemers als schuldeisers goed. De gedachte dat juridische zekerheid voor de werknemers ook leidt tot structureel behoud van werkgelegenheid is voor twijfel vatbaar. In ieder geval kan voorspelbaarheid over het herstructureringsregime en de mogelijkheid om operationeel effectief te reorganiseren een positieve invloed op investeringen zal hebben; ook wanneer sprake is van distress.

4. Faillissementsrecht en medezeggenschap

Tegelijkertijd is bij (ingrijpende) herstructureringen van ondernemingen duidelijk geworden dat de ondernemingsraad en de vakbonden betrokken moeten worden. In mei 2017 wees de Hoge Raad de DA-beschikking, waarin uitgemaakt werd dat de regels van medezeggenschap volledig van toepassing zijn in een situatie waarin de onderneming door de curator wordt voortgezet en nadien wordt doorgestart. Schreurs analyseert de uitspraak en doet voorstellen voor een protocol.

Is er in het faillissementsrecht ook een rol weggelegd voor de vakbonden? Sprengers geeft in zijn artikel een heldere beschrijving van de WMCO. De tijd zal uitwijzen of medezeggenschapsorganen in het faillissementsrecht een nog pregnantere rol zullen krijgen.

5. De curator: Samen met, voor en/of tegen de werknemer

De curator wordt vaak gezien als een vereffenaar maar in deze tijd heeft hij – mede door het veranderde artikel 68 lid 2 Fw – een ruimer takenpakket gekregen. Als vereffenaar dient hij ook rekening te houden met de maatschappelijk belangen en de samenleving. Tegen die achtergrond verschiet de curator ten opzichte van de werknemer gedurende een faillissement van kleur.

Vlak na het faillissement dient de curator zich een houding te geven als werkgever. De operationele activiteiten dienen te worden voortgezet en de curator zal instructies geven aan (bepaalde) werknemers om de waarde van de onderneming te behouden. Schaink geeft in zijn bijdrage in deze bundel een beeld waar de curator als werkgever tegen aan kan lopen.

De curator zal tegelijkertijd vaak overgaan tot ontslag van de werknemers. Dit is vaak – vreemd genoeg – ook van belang voor een werknemer. Immers pas na een ontslag komt men in aanmerking voor uitbetaling van gemiste loonaanspraken onder de Loongarantieregeling. Van Steenbergen geeft in deze bundel een beschrijving van de Loongarantieregeling.

Ontslag gebeurt op grond van artikel 40 Fw. Een helder artikel over de achtergronden van dit artikel en de relatie met artikel 37 en 39 van de Fw in deze bundel is van de hand van Lintel en Van Zanten.

De curator kan in sommige gevallen ook tegenover de werknemer komen te staan. Concurrentie- en andere bedingen in arbeidsovereenkomsten kunnen daarom in deze bundel ook niet ontbreken. Loesberg bespreekt deze bedingen en de afdwingbaarheid daarvan door een curator.

6. Internationaal perspectief

Een andere belangrijke ontwikkeling in ons vakgebied is de ontwerp-herstructureringsrichtlijn die de Europese Commissie eind 2016 publiceerde. Deze richtlijn, is momenteel het onderwerp van intensieve onderhandelingen.

De achtergrond van de herstructureringsrichtlijn is de wens van de Europese wetgever om de dynamiek van het economische systeem te vergroten, ondernemingen en financiële instellingen die zuchten onder een te grote financiële last te faciliteren in het reduceren daarvan. Zulks mede ook met het oog op de bevordering van banengroei. Wat voor een onderneming een niet na te komen financiële verplichting jegens zijn financier is, is voor zijn financier een *non*

performing loan (NPL). Beiden zijn niet goed voor de economische ontwikkeling; de onderneming die zucht onder een te grote schuldenlast zal geen investeringen (kunnen) doen, de financiële instelling die gebukt gaat onder de last van NPL's zal beperkt zijn in de mogelijkheid tot nieuwe kredietverlening. Deze twee effecten zijn niet goed voor de economische groei en raken zo ook weer werknemers zo is de gedachte van de Europese beleidsmakers.

De ontwerp richtlijn zal, indien ingevoerd, leiden tot een belangrijke verschuiving van aandacht naar de *pre-insolventiefase*. Er zullen immers instrumenten ontwikkeld moeten worden die mogelijkheden bieden om in een veel vroeger stadium ondernemingen in zwaar weer te saneren, doordat de schuldenlast wordt verlicht. Deze nieuwe procedures zullen dan ook tot gevolg hebben dat van Insolad-leden ook nieuwe competenties zullen worden verwacht. Maar daarmee zijn we er nog niet. Voor de Nederlandse herstructureringspraktijk zullen de nieuw voorgestane *pre-insolventieprocedures* een belangrijke stap zijn, maar voorlopig moet de conclusie zijn, als het huidige landschap wordt overzien, dat de middelen tot een operationele herstructurering waarbij ook de rechten van werknemers worden betrokken beperkt zijn.

In 2017 is tevens de herschikte Insolventieverordening in werking getreden en Broeders geeft in deze bundel een overzicht van de Europese ontwikkelingen en een praktische handleiding aan curatoren hoe om te gaan met de herschikte Insolventieverordening.

Er moeten nog belangrijke stappen worden gezet om het Nederlandse insolventierecht rijp te maken voor de toekomst. Met name door ingrijpen van de wetgever en het Europese Hof is de flexibiliteit die in de praktijk in het Nederlandse systeem zat in belangrijke mate ingeperkt. Door de grotere rol die de belangen van werknemers nu hebben, moet een nieuw evenwicht met het schuldeisersbelang worden gevonden.

7. Afronding

Wat door al de hiervoor bedoelde ontwikkelingen duidelijk zou moeten worden, is dat het herstructureren van bedrijven in moeilijkheden een kwestie is waarmee insolventierechtadvocaten zich moeten bemoeien, maar waar ook arbeidsrechtjuristen een prominente rol in spelen. Insolventierechtadvocaten kunnen er daarom niet omheen een beter, dieper begrip van enkele arbeidsrechtelijke vraagstukken te hebben.

Arbeidsrecht, een kameleon

Door de Smallsteps-uitspraak is indringender in beeld gekomen dat het liquideren van een onderneming niet zomaar te rijmen valt met het voortzetten daarvan. Bij voortzetten spelen de beschermende bepalingen zoals overgang van onderneming en medezeggenschap een grotere rol dan velen van ons dachten. Dat zal ook daadwerkelijk dienen te leiden tot een andere wijzen van werken, zowel voor curatoren als voor adviseurs van bedrijven in moeilijkheden.

In deze bundel en tijdens het jaarcongres in februari 2018 in Groningen zullen de belangrijkste aspecten daarvan aan bod komen. Daartoe hebben we niet alleen schrijvers uit eigen kring uitgenodigd (zoals Paul Schaink en Herman Kreikamp), maar juist ook mensen uit de meer arbeidsrechtelijke hoek (zoals Verburg, Sprengers en Van Steenberghe).

De redactie zegt alle auteurs veel dank voor hun bijdragen en wenst u een plezierig congres toe.

7 november 2017
Evert Verwey
Flip Schreurs
Michael Broeders

Artikel 4.3.4. voorontwerp insolventiewet revisited

*MR. W.J.P. JONGEPIER*¹

Het arrest van het EU Gerechtshof in Luxemburg in de Smallstepszaak is een wake-up call geweest.

Heeft het arrest nu een algemene duiding of is het alleen relevant voor een specifieke casus? Heeft de verwijzende rechter wel de juiste vragen gesteld? Het zijn op zich zeer relevante en interessante vragen. De mogelijke antwoorden op die vragen zijn voor dit artikel minder relevant.

Waar het mij hier om gaat is dat het arrest ons heeft laten zien dat het fundament voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst bij en rond insolventies verouderd is. Ik bepleit dat de fundering moet worden vernieuwd.

Ik doel natuurlijk met name op de ‘doorstart’ vanuit faillissement die is bedoeld om waarde van de activa te behouden. Waarde die toekomt aan de crediteuren, maar bijgevolg leidt tot behoud van werkgelegenheid. Een van de factoren die de doorstart tot zo’n succes hebben gemaakt is artikel 40 Faillissementswet. De curator ontslaat de werknemers met inachtneming van een opzegtermijn van zes weken. Dat is alles. Geen transitievergoedingen, geen lange opzegtermijnen. De doorstarter is vrij in zijn keuze aan welke werknemers van de failliete onderneming een nieuwe arbeidsovereenkomst wordt aangeboden. Geen geschiedenis, geen lastige afspiegelingsprincipes of wat dies meer zij. Het succes van de doorstart wordt in belangrijke mate veroorzaakt door het rigide arbeidsrechtelijke regiem dat van toepassing is bij opzegging van arbeidsovereenkomsten bij werkgevers in financiële nood buiten faillissement

De doorstart heeft een vlucht genomen in de tweede helft van de vorige eeuw. Financiers kregen meer en meer grip op de waarde van de activa van een onderneming. Bijna alles wat los en vast zat is thans verpand of verhypothecerd. De goodwill is daarvan uitgezonderd. In de behoefte van de curator om de boedel snel van liquiditeiten te kunnen voorzien biedt de doorstart uitkomst. Daardoor kan de goodwill ten behoeve van de boedel nog worden verzilverd. Dat een doorstart ook gunstig is voor het behoud van werkgelegenheid betreft een belang dat de curator mede tot zijn taak heeft te rekenen.

1. Mr. W.J.P. Jongepier is advocaat bij Dentons Boekel te Amsterdam.

Mr. W.J.P. Jongepier

Vanaf -grofweg- de negentiger jaren van de vorige eeuw is er sprake van een toenemende mondialisering. Buitenlandse partijen – met name uit de Angelsaksische wereld – investeren in Nederlandse ondernemingen en oefenen invloed uit op de structuren van die ondernemingen en hebben een natuurlijke neiging om hen vertrouwde instrumenten te gebruiken bij investeringen in Nederlandse structuren. Hoewel ons vennootschapsrecht natuurlijk een heel eigen karakter blijft houden zijn de invloeden van buiten op de ontwikkelingen in het Nederlandse vennootschapsrecht onmiskenbaar.

In het insolventierecht zijn buitenlandse invloeden (EU-aspecten buiten beschouwing latend) wellicht minder duidelijk zichtbaar dan in het vennootschapsrecht. Echter, als gevolg van de financiële crisis die in 2008 begon, is er de laatste jaren een enorme toename van het aantal herstructureringen. En ook daar heeft zich buitenlandse invloed doen gelden. Vergeleken bijvoorbeeld met het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten was het met het reorganiserend vermogen van Nederlandse ondernemingen droevig gesteld. Dat ook de regering dat inzag moge blijken uit de initiatieven die hebben geresulteerd in het Wetsvoorstel Continuïteit Ondernemingen I en II (inmiddels vervangen door het voorstel Wet Homologatie Onderhands Akkoord).

Het op zich gerechtvaardigde verlangen van buitenlandse financiers en aandeelhouders om investeringen in Nederland te herstructureren en dusdoende aan te passen aan een nieuwe economische werkelijkheid heeft druk gezet op het systeem dat in Nederland voorhanden is. Dat systeem is niet toegerust om de voldoen aan de eisen van vandaag, noch in economische, noch in sociale zin.

Het systeem moet dus worden geherstructureerd. Er moet een nieuw fundament worden gelegd.

In herstructureringen in arbeidsintensieve ondernemingen speelt artikel 40 faillissementswet een cruciale rol. De curator kan de arbeidsovereenkomst opzeggen met inachtneming van een termijn van zes weken. De curator heeft weliswaar toestemming nodig van de rechter-commissaris, maar de curator heeft een grote mate van beleidsvrijheid bij het maken van keuzes ten aanzien van het beheer van de boedel. Bij zijn beslissing zal de curator het beperken van kosten die ten laste van de boedel komen zo snel mogelijk willen beperken. Ook komt het vaak voor dat er sprake is van achterstallig salaris. Het is dan in het belang van de werknemers dat zij zo spoedig mogelijk een beroep kunnen doen op de loongarantieregeling van artikelen 61 jo.64 van de Werkloosheidwet. Hoe het ook zij: bij de toetsing die de rechter-commissaris toepast, staan

Artikel 4.3.4. voorontwerp insolventiewet revisited

niet de belangen van de werknemers voorop en is van een geheel andere orde dan de toestemmingsvereisten die gelden bij een voorgenomen opzegging buiten faillissement.

Doordat artikel 40 Faillissementswet een vaak cruciale rol speelt bij herstructureringen verdient die bepaling een nadere beschouwing.

Artikel 40 F. heeft (evenals artikel 39F.) een status aparte in de wet doordat de opzeggingsmogelijkheid die de wet biedt afwijkt van het systeem dat voor de wederkerige overeenkomst in het algemeen wordt gehanteerd. *‘De faillietverklaring oefent uit haar aard niet de minste invloed uit op bestaande wederkerige overeenkomsten’* zo lezen we in de Memorie van Toelichting. De curator is niet bevoegd om overeenkomsten op te zeggen, tenzij de wet of de overeenkomst hem daartoe de bevoegd maakt.

De afwijking voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst van het systeem dat voor de wederkerige overeenkomst geldt, wordt in de Memorie van Toelichting gerechtvaardigd enerzijds doordat de opzegging de boedel ontlast van doorlopende salariskosten die – ten gunste van de werknemer- vanaf de opzegging de status van boedelkosten krijgen. Anderzijds wordt de bepaling gezien als ter bescherming van de belangen van de werknemer, die niet onmiddellijk is verstoken van loon.

De oorspronkelijke tekst van artikel 40 Faillissementswet in 1893 luidde:

Alle bezoldigde personen, in dienst van de gefailleerde, kunnen hunne betrekking opzeggen en hun kan wederkerig door de curator hunne betrekking opgezegd worden, met inachtneming van de gebruikelijke of overeengekomen termijnen, met dien verstande echter dat een termijn van zes weken in elk geval voldoende zal zijn. (...)

En het volgende citaat uit Memorie van Toelichting wil ik u ook niet onthouden:

Voor een regeling van de huur van diensten pleiten dezelfde redenen, die voor artikel 39 zijn aan te voeren. Door de bestaande rechtsonzekerheid worden de belangen van hen, die meestal van hunne dienstbetrekkingen moeten leven, ten zeerste geschaad. Artikel 40 waarborgt hun, dat zij althans gedurende zes weken hunne betrekkingen behouden, en verzekert den curator gedurende denzelfden tijd eene hulp, die hij misschien moeilijk zal kunnen missen. De termijn mocht niet ruimer genomen worden, om den

Mr. W.J.P. Jongepier

boedel niet met een te hoog bedrag aan salarissen te belasten voor het geval dat de curator de diensten der bedoelde personen kan ontberen.

In oorsprong had artikel derhalve een tweeledig doel: bescherming van de werknemer en het vermijden van vorderingen op de boedel.

Artikel 40 Faillissementswet is veelvuldig gewijzigd. In wezen is de regeling echter steeds dezelfde gebleven. De aanpassingen waren hoofdzakelijk terminologisch van aard. Er was kennelijk geen behoefte om het systeem van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst waarvoor in 1893 is gekozen anders te benaderen. Mij is ook geen discussie bekend waarin is gepleit om deze “*hard and fast rule*” aan te passen.

Dat is des te opmerkelijker omdat onze maatschappij sinds 1893 toch is geëvolueerd van een systeem waar de factor kapitaal leidend was en met een marginale bescherming van de werknemer tot een sociaalliberaal systeem waarbij een zeker evenwicht wordt nagestreefd tussen de factor arbeid en de factor kapitaal. In oorsprong werd de opzeggingstermijn van zes weken gezien als een bepaling die in belangrijke mate diende ter bescherming van de belangen van de werknemer. Naar huidige maatstaven is de bescherming van positie van de ontslagen werknemer in een faillissement bepaald ongunstig ten opzichte van zijn positie daarbuiten.

Buiten faillissement geldt – bij ontslag wegens reorganisatie- een enigszins tijdrovende in digitale vorm gegoten verzoekprocedure bij het UWV (of ontslagcommissie indien de cao daarin voorziet). Wordt de vergunning verleend dan is de werkgever de standaard transitievergoeding verschuldigd van artikel 7:673 lid 1 BW en eventueel een billijke vergoeding uit hoofde van artikel 7:673 lid 9 BW. Indien in de arbeidsovereenkomst niet een langere termijn is overeengekomen geldt de wettelijke opzegtermijn van artikel 7:672 BW.

Wordt de werknemer door de curator op grond van artikel 40 Faillissementswet geldt een opzegtermijn van maximaal zes weken. Dat is alles.

De ontslagbescherming van werknemers van ondernemingen in financiële problemen is onevenwichtig thans geregeld. De verschillen tussen de bescherming die het Burgerlijk Wetboek enerzijds en de Faillissementswet anderzijds, bieden zijn veel te groot.

Bij ontslag door de curator zijn de werknemers feitelijk onbeschermd, zonder dat daar heden ten dage nog een goede reden voor bestaat. De keerzijde is dat

Artikel 4.3.4. voorontwerp insolventiewet revisited

werknemers bij ondernemingen die in ernstige financiële moeilijkheden verkeren wellicht te veel bescherming hebben, waardoor reorganisaties worden bemoeilijkt, hetgeen weer kan leiden tot een vlucht in het faillissement.

In 1893 had de wetgever nog een reden om zich in de Faillissementswet om de belangen van de werknemer te bekommeren. Inmiddels zijn de bepalingen die de werknemer beschermen opgenomen in boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. De faillissementswet zou daarin geen functie meer hoeven te hebben.

Het is op grond van het vorenstaande dan ook goed te verdedigen dat de bepaling die de opzegtermijn van een arbeidsovereenkomst regelt in boek 7 een plaats gaat vinden. Daar hoort hij thuis en kan in het systeem worden ingebed. Dat de curator de bevoegdheid heeft om op te zeggen blijft geregeld in de faillissementswet.

Ik meen dat er goede redenen zijn om de bepaling van de opzegtermijn bij ontslag door de curator niet langer in artikel 40 Faillissementswet wordt geregeld en wordt overgeheveld naar boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Het kan daar een plaats vinden naast de regeling die de opzegtermijn bepaalt in geval van opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens surseance van betaling en door een werkgever die in ernstige financiële moeilijkheden is komen te verkeren. Voor genoemde categorieën zullen van het reguliere systeem afwijkende (verkorte)termijnen gelden.

De opzegtermijn uit Artikel 40 exit dus, maar wat dan?

Bij Koninklijk Besluit van 3 april 2003, Stcrt.76, is Commissie insolventierecht ingesteld, om de regering en de beide kamers der Staten-Generaal te adviseren over wetgeving op het terrein van het insolventierecht. Naar haar voorzitter wordt deze commissie ook wel aangeduid als de commissie Kortmann.

De commissie heeft voorgesteld de huidige Faillissementswet te vervangen door een geheel nieuwe wet, de Insolventiewet, een unitaire procedure waarin zowel het faillissement, de surseance van betaling en schuldsanering natuurlijke personen een plek zouden krijgen.

Het voorontwerp heeft over het algemeen veel lof gekregen uit wetenschap en praktijk. Over cruciale onderwerpen bevat het ontwerp een beschrijving van de stand van zaken op dat moment. Ten aanzien van sommige onderwerpen stelt het ontwerp een codificatie voor van de jurisprudentie. Op andere onderdelen worden onverwachte en meer revolutionaire voorstellen gedaan. Een voorbeeld van de laatstbedoelde categorie is het voorstel van de commissie ten aanzien

Mr. W.J.P. Jongepier

van de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator zoals geregeld in artikel 40 Faillissementswet.

Het voorstel bevat twee belangrijke elementen: (i) de arbeidsovereenkomst verliest zijn status aparte en wordt min of meer gelijkgesteld aan de wederkerige overeenkomst, en (ii) loon en premieschulden krijgen – anders dan thans het geval is in artikel 40 lid 2 Faillissementswet – niet de status van boedelvordering.

De voorgestelde tekst luidt:

Artikel 3.4.3- Arbeidsovereenkomst

- 1. Tijdens de insolventie van de werkgever kan de arbeidsovereenkomst worden beëindigd op dezelfde wijze als voor de insolventieverklaring, (...).*
- 2. De werknemer heeft geen aanspraak op schadevergoeding als bedoeld in artikel 681 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek op de enkele grond dat de opzegging verband houdt met de insolventieverklaring*
- 3. Artikel 3.4.1. is niet van toepassing.*

In de Toelichting op het voorgestelde artikel 3.4.3 van het voorontwerp lezen we dat de ontslagregels in insolventie zoveel mogelijk gelijk dienen te zijn aan de ontslagregels buiten insolventie.

Misbruik van het faillissement door op grond van artikel 40 Faillissementswet op oneigenlijke wijze van overtollig personeel af te komen wordt tegengegaan doordat de curator niet langer beschikt over de opzegtermijn van zes weken. De opzegtermijn wordt volgens het voorstel bepaald volgens bijzondere regels in het Burgerlijk Wetboek De Commissie zal vermoedelijk een kwaadwillige werkgever/ondernemer voor ogen hebben gehad die op eigen aangifte een faillissement uitlokt, de curator het personeel op grond van artikel 40 laat ontslaan en dan vervolgens de onderneming in afgeslankte vorm via een doorstart weer in handen krijgt.

“Voor zover de starre ontslagregeling in Nederland belemmerend werkt voor de economie, moet dat worden opgelost in het arbeidsrecht en niet in het insolventierecht,” aldus de toelichting.

Het voorstel in het voorontwerp Insolventierecht ten aanzien van de opzegging van de arbeidsovereenkomst was revolutionair. Sinds 1893 hadden in de

Artikel 4.3.4. voorontwerp insolventiewet revisited

faillissementswet immers de huurovereenkomst en de arbeidsovereenkomst een status aparte.

De commissie Insolventierecht had zich mede ten doel gesteld het aantal boedelvorderingen terug te dringen. Dat verklaart denk ik mede de keuze van de Commissie voor het opmerkelijke voorstel de opzegging van de arbeidsovereenkomst in faillissement zo fundamenteel anders te regelen. De belangrijkste reden is het feit dat er geen rechtvaardiging meer was om de opzegtermijn in de Faillissementswet te regelen. Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek is de meest voor de hand liggende plaats om dat te regelen.

Ik heb niet kunnen vaststellen dat sociale overwegingen een rol hebben gespeeld bij de keuze van Commissie voor de gelijke behandeling van de arbeidsovereenkomst en de wederkerige overeenkomst in het faillissement.

Het voorstel van de Commissie ten aanzien van het nieuwe systeem voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens faillissement is over het algemeen positief ontvangen. Wel zagen critici grote praktische bezwaren in de uitvoering. Immers op het ontslag door de bewindvoerder waren de normale regels uit het Burgerlijk Wetboek en het toen geldende artikel 6 BBA van toepassing. De Commissie zag dat zelf ook wel in zo lezen we in de toelichting op artikel 3.4.4.

Voor zover de starre ontslagregeling in Nederland belemmerend werkt voor de economie, moet dat worden opgelost in het arbeidsrecht en niet in het insolventierecht.

Biedt het systeem dat in het voorontwerp Insolventierecht voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst is ontwikkeld wellicht nog aanknopingspunten voor de dilemma's die heden ten dage spelen bij het reorganiseren van bedrijven in financiële moeilijkheden?

Ik noemde eerder de onevenwichtigheid bij de ontslagbescherming. De verschillen tussen de bescherming van de werknemer bij ontslag door de curator aan de ene kant van de streep en de bescherming van de werknemer bij een onderneming in financiële problemen (buiten faillissement) aan de andere kant van de streep zijn ongerechtvaardigd groot.

Het voorstel uit het voorontwerp lost die ongerechtvaardigde ongelijkheid op, maar wel met de uitdrukkelijke kanttekening dat er alleen een voor de praktijk werkbare situatie zou ontstaan als in het arbeidsrecht opzeggeregelingen gaan

gelden die rechtdoen aan de economische realiteit van de in het geding zijnde gevallen.

Volgens het voorontwerp Insolventiewet dient de bewindvoerder bij een voorgenomen ontslag in beginsel de regels van het normale arbeidsrecht in acht te nemen. In plaats van toestemming UWV op grond van het toentertijd toepasselijke artikel 6 BBA behoefde de bewindvoerder op grond van artikel 4.2.3 lid 1 toestemming van de rechter-commissaris. Naar de huidige tijd vertaald: De curator heeft in plaats van toestemming van het UWV-toestemming van de rechter-commissaris nodig.

Gedacht zou dus kunnen worden om artikel 40 Faillissementswet te vervangen door de bepaling die was voorzien in het voorontwerp Insolventiewet. Dat zou betekenen dat de curator alleen die werknemers opzegt die overtollig zijn en wel met inachtneming van een in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek te bepalen – verkorte opzegtermijn. Dat kunnen uiteraard ook alle werknemers betreffen. De niet overtollige werknemers, dus diegenen die in een beoogde doorstart zullen zijn betrokken, blijven in dienst bij de boedel en gaan met wederzijds goedvinden over naar de doorstarter. De verkrijger is niet aansprakelijk voor oude schulden. De arbeidsvoorwaarden kunnen worden aangepast. Richtlijn 2001/23 EU (de Richtlijn) biedt die mogelijkheid.

Voor het ontslag van de werknemers die niet mee overgaan is rechterlijke toestemming vereist. Volgens het voorontwerp was het de rechter-commissaris die toestemming moest verlenen.

In de toelichting op het voorgestelde artikel 3.4.3 gaat de Commissie er zonder voorbehoud vanuit dat de artikelen 7:662 e.v. Burgerlijk Wetboek niet van toepassing zijn als de doorstart wordt gemaakt via een activa-transactie. *“In dat geval wordt het vermogen van de schuldenaar geliquideerd, evenals onder het huidige recht in geval van faillissement.”* Aldus de toelichting.

In dit verband doet de Commissie nog de aanbeveling om artikel 7:666 BW te wijzigen.

“De artikelen 662 tot en met 665 en artikel 670 lid 8 BW zijn niet van toepassing op de overdracht van de onderneming door de bewindvoerder in het kader van de liquidatie van het vermogen van de insolvent verklaarde werkgever.”

Artikel 4.3.4. voorontwerp insolventiewet revisited

Deze gedachten hebben vanzelfsprekend met de onzekerheid rond de regels van overgang van onderneming in het kader van de pre-pack op het eerst gezicht weinig van doen. Immers de hiervoor beschreven situatie ziet op een faillissementssituatie en daarvoor geldt de toepasselijkheid van artikel 7:666 BW. Indien aan de beschreven situatie een pre-pack ten grondslag ligt speelt de sinds het Smallsteps-arrest het probleem van artikel 7:662 e.v. Burgerlijk Wetboek vermoedelijk onverminderd.

Maar desalniettemin verdient het systeem dat de Commissie Insolventierecht in 2007 heeft voorgesteld in het kader van de opzegging van de arbeidsovereenkomst in insolventie toch nadere beschouwing in het kader van de door het Smallsteps-arrest blootgelegde probleem en de wens van de praktijk om tot een oplossing te komen. Maar dan vanuit een veel breder perspectief.

Ik zou de lezer het volgende in overweging willen geven:

- (i) De curator kan de arbeidsovereenkomst opzeggen met in achtneming van een in Boek 7 Burgerlijk Wetboek te bepalen termijn;
- (ii) In Boek 7 Burgerlijk Wetboek wordt een speciale regeling opgenomen voor opzegging van arbeidsovereenkomsten bij werkgevers die in ernstige financiële moeilijkheden verkeren. De rechter in een spoedprocedure bepaalt de opzegtermijn. De opzegtermijn bedraagt ten minste zes weken vanaf de datum van opzegging; deze regeling is van toepassing bij ontslag door de curator in faillissement, door de bewindvoerder in surseance van betaling en door de werkgever buiten faillissement of surseance van betaling, maar alleen dan wanneer zonder reorganisatie een formele insolventieprocedure aannemelijk wordt; in het laatste geval kan de werkgever pas opzeggen na verkregen machtiging van de rechter.
- (iii) Artikel 7:666 Burgerlijk Wetboek komt te vervallen;
- (iv) Artikel 7:670 lid 8 Burgerlijk Wetboek wordt aangepast in die zin dat beëindiging mogelijk is met toestemming van de rechter in gevallen waarin de werkgever in staat van faillissement is verklaard, aan hem surseance van betaling is verleend of in ernstige financiële moeilijkheden verkeert.
- (v) Artikel 5 lid 2 sub a van Richtlijn 2001/23/EU wordt in boek 7 geïmplementeerd.
- (vi) Bij overgang van onderneming kunnen de arbeidsvoorwaarden worden aangepast. In voorkomende gevallen is een rol voor de vakbeweging weggelegd. De rechter dient de aanpassingen te valideren.

Indien vorenstaande suggesties werkelijkheid zouden worden is een eenheid gecreëerd met betrekking tot de bescherming van werknemers bij ondernemingen in financiële nood. Enerzijds wordt het eenvoudiger om ook buiten faillissement te reorganiseren, anderzijds wordt de positie van werknemers

die door de curator worden ontslagen aanzienlijk verbeterd. Maatwerk wordt de norm.

DUITSLAND

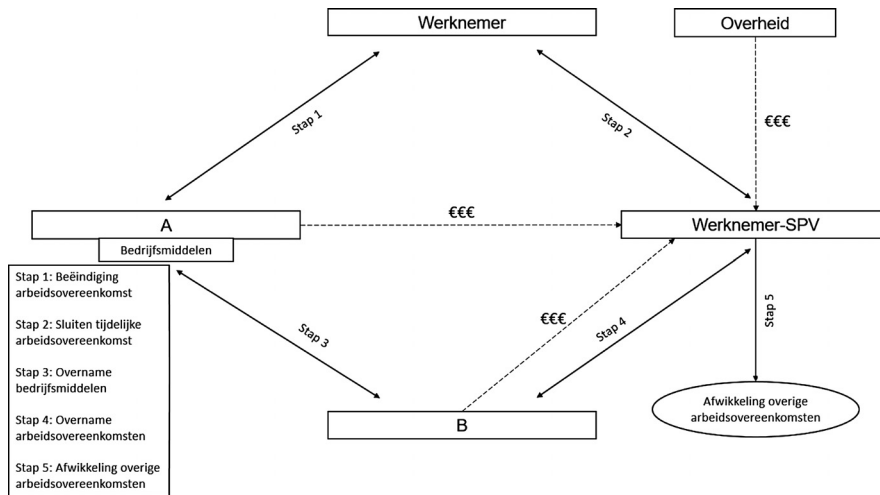
De hierboven opgesomde aanbevelingen zijn- min of meer – in Duitsland in de wet geïmplementeerd. In zijn algemeenheid geldt dat de regels van toepassing op ontslag van werknemers bij ondernemingen in financiële nood soepeler zijn dan in Nederland. Buiten noodsituaties geldt een opzegtermijn van maximaal zeven maanden. Bij ontslag wegens economische redenen wordt die termijn verkort tot maximaal drie maanden. De transitievergoeding is daar onbekend. Wel kunnen bij individuele of collectieve onderhandelingen vergoedingen worden bedongen. Bij beëindiging van arbeidsovereenkomsten wegens economische redenen zijn die vergoedingen minimaal of zelfs nihil. Er bestaat in Duitsland geen principieel verschil tussen de opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens faillissement of daarbuiten in gevallen van financiële nood van de werkgever. Dat is in Nederland wezenlijk anders.

In Duitsland is de uitzonderingsmogelijkheid van artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EU niet overgenomen. De regels van overgang onderneming zijn derhalve ook van toepassing bij doorstarts vanuit faillissement

Bij een doorstart vanuit faillissement wordt in de regel een “*Erwerberkonzept*” opgesteld. Dat is een soort businessplan van de beoogde verkrijger van de onderneming waarin wordt beschreven hoeveel arbeidsplaatsen bij de door te starten activiteiten redelijkerwijs betrokken zijn. Bij de opstelling van het plan zijn in de regel de vakorganisaties en de ondernemingsraad betrokken. Het “*Erwerberkonzept*” wordt door de rechter getoetst en resulteert in de regel in ontslag door de curator van die werknemers die niet in de doorstart betrokken zijn, met inachtneming van de door de rechter bepaalde opzegtermijnen. Maar ook bestaat de mogelijkheid dat de verkrijger op basis van het “*Erwerberkonzept*” arbeidsovereenkomsten beëindigd, uiteraard eveneens met inachtneming van de door de rechter bepaalde opzegtermijnen.

Ter verzachting van de gevolgen van de toepasselijkheid van de regels ter zake van overgang van onderneming is er in de Duitse praktijk, naast het “*Erwerberkonzept*” een figuur ontwikkeld met de naam ‘*Beschäftigungs- und Qualifizierungsgesellschaften*’ (BQG’s).

Artikel 4.3.4. voorontwerp insolventiewet revisited



In bovenstaand schema is vervreemder A insolvent. A - met medewerking van de bewindvoerder- heeft- met een beroep op de financiële (nood)toestand- het Arbeidsgericht toestemming verzocht de arbeidsovereenkomsten te mogen beëindigen met inachtneming van een opzegtermijn van 3 maanden. Het Arbeidsgericht heeft de toestemming verleend. De arbeidsovereenkomsten worden opgezegd met inachtneming met de door het Arbeidsgericht bepaalde opzegtermijn van drie maanden. (Stap 1).

Er wordt een vennootschap opgericht (SPV) die ten doel heeft de belangen van de werknemers van A te behartigen. Die belangenbehartiging kan zijn (i) bemiddeling van totstandkoming van een nieuwe arbeidsovereenkomst bij een onderneming die de activiteiten van A (gedeeltelijk) gaat voortzetten; (ii) de begeleiding van herplaatsing van individuele werknemers elders op de arbeidsmarkt; (iii) omscholing of (iv) uitbetaling van vergoedingen. SPV wordt gefinancierd door A, door de beoogde doorstarter en door de overheid. Tussen de werknemer en de SVP komen -met instemming van A- nieuwe arbeidsovereenkomsten tot stand. De werknemers blijven voor een korte periode feitelijk diensten verrichten voor de onderneming van A. In het bestuur van SPV zijn in elk geval de ondernemingsraad van A en de vakbonden vertegenwoordigd (stap 2).

Tussen de bewindvoerder van A en de doorstarter B komt een overeenkomst tot stand waarbij B-activa koopt en daarmee de onderneming van A gedeeltelijk wenst voort te zetten (stap 3).

Mr. W.J.P. Jongepier

Tussen doorstarter B, SPV en individuele werknemers wordt onderhandeld over de totstandkoming van nieuwe arbeidsovereenkomsten met B. Tussen de werknemers die mee over kunnen en B komen nieuwe arbeidsovereenkomsten tot stand. De voorwaarden zijn onderwerp geweest van eerdere onderhandelingen met SPV, waarbij derhalve ook de ondernemingsraad van A en de bonden waren betrokken (stap 4).

Het sluitstuk is dat de SPV de arbeidsovereenkomsten afwikkelt van de werknemers die niet mee konden of wilden naar de doorstarter. De afwikkeling kan bestaan uit een schadevergoeding of een omscholingstraject (stap 5).

De reden dat de werknemers van A meewerken aan de totstandkoming van een nieuwe en tijdelijke arbeidsovereenkomst met SPV is tweeledig: (i) er is een kans dat zij in de doorstart worden betrokken, en (ii) – als de werknemer niet mee kan of wil- zal de beëindiging gepaard gaan met een afkoopsom of een omscholingstraject. De gedachte is derhalve dat de werknemers geneigd zullen om mee te werken aan de overgang naar de *Transfergesellschaft* omdat zij per definitie beter af zullen zijn dan de opzegtermijn van drie maanden die het Arbeitsgericht had bepaald.

De toepassing van de BQG, ook wel *Transfergesellschaft* genoemd is in Duitsland mede in zwang geraakt om de gevolgen van de overgang van onderneming te verzachten en dusdoende transacties mogelijk te maken die anders niet of tegen aanzienlijk minder goede voorwaarden tot stand zouden zijn gekomen.

Het Transfergesellschaft heeft als voordeel dat er – anders dan in Nederland-maatwerk kan worden geleverd. In Nederland zijn er in dit soort gevallen twee smaken: een werknemer gaat mee in de doorstart, of krijgt te maken met een opzegtermijn van zes weken. De Duitse praktijk biedt meer een maatwerkoplossing. En daar is wel iets voor te zeggen.

WCO I: Hoe moet dat verder?

Hiervoor kwam het voorontwerp Insolventiewet ter sprake. Met dat initiatief is het een beetje treurig afgelopen. Met weinig gevoel voor decorum is het voorontwerp in een la op het Ministerie van Justitie verdwenen. Moet het wetsontwerp WCO I een plekje krijgen in diezelfde la naast het voorontwerp?

Er gaan stemmen op dat dat inderdaad zou moeten. Betoogd wordt dat er in de praktijk geen behoefte zal bestaan aan de aanwijzing van een beoogd curator. Die gedachte wordt gevoed door de veronderstelling dat de Richtlijn van toepassing is in gevallen waarbij een doorstart voor faillietverklaring is voorbereid.

Artikel 4.3.4. voorontwerp insolventiewet revisited

In deze bijdrage heb ik een veel bredere toepassing van de Richtlijn gepropageerd. De Richtlijn zou wat mij betreft van toepassing moeten zijn in gevallen van overgang van onderneming in het Burgerlijk Wetboek een bijzonder ontslagregiem wordt geïntroduceerd dat van toepassing is op werkgevers in financiële nood. Die situatie zal zich voordoen in faillissement, maar ook tijdens surseance van betaling, maar ook buiten die formele insolventieprocedures.

In de laatstbedoelde situatie – een financiële noodtoestand buiten faillissement of surseance van betaling – kan de schuldenaar in de toekomst mogelijk een beroep op de regeling die thans wordt voorzien in het wetsvoorstel Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA). In dat wetsvoorstel worden vorderingen van werknemers buiten beschouwing gelaten. Indien een bijzonder ontslagregiem zou worden geïntroduceerd dat ook kan worden toegepast buiten de formele insolventieprocedures kan bij een reorganisatie een combinatie worden gemaakt van de WHOA en het bijzondere ontslagregiem. Die oplossing zal leiden tot maximaal waardebehoud van de betrokken onderneming en maximaal behoud van werkgelegenheid.

Er zijn echter ook omstandigheden denkbaar waarbij een formele insolventieprocedure onvermijdelijk zal zijn. Ik beperk mij tot het faillissement.

Indien in zo'n geval de aard van de betrokken onderneming meebrengt dat door het faillissement sprake zal zijn van het imploderen en desintegreren van de onderneming zal per definitie sprake zijn van waardeverlies en verlies van werkgelegenheid. In dergelijke gevallen biedt WCO I soelaas.

De beoogd curator kan erop toezien dat in de stille periode maatregelen worden getroffen die de onvermijdelijke onrust die zal ontstaan na de bekendmaking van het faillissement in goede banen kan lijden. Ook kan er in de stille periode aan een doorstart worden gewerkt. In de wetenschap dat de Richtlijn van toepassing is kan in samenspraak met de ondernemingsraad en – in voorkomende gevallen – met de vakbonden worden gesproken over de gedetailleerde invulling van de werkgelegenheid bij de doorstarter. Dit plan kan dan zo spoedig mogelijk in het bijzondere ontslagregiem worden geformaliseerd. Teneinde dit proces zo soepel mogelijk te laten verlopen en het plan te laten slagen hebben alle betrokken partijen belang bij consensus over het plan.

Tot slot het volgende. De aard van de onderneming in financiële nood kan meebrengen dat een gedegen voorbereiding op de openbaarheid van de insolventieprocedure maatschappelijk gewenst is. Ik denk dan aan ziekenhuizen, zorginstellingen, elektriciteitsbedrijven en dergelijke. Indien een insolventie van

Mr. W.J.P. Jongepier

dergelijke ondernemingen onvermijdelijk is is een goede voorbereiding op de (maatschappelijke) onrust noodzakelijk.

En ook daarin zal WCO I een belangrijke rol kunnen gaan vervullen.

It takes Smallsteps to pre-pack: een analyse

MR. M.R. VAN ZANTEN¹

Het Smallsteps arrest van het Hof van Justitie van de EU (“HvJ”) brengt ons naar de kern van het spanningsveld tussen het faillissementsrecht en het arbeidsrecht. Omdat spanningsvelden vaak springplanken zijn naar de juiste balans van belangen, onderzoek ik of de recente ontwikkelingen in het kader van de pre-pack kunnen leiden tot een ‘win-win’ situatie voor de betrokkenen bij een faillissement. In deze bijdrage breek ik een lans voor de toekomst van de pre-packpraktijk in Nederland.

Deze bijdrage geeft een analyse van de voor dit onderwerp relevante rechtspraak van het HvJ over overgang van onderneming. Ik pas de criteria die uit die rechtspraak volgen eerst toe op de huidige pre-packpraktijk. Vervolgens pas ik deze criteria toe op de Smallsteps zaak. De conclusies die uit deze analyse volgen worden gebruikt voor een oordeel over de toekomst van de pre-pack in Nederland. Ik concludeer dat die toekomst er nog is, dit in lijn met wetgeving en rechtspraak.

In het zicht van WCO I doe ik ten slotte enkele suggesties om te komen tot (praktische) invulling van dit wetsvoorstel opdat het alle betrokken belangen, na zorgvuldige en correcte afweging, in onze samenleving zal kunnen behartigen. Het Smallsteps arrest maakt duidelijk dat invoering van WCO I van groot belang is voor de behartiging van deze belangen. Met Smallsteps komt de invoering van WCO I dan ook een stapje dichterbij.

I. Inleiding

Het faillissement is volgens Molengraaff te beschouwen als een gerechtelijk beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van zijn gezamenlijke schuldeisers.² De curator is degene die de boedel vereffent³ “en

1. Marc van Zanten is advocaat bij CMS in Amsterdam. Hij verricht onderzoek naar de pre-pack als buitenpromovendus aan de Rijksuniversiteit Groningen. De tekst is afgesloten op 6 november 2017. De auteur is veel dank verschuldigd aan zijn kantoorgenote Anna Francesca Mancosu, die een eerdere versie van deze bijdrage van zeer nuttig commentaar heeft voorzien.
2. Kortmann/Faber, *Geschiedenis van Faillissementswet heruitgave Van der Feltz I*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 339. Dit beginsel is gecodificeerd in art. 20 Fw.
3. Art. 68 Fw.

*in het algemeen voor den goeden afloop van het liquidatie-proces waakt.”⁴ De Faillissementswet bevat diverse bepalingen die een ordentelijke afwikkeling van het faillissement mogelijk maken en ertoe bijdragen dat de paritas creditorum niet wordt doorbroken. Rechten van derden worden daartoe in de insolventierechtelijke regelgeving vaak rücksichtslos teruggebracht tot niets meer dan de bevoegdheid de vordering ter verificatie aan te melden. Een faillissement heeft dus grote gevolgen voor contractspartijen van de schuldenaar. Het HvJ heeft dit als volgt verwoord in het Abels arrest: “*Het faillissementsrecht wordt gekenmerkt door bijzondere procedures die tot doel hebben de diverse belangen, vooral die van de verschillende categorieën schuldeisers, met elkaar in evenwicht te brengen. Daartoe bestaan er in alle lidstaten bijzondere voorschriften, die ertoe kunnen leiden, dat althans gedeeltelijk wordt afgeweken van andere bepalingen van algemene aard, waaronder die van het sociale recht.*”⁵*

Uit deze passage blijkt dat er een spanningsveld bestaat tussen het arbeidsrecht en het faillissementsrecht en dat inbreuk zal (moeten) worden gemaakt op rechten van werknemers. Beide rechtsgebieden gaan uit van gelijkheid of gelijkgerechtigdheid. Binnen het insolventierecht is het uitgangspunt een gelijke behandeling van de (vorderingen van) crediteuren, uiteraard met inachtneming van hun (wettelijke) rang. Binnen het arbeidsrecht kan gewezen worden op de ongelijkheidscompensatie die bij de invoering van de Wet op de Arbeidsovereenkomst in 1907 binnen de arbeidsrelatie zijn entree heeft gemaakt. Ongelijkheidscompensatie moest de verhouding tussen de werkgever en de werknemer gelijk trekken. Grapperhaus heeft er op gewezen dat ongelijkheidscompensatie tegenwoordig over iets anders gaat. Tegenwoordig gaat het meer om gelijkheid: gelijke toegang tot de arbeidsmarkt, gelijke participatiemogelijkheden, gelijke ontwikkelingsmogelijkheden en tenslotte: gelijke verbetering of verslechtering of verlies van positie.⁶ Dit streven heeft geleid tot de, gerechtvaardigde, wens van werknemers en vakbonden tot erkenning van medezeggenschapsrechten van werknemers bij doorstart na faillissement.⁷

4. Kortmann/Faber, *Geschiedenis van Faillissementswet heruitgave Van der Feltz II*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 11.

5. HvJ EG 7 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:55 (*H.B.M. Abels/Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalindustrie en de Electrotechnische Industrie*), r.o. 15.

6. F.B.J. Grapperhaus, *Heden, verleden en toekomst van de arbeidsovereenkomst*, Bijdrage Justitie/SZW/SER-symposium d.d. 6 november 2007, p. 1, te vinden via: www.ser.nl/~media/files/internet/congressen/2007/20071106_grapperhaus.ashx.

7. HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982 (*DA*). Zie voor dit onderwerp ook o.a.: W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal & D.M.A. Bij de Vaate, *Werknemers en insolventie: een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever*, Vrije Universiteit Amsterdam, maart 2015, p. 65-76.

It takes Smallsteps to pre-pack

Uit dit streven is de stelling voortgekomen dat een doorstart na faillissement moet worden beschouwd als overgang van onderneming. Zeker wanneer dat faillissement is voorafgegaan door een stille voorbereidingsfase waarin met de pre-pack methode een doorstart is voorbereid. De positie van de werknemer bij overgang van onderneming moet in die opvatting dan binnen en buiten faillissement gelijk zijn. Parallel aan deze discussie loopt ook de discussie over misbruik van de pre-pack methode door de schuldenaar. De schuldenaar zou zich namelijk op een weinig transparante wijze kunnen ontdoen van zijn personeel om (zelf of via een bevriende partij) in afgeslankte vorm een doorstart te kunnen maken.

De behoefte aan een doorstart na faillissement in het algemeen, en de voorbereide doorstart via de pre-pack methode in het bijzonder, vloeit overigens voort uit het Nederlandse ontslagrecht. Dit is er de oorzaak van dat reorganisatie buiten faillissement, zelfs via de daarvoor ontworpen surseance van betaling, vaak (financieel) niet mogelijk is. De invoering van de Wvz heeft de mogelijkheid van reorganisatie buiten faillissement alleen maar moeilijker gemaakt. Sinds 1 juli 2015 is de transitievergoeding ook bij ontslag op grond van bedrijfseconomische gronden verschuldigd.⁸ Zodra het ontslagrecht op dit punt zal worden aangepast zal er veel minder behoefte zijn aan een (al dan niet met de pre-pack methode voorbereide) doorstart na faillissement, omdat het onderliggende probleem dan is opgelost.

In deze bijdrage bespreek ik de betekenis van het leerstuk van overgang van onderneming bij een al dan niet ‘gepre-packt’ faillissement. In hoofdstuk II zal ik de ontwikkeling van de regelgeving en jurisprudentie over overgang van onderneming en faillissement behandelen. In hoofdstuk III zal ik de ontwikkeling bespreken met betrekking tot overgang van onderneming en de pre-pack. In hoofdstuk IV zal ik ingaan op de consequenties van het Smallsteps arrest (naar aanleiding van het faillissement van Estro) voor de pre-pack -en doorstartpraktijk. In hoofdstuk V zal ik de gevolgen van het arrest voor het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I (hierna: “WCO I”)⁹ bespreken.

8. Voor 1 juli 2015 leidde de ontslagroute via het UWV bij bedrijfseconomisch ontslag niet tot een verplichting tot betaling van een ontslagvergoeding. Wel kon de werkgever eventueel een vergoeding verschuldigd zijn op grond van kennelijk onredelijk ontslag.

9. Wijziging van de Faillissementswet in verband met de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de afwikkeling van een eventueel faillissement en vergroting van de kansen van voortzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen (Wet continuïteit ondernemingen I), thans aanhangig bij de Eerste Kamer (*Kamerstukken I* 34 218, A).

II. Overgang van onderneming en faillissement

2.1 Richtlijn 77/187/EEG

Het doel van Richtlijn 77/187/EEG (hierna: “Richtlijn 77/187”)¹⁰ is: “*de werknemers bij verandering van ondernemer te beschermen, in het bijzonder om het behoud van hun rechten veilig te stellen.*” Art. 3 lid 1 bepaalt dat de rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst door deze overgang op de verkrijger overgaan. Art. 4 lid 1 verzekert de bescherming van de betrokken werknemers tegen ontslag door de vervreemder of door de verkrijger, behalve in geval van ontslag wegens economische, technische of organisatorische redenen. Nederland heeft met de invoering van art. 1639aa-dd BW¹¹ uitvoering gegeven aan Richtlijn 77/187. De Richtlijn bepaalde niets over de rechten van werknemers bij overgang na faillissement. Het HvJ heeft een aantal uitspraken gedaan, waarna de richtlijn is aangepast.

2.2 *Abels*:¹² *Faillissementsprocedure; Richtlijn niet van toepassing bij overgang in geval van faillissement*

In een zaak die door de Raad van Beroep te Zwolle aan het HvJ was voorgelegd, moest het HvJ voor het eerst oordelen over de toepasselijkheid van de regels van Richtlijn 77/187 in faillissement of surseance van betaling. De AG wijst er in zijn conclusie op dat toepassing van de richtlijn in faillissement een averechtse werking heeft omdat deze een risico kan vormen voor een verkoop. De bedoeling van de richtlijn was dan ook de bepalingen niet op failliete ondernemingen toe te passen. De AG acht overgang na de verlening van een definitieve surseance van betaling ook uitgesloten van de richtlijn.

Het HvJ overweegt: “*Te zamen met het feit, dat het faillissementsrecht zowel in de rechtsstelsels van de lidstaten als in de communautaire rechtsorde bijzondere regels kent, laat dit de slotsom toe, dat de richtlijn, indien zij ook van toepassing had moeten zijn op de overgang van ondernemingen in het kader van dergelijke procedures, een uitdrukkelijke bepaling van die strekking zou hebben bevat.*”¹³

10. *PbEG* 1977, L 061/26-28 betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van vestigingen. Het doel is opgenomen in de considerans.

11. Wet van 15 mei 1981, *Stb.* 1981, 400.

12. Vindplaats in noot 5.

13. R.o. 17.

Verder concludeert het HvJ: *“Een ernstig risico van een tegen de sociale doelstellingen van het Verdrag ingaande algemene verslechtering van de levens- en de arbeidsomstandigheden van de werknemers valt derhalve niet uit te sluiten. Men kan dus niet concluderen dat richtlijn nr. 77/187 de Lid-staten verplicht haar voorschriften ook toe te passen bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan, die plaatsvinden in het kader van een faillissement, dat gericht is op een vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde rechterlijke instantie (onderstr. MvZ).”*¹⁴

Faillissement valt niet onder de richtlijn. Het HvJ overweegt dat een faillissement is gericht op een vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde instantie. Anders dan de AG concludeert het HvJ vervolgens dat de richtlijn in het geval van de Nederlandse surseance van betaling wel van toepassing is: *“Een procedure van het type ‘surseance van betaling’ heeft enkele kenmerken gemeen met de faillissementsprocedure; zo is zij evenals deze laatste gerechtelijk van aard. Anderzijds onderscheidt zij zich ervan, doordat het toezicht van de rechter op de aanvang en het verloop van de procedure primair gericht is op het behoud van de boedel en, zo mogelijk, de voortzetting van de onderneming (onderstr. MvZ); door middel van een collectieve opschorting van de betalingsverplichtingen wordt beoogd een regeling te vinden die deze voortzetting voor de toekomst verzekert. Komt een dergelijke regeling niet tot stand dan kan de procedure uitlopen op faillietverklaring van de debiteur, zoals i.c. is gebeurd.¹⁵ (...) “De argumenten die zich verzetten tegen de toepassing van de richtlijn op de overgang van ondernemingen in geval van faillissement, gaan bijgevolg niet op bij een procedure van dit type, die in een eerdere fase plaatsvindt.”*¹⁶

In Abels beoordeelde het HvJ dus een *andere procedure dan de faillissementsprocedure*. Uit deze overweging blijkt het onderscheid tussen (andere dan faillissements)procedures die wel en (insolventie)procedures die niet onder de werkingssfeer van de richtlijn vallen. Als de (andere) procedure primair is gericht op het behoud van de boedel (waaraan ik wil toevoegen: ten behoeve van de huidige eigenaar) dan wijkt deze te zeer af van de faillissementsprocedure. Deze is juist gericht op liquidatie van de boedel. In die laatste situatie kan nooit gesproken worden van ‘behoud van de boedel’.¹⁷

14. R.o. 23.

15. R.o. 28.

16. R.o. 29.

17. Stein wijst er in zijn noot (NJ 1985/900) op dat tijdens surseance boedelbestanddelen door de ondernemer zelf worden vervreemd, zij het dat voor de vervreemding ex art. 228 Fw medewerking van de bewindvoerder is vereist.

2.3 *Happé/Scheepstra*:¹⁸ *Faillissementsprocedure; tijdstip overgang vóór of na faillissement?*

Zwaartepunt verkoop onderneming

De HR heeft in dit arrest overwogen¹⁹ dat de artikelen 1639aa e.v. BW niet van toepassing zijn in de situatie dat de vervreemder in staat van faillissement is verklaard. De HR overweegt dat er geen reden is aan te nemen dat aan art. 1639aa BW een verdergaande reikwijdte toekomt dan volgens het oordeel van het HvJ in de Abels-zaak aan de desbetreffende richtlijn moet worden toegekend. Daarbij wijst de HR er wel op dat de bepalingen van afdeling 5A BW algemeen zijn geformuleerd. Dit in die zin dat zij geen uitzondering bevatten voor een overgang in een faillissementssituatie. Maar dat levert voor de HR onvoldoende grond aan te nemen dat Nederland gebruik heeft gemaakt van de bevoegdheid de beginselen van de richtlijn op een dergelijke overgang toe te passen. Door het gestelde in r.o. 3.1 staat vast dat in de Nederlandse implementatie Richtlijn 77/187 niet geldt als sprake is van faillissement van de werkgever.²⁰

Met betrekking tot het tijdstip van de overgang overweegt de HR²¹ dat uit het vonnis van de rechtbank blijkt dat de belangrijkste van de betreffende transacties is een verkoop van na faillissement. Deze transactie is volgens de rechtbank aan te duiden als het zwaartepunt van de overname. De HR overweegt vervolgens dat, daarvan uitgaande, de overgang van de onderneming van KPS BV naar Scheepstra inderdaad heeft plaatsgevonden ten tijde van het faillissement van KPS BV.

2.4 *d’Urso*:²² *‘Andere dan faillissementsprocedure’; focus op het primaire doel van de procedure*

In deze procedure moest het HvJ beoordelen of een andere dan de faillissementsprocedure, namelijk de Italiaanse procedure van bijzonder bewind, ook valt onder de werkingssfeer van de richtlijn. Het HvJ verwijst naar de nuanceering op de richtlijn uit Abels: “*Het Hof oordeelde in dat arrest, dat de richtlijn niet van toepassing was op een overgang in het kader van een faillissements-*

18. HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0033 (*L.M. Happé/Ulke Scheepstra, h.o.d.n. Scheepstra’s Handelsonderneming*), NJ 1998/191, m.nt. P.A. Stein.

19. R.o. 3.1.

20. Zie ook: P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht (Recht en Praktijk nr InsR4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 170.

21. R.o. 3.2.

22. HvJ EG 25 juli 1991, ECLI:EU:C:1991:326 (*G. d’Urso, A. Ventadori e.a./Ercole Marelli Eletromeccanica Generale SpA (onder bijzonder bewind), Ercole Marelli Nuova Eletromeccanica Generale SpA (thans ABB Tecnomasio SpA en ABB Industria Srl) e.a.*).

It takes Smallsteps to pre-pack

procedure (Engelse tekst: “bankruptcy proceedings”, opm. MvZ) die ertoe strekt, het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde rechterlijke autoriteit te vereffenen.²³ (...) In hetzelfde arrest oordeelde het Hof evenwel, dat de richtlijn wel van toepassing was in een procedure als die van ‘surséance van betaling’, ook al heeft deze enkele kenmerken gemeen met de faillissementsprocedure (Engelse tekst: “liquidation proceedings”, opm. MvZ). Volgens het Hof gingen immers de redenen om de richtlijn bij een faillissement (Engelse tekst: “liquidation proceedings”) niet toe te passen, niet op wanneer de betrokken procedure een rechterlijk toezicht van meer beperkte draagwijdte inhield dan een faillissement (Engelse tekst: “liquidation proceedings”, opm. MvZ) en wanneer zij in de eerste plaats gericht was op het behoud van de boedel (Engelse tekst: “to safeguard the assets”, opm. MvZ) en, zo mogelijk, op voortzetting van de activiteit van de onderneming door middel van een collectieve opschorting van de betalingsverplichtingen, ten einde een regeling te vinden die die voortzetting voor de toekomst verzekert (r.o. 28).”²⁴

Dat brengt het HvJ tot de (tussen)conclusie²⁵ dat het doel dat met de betrokken procedure wordt beoogd dus het beslissende criterium is dat in aanmerking moet worden genomen. Het HvJ bespreekt vervolgens²⁶ de Italiaanse procedure van bijzonder bewind uit de wet van 3 april 1979. Deze wettelijke regeling heeft verschillende kenmerken al naar gelang het besluit waarbij de gedwongen administratieve vereffening wordt gelast, al dan niet in voortzetting van de werkzaamheid van de onderneming voorziet. Als niet tot voortzetting is of wordt besloten dan zijn doel en consequenties van deze procedure van gedwongen administratieve vereffening volgens het HvJ vergelijkbaar met het doel en de consequenties van de procedure die het HvJ in de Abels-zaak tot zijn oordeel brachten. Dus dat art. 1 lid 1 van de richtlijn niet van toepassing is bij overgang van een onderneming in een situatie waarin de vervreemder in staat van faillissement is verklaard.²⁷ Maar als het besluit ook voorziet in voortzetting van de werkzaamheid onder leiding van een commissaris die met het bijzonder bewind (Engelse vertaling: “*the special administra-*

23. R.o. 23.

24. R.o. 24.

25. In r.o. 26.

26. In r.o. 27-33.

27. Zie r.o. 31: “*Evenals het faillissement* (Engelse vertaling: “insolvency proceedings”, opm. MvZ) strekt de procedure dan tot vereffening van het vermogen van de schuldenaar met het oog op uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers, en op een in dat juridisch kader tot stand gekomen overgang is de richtlijn derhalve niet van toepassing. Zoals het Hof opmerkte in voornoemd arrest Abels van 7 febr. 1985, zou, indien de richtlijn wel van toepassing was, een ernstig risico van een tegen de doelstellingen van het verdrag ingaande algemene verslechtering van de levens- en arbeidsomstandigheden van de werknemers niet zijn uit te sluiten.”

tion procedure”) is belast, dan heeft die procedure tot primair doel de onderneming in een zodanig evenwicht te brengen dat haar werkzaamheid voor de toekomst is verzekerd. In dat geval is er geen rechtvaardiging voor de ontneming van de rechten van de werknemers die de richtlijn hen bij overgang van onderneming toekent. Het HvJ geeft aan dat het met name van belang is dat het doel van deze procedure er dan in bestaat de in wezen gezonde onderdelen van de onderneming te redden.²⁸

Na Abels en d’Urso is mijns inziens duidelijk dat het (Nederlandse) faillissement volgens het HvJ een procedure is die, per definitie strekt tot vereffening van het vermogen de schuldenaar met het oog op uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers. Daarnaast, aldus het HvJ, rechtvaardigt een dergelijke procedure een uitzondering op art. 1 lid 1 van de richtlijn, daar waar andere procedures dat wellicht ook kunnen. Een voorbeeld daarvan is de procedure van gedwongen administratieve vereffening. Dit geldt slechts als het primaire doel van zo een ‘andere procedure’ niet voortzetting van de onderneming is.

2.5 *Spano*:²⁹ ‘Andere dan faillissementsprocedure’; liquidatie of voortzetting van de onderneming in verband met latere overgang?

In deze zaak moest het HvJ beoordelen of de Italiaanse procedure waarbij wordt vastgesteld dat een onderneming in moeilijkheden verkeert,³⁰ onder de werkingssfeer van de richtlijn valt. Het HvJ overweegt dat voor het antwoord op de vraag of een bepaalde overgang van een onderneming die het voorwerp uitmaakt van een administratieve of gerechtelijke procedure binnen de werkingssfeer van de richtlijn valt, het beslissende criterium het doel is dat met de betrokken procedure wordt beoogd (d’Urso).³¹ Vervolgens overweegt het HvJ: blijkens de rechtspraak van het Hof is de richtlijn niet van toepassing op overgangen in het kader van procedures strekkende tot liquidatie van de goederen van de vervreemder, zoals de faillissementsprocedures (Engelse

28. Mijns inziens wordt hier gewezen op redden in de zin van voortzetting van de activiteiten binnen de huidige vennootschap dan wel verkoop door de huidige aandeelhouders, zoals ook een redding kan plaatsvinden in bijvoorbeeld een surseance procedure.

29. HvJ 7 december 1995, ECLI:EU:C:1995:421 (*L. Spano e.a./Fiat Geotech SpA en Fiat Hitachi Excavators SpA (voorheen Fiat Hitachi Construction Equipment SpA)*).

30. Wet van 1977 betreffende de coördinatie van het industriebeleid, de herstructurering, de omschakeling en de ontwikkeling van de sector.

31. R.o. 24.

vertaling: “*insolvency proceedings*”, opm. en onderstr. MvZ), maar is zij wel van toepassing op de overgang van ondernemingen die het voorwerp uitmaken van procedures strekkende tot voortzetting van de activiteit van de onderneming. Hieronder vallen de Nederlandse procedure van surséance van betaling of de Italiaanse procedure van bijzonder bewind van grote ondernemingen in moeilijkheden, wanneer besloten is tot voortzetting van de werkzaamheid van de onderneming, en zolang deze beslissing van kracht blijft.³² Immers die procedures hebben niet het oog op de liquidatie van die onderneming.³³ Integendeel: die procedures strekken ertoe de voortzetting van de activiteit van de onderneming te verzekeren met het oog op een latere overname.³⁴ Vervolgens overweegt het HvJ dat anders dan bij faillissementsprocedures (Engelse vertaling: “*insolvency proceedings*”) (onderstr. MvZ) de procedure waarbij wordt vastgesteld dat de onderneming in moeilijkheden verkeert, niet inhoudt dat zij onder rechterlijk toezicht wordt geplaatst of dat maatregelen inzake vermogensbeheer worden genomen, en voorziet zij niet in uitstel van betaling.³⁵

2.6 *Dethier*:³⁶ ‘*Andere dan de faillissementsprocedure*’; *doel en modaliteiten van de procedure*

In deze zaak werd het HvJ verzocht te oordelen of de Belgische procedure tot gerechtelijke of vrijwillige vereffening onder de werkingssfeer van de richtlijn valt. Het HvJ oordeelt slechts in een concrete zaak en geeft hier dus slechts een oordeel over de gerechtelijke vereffening.³⁷ De richtlijn is niet van toepassing op de overgang van een onderneming in het kader van een faillissementsprocedure (Engelse vertaling: “*insolvency proceedings*”).³⁸ Voorts overweegt het HvJ dat de richtlijn daarentegen wel van toepassing is op een procedure als de surséance van betaling, ook al heeft deze met de faillissementsprocedure enkele kenmerken gemeen. Immers, de argumenten die zich verzetten tegen de toepassing van de richtlijn op de overgang van ondernemingen in geval van faillissement gingen niet op wanneer in de betrokken procedure het toezicht van

32. R.o. 25.

33. R.o. 27.

34. R.o. 28.

35. R.o. 29.

36. HvJ 12 maart 1998, ECLI:EU:C:1998:99 (*Jules Dethier Équipement SA/Jules Dassy, Sovam SPRL, in vereffening*).

37. R.o. 19.

38. R.o. 21.

de rechter een meer beperkte draagwijdte had dan bij faillissement, en de procedure primair gericht was op het behoud van de boedel alsook, zo mogelijk, op de voortzetting van de onderneming door middel van een collectieve opschorting van de betalingsverplichtingen teneinde een regeling te vinden om deze voortzetting voor de toekomst te verzekeren.”³⁹ Het beslissende criterium bij de bepaling of een overgang al dan niet onder de richtlijn valt is het doel van die procedure. Echter, het doel van gerechtelijke vereffening kan soms verwant zijn aan dat van faillissement (Engelse vertaling: “*insolvency proceedings*”). Maar dit hoeft niet zo te zijn.⁴⁰ Het HvJ wijst hier op de uiteindelijke belanghebbende van de overgang van onderneming bij een andere procedure dan de faillissementsprocedure. Bij gerechtelijke vereffening is de belanghebbende de onderneming zelf. Het doel kan in deze zaak dus geen uitsluitel geven. Daarom wijst het HvJ erop dat in zo een geval ook moet worden gekeken naar de modaliteiten van deze (niet faillissements)procedure.⁴¹

Het HvJ overweegt dat de situatie van een vennootschap in gerechtelijke vereffening derhalve aanzienlijke verschillen vertoont ten opzichte van die van een vennootschap in staat van faillissement (Engelse vertaling: “*an undertaking subject to insolvency proceedings*”), en dat de redenen op grond waarvan het Hof de toepassing van de richtlijn in laatstbedoeld geval heeft uitgesloten, in het geval van een onderneming die in gerechtelijke vereffening verkeert, niet hoeven te gelden.⁴² Het HvJ spreekt over de curator die *als een derde ten opzichte van de vennootschap* kan worden beschouwd. De curator is immers vertegenwoordiger van de schuldeisers. Het HvJ concludeert dat deze procedure niet onder de werkingssfeer van de richtlijn valt. Daarbij is van beslissend belang geweest de vergelijking van de modaliteiten van de betreffende procedure met de modaliteiten van de faillissementsprocedure.

39. R.o. 22.

40. R.o. 26-27.

41. R.o. 29: “*Dienaangaande blijkt uit het verwijzingsarrest, dat 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 (onderstr. MvZ) 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 (Engelse vertaling: “an insolvency”) 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.*”

42. R.o. 30.

It takes Smallsteps to pre-pack

2.7 *Europièces*.⁴³ ‘Andere dan de faillissementsprocedure’: doel van de richtlijn; doel van de procedure; voortzetting van de werkzaamheid van de onderneming

In deze zaak moest het HvJ oordelen of in het geval van de Belgische procedure tot vrijwillige vereffening een overdracht van activa onder de werkingssfeer van de richtlijn valt.⁴⁴ Het HvJ herhaalt de lijn van de jurisprudentie: de richtlijn is niet van toepassing op de overgang van een onderneming in het kader van een faillissementsprocedure (Engelse vertaling: “*insolvency proceedings*”)⁴⁵ en het beslissende criterium is het doel dat met de betrokken procedure wordt beoogd (d’Urso en Spano). Daarnaast moet rekening worden gehouden met de modaliteiten van de betrokken procedure (Dethier). Het gaat daarbij met name om de vraag in hoeverre de werkzaamheid van de onderneming wordt voortgezet dan wel wordt gestaakt.

De jurisprudentie van het HvJ is op dit punt dus consistent. Faillissement is uitgezonderd van de werkingssfeer van de richtlijn. Bij andere (administratieve of gerechtelijke) procedures spelen doel en modaliteiten een rol en ook het al dan niet voortzetten of staken van de activiteiten. Vervolgens concludeert het HvJ met betrekking tot de vrijwillige vereffening dat deze nog meer van faillissement verschilt dan de gerechtelijke vereffening. Bij vrijwillige vereffening besluit de algemene vergadering van aandeelhouders van de vennootschap en niet de rechter om tot vereffening over te gaan, benoemt zij vereffenaars en bakent zij hun bevoegdheden af.⁴⁶ Ook hier speelt een rol dat het in beginsel de vennootschap zelf is die de procedure controleert. Dit vormt dan een modaliteit die zorgt dat de procedure minder gelijkens met het faillissement vertoont. Vervolgens concludeert het HvJ dat art. 1 lid 1 van de richtlijn zo moet worden uitgelegd dat deze bepaling van toepassing is ingeval een vennootschap in vrijwillige vereffening haar activa geheel of gedeeltelijk overdraagt aan een andere vennootschap, die een werknemer vervolgens opdrachten geeft die conform de verklaring van de vennootschap in vereffening moeten worden uitgevoerd.⁴⁷

43. HvJ 12 november 1998, ECLI:EU:C:1998:532 (*Europièces SA, in vereffening/W. Sanders en Automotive Industries Holding Company SA, in faillissement*).

44. Een overgang in geval van vereffening was in de Belgische wetgeving niet gelijkgesteld met een overgang in geval van faillissement.

45. R.o. 27, op grond van het Abels arrest.

46. R.o. 33-34.

47. R.o. 36.

2.8 *Aanpassing(en) richtlijn; codificatie rechtspraak HvJ*

De jurisprudentie is gecodificeerd in Richtlijn 98/50/EG.⁴⁸ Vervolgens is deze richtlijn vervangen door, de huidige, Richtlijn 2001/23/EG (hierna: “Richtlijn 2001/23”).⁴⁹ Met betrekking tot de aanpassing van Richtlijn 77/187 heeft de President van de Commissie onder meer het navolgende gesteld: “*The following are the main changes proposed by the Commission:(...) – to make provision for greater flexibility for transfers carried out in the context of insolvency* (onderstr. MvZ) *proceedings.*”⁵⁰

Het voorstel voor Richtlijn 98/50/EG⁵¹ bevatte de overweging dat de Lid-Staten uitdrukkelijk moet worden toegestaan de artikelen 3 en 4 van de richtlijn niet toe te passen op overgangen in het kader van liquidatieprocedures, en dat bepaalde afwijkingen van de algemene bepalingen van de richtlijn moeten worden toegestaan in het geval van overgangen in het kader van aan liquidatie voorafgaande insolventieprocedures. Dit met het doel het voortbestaan van insolvente ondernemingen veilig te stellen.

In de definitieve tekst is deze overweging als volgt opgenomen: “(7) *Overwegende dat het de lidstaten, teneinde het voortbestaan van insolvente ondernemingen te verzekeren, uitdrukkelijk moet worden toegestaan de artikelen 3 en 4 van Richtlijn 77/187/EG niet toe te passen op een overgang in het kader van een liquidatieprocedure en dat op de algemene bepalingen van de richtlijn sommige uitzonderingen moeten worden toegestaan in geval van overgang in het kader van insolventieprocedures.*”

Art. 3 bevat het beginsel dat rechten en verplichtingen die voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst door deze overgang overgaan op de verkrijger. Art. 4 bevat het beginsel dat een overgang van onderneming op zichzelf voor de vervreemder geen reden tot ontslag oplevert. In Richtlijn 98/50/EG is vervolgens art. 4bis toegevoegd waarmee de jurisprudentie en de in de overweging aangegeven doelstelling zijn gecodificeerd. Dit is vervolgens als volgt, en ongewijzigd, opgenomen als art. 5 lid 1 Richtlijn 2001/23 (was art. 4bis lid 2 Richtlijn 98/50/EG): “*Tenzij de lidstaten anders bepalen, zijn de artikelen 3 en 4 niet van toepassing op een overgang van onderneming, vestiging of een*

48. Richtlijn 98/50/EG, *PbEG*, L 201/88-92.

49. Richtlijn 2001/23/EG, *PbEG*, L 82/16. Deze bevat geen inhoudelijke wijzigingen ten opzichte van Richtlijn 98/50/EG maar een doorlopende tekst en vernummering.

50. 19940203 (CNS)- 29/06/1995 Debate in Council.

51. Voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Staten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (94/C 274/08), ingediend door de Commissie op 8 september 1994 (COM (1994)300).

It takes Smallsteps to pre-pack

*onderdeel van een onderneming of vestiging wanneer de vervreemder ver-
wikkeld is in een faillissementsprocedure (Engelse vertaling: “bankruptcy
proceedings”, opm. MvZ) of in een soortgelijke procedure met het oog op de
liquidatie van het vermogen (Engelse vertaling: “or any analogous insolvency
proceedings which have been instituted with a view to the liquidation of the
assets”, opm. MvZ) van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde
overheidsinstantie (die een door de overheidsinstantie gemachtigde curator
mag zijn).”*

Op grond van art. 5 lid 2 Richtlijn 2001/23 kunnen de lidstaten, ongeacht het
doel van de procedure, bepalen dat, als beide artikelen door hen toch van
toepassing worden verklaard in een insolventieprocedure onder toezicht van
een bevoegde overheidsinstantie: a) bepaalde verplichtingen van de vervreem-
der niet overgaan op de verkrijger onder de in dat artikel genoemde omstan-
digheden, of b) dat in bepaalde situaties wijzigingen worden aangebracht in de
arbeidsvoorwaarden van de werknemer. Uit een verslag van de Commissie over
Richtlijn 2001/23 d.d. 18 juni 2007⁵² blijkt dat artikel 5 van de richtlijn is
bedoeld om het voortbestaan van insolvente ondernemingen te verzekeren.
Voortbestaan van de insolvente onderneming is voor de Europese regelgever
dus een (uiteindelijk in art. 5) nadrukkelijk erkende mogelijkheid. Het leerstuk
van overgang van onderneming speelt uiteraard uitsluitend een rol als de
onderneming na faillissement wordt voortgezet. De Commissie heeft een
onderzoek verricht naar de implementatie van de richtlijn. Een van de vragen
aan de lidstaten was de volgende: “*Do your national provisions implementing
Articles 3 and 4 apply to transfers of undertakings where the transferor is the
subject of bankruptcy proceedings or any analogous insolvency proceedings?*”
Hierop werd door zeventien lidstaten geantwoord dat deze artikelen niet van
toepassing zijn bij overgang na faillissement.⁵³ Slechts in vier van de 28
lidstaten zijn de regels onverkort van toepassing.⁵⁴ Andere landen maken
gebruik van de mogelijkheden van art. 5 lid 2 van de richtlijn.

52. Verslag d.d. 18 juni 2007 van de Commissie over Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van
12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van wetgevingen der lidstaten betreffende
het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen
of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, [SEC (2007)812] onder 16.

53. Te weten: België, Griekenland, Frankrijk, Ierland, Italië, Cyprus, Letland, Malta, Nederland,
Oostenrijk, Slovenië, Slowakije, Finland, Zweden, IJsland, Liechtenstein en Noorwegen.

54. Te weten: Tsjechië, Denemarken, Hongarije en Portugal. In deze landen kan sprake zijn van
een soepeler ontslagregime buiten faillissement waardoor de gevolgen van onverkorte
toepasselijkheid minder groot zijn.

2.9 *Art. 7:666 BW*

Ter uitvoering van de Richtlijn 98/50/EG is met ingang van 1 april 1997 een nieuw art. 7:666 lid 1 BW opgenomen dat bepaalt dat de artikelen 662 tot en met 665, en artikel 670, lid 8, niet van toepassing zijn op de overgang van een onderneming als de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort.

2.10 *Celtec*:⁵⁵ *tijdstip overgang onderneming; objectieve toets; overgang exploitatie van de betrokken entiteit met behoud van identiteit*

De Engelse rechter heeft gevraagd of er een specifiek tijdstip bestaat waarop de overgang van de betrokken onderneming wordt geacht plaats te vinden. En zo ja, hoe dat specifieke tijdstip kan worden bepaald. Deze uitspraak is van belang, omdat in de discussie rond de pre-pack ook een rol speelt het antwoord op de vraag wanneer de overgang plaatsvindt: in de stille voorbereidingsfase of in het daarna uitgesproken faillissement. Immers, dat kan consequenties hebben voor de toepasselijkheid van de richtlijn.

Het HvJ overweegt⁵⁶ onder verwijzing naar de arresten Spijkers⁵⁷ en Rygaard⁵⁸ dat om vast te stellen of sprake is van een overgang moet worden beoordeeld of de identiteit van de betrokken entiteit bewaard blijft. Dit kan met name hieruit blijken dat de exploitatie ervan in feite door de nieuwe ondernemer wordt voortgezet of wordt hervat met dezelfde of met soortgelijke bedrijfsactiviteiten. Het beslissende criterium is dus of de nieuwe ondernemer de exploitatie van de betrokken entiteit voortzet of hervat en daarbij de identiteit ervan bewaart. Vervolgens overweegt het HvJ dat in die omstandigheden het begrip “tijdstip van de overdracht” in artikel 3, lid 1, van richtlijn 77/187 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.⁵⁹ Volgens het HvJ⁶⁰ gaat het daarbij om een precies tijdstip dat niet naar goeddunken van de vervreemder of de verkrijger naar later kan worden verschoven. Het tijdstip van overgang wordt bepaald op de hiervoor

55. HvJ 26 mei 2005, ECLI:EU:C:2005:321 (*Celtec Ltd/John Astley and Others*).

56. R.o. 34.

57. HvJ 18 maart 1986, ECLI:EU:C:1986:127 (*J.M.A. Spijkers/Gebroeders Benedik Abattoir C.V., Alfred Benedik en Zonen BV*).

58. HvJ 19 september 1995, ECLI:EU:C:1995:290 (*Ledernes Hovedorganisation, namens O. Rygaard/Dansk Arbejdsgiverforening, namens Stro Molle Akustik A/S*).

59. R.o. 36.

60. R.o. 39.

It takes Smallsteps to pre-pack

genoemde wijze, ongeacht de in dat verband tussen vervreemder en verkrijger overeengekomen regeling.⁶¹ Dit is ook voor de pre-pack methode van belang. Het is niet een eventuele overeenstemming tot overgang van onderneming die het tijdstip bepaalt. Het is de daadwerkelijke overgang van de hoedanigheid van vervreemder naar verkrijger die het tijdstip bepaalt. Partijen kunnen het tijdstip niet naar eigen goeddunken beïnvloeden.

Hierna spiegel ik het hier beschreven wettelijk kader op de werkingssfeer van de Richtlijn 2001/23 in geval van een overdracht van onderneming die na het faillissement plaatsvindt en die is voorbereid met de pre-pack methode.

III. Overgang van onderneming en pre-pack

3.1 *Literatuur; verdeeldheid over al dan niet toepasselijkheid van de richtlijn bij pre-pack*

Vrij snel nadat voor de eerste keer in Nederland in 2012 een faillissement was voorafgegaan door een stille voorbereidingsfase hebben diverse auteurs gepleit voor toepasselijkheid van Richtlijn 2001/23.⁶² Kort gezegd stellen deze auteurs, dat art. 7:666 BW slechts geldt als sprake is van een procedure die op liquidatie is gericht. Volgens deze auteurs kan de pre-pack, die bedoeld is via faillissement een voortzetting van de onderneming voor te bereiden, niet worden beschouwd als een zodanige procedure. Voorts stellen zij dat de overeenstemming met betrekking tot de doorstart feitelijk al vóór het faillissement is bereikt en vervolgens pas daarna wordt uitgevoerd. Ook op grond daarvan zou geen beroep kunnen worden gedaan op art. 7:666 BW. Naar mijn idee houdt de discussie over de werking van Richtlijn 2001/23 ingeval van een 'gepre-packt' faillissement vooral sterk verband met de vrees voor misbruik. Deze kritiek raakt veelal de doorstart na faillissement in het algemeen. Want de

61. R.o. 43.

62. Zie bv.: R.M. Beltzer, 'Overgang van onderneming en faillissement: over een blinde vlek bij curatoren of wishful thinking onder arbeidsrechtjuristen', *FIP* 2014/360; R.M. Beltzer, 'Continuïteit van ondernemingen en pre-pack: hoe een idee een Europese richtlijn mist', *Onderneming en Financiering* 2015 (23) 1, p. 32-43; R.J. van der Ham, 'Liever failliet dan doorgaan met slecht personeel: over het risico van misbruik van de pre-pack', *ArbeidsRecht* 2014/28; P. Huffman/I. Zaal, 'Insolventie en arbeid: tijd voor een integrale benadering', *Tijdschrift voor Arbeid en Onderneming*, nr. 2, juni 2014, p. 47-487; P. Huffman/I. Zaal, 'De toepasselijkheid van de Richtlijn overgang van onderneming bij insolvente ondernemingen', *TAP* 2014/98; P. Huffman, *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking* (diss UvA), Den Haag: SDU 2015, p. 105-107; J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap- een nieuw begin of toch niet?', *ArbeidsRecht* 2013/38; B.J. Tideman, 'Reactie mr. B.J. Tideman: wetgever van Nederland geef ons de pre-pack+', *FIP* 2013, p. 234-237.

(kwaadwillende) ondernemer kan hetzelfde proberen te arrangeren zonder pre-pack door een geregisseerd faillissement met een voorbereide doorstart. Een aantal auteurs is dan ook van mening dat de richtlijn ook van toepassing zou moeten zijn bij een (gewone, niet 'gepre-packte') doorstart na faillissement. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch heeft in 2015 nog geoordeeld dat geen sprake hoeft te zijn van misbruik (of oneigenlijk gebruik) van faillissementsrecht als een doorstart is voorbereid.⁶³ Immers een vennootschap kan alsnog in een toestand van te hebben opgehouden te betalen verkeren, ongeacht het antwoord op de vraag of de bedrijfsactiviteiten in een andere onderneming worden voortgezet. Van oneigenlijk gebruik is volgens het hof pas sprake als de betalingsonmacht opzettelijk wordt georkestreerd met als doel op deze wijze na de faillietverklaring te kunnen profiteren van de lichtere arbeidsrechtelijke bescherming. Huffman en Zaal vinden deze maatstaf te streng.⁶⁴ Met betrekking tot de pre-pack methode speelt de vrees voor misbruik doordat schuldenaren in stilte een doorstart zouden kunnen arrangeren (met een gelieerde partij) en vervolgens het eigen faillissement zouden kunnen aanvragen met het uitsluitende doel de werknemers te beroven van hun bescherming die buiten faillissement wel geldt. Misbruik is ook een belangrijk (en het eigenlijke) punt in de discussie die gevoerd is rond de doorstart door Smallsteps in het faillissement van kinderopvangorganisatie Estro. Zo werd op de dag van het arrest van het HvJ in de Smallsteps zaak op de website van het FNV de volgende reactie van vice-voorzitter mevrouw K. Jong gepubliceerd: *“Uit het onderzoek van het FNV voorafgaand aan de rechtszaak blijkt dat onder een dekmantel van faillissement de overname maandenlang tot in de puntjes geregisseerd is. Het faillissement was puur een middel om op een goedkope manier van personeel en kosten af te komen en de buitenlandse durfkapitalisten te pleasen. Ze hebben duidelijk misbruik gemaakt van de pre-packconstructie. Zo deden ze er alles aan om de deur gesloten te houden voor andere overnamepartijen en onderhandelden ze alleen met zichzelf.”*⁶⁵

De kritiek op de pre-pack heeft dus voornamelijk betrekking op de misbruikgevoeligheid van deze methode. Die vrees is, door de stilte van de procedure, begrijpelijk. Tal van zaken waar de vakbonden misbruik vermoeden worden nu aan de rechter voorgelegd via de weg van toepasselijkheid van de richtlijn en, naar mijn idee, niet via de geëigende weg bij misbruik. Reparatie van misbruik moet dan plaatsvinden door toepasselijkheid van Richtlijn 2011/23. De juiste

63. Hof 's-Hertogenbosch 26 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:1079 (*Zorginstelling Thebe*).

64. P. Huffman/I. Zaal, 'Pre-packperikelen: tijd voor een update', *ArbeidsRecht* 2015/34, onder 2.

65. Vindplaats: www.fnv.nl/sector-en-cao/alle-sectoren/zorg-en-welzijn/nieuws/FNV-krijgt-geen-geen-van-Europees-Hof-Personeel-dumpen-na-flitsfaillissement-kan-niet-meer/.

oplossing voor het opgeworpen probleem van misbruik is het instellen van verzet ex art. 10 Fw. Hierna kan het faillissement worden vernietigd. Na de vernietiging wordt de opzegging van een arbeidsovereenkomst door de curator ex art. 13a Fw met terugwerkende kracht beheerst door de wettelijke regels die van toepassing zijn op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst buiten faillissement.⁶⁶ Vaak zal echter de korte termijn voor het instellen van verzet een probleem zijn en is dat de oorzaak van de actie op grond van overgang van onderneming.⁶⁷ De stelling dat de richtlijn toepasselijk is bij een doorstart na faillissement die is voorbereid met de pre-pack methode is door verschillende auteurs bestreden.⁶⁸ De in de literatuur veelvuldig besproken (on)mogelijkheid van toepasselijkheid van de richtlijn heeft voor onduidelijkheid in de praktijk gezorgd. Dit heeft geleid tot een tweetal procedures naar aanleiding van de doorstarts in de faillissementen van Heiploeg en Estro.

3.2 Procedure Heiploeg; art. 7:666 BW van toepassing; appel aanhangig

Het Groningse garnalenverwerkingsbedrijf Heiploeg was door vraaguitval en een boete van de Europese Commissie in ernstige financiële problemen geraakt. Er moest een keuze gemaakt worden tussen onmiddellijk faillissement aanvragen of eerst in alle rust zoeken naar een doorstarter. Bij een enkele stopzetting van de leveranties van dagverse producten zouden de klanten zich dadelijk (moeten) wenden tot een andere leverancier. Daarna zou een doorstart door het verlies van klanten niet gemakkelijk meer zijn. Heiploeg vraagt de rechtbank dan ook om de aanwijzing van een beoogd curator. Na een intensief traject bleef een (externe) partij over. Na faillissement wordt met deze partij overeenstem-

66. Zie ook: P.R.W. Schaink, 'Ter Visie: De Heiploeg-uitspraak, een ontuchtering', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming*, nr. 3, september 2015, p. 110.

67. Verzet ex art. 10 lid 1 Fw moet binnen acht dagen na de dag van de faillietverklaring worden ingesteld.

68. N.W.A. Tollenaar, 'Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!', *TvI* 2011/23, p. 144-145; E. Loesberg, 'Pre-pack in het Nederlandse faillissementsrecht. Heilig het doel de middelen?', *TOP* 2013, nr. 1, p. 31; S.S.M. Peters, 'Overgang van onderneming en faillissement - van schot in de roos tot koude douche', *Annotaties AR* 2014-0822; P.R.W. Schaink, 'Werknemers en hun failliete werkgever, door de bril van de doorstarter', *TvI* 2015/16; P.R.W. Schaink, 'Doorstart Heiploeg na pre-pack: een arbeidsrechtelijke piketpaal', *TvI* 2015/47; P.R.W. Schaink, 'Ter Visie: De Heiploeg-uitspraak, een ontuchtering', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* nr. 3, september 2015, p. 109-110; L.G. Verburg, 'De doorstart in faillissement en het debiet van '662'', *FIP* 2014/361; F.M.J. Verstijlen, 'Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack, in: *Pre-advies van de Vereeniging 'Handelsrecht' Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2014, p. 53-61; M.R. van Zanten, 'Aan het werk met de pre-pack!', *ArbeidsRecht* 2013/47, p. 9; M.R. van Zanten, 'De beoogd curator, uitgegroeid van fly on the wall tot spin in het web', *TvI* 2015/35, p. 235-239; M.R. van Zanten, 'De pre-pack, (aan)winst voor de insolventiepraktijk- deel 2', *FIP* 2015, p. 22-25.

ming bereikt. Door de voortzetting behielden in Nederland 300 van de 378 werknemers hun baan.⁶⁹

De kantonrechter wijst de vordering van de vakbonden tot verklaring voor recht dat de werknemers van rechtswege in dienst zijn getreden bij de doorstarter, af.⁷⁰ De kantonrechter overweegt: “*Artikel 7:666 BW is van toepassing als ‘de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort’.* Nadere voorwaarden worden niet gesteld. Het faillissement van de werkgevers, de vennootschappen Heiploeg-oud, is op 28 januari 2014 door de rechtbank Noord-Nederland uitgesproken. Gesteld noch gebleken is dat daartegen door belanghebbenden ingevolge artikel 10 Faillissementswet (Fw) verzet is ingesteld. Derhalve dient als vaststaand te worden aangenomen dat er sprake is van faillissement van de verschillende werkgevers, terwijl de ondernemingen die aan gedaagden zijn overgedragen deel uitmaakten van de boedels van de gefailleerde vennootschappen. Daarmee is aan de voorwaarden van artikel 7:666 BW voldaan.”⁷¹

Ook Richtlijnconforme interpretatie kan volgens de kantonrechter er niet toe leiden dat art. 7:666 BW niet van toepassing is. Nog daargelaten de vraag of de rechtszekerheid daaraan niet in de weg staat en dit contra legem zou zijn, gelet op de duidelijke tekst van art. 7:666 BW.⁷² Ingevolge art. 5 lid 1 van de Richtlijn zijn de artikelen 3 en 4 niet van toepassing wanneer: “*de vervreemder verwikkeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.*” Dat de overgang going concern heeft plaatsgevonden en reeds voor faillissement was voorbereid staat aan toepasselijkheid van art. 5 van de Richtlijn en/of art. 7:666 BW evenmin in de weg.

De bonden stellen op grond van de arresten d’Urso, Spano, Dethier en Europièces dat voor de toepasselijkheid van art. 5 van de Richtlijn moet worden gekeken naar het doel en de modaliteiten van de betreffende insolventieprocedure, ook in het geval van een faillissementsprocedure. De kantonrechter volgt deze stelling niet en overweegt als volgt: “*Nu deze arresten zijn gewezen voor respectievelijk in het jaar waarin de, in het arrest Abels geformuleerde, uitzondering in de Richtlijn (toen, in 1998, artikel 4bis, thans artikel 5 Richtlijn 2001/23/EG) werd opgenomen, dient de tekst van de Richtlijn uitgangspunt te zijn. Uit de tekst van artikel 5 van de Richtlijn kan niet worden afgeleid dat voor de toepasselijkheid van dit artikel in geval van een faillissementsprocedure nadere eisen worden gesteld. In dit artikel staat ‘in een faillissementsprocedure*

69. Wereldwijd behielden circa 3.200 werknemers hun baan als gevolg van de doorstart.

70. Rb. Overijssel 28 juli 2015, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589.

71. R.o. 4.4.

72. R.o. 4.5.

of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde overheidsinstantie' (onderstrepings kantonrechter). De andere eisen zien niet op de faillissementsprocedure maar op de 'soortgelijke procedure'."⁷³

De kantonrechter wijst erop dat de procedures na het Abels arrest betrekking hadden op andere insolventieprocedures dan de faillissementsprocedure. Dit doet dus niet af aan het uitgangspunt dat door het HvJ in het arrest Abels ten grondslag is gelegd aan het oordeel omtrent de niet-toepasselijkheid van de regels van overgang van onderneming in geval van een doorstart vanuit de faillissementsprocedure, aldus de kantonrechter. De kantonrechter geeft aan dat de (prejudiciële) vraag zou kunnen worden gesteld of die concrete faillissementsprocedure wel onder de uitzondering van art. 5 van de richtlijn valt. De kantonrechter overweegt ten aanzien van dit punt: *"Anders dan de bonden betogen is van een dergelijke situatie in het onderhavige geval geen sprake. Ten onrechte nemen zij tot uitgangspunt dat de voorwaarde van liquidatie betrekking heeft op de onderneming in plaats van op de vervreemder, de natuurlijke of rechtspersoon die de onderneming drijft. Dat een faillissement te voorkomen c.q. niet nodig was is niet gesteld. Evenmin is (voldoende onderbouwd) gesteld dat de vervreemdende vennootschappen niet zijn geliquideerd, de opbrengst van de verkoop van de ondernemingen niet is aangewend ten behoeve van de schuldeisers en/of aan de voorwaarde van overheidstoezicht niet is voldaan. Dat de onderhandelingen over de overgang al voor de faillissementen zijn gevoerd en (nagenoeg) zijn afgerond, doet daaraan niet af."*⁷⁴

Met betrekking tot het antwoord op de vraag naar het tijdstip van de overgang van onderneming (voor of na datum faillissement) houdt de kantonrechter vast aan het in het Celtec arrest door het HvJ bepaalde criterium en verwijst zij ook naar het arrest Happé/Scheepstra. Het tijdstip van overgang valt samen met het moment waarop de verkrijger de exploitatie van de onderneming van de vervreemder overneemt. Dat is dus het moment van levering, welk moment veelal niet samen zal vallen met het moment waarop de overeenkomst strekkende tot de overneming tot stand komt.⁷⁵ Concluderend overweegt de kantonrechter op dit punt: *"De kantonrechter houdt vast aan de norm zoals door het HvJ in het Celtec-arrest verwoord. De datum van de overgang van de exploitatie, de 'change of control', is bepalend. Die lag na faillissementsdatum. Dat sluit ook aan bij de term 'overgang'. Bovendien kon Heiploeg-oud, zo de overeenkomst met Parlevliet en Van der Plas Beheer B.V. al voor faillissementsdatum (nagenoeg) rond was, de overeenkomst zelf niet nakomen. Na*

73. R.o. 4.5.4.

74. R.o. 4.5.5.

75. R.o. 4.6.

faillissementsdatum was zij immers beschikkingsonbevoegd. Voor faillissement kon niet worden nagekomen omdat de overeenkomst werd gesloten onder de voorwaarde van (nog) uit te spreken faillissement(en). Die moet dan door de curator met toestemming van de rechter-commissaris, bekrachtigd en uitgevoerd worden. Van een contractuele benadering van de 'overgang' kan derhalve geen sprake zijn."⁷⁶

Art. 7:666 BW is dus volgens de kantonrechter van toepassing. De bonden zijn van dit vonnis in appel gegaan. De zaak is ten tijde van de afsluiting van deze bijdrage nog aanhangig bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.

3.3 *Smallsteps*

Naar aanleiding van het faillissement van Estro is het FNV nog een procedure gestart met dezelfde inzet als in de Heiploeg zaak. Deze procedure heeft uiteindelijk geleid tot de eerste voor het HvJ gevoerde procedure over pre-pack en overgang van onderneming. Het arrest in deze zaak is van groot belang voor de praktijk.⁷⁷ Na een bespreking van de procedure(s) in deze zaak zal ik onderzoeken wat de gevolgen zijn van deze uitspraak.

3.3.1 *Achtergrond*

Estro was het grootste kinderopvangbedrijf in Nederland met ongeveer 380 vestigingen en ongeveer 3.600 werknemers. Circa 30.000 kinderen werden door Estro opgevangen. In november 2013 werd voorzienbaar dat Estro zonder additionele financiering in de zomer van 2014 niet meer aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen. Er werd gezocht naar additionele financiering, wat niet lukte. Parallel daaraan werd een doorstartplan uitgewerkt voor 243 van de 380 centra en behoud van werkgelegenheid voor 2.500 van de 3.600 werknemers. Op 10 juni 2014 wordt Wouter Jongepier door de Rechtbank Amsterdam aangewezen als beoogd curator. Uit zijn verslag blijkt dat de opdracht van de rechtbank aan hem, anders dan verzocht door Estro, uitsluitend was: a) voorbereiding op een insolventie van de Estro groep en b) kennisname van beoogde doorstarts, zonder daarover- behoudens nadere instructies van de "stille rechter-commissaris"- een standpunt in te nemen.⁷⁸

76. R.o. 4.6.

77. Hoewel de zaak ook bekend is geworden als de "Estro zaak" zal ik in deze bijdrage spreken over de "Smallsteps zaak", omdat niet Estro, maar doorstarter Smallsteps partij was in deze procedure.

78. Zie: W.J.P. Jongepier, Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 - Periode stille bewindvoering, sub 1.6, te raadplegen via: <https://dentons.boekel.com/en/~/-/media/34680064c8c04c679290ba218b975d5e.ashx>.

It takes Smallsteps to pre-pack

De beoogd curator geeft in zijn verslag aan dat er in eerste instantie slechts sprake is van één mogelijke koper, te weten HIG. HIG was zowel de belangrijkste financier als de belangrijkste aandeelhouder van Estro. HIG onderhandelde dus met zichzelf.⁷⁹ De beoogd curator heeft het bestuur van Estro daarom met klem verzocht de enige twee andere mogelijke overnamepartijen alsnog te benaderen. Deze waren niet geïnteresseerd. De eerdere bieding van HIG werd niet verhoogd en HIG trok zich op 25 juni 2014 terug alsieder. Vervolgens werd KKR benaderd die op 26 juni 2014 een bieding heeft gedaan die de beoogd curator met de beoogd rechter-commissaris heeft besproken en die met enige verbeteringen als goed verdedigbaar moest worden beschouwd. Een paar uur later ontving de beoogd curator van HIG een sterk verbeterd voorstel dat in lijn was met de bieding van de KKR. Dit herziene voorstel is vervolgens op verschillende punten verbeterd. Daarna heeft de beoogd curator op 27 juni 2014 aan de beoogd rechter-commissaris verzocht om aanpassing van zijn mandaat om nader met HIG over het voorstel te kunnen spreken.⁸⁰

In een voor een openbaar verslag ongekend transparante uitwerking van een drietal scenario's heeft de beoogd curator inzicht gegeven in de financiële consequenties die elk van deze scenario's voor de boedel zou hebben.⁸¹ Scenario 1 zou leiden tot een negatieve boedel van € 12,5 miljoen; scenario 2 tot een negatieve boedel van € 17,1 - € 21,1 miljoen en scenario 3 tot een positieve boedel van € 7 - € 12 miljoen. De conclusie van deze berekeningen is dat het verschil in de geschatte opbrengsten en kosten tussen scenario's 1 en 2 enerzijds en 3 anderzijds zo groot is dat wel zeer onaannemelijk moet worden geacht dat de andere scenario's tot een beter resultaat zouden hebben geleid.⁸²

Op zaterdag 5 juli 2014 om 9.15 uur wordt het faillissement uitgesproken. De werknemers worden op deze dag tijdens een bijeenkomst tussen 10.00-12.00 uur mondeling door de curator ontslagen. De ontslagbrieven worden op maandag 7 juli 2014 aan de werknemers verzonden, ter bevestiging van het op

79. Zie: W.J.P. Jongepier, Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 - Periode stille bewindvoering, sub 5.5.

80. Zie: W.J.P. Jongepier, Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 - Periode stille bewindvoering, sub 7.1-7.10.

81. Scenario 1 zou het scenario zijn geweest indien op datum faillissement géén beoogd koper zou zijn gevonden voor een belangrijk deel van de onderneming en geen boedelkrediet zou zijn verstrekt, hetgeen zou hebben geleid tot een noodzakelijke directe sluiting van alle locaties (een *melt down*). Scenario 2 is het scenario dat de situatie weergeeft indien de curator in faillissement onderdelen van Estro groep aan de hoogsteieder zou kunnen verkopen. Dit scenario veronderstelde dat per datum faillissement voor voortzetting van de exploitatie gedurende 4 tot 6 weken een boedelkrediet van € 5 miljoen beschikbaar zou zijn, hetgeen niet het geval was. Scenario 3 is de uitwerking van de financiële gevolgen van de transactie met Smallsteps.

82. Zie: W.J.P. Jongepier, Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 - Periode stille bewindvoering, sub 8.6-8.7.

zaterdag 5 juli 2014 mondeling gegeven ontslag. Op 5 juli 2014 wordt de doorstartovereenkomst met HIG om 12.30 uur ondertekend. In het kader van de doorstart heeft Smallsteps (de vennootschap die door HIG naar voren is geschoven als koper) aan circa 2.600 werknemers een nieuwe overeenkomst aangeboden. Ongeveer 1.000 werknemers zijn na ontslag door de curator niet in dienst gekomen van de doorstarter. Er vinden overigens nog tientallen andere, kleinere, doorstarts met andere partijen plaats.

3.3.2 *Procedure Kantonrechter te Almere*

FNV is samen met vier voormalige Estro werknemers bij de Kantonrechter van de Rechtbank Midden-Nederland, locatie Almere, een procedure begonnen tegen Smallsteps. Zij stellen primair dat Richtlijn 2001/23 (hierna: “de Richtlijn”) van toepassing is en subsidiair dat de uitzondering van art. 7:666 BW niet van toepassing is omdat de overgang voor faillissement plaatsvond. De kantonrechter stelt vier prejudiciële vragen aan het HvJ:

1. *“Verdraagt de Nederlandse faillissementsprocedure, in geval van overdracht van de gefailleerde onderneming waar het faillissement is voorafgegaan door een door de rechter gecontroleerde pre-pack, die expliciet is gericht op het voortbestaan van (delen van) de onderneming, zich met het doel en strekking van de richtlijn 2001/23/EG en is art. 7:666 lid 1 aanhef en onder a BW in dat licht (nog) wel richtlijn conform?”*
2. *Is richtlijn 2001/23/EG van toepassing in het geval een door de rechtbank aangestelde zogenaamde ‘beoogd curator’ zich al voor aanvang van het faillissement op de hoogte stelt van de situatie van de schuldenaar en de mogelijkheden onderzoekt van een mogelijke doorstart van de activiteiten van de onderneming door een derde partij en zich tevens voorbereidt op handelingen die kort na het faillissement moeten geschieden teneinde die doorstart te realiseren door middel van een activa transactie waarbij de onderneming van de schuldenaar of een gedeelte daarvan per datum faillissement of kort daarna wordt overgedragen en die activiteiten geheel of gedeeltelijk (vrijwel) ononderbroken worden voortgezet?”*
3. *Maakt het daarbij nog verschil of voortzetting van de onderneming het primaire doel is van de pre-pack, dan wel of de (beoogd) curator met de pre-pack en de verkoop van de activa in de vorm van een ‘going concern’ direct na het faillissement, primair beogen te komen tot maximalisatie van de opbrengst voor de gezamenlijke schuldeisers dan wel dat in het kader van de pre-pack vóór het faillissement wilsovereenstemming voor de activaoverdracht (voortzetting van de*

It takes Smallsteps to pre-pack

onderneming) is bereikt en de uitvoering daarvan ná het faillissement wordt geformaliseerd en/of geëffectueerd? En hoe moet dit worden gezien indien zowel voortzetting van de onderneming, als opbrengst-maximalisatie wordt beoogd?”

4. *“Wordt het tijdstip van overgang van onderneming voor de toepasselijkheid van de richtlijn en art. 7: 662 e.v. BW in het kader van een pre-pack voorafgaand aan het faillissement van de onderneming bepaald door de feitelijke wilsovereenstemming tot overdracht van de onderneming van vóór het faillissement of wordt dat tijdstip bepaald door het moment waarop de hoedanigheid van de ondernemer die de betrokken entiteit exploiteert van de vervreemder daadwerkelijk overgaat op de verkrijger?”*

3.3.3 Opmerkingen Europese Commissie/Nederlandse regering

Op 26 mei 2016 heeft de Europese Commissie (hierna: “Commissie”) schriftelijke opmerkingen geplaatst. Op 8 juni 2016 heeft de Nederlandse regering schriftelijke opmerkingen ingediend.⁸³ De Richtlijn is volgens de Commissie van toepassing als voorafgaand aan een doorstart na faillissement een beoogd curator zich op de hoogte stelt van de situatie, mogelijkheden onderzoekt van een doorstart en zich voorbereidt op handelingen die kort na faillissement moeten plaatsvinden om de doorstart te realiseren via een activaovereenkomst. De Commissie maakt een onderscheid tussen enerzijds insolventieprocedures die gericht zijn op de *liquidatie van het vermogen* van de vervreemder en anderzijds procedures die gericht zijn op de *voortgang van de bedrijfsuitoefening*. Bij de eerste categorie kan er sprake zijn van verkoop van bepaalde delen van het bedrijf, die vervolgens worden voortgezet. Maar het eerste doel blijft volgens de Commissie dan de liquidatie. De Commissie is van mening dat de aan haar voorgelegde pre-packregeling ontegenzeggelijk en “meer dan duidelijk” een procedure van de tweede categorie is. De Commissie is dan ook van mening dat de pre-pack niet kan vallen onder de uitzondering van art. 5 lid 1 van de Richtlijn. Hierbij wordt gewezen op het risico van misbruik van faillissementsrecht, waarbij de doelstelling van ‘bestrijding van misbruik van faillissementsrecht’ weer samen komt met de eerder door mij al genoemde oplossing, namelijk de toepasselijkheid van de Richtlijn. Zij overweegt: *“Iedere andere benadering heeft immers tot resultaat dat de Lidstaten in strijd zouden*

83. Zowel de opmerkingen van de Europese Commissie als die van de Nederlandse regering zijn niet openbaar gemaakt. De inhoud van de opmerkingen is af te leiden uit: P.R.W. Schaïnk, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht (Recht en Praktijk nr InsR4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 189-190 en P.R.W. Schaïnk, ‘Arbeidsrecht in opmars in het insolventierecht’, *TvI* 2017/2, p. 6-7.

*handelen met de in artikel 5, lid 4, neergelegde verplichting misbruik van insolventieprocedures met het doel de werknemers van de in die richtlijn bedoelde rechten te beroven, te voorkomen.*⁸⁴

3.3.4 Conclusie Advocaat-Generaal P. Mengozzi van 29 maart 2017⁸⁵

De AG wijst er op,⁸⁶ dat onderscheiden moet worden tussen aan de ene kant procedures, die gelet op hun doelstelling en modaliteiten, beogen het vermogen van de onderneming te liquideren en aan de andere kant procedures die de continuïteit van de exploitatie van de onderneming beogen. Die laatste procedures rechtvaardigen dan niet dat aan de werknemers bij de overgang van de onderneming hun rechten worden ontnomen. De AG ziet ook dat de waarde bij een voortzetting hoger kan zijn voor de schuldeisers. In de procedure van voortzetting vormt het behoud van de onderneming “*echter het centrale element, het ultieme doel van de procedure als zodanig of van de toepassing daarvan in concreto. In procedures die de vereffening beogen dient dat behoud daarentegen louter ter uitbetaling van de schuldeisers (onderstr. MvZ).*”⁸⁷

De AG ziet het voorbereidingsproces en de verkoop na faillissement als één procedure, met twee fases: een voorbereidende fase vóór de faillietverklaring en een gelijktijdig of onmiddellijk op de faillietverklaring volgende fase. De AG constateert dat de overdracht in de voorbereidende fase tot in detail wordt voorbereid.⁸⁸ De verkoopovereenkomst komt inhoudelijk tot stand. Na de uitspraak van het faillissement en de benoeming van de beoogd curator tot curator in het faillissement, vraagt en ontvangt de curator toestemming om de pre-pack uit te voeren. Alle elementen van de overdracht zijn dan al overeengekomen. Om snel toestemming te kunnen geven moet de rechter-commissaris uiteraard ook al erg goed op de hoogte zijn.⁸⁹ De bevoegdheden van de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris zijn niet in de wet geregeld. Maar omdat zij direct na faillietverklaring gaan handelen, beschikken zij in de stille voorbereidingsfase wel over een zekere informele bevoegdheid die het verloop van de overgang kan beïnvloeden.⁹⁰

De AG stelt dat de pre-pack duidelijk een procedure is die in haar geheel bezien de overgang van de onderneming (of de nog levensvatbare onderdelen daarvan) beoogt om ervoor te zorgen dat zij zonder onderbreking en onmiddellijk

84. Zie: P.R.W. Schaink, ‘Arbeidsrecht in opmars in het insolventierecht’, *TvI* 2017/2, p. 7.

85. ECLI:EU:C:2017:241.

86. R.o. 53.

87. R.o. 58.

88. R.o. 70.

89. R.o. 71.

90. R.o. 73.

na de faillietverklaring een doorstart kan maken. Het doel is een voortzetting te garanderen door de meerwaarde te behouden die uit de voortzetting van de exploitatie daarvan voortvloeit.⁹¹ Daarbij gaat het bij een pre-pack volgens de AG in wezen niet om een echt faillissement maar om een ‘technisch faillissement’.⁹² Zo kan een pre-pack ook wel eens niet tot een faillissement leiden. Als er dan een overdracht plaatsvindt gelden natuurlijk de artikelen 3 en 4 van de Richtlijn. De AG wijst erop dat de verwijzende rechter naar voren heeft gebracht dat de faillissementsprocedure in de praktijk vaak wordt gebruikt voor reorganisatie. In die gevallen beoogt zij niet de liquidatie van de onderneming, aldus de verwijzende rechter.⁹³ Vervolgens merkt de AG op dat, ondanks het feit dat de procedure die tot een pre-pack leidt ten dele kan plaatsvinden in het kader van een faillissementsprocedure, het geen twijfel lijdt dat zij niet kan worden ingedeeld bij de klassieke procedures die gericht zijn op de liquidatie van de onderneming. Fijntjes verwijst de AG naar de naam van wet, te weten Wet *continuïteit ondernemingen* I.⁹⁴ De AG overweegt verder dat rekening gehouden moet worden met de concrete modaliteiten van de procedure die in Nederland leidt tot sluiting van een pre-pack. Een dergelijke procedure verschilt volgens de AG op verschillende punten van een klassieke faillissementsprocedure.⁹⁵

De AG concludeert: “*dat een procedure (...) die tot de sluiting van een pre-pack leidt, rekening houdend met het beoogde doel en de uitvoeringswijze ervan en ofschoon deze ten dele kan plaatsvinden in het kader van een faillissementsprocedure, niet kan worden aangemerkt als een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie in de zin van artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23.*”⁹⁶

Dus valt deze volgens de AG niet onder de uitzondering van die bepaling en gelden de artikelen 3 en 4 van de Richtlijn: “*Uit de omstandigheid dat de activiteit van de onderneming of van de levensvatbare onderdelen daarvan na die overgang wordt voortgezet volgt immers dat kan worden verklaard noch gerechtvaardigd dat de werknemers van die onderneming of van de overgedragen onderdelen daarvan de rechten worden ontnomen die deze richtlijn toekent.*”⁹⁷

91. R.o. 75.

92. R.o. 75.

93. R.o. 77.

94. In noot 35 van de conclusie.

95. R.o. 79.

96. R.o. 84.

97. R.o. 84.

Dit leidt tot de navolgende beantwoording van de prejudiciële vragen door de AG:

Vraag 1: een Nederlandse faillissementsprocedure zoals die door bepaalde rechtbanken wordt toegepast in het geval van overgang van een onderneming in het kader van een pre-pack is niet in overeenstemming met de Richtlijn voor zover deze er niet in voorziet dat de werknemers van de overgedragen onderneming de bescherming genieten van de artikelen 3 en 4 van de Richtlijn.⁹⁸ Het staat aan de verwijzende rechter vrij om tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met het door de richtlijn nagestreefde doel. Dit met inachtneming van het gehele nationale recht en onder toepassing van de daarin erkende uitleggingsmethoden. Zo moet het nationale recht ervoor zorgen dat bij de overgang van een onderneming of van bepaalde onderdelen daarvan in het kader van een pre-pack de bij de richtlijn geboden bescherming wordt verzekerd voor de werknemers van de overgedragen onderdelen van de onderneming.⁹⁹

Vraag 2: een procedure die tot sluiting van een pre-pack leidt, ondanks het feit dat deze ten dele kan plaatsvinden in het kader van een faillissementsprocedure, valt niet onder de uitzondering van art. 5 lid 1 van de Richtlijn. Daarom is de bescherming van de artikelen 3 en 4 van toepassing bij de overgang van een onderneming of van een onderdeel daarvan in het kader van een dergelijke pre-pack.¹⁰⁰

Vraag 3: De omstandigheid dat de toepassing van die procedure ook kan leiden tot een maximalisatie van de uitbetaling van de schuldeisers, kan niet tot gevolg hebben dat de bescherming die de richtlijn de werknemers biedt niet van toepassing is bij een overgang die in het kader van een pre-pack plaatsvindt.¹⁰¹ Dit omdat de pre-pack de voortzetting van de onderneming (of overgedragen onderdelen daarvan) beoogt.

3.3.4 Arrest HvJ van 22 juni 2017¹⁰²

Het HvJ herformuleert de eerste drie vragen van de kantonrechter aldus dat de rechter: *“in wezen wenst te vernemen of richtlijn 2001/23, en met name artikel 5, lid 1, ervan, aldus moet worden uitgelegd dat de door de artikelen 3 en 4 van die richtlijn gegarandeerde bescherming van werknemers blijft gehandhaafd in een situatie zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin de overgang van onderneming plaatsvindt na een faillietverklaring in de context*

98. R.o. 88.

99. R.o. 90.

100. R.o. 87.

101. R.o. 91.

102. ECLI:EU:C:2017:489 (*FNV c.s./Smallsteps BV*).

It takes Smallsteps to pre-pack

*van een daarvóór voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde pre-pack, in het kader waarvan een door de rechtbank aangestelde “beoogd curator” met name de mogelijkheden onderzoekt van een eventuele voortzetting van de activiteiten van die onderneming door een derde en zich voorbereidt op handelingen die onmiddellijk na de faillietverklaring moeten worden verricht teneinde die voortzetting te verwezenlijken. Voorts wenst de verwijzende rechter te vernemen of het in dat geval van belang is dat met de pre-pack zowel de voortzetting van de activiteiten van de onderneming als de maximalisatie van de opbrengst van de overdracht voor alle schuldeisers in die onderneming wordt beoogd.”*¹⁰³

Vooraf kan de vraag gesteld worden of het antwoord op deze vragen ook betekenis kan hebben in andere zaken. Het HvJ acht zich namelijk volgens vaste jurisprudentie niet bevoegd een uitspraak te doen in het kader van een prejudiciële procedure, wanneer de gestelde vragen geen verband houden met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding. Immers dan zijn deze niet objectief noodzakelijk voor de beslechting van dat geschil.¹⁰⁴ Het gaat hier dus naar mijn idee zuiver om een oordeel van het HvJ over de pre-pack methode zoals toegepast in het Estro faillissement en wel zoals deze door de verwijzende rechter is beschreven in de verwijzingsbeslissing. Dat blijkt uit het feit dat pre-pack consequent cursief wordt opgenomen in het arrest en ook uit de volgende passages: “*in casu wordt de in het geding aan de orde zijnde pre-pack*” (r.o. 46); “*in casu blijkt uit de verwijzingsbeslissing dat een pre-pack zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is*” (r.o. 49); “*onder deze omstandigheden*” (r.o. 50); “*een pre-pack zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is*” (r.o. 58); “*in een situatie zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is*” (*dictum*).

Strikte uitleg

Het HvJ overweegt, zonder deugdelijke onderbouwing, dat de uitsluitingsregel van art. 5 lid 1 van de Richtlijn strikt moet worden uitgelegd.¹⁰⁵ Alleen als is voldaan aan alle volgende drie criteria mag een inbreuk worden gemaakt op de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers bij overgang van onderneming, te weten: i) de vervreemder is verwickeld in een faillissementsprocedure, ii) deze procedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van

103. R.o. 37.

104. Zie met name de arresten van het HvJ van 16 juni 1981, ECLI:EU:C:1981:136 (*Salonia*), punt 6; 16 juli 1992, ECLI:EU:C:1992:327 (*Lourenco Dias*), punt 20; 17 mei 1994, ECLI:EU:C:1994:195 (*Corsica Ferries*), punt 14; 5 oktober 1995, ECLI:EU:1995:308 (*Centro Servizi Spediporto*), punt 45; 12 maart 1998, ECLI:EU:C:1998:99 (*Dethier*), punt 19.

105. R.o. 45.

de vervreemder en iii) deze procedure staat onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (wat ook een curator kan zijn).

Faillissementsprocedure

Het HvJ stelt om te beginnen vast dat de pre-pack weliswaar wordt voorbereid vóór de faillietverklaring, maar pas daarna wordt uitgevoerd. Volgens het HvJ, anders dan de AG had overwogen,¹⁰⁶ kan een dergelijke transactie, die daadwerkelijk het faillissement impliceert, dus onder het begrip van “faillissementsprocedure” in de zin van de Richtlijn vallen.¹⁰⁷ Althans dit volgt uit de Nederlandse vertaling van het arrest. De Engelse vertaling luidt op dit punt als volgt: “*Such a procedure, in fact entailing insolvency, may therefore be covered by the concept of ‘bankruptcy proceedings or any analogous insolvency proceedings’, within the meaning of Article 5(1) of Directive 2011/23.*” Uit de Engelse vertaling blijkt dat deze uitspraak in lijn is met de eerdere jurisprudentie. De pre-pack kan vallen onder een faillissementsprocedure of onder een soortgelijke (andere) procedure. Volgens het HvJ voldoet de pre-pack dus aan het eerste vereiste van art. 5 lid 1 van de Richtlijn.

Liquidatie van vermogen

Het HvJ wijst erop dat art. 5 lid 1 van de Richtlijn ook vereist dat de faillissementsprocedure moet worden ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Althans dat wordt gesteld in de Nederlandse versie. De Engelse versie is op dit punt als volgt: “*In the second place, Article 5 (1) of Directive 2001/23 requires the bankruptcy proceedings or any analogous proceedings to be instituted with a view to liquidation of the assets of the transferor.*”

Het HvJ stelt dat uit d’Urso en Spano blijkt dat een procedure die de voortzetting van de activiteit van de betrokken onderneming beoogt, vanzelfsprekend niet aan die voorwaarde voldoet.¹⁰⁸ Zoals uit de eerdere beschrijving van deze zaken blijkt ging het in die zaken om een andere procedure dan de faillissementsprocedure. In de Smallsteps zaak is mijns inziens sprake van een faillissementsprocedure binnen welke procedure de overgang van onderneming plaatsvond. Dan geldt naar mijn mening de hoofdregel van het Abels arrest en art. 5 lid 1 van de Richtlijn. Het HvJ stelt vervolgens dat een procedure de voortzetting van de activiteit beoogt wanneer zij bedoeld is het operationele karakter van de onderneming of van de levensvatbare onderdelen daarvan veilig te stellen. Daarentegen zorgt een procedure die de liquidatie van het vermogen

106. In r.o. 84.

107. R.o. 46.

108. R.o. 47.

It takes Smallsteps to pre-pack

beoogt, voor een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de gezamenlijke schuldeisers. Een procedure die de voortzetting van de activiteit van de onderneming beoogt zorgt voor een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de schuldeisers. Ook al is niet uitgesloten dat er een zekere mate van overlapping kan zijn tussen die twee doelen die een bepaalde procedure nastreeft, hoofddoel van een procedure die voortzetting van de onderneming beoogt, blijft in elk geval het behoud van de betrokken onderneming.¹⁰⁹ Deze overweging van het HvJ lijkt mij in het algemeen juist. Maar deze overweging is nu juist niet van toepassing op deze casus: het hoofddoel van (de voorbereiding van) het faillissement van Estro is vanzelfsprekend niet de voortzetting van de activiteiten. Er was sprake van een faillissementstoestand. De exploitatie kon vanaf juli 2014 niet meer worden voortgezet. Een faillissement en een mogelijk daarop volgende doorstart zijn voorbereid. Vervolgens is een faillissement uitgesproken en de doorstart gerealiseerd. Uit het openbaar verslag over de stille voorbereidingsfase blijkt dat Estro eind juli een liquiditeitstekort van € 3,1 miljoen en eind augustus van € 5,1 miljoen zou hebben. Volgens de curator stond dan ook vast dat Estro op enig moment zou failleren.¹¹⁰ Er kon dus niet gekozen worden voor de optie van voortzetting van de activiteiten (en reorganisatie) buiten faillissement. In de Estro zaak was de faillissementsprocedure dan ook onvermijdelijk. Daarmee is het doel van de procedure gelijk aan het wettelijke doel van de Nederlandse faillissementsprocedure, te weten de vereffening van het actief ten gunste van de gezamenlijke crediteuren. Dit doel is door het HvJ erkend in de Abels zaak.

Op basis van de verwijzingsbeslissing stelt het HvJ dat een pre-pack, zoals die in de Smallsteps zaak aan de orde is, tot in de kleinste details de overdracht van de onderneming beoogt voor te bereiden om na de faillietverklaring een snelle doorstart mogelijk te maken van de levensvatbare onderdelen van de onderneming. Dit alles om ervoor te zorgen dat er geen onderbreking van de activiteiten zal plaatsvinden. De waarde van de onderneming en de werkgelegenheid zullen dan behouden blijven.¹¹¹ Naar mijn idee is van belang dat dit behoud van de onderneming niet plaatsvindt ten behoeve van de (oude) aandeelhouders/de vennootschap, maar dient ter vergroting van de opbrengst voor een nieuwe partij. Namelijk de gezamenlijke crediteuren of een crediteur met zekerheidsrechten ten aanzien van de verkochte activabestanden. Als voor die nieuwe partij(en) de onderneming behouden blijft, zie ik minder rechtvaardiging voor het zwaarder laten wegen van de bescherming van oude

109. R.o. 48.

110. Zie: W.J.P. Jongepier, Faillissementsverslag nummer 1a d.d. 22 juli 2014 - Periode stille bewindvoering, sub 2.2, te vinden via: <https://dentons.boekel.com/en/~media/34680064c8c04c679290ba218b975d5e.ashx>.

111. R.o. 49.

rechten van werknemers dan het belang van de crediteuren bij een hogere opbrengst na faillissement.

Het HvJ komt vervolgens tot het oordeel dat de in de Smallsteps zaak beschreven transactie (de Engelse vertaling spreekt op dit punt overigens weer over ‘*procedure*’), in strijd met het in de Richtlijn gestelde vereiste, uiteindelijk niet de liquidatie van de onderneming beoogt. Dit oordeel geeft het HvJ onder voorbehoud van verificatie door de Rechtbank Midden-Nederland. Op grond van deze overweging kan het economische en sociale doel daarvan noch verklaren noch rechtvaardigen dat bij een volledige of gedeeltelijke overgang van de betrokken onderneming haar werknemers worden beroofd van de rechten die de Richtlijn hun toekent. De enkele omstandigheid dat de pre-pack ook gericht kan zijn op een zo hoog mogelijke uitbetaling aan de schuldeisers, kan volgens het HvJ niet tot gevolg hebben dat de pre-pack hierdoor een procedure wordt die is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder in de zin van de Richtlijn.¹¹² Deze overwegingen zijn opmerkelijk. Daar waar het HvJ in r.o. 47 het bepaalde in art. 5 lid 1 van de Richtlijn nog juist weergeeft en aangeeft dat relevant is dat er een procedure wordt ingeleid met het oog op de ‘*liquidatie van het vermogen*’ van de vervreemder, stelt het HvJ in r.o. 50 (opeens) dat moet worden vastgesteld dat de transactie uiteindelijk niet de ‘*liquidatie van de onderneming*’ beoogt. En in r.o. 51 wordt bij de conclusie weer de juiste terminologie gebruikt van ‘*liquidatie van vermogen*’. Door deze overwegingen zou onduidelijkheid kunnen worden gecreëerd voor iedere doorstart na faillissement. Ook in dat geval zou dan immers de vrees kunnen bestaan voor een gelijk oordeel van het HvJ: namelijk dat er slechts *geen* sprake is van risico van toepasselijkheid van de artikelen 3 en 4 van de Richtlijn, als er na faillissement *geen* voortzetting van de activiteiten plaatsvindt. Maar in dat geval speelt de problematiek van overgang van onderneming niet. Immers er wordt dan niets voortgezet en er is geen onderneming meer die overgaat.

Toezicht overheidsinstantie

Wat betreft de voorwaarde dat de procedure onder toezicht van een overheidsinstantie moet staan, stelt het HvJ ten slotte vast dat de fase van de pre-pack die voorafgaat aan de faillietverklaring geen enkele grondslag in de betrokken Nederlandse wettelijke regeling heeft. Die transactie wordt volgens het HvJ dus niet uitgevoerd onder toezicht van de rechtbank, maar, zoals uit het dossier bij het HvJ blijkt, door de leiding van de onderneming, die de onderhandelingen voert en de besluiten neemt die de verkoop van de failliete onderneming

112. R.o. 50-51.

voorbereiden. Volgens het HvJ bestaat dan ook het risico dat elk eventueel toezicht van een bevoegde overheidsinstantie op de faillissementsprocedure grotendeels wordt uitgehouden. Daarom zou niet kunnen worden voldaan aan de voorwaarde van toezicht door een dergelijke instantie zoals genoemd in de Richtlijn.¹¹³

Aan de huidige pre-packpraktijk ligt inderdaad (nog) geen wettelijke basis ten grondslag. De acht rechtbanken hebben hun eigen beleid geformuleerd en daarnaast bestaan de “Praktijkregels beoogd curator” van INSOLAD.¹¹⁴ Maar de wettelijke basis wordt pas na inwerkingtreding van WCO I gegeven. Desondanks doet de beschrijving van het HvJ geen recht aan de feitelijke gang van zaken bij de pre-pack. Ik meen dat de betrokkenheid van de beoogd curator en van de beoogd rechter-commissaris in de voorfase wel degelijk kan worden beschouwd als een vorm van toezicht. Dit ondanks het feit dat de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris formeel geen wettelijke bevoegdheden hebben. Alle in de voorfase opgedane kennis kan door hen na faillietverklaring worden gebruikt met de bevoegdheden die hen dan worden gegeven. Ook uit het faillissementsverslag in het faillissement van Estro blijkt dat de beoogd curator wel degelijk heeft gezorgd voor een vorm van toezicht op het verkoopproces. Dit heeft hij bijvoorbeeld gedaan door aan te sturen op uitnodiging door het bestuur van Estro van twee andere partijen tot het doen van een bieding. De betrokkenheid en het toezicht van de rechtbank en van de beoogd rechter-commissaris blijkt juist duidelijk uit het verslag. Zo heeft de rechtbank bij de aanwijzing in Estro nadrukkelijk aangegeven dat de beoogd curator zich niet mocht bezighouden met de voorbereiding van de doorstart, maar uitsluitend met de voorbereiding van het faillissement. Met de inwerkingtreding van WCO I zal overigens ook op dit punt worden voldaan aan de vereisten van het HvJ voor de toepasselijkheid van art. 5 lid 1 van de Richtlijn.

Dat de voorwaarden van liquidatie van vermogen en overheidstoezicht volgens het HvJ uitsluitend betrekking kunnen hebben op de ‘soortgelijke procedure’ blijkt ook uit het volgende: *“Dienaangaande preciseert artikel 5, lid 1, van richtlijn 2001/23 op cumulatieve wijze dat de vervreemder verwickeld moet zijn in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure. Voorts moet deze procedure worden ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en moet deze onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie staan.”*¹¹⁵ De faillissementsprocedure staat immers altijd onder overheidstoezicht, dat ook kan bestaan uit de betrokkenheid van een door de overheidsinstantie gemachtigde curator. Dat is bij faillissement uiteraard

113. R.o. 53-57.

114. Praktijkregels beoogd curator INSOLAD, september 2015, te vinden via: www.insolad.nl/regelgeving/praktijkregels-beoogd-curator/.

115. R.o. 44.

altijd het geval. De voorwaarde van overheidstoezicht en de andere belangrijke voorwaarde met betrekking tot het doel kunnen dan ook niet anders dan betrekking hebben op de soortgelijke procedure.

Anders dan de kantonrechter¹¹⁶ en de AG¹¹⁷ gaat het HvJ niet mee in een van de twee pijlers onder de vordering van de werknemers, namelijk dat sprake is van een doorstart die vóór faillissement tot stand is gekomen. Daardoor zou sowieso geen sprake kunnen zijn van de toepasselijkheid van art. 5 lid 1 van de Richtlijn. Het gaat voor Smallsteps volgens het HvJ wel mis bij de tweede pijler onder de vordering. Deze pijler ziet op de aard van de procedure. Het HvJ komt namelijk tot de slotsom dat een pre-pack als hier aan de orde bij Estro, niet voldoet aan alle voorwaarden van de Richtlijn. Daarom kan niet worden afgeweken van de daarin voorziene beschermingsregeling.¹¹⁸ Het HvJ formuleert het antwoord op de eerste drie vragen (net als de AG, ziet ook het HvJ geen aanleiding meer vraag 4 te beantwoorden) als volgt: *“Richtlijn 2001/23/EG (...), en met name artikel 5, lid 1, ervan, moet aldus worden uitgelegd dat de door de artikelen 3 en 4 van die richtlijn gegarandeerde bescherming van werknemers behouden blijft in een situatie zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin de overgang van een onderneming plaatsvindt na een faillietverklaring in de context van een vóór de faillietverklaring voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde pre-pack, in het kader waarvan een door een rechtbank aangestelde “beoogd curator” met name de mogelijkheden onderzoekt van een eventuele voortzetting van de activiteiten van die onderneming door een derde en zich voorbereidt op handelingen die onmiddellijk na de faillietverklaring moeten worden verricht teneinde die voortzetting te verwezenlijken. In dat verband is niet relevant dat de pre-pack tevens de maximalisatie van de opbrengst van de overdracht voor alle schuldeisers van die onderneming beoogt.”*

Het arrest is door een groot aantal auteurs besproken.¹¹⁹ Bovendien vormde de uitspraak het onderwerp van een door de RUG georganiseerd congres op

116. In r.o. 5.9.

117. R.o. 70.

118. R.o. 58.

119. O.a.: F.M.J. Verstijlen, ‘De dubbele natuur van de doorstart’, *TvI* 2017/20, p. 131-134; J.R. Hurenkamp, ‘Ondergang van onderneming door de pre-pack?’, *TvI* 2017/21, p. 135-139; Jordy Hurenkamp en Koen Rutten, ‘Nederlandse Staat betaalt mogelijk de rekening voor flitsfaillissementen’, *Het Financieele Dagblad* 10 juli 2017, p. 9; P.R.W. Schaink, ‘Het arrest van het Hof van Justitie inzake *FNV c.s./Smallsteps*’, *TvI* 2017/22, p. 140-147; P.R.W. Schaink, ‘Het Smallsteps arrest: de pre-pack voorbij, maar wat volgt?’, *ArbeidsRecht* 2017/34; *JAR* 2017/189, m.nt. E. Loesberg; *JOR* 2017/217, m.nt. L.G. Verburg; *NJ* 2017/369, m.nt. F.M.J. Verstijlen; L.G. Verburg, ‘Smallsteps: over de vraag of de gewone doorstart uit faillissement →

It takes Smallsteps to pre-pack

22 september 2017. Daarnaast is inmiddels de eerste Nederlandse uitspraak over een doorstart na een pre-pack gewezen na het Smallsteps arrest.¹²⁰ De zaak is na het Smallsteps arrest van het HvJ voortgezet bij de kantonrechter te Almere voor verdere beslissing van het geschil. In het volgende hoofdstuk zal ik aangeven welke gevolgen het arrest naar mijn mening heeft voor de pre-packpraktijk, de doorstart na faillissement en WCO I. Daarbij zal ik ook ingaan op de door diverse auteurs gemaakte opmerkingen. Deze bespreking zal worden voorafgegaan door een korte inventarisering van de huidige pre-packpraktijk.

IV. Pre-pack, doorstart en WCO I na Smallsteps

4.1 De huidige Nederlandse pre-packpraktijk juli 2012 - juni 2017

Voordat ik overga tot een bespreking van de gevolgen van het Smallsteps arrest voor de huidige pre-packpraktijk is het zinvol deze praktijk te schetsen.

Er bestaat geen centrale registratie bij de rechtbanken van alle aanwijzingen van beoogd curatoren. Lang was dan ook onbekend hoe vaak de pre-pack methode in Nederland is toegepast. In september 2014 heeft Jordy Hurenkamp een analyse gemaakt van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden.¹²¹

Ten behoeve van mijn promotieonderzoek wilde ik kunnen beschikken over de actuele gegevens. In april 2017 kon worden gezocht in 76.000 faillissementsverslagen, dit met behulp van de software die door Raimond Dufour van immix advocaten is ontwikkeld. Wij verkregen van hem een bestand van 183

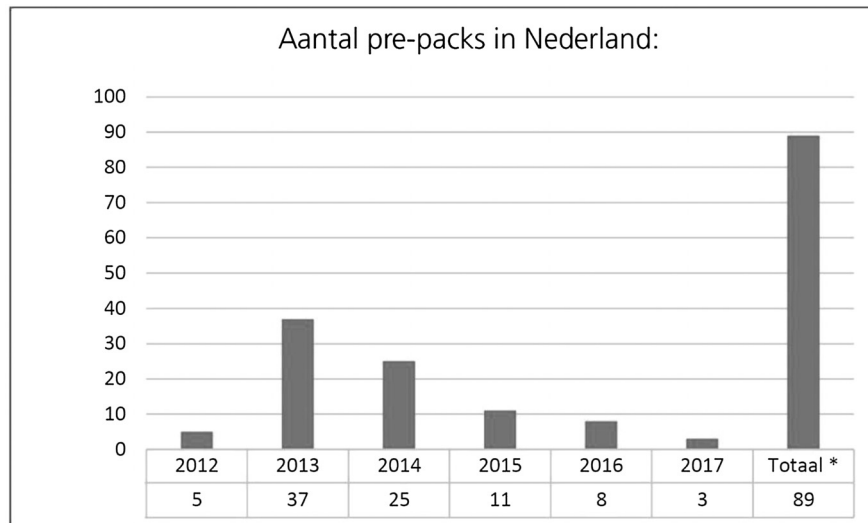
nog toekomst heeft', FIP 2017/334; RI 2017/70, met wenk van M.P. van Eeden-van Harskamp; M.A. Vieira, 'Hof van Justitie EU: werknemers behouden hun bescherming in geval van een pre-pack', *Bb* 2017/60; Siem Eikelenboom/Jan Verbeek, 'Flitsfaillissement onzeker na uitspraak Europees Hof', *Het Financieele Dagblad* 23 juni 2017, p. 1 en 3; B.H.E. Veldmaat en F. van Assendelft de Coningh, 'Arbeidsrechtelijke aspecten in faillissement- een update', *Bb* 2017/62; M.L.G. Otto, 'De pre-pack als package deal: ook de werknemers gaan mee!', *JutD* 2017/0099; N.M.Q. van der Neut, 'Pre-pack is overgang van onderneming: hoe nu verder?', *TRA* 2017/88; M. Kullmann, 'Bezint eer ge begint: de gevolgen van de pre-pack die als overgang van onderneming kwalificeert', *TRA* 2017/95; J. van der Pijl, 'Annotatie. Het Smallsteps-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie-ECLI:EU:C:2017:489', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2017, nr 3, p. 118-128; F.B.J. Grapperhaus, 'De pre-pack-vlinder die een rups bleef', *Ondernemingsrecht* 2017/124; R.C.M. van Moorsel, 'Food for thought. Over het dwingende arrest van het Hof van Justitie inzake FNV c.s./Smallsteps', *TvI* 2017/32; P. Huffman, 'Overgang van onderneming bij de pre-pack: een blik vooruit', *Tijdschrift voor Ontslagrecht*, nr. 4, p. 183-188.

120. Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (*Bogra*).

121. J.R. Hurenkamp, *De pre-pack in de praktijk. Een analyse van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden*, Celsus juridische uitgeverij: Amersfoort 2014; J.R. Hurenkamp, 'Failliet of fast forward? Een analyse van de pre-pack in de praktijk', *TvI* 2015/20.

faillissementsdossiers die mogelijk waren voorafgegaan door een stille voorbereidingsfase. Het bestand is samengesteld op basis van een gericht digitaal onderzoek met behulp van specifieke zoektermen. Dit bestand is vervolgens door mijn kantoorgenoten Wilmy Westerhof, Brigitta Jakic en Anna Francesca Mancosu verder onderzocht op een aantal kerngegevens. Sommige faillissementsverslagen bevatten de informatie dat er geen pre-pack is geweest, zodat verder onderzoek achterwege kon blijven. Daarnaast waren er veel verslagen in faillissementen van groepsvennootschappen. De pre-pack in een dergelijke groep is als één zaak verwerkt. De door ons gehanteerde onderzoeksmethode gaat uit van een aantal premissen. Zo is een aantal keer een pre-pack methode toegepast in een zaak die niet eindigde met een faillissement, en dus niet met een faillissementsverslag. Die zaken zijn alleen meegenomen als de betreffende rechtbank ons daarvan in kennis heeft gesteld. Het bleek niet mogelijk dat in alle gevallen te achterhalen. De hieronder vermelde aantallen betreffen dan ook minimum aantallen. Er zullen dan ook, naast de achterhaalde pre-packs, nog enkele pre-packs zijn geweest.

Aantal pre-packs in Nederland



*voor zover achterhaald zijn er 6 pre-packs geweest die niet eindigden in faillissement, inbegrepen in de hier genoemde 89 gevallen.

It takes Smallsteps to pre-pack

De uitkomst van dit onderzoek laat zien dat er in de periode juli 2012 tot en met mei 2017 in tenminste 83 gevallen sprake is geweest van een faillissement (waaronder van groepen vennootschappen) dat is voorafgegaan door een stille voorbereidingsfase met de aanwijzing van een of meerdere beoogd curatoren. In dertig gevallen hiervan is er sprake van groepen van vennootschappen zodat er meer vennootschappen betrokken zijn bij de pre-pack dan het door ons genoemde aantal van 89. De daling in het aantal vanaf 2014 staat niet in gelijke verhouding tot de vanaf dat jaar ingezette daling van het totaal aantal faillissementen van bedrijven en instellingen.

Aantal faillissementen van bedrijven en instellingen en daling ten opzichte van het voorgaande jaar:

2014: 6.645; 20,6%

2015: 5.271; 20,7%

2016: 4.396; 16,6%

Daling pre-packs:

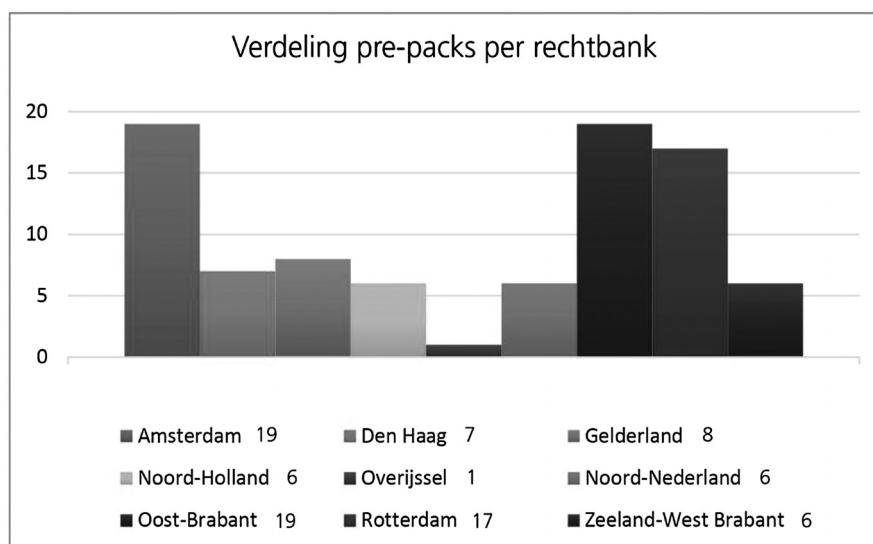
2014: 32%

2015: 56%

2016: 27,3%

Onze inschatting is dat er met betrekking tot deze sterkere daling van pre-packs vanaf 2014 een verband bestaat met de Estro en Heiploeg zaken. Overigens merk ik op dat het aantal faillissementen dat is voorafgegaan door een pre-pack uiterst klein is ten opzichte van het aantal uitgesproken faillissementen. In de onderzochte periode van 1 januari 2012 – 1 juni 2017 zijn circa 32.355 bedrijven en instellingen failliet verklaard. In diezelfde periode zijn slechts 89 pre-packs geteld, dat wil zeggen in 0,28% van de gevallen. Er zijn 59 verschillende aangewezen beoogd curatoren door ons geïdentificeerd. Daarvan zijn er drie die vier keer, zes die drie keer, 14 die twee keer en 36 die één keer zijn aangewezen als beoogd curator. In sommige gevallen zijn er twee beoogd curatoren in een zaak aangewezen. De gemiddelde duur van de aanwijzing bedraagt 16,5 dag. De kortste duur was 4 dagen (*Patientline*) en de langste duur was 169 dagen (*Zinvest*).

Verdeling naar rechtbank



Doelstelling aanwijzing

Uit de onderzochte verslagen blijkt dat de aanwijzing de navolgende doelen moest dienen:

- continuïteit onderneming en voorkomen van afbreukrisico;
- behoud waarde onderneming;
- beperking schade stakeholders;
- het in relatieve rust verrichten van onderzoek naar een doorstart;
- het onderzoek naar het behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid;
- het faciliteren van een gestructureerde en doelmatige afwikkeling van het aanstaande faillissement;
- het tijdig kunnen kennismaken van overwegingen van curator en rechter-commissaris en daarop kunnen inspelen;
- een gedegen oordeelsvorming van de curator met betrekking tot de door management en investeerders voorgestelde doorstart; en
- gelegenheid geven aan curator tot een gedegen voorbereiding van het faillissement.

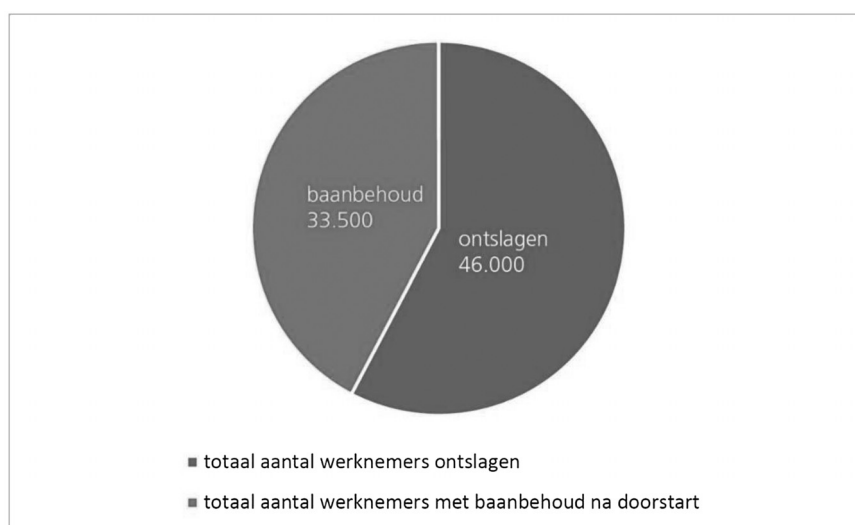
Doorstart

In 73 gevallen (te weten 88%) is achterhaald dat na faillissement sprake is geweest van een (al dan niet beperkte) doorstart. In tien gevallen is dit niet gebeurd danwel niet bekend geworden. Voor zover bekend is geworden is in 26

It takes Smallsteps to pre-pack

gevallen een doorstart gerealiseerd met een externe partij en in 18 gevallen met een gelieerde partij. In de overige gevallen is niet achterhaald of de doorstarter kan worden beschouwd als een gelieerde of als een externe partij. In 50 gevallen heeft de beoogd curator gedurende de stille voorbereidingsfase een marktverkenning uitgevoerd dan wel laten uitvoeren door een derde partij.

Effecten werkgelegenheid/betrokkenheid OR en vakbonden



Totaal zijn voor zover kon worden onderzocht ongeveer 46.000 werknemers ontslagen in alle faillissementen die volgden op de stille voorbereidingsfase. Hiervan zijn overigens ongeveer 26.000 werknemers afkomstig van de Imtech groep van vennootschappen waardoor het beeld wat vertekend zou kunnen tonen. Het totaal aantal werknemers dat een baan behield door een doorstart na faillissementen, waarbij sprake is geweest van een aanwijzing, bedraagt ongeveer 33.500 (waarvan ongeveer 23.700 voormalige Imtech werknemers). In twee gevallen is bekend geworden dat de OR in de stille voorbereidingsfase is betrokken. In tien gevallen is bekend geworden dat de vakbond betrokken is in de stille voorbereidingsfase.

Uit het door ons verrichte onderzoek blijkt dat de afgelopen jaren slechts op zeer kleine schaal gebruik is gemaakt van de mogelijkheid die de 8 rechtbanken hebben geboden een beoogd curator aan te wijzen. Verder blijkt dat in een groot aantal van die gevallen het mogelijk is gebleken (een of meerdere) activiteiten voort te laten zetten door een doorstarter. Dat heeft ertoe geleid dat 73% van de

betrokken werknemers direct na faillissement en ontslag weer aan de slag kon. Verder is duidelijk geworden dat een groot aantal van de doorstarts is gerealiseerd door externe partijen. De uitkomsten van dit onderzoek maken het mogelijk de pre-packpraktijk te schetsen. Dit is van groot belang met het oog op de afwegingen die gemaakt zullen moeten gaan worden met betrekking tot de toekomst van deze praktijk.

Hierna zullen de gevolgen van het Smallsteps arrest voor de lopende procedure bij de kantonrechter en de afwikkeling van het faillissement van Estro, de pre-packpraktijk, de gewone doorstartpraktijk en de WCO I worden besproken.

4.2 *De lopende procedure bij de kantonrechter en de afwikkeling van het faillissement Estro*

De inhoud van de uitspraak van het HvJ is door een aantal auteurs (hiervoor in noot 119 geciteerd) bekritiseerd. Dit is met name zo omdat het HvJ de Nederlandse situatie heeft beschreven op een wijze die onjuist kan voorkomen. Met name wordt de beschrijving van de pre-packpraktijk door de kantonrechter, de AG en het HvJ niet dadelijk als werkelijkheid herkend. Daardoor ontstaat een verkeerd beeld. Ook de mogelijke gevolgen van het arrest worden door veel auteurs als ongewenst beschouwd. In het verlengde hiervan wordt gewezen op de (ongewenste) onduidelijkheid die het arrest met zich brengt voor de praktijk. Deze onduidelijkheid zal kunnen leiden tot diverse nieuwe procedures. Andere auteurs onderschrijven het oordeel van het HvJ. Zij hebben reeds eerder gewezen op de mogelijke toepasselijkheid van de Richtlijn bij een doorstart die is voorafgegaan door een pre-pack en wijzen er op dat deze uitspraak te verwachten was.

Het HvJ beslecht met dit arrest niet de procedure bij de kantonrechter.¹²² Het doel van de faillissementsprocedure wordt op zichzelf door het arrest niet aangetast. De faillissementsprocedure is gericht op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Volgens Verburg verliest het doel van het faillissement bij de pre-pack zoals hier in het hoofdgeding aan de orde zoveel zelfstandigheid dat het wordt overruled door het hoofddoel van de voorbereidende fase. Het oordeel hierover ligt nog ter verificatie door de verwijzende rechter. Volgens Verburg is deze verificatie door de verwijzende rechter nog een hele kluit. Feitelijk kan de kwestie nog alle kanten op. Ik ben het hiermee eens.

122. P.R.W. Schaink, 'Het arrest van het Hof van Justitie inzake *FNV c.s./Smallsteps*', *TvI* 2017/22, p. 141; P.R.W. Schaink, 'Het Smallsteps arrest: de pre-pack voorbij, maar wat volgt?', *ArbeidsRecht* 2017/34, sub 1.3.

It takes Smallsteps to pre-pack

Verburg wijst er ook op dat art. 7:662 e.v. BW bij een activa-transactie die slechts een onderdeel betreft, alleen betrekking heeft op het bij dit onderdeel werkzame personeel. Ook op dit punt hangt het dus nog af van de beoordeling door de kantonrechter van de feitelijke situatie welke werknemers er al dan niet mee over zouden zijn gegaan.¹²³

Schaink vraagt zich af wat er moet gebeuren als de toetsing van de kantonrechter leidt tot een bevinding die contra legem is. Hij wijst daarbij op het feit dat art. 7:666 BW slechts als voorwaarde voor de uitzondering op de beschermende regels van art. 7:662 e.v. BW vereist dat sprake is van het faillissement van de werkgever en dat de onderneming tot de boedel behoort. Een Europese richtlijn heeft geen directe werking jegens burgers. Deze moeten, als wetgeving in strijd is met een Europese richtlijn, de staat aanspreken wegens onrechtmatige wetgeving. Schaink wijst echter ook op het feit dat de rechter terzake van zijn verplichte richtlijnconforme uitleg van art. 7:666 BW een grote beoordelingsruimte heeft. Daarbij verwijst hij naar het Albron arrest van de HR.¹²⁴ Hij stelt dat het denkbaar is dat in de Smallsteps zaak art. 7:666 BW, ondanks zijn beperkte tekst, door de Nederlandse rechter wordt uitgelegd conform art. 5 lid 1 van de Richtlijn.¹²⁵

Het arrest leidt tot vele vragen met betrekking tot de rechtspositie van overgenomen en niet overgenomen werknemers van Estro en kan tot veel nieuwe procedures aanleiding geven. Ik meen dat alleen bepaalde werknemers zich zouden kunnen wenden tot Smallsteps met een vordering in verband met onvervulde loonaanspraken. Het betreft die werknemers die werkzaam waren bij de vestigingen van Estro die door Smallsteps zijn voortgezet en die zich actief beschikbaar hebben gesteld voor arbeid nadat ze door de curator waren ontslagen en die toen vervolgens niet tot het werk zijn toegelaten. Terecht wijst Hurenkamp ook op de vraag of er inkomsten zijn gemist en of eventueel ontvangen uitkeringen in het kader van de Werkloosheidswet hierop in mindering moeten worden gebracht. Met betrekking tot de wel overgenomen werknemers kan ook de vraag worden gesteld of door hen met terugwerkende kracht naleving van de oorspronkelijke arbeidsvoorwaarden kan worden gevorderd. Of hadden zij het ontslag tijdig moeten vernietigen?¹²⁶ Van der Pijl wijst erop dat, gelet op de wijze waarop het HvJ de cumulatieve voorwaarden formuleert, de stelling dat “met het oog op liquidatie” slechts

123. *JOR* 2017/217, m.nt. L.G. Verburg, onder 7-8.

124. HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780 (*Albron*).

125. P.R.W. Schaink, ‘Het arrest van het Hof van Justitie inzake *FNV c.s./Smallsteps*’, *TvI* 2017/22, p. 141-142; P.R.W. Schaink, ‘Het Smallsteps arrest: de pre-pack voorbij, maar wat volgt?’, *ArbeidsRecht* 2017/34, sub 1.3.

126. J.R. Hurenkamp, ‘Ondergang van onderneming door de pre-pack?’, *TvI* 2017/21, p. 135-136.

betrekking heeft op soortgelijke procedures niet meer verdedigbaar is. Van der Pijl stelt vervolgens dat het HvJ niet uitgaat van de presumptie dat de gewone faillissementsprocedure per definitie is gericht op liquidatie.¹²⁷ Hij meent dat de verwijzende rechter art. 7:666 BW richtlijnconform kan interpreteren en de procederende werknemers (en FNV) dus beet hebben. Hij vraagt zich af of dat ook voor de overige achtergelaten Estro-medewerkers geldt nu zij de vernietigbaarheid van de opzegging door de curator niet zullen hebben ingeroepen. Met betrekking tot hun eventuele loonvorderingen is de vraag volgens Van der Pijl relevant of zij zich beschikbaar hebben gesteld voor het verrichten van deze arbeid. De curator hoeft volgens Van der Pijl het UWV in geval van nabetalingen niet als crediteur te erkennen. In verband met haar regresvordering dient UWV zich met haar loonaanspraken te wenden tot Smallsteps.¹²⁸

4.3 *De post-Smallsteps pre-packpraktijk in Nederland*

Volgens de meeste auteurs voldoet de huidige pre-packpraktijk niet aan de voorwaarden van art. 5 lid 1 van de Richtlijn zoals uitgelegd door het HvJ in de Smallsteps zaak. Naar hun mening is daarbij niet zozeer de eerste voorwaarde (faillissementsprocedure of soortgelijke procedure) de reden. Het zijn juist de tweede (gericht op liquidatie) en de derde (toezicht) die ernstige problemen opleveren voor continuïteit van deze praktijk.¹²⁹ Deze auteurs¹³⁰ zijn in meerderheid van mening dat het arrest van het HvJ het einde zal betekenen voor de huidige pre-packpraktijk. Om die reden wordt ook wel gesproken over *pre-packxit*.¹³¹

Het HvJ heeft naar mijn mening niet meer, en ook niet minder, overwogen dan dat er geen sprake is van toepasselijkheid van de uitzondering in art. 5 lid 1 van de Richtlijn bij een procedure waarin de beoogd curator: “*met name de mogelijkheden onderzoekt van een eventuele voortzetting van de activiteiten van die onderneming door een derde en zich voorbereidt op handelingen die onmiddellijk na de faillietverklaring moeten worden verricht teneinde die voortzetting te verwezenlijken* (onderstr. MvZ).” Dat betekent dat wanneer in een bepaalde zaak door de aanwijzende rechtbank in de aanwijzingsbrief *met*

127. J. van der Pijl, ‘Het Smallsteps-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie- ECLI:EU:C:2017:489’, *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2017, nr 3, p. 122.

128. J. van der Pijl, ‘Het Smallsteps-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie- ECLI:EU:C:2017:489’, *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2017, nr 3, p. 125.

129. F.M.J. Verstijlen, ‘De dubbele natuur van de doorstart’, *TvI* 2017/20, p. 132.

130. Zie noot 119.

131. Bijvoorbeeld gebruikt door de Rijksuniversiteit Groningen als onderdeel van de titel van het op 22 september 2017 georganiseerde seminar over de gevolgen van Smallsteps.

It takes Smallsteps to pre-pack

name een andere doelstelling ten grondslag wordt gelegd aan de betrokkenheid van de beoogd curator, dan de (gebruikelijke) doelstelling ‘voorbereiding van het faillissement’, de vraag kan worden gesteld of deze pre-pack dan, net als die in *Estro*, door het HvJ zal (kunnen) worden ondergebracht in de categorie ‘hoofddoel continuering’. Ik meen dat daarnaast nog steeds óók de mogelijkheid van een verkoop van activa kan worden onderzocht. Zolang dit maar niet het *hoofddoel* van de aanwijzing is. Hierbij moet uiteraard worden gewaakt voor misbruik. Feitelijk moet daadwerkelijk sprake zijn van *met name* een hoofddoel dat anders is dan de voorbereiding van een doorstart. Dat zal niet in alle gevallen kunnen, maar er zullen zeker zaken zijn (geweest) waarin dat absoluut het geval was.¹³² Van der Pijl heeft een andere opvatting. Volgens hem is de bedoeling van zo’n pre-pack nu juist snel na de faillietverklaring te komen tot een operationele voortzetting van de onderneming. Als partijen door daar enige tijd na faillietverklaring mee te wachten tegen de gevolgen van het Smallsteps arrest worden beschermd, wordt de principiële benadering van het onderscheid voortzetting/vereffening van het HvJ miskend.¹³³

Aan de nadelige gevolgen van het arrest voor de huidige pre-packpraktijk kan uiteraard worden ontkomen wanneer de doorstarter er voor zorgt dat niet voldaan is aan de (‘normale’) voorwaarden voor overgang van onderneming. Dit kan bijvoorbeeld in een arbeidsintensieve sector door niet het merendeel van het personeel maar slechts een minderheid van de werknemers een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Verder moet hij dan extern personeel aanstellen, als daarmee de exploitatie nog wel kan worden voortgezet. Dit leidt tot een prikkel die mij niet in het belang lijkt te zijn van het zittende personeel. En die overigens ook in strijd is met de doelstelling van de Richtlijn. Het zou echter wel in sommige gevallen een uitkomst kunnen bieden voor de doorstarter en voor de curator. Wat hier ook van zij, in de praktijk zal er geen (of heel weinig) animo meer zijn voor de (buitenwettelijke) beoogd curator. Zoals uit ons onderzoek blijkt, is door de 83 door ons achterhaalde pre-packs die hebben geleid tot een faillissement een groot deel van de werkgelegenheid na het daarop volgende faillissement behouden (73%). Mogelijk dat de komende periode nadelige effecten waar te nemen zijn ten aanzien van het behoud van werkgelegenheid na faillietverklaring. In deze periode zullen namelijk (vrijwel) geen buitenwettelijke pre-packs meer plaatsvinden. De door het HvJ gegeven maatstaf pleit voor het spoedig aannemen van WCO I. Daarmee wordt immers een wettelijke basis gegeven aan de pre-packpraktijk, die volgens mij Smallsteps-proof is. Dit punt bespreek ik verder in hoofdstuk V.

132. Zie hiervoor onder 4.1 voor een aantal doelstellingen van de pre-packs in de afgelopen jaren.

133. J. van der Pijl, ‘Het Smallsteps-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie- ECLI:EU:C:2017:489’, *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2017, nr 3, p. 125-126.

In de meeste faillissementen die volgden op de stille voorbereidingsfase zijn de werknemers, net als in Estro, eerst door de curator ontslagen. Pas daarna vond de doorstart plaats. Op grond van het Celtec arrest zullen de werknemers niet het gewenste voordeel hebben van toepassing van het Smallsteps arrest. Immers in dat geval zijn de werknemers wel rechtsgeldig ontslagen. De werknemers zijn dan, als geen sprake is van art. 5 lid 1, maximaal gedurende de periode van hun opzegtermijn vanaf de datum van de overgang van rechtswege in dienst bij de doorstarter gekomen. Maar wel met een reeds opgezegde arbeidsovereenkomst.

Het is helder dat de praktijk niet voor niets behoefte had aan de pre-pack. Die behoefte bestaat nog steeds. Het komt mij voor dat men misbruik wenst te voorkomen via het leerstuk van overgang van onderneming. Dit lijkt op het eerste gezicht behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid in de hand te werken. Iedereen behoudt namelijk zijn baan na de overgang na faillissement. Maar zoals we hebben gezien zal per saldo het tegenovergestelde effect worden bereikt. In het geval dat een faillissement onafwendbaar is verliezen alle werknemers hoe dan ook hun baan. Het is naar mijn idee juist dit inzicht dat ons een stap verder zal brengen in de bevordering van het behoud van werkgelegenheid. Goede observatie laat immers zien dat de tendens ook in Europa juist steeds meer is gericht op zoveel mogelijk behoud van de onderneming en zoveel mogelijk beperking van de schade.¹³⁴ Maar de doorstarter - zelfs de niet gelieerde - wordt nu juist gestraft. Hij mag zijn nek wel uitsteken en het nog een keer proberen met een onderneming die kort daarvoor ten onder is gegaan en daarmee een deel van het personeel uit de WW houden. Maar hij heeft dan wel van rechtswege iedereen in dienst gekregen. Daarmee wordt een zorgvuldig met de pre-pack methode voorbereide doorstart in veel gevallen helaas in economische zin geen haalbare kaart meer. In sommige branches, zoals bijvoorbeeld de zorg, is een zorgvuldige voorbereiding van het faillissement echter juist van groot belang. Een aantal curatoren heeft dan ook een oproep gedaan voor de mogelijkheid van de benoeming van een stille bewindvoerder in de zorg.¹³⁵

134. Zie o.a.: Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU d.d. 22 november 2016 (COM(2016) 723 final).

135. Siem Eikelenboom/Marieke ten Katen, 'Omstreden constructie in zorg toch toestaan. Curatoren willen een pre-packregeling voor zorginstellingen in nood', *Het Financieele Dagblad* 27 juli 2017, p. 1. Zie ook: 'Benoem geheime manager in zorg', redactioneel commentaar, *Het Financieele Dagblad* 27 juli 2017, p. 2.

It takes Smallsteps to pre-pack

Een eerste toepassing van het Smallsteps arrest door de rechter is de eerdergenoemde Bogra zaak. De Rechtbank Noord-Holland heeft onder meer overwogen dat de reikwijdte van het Smallsteps arrest is beperkt tot het weergegeven geval in die uitspraak en met name niet ziet op de Nederlandse faillissementsprocedure in zijn algemeenheid.¹³⁶ In deze zaak was volgens de kantonrechter geen sprake van een pre-pack die tot in het kleinste detail de overdracht beoogde voor te bereiden of onmiddellijk na faillietverklaring is uitgevoerd. Pas na drie weken vond een overname plaats onder toezicht van de rechter-commissaris. Een richtlijnconforme uitleg van art. 7:666 lid 1 sub a BW brengt mee dat de artikelen 7:662-7:665 BW niet van toepassing zijn nu Bogra in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort.¹³⁷

4.4 De gewone doorstart praktijk na faillissement post Smallsteps

Verstijlen wijst op het vreemde resultaat van het Smallsteps arrest dat een doorstart zonder automatische overgang vanuit faillissement wel kan. De curator en de rechter-commissaris nemen hun beslissingen dan onvoorbereid, in de chaos die eigen is aan de eerste periode van het faillissement. Wij zijn dus weer helemaal terug bij af. Verstijlen vraagt zich af of na het ‘gepre-pakte’ faillissement ook het ‘*technisch faillissement*’ aan de beurt is. Een goed bestuurder zal de vennootschap niet onvoorbereid in een faillissement storten. Hij zal al ideeën hebben over een mogelijke koper na faillissement. Wat nu als een transactie met deze koper daadwerkelijk plaatsvindt omdat er geen betere kandidaat is? Komt deze transactie dan in de gevarezone van het Smallsteps arrest?¹³⁸ Verstijlen stelt verder dat een faillissement dat volgt op een pre-pack in niets verschilt met een faillissement dat ‘uit de lucht komt vallen’. Immers ook in een gewoon faillissement zal de ondernemingsleiding een transactie kunnen voorkoken, uitonderhandelen en zelfs finaliseren. Uiteindelijk is het de curator die de transactie moet effectueren en de rechter-commissaris die de transactie moet goedkeuren. Verstijlen meent dat de effectiviteit bij het nemen van die beslissing door hun eerdere betrokkenheid wordt vergroot. De beslissingsmacht en het toezicht in de pre-packsituatie zullen eerder superieur zijn aan die in een gewoon faillissement dan het tegendeel.¹³⁹

Verburg wijst er op dat, als ook de gewone doorstart de toets uit het Smallsteps arrest niet zou doorstaan, in de praktijk nauwelijks nog partijen te vinden zullen zijn die een doorstart overwegen. Dit zal niet gunstig zijn voor de

136. Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (*Bogra*), r.o. 5.8.

137. R.o. 5.11-5.14.

138. F.M.J. Verstijlen, ‘De dubbele natuur van de doorstart’, *TvI* 2017/20, p. 133.

139. F.M.J. Verstijlen, ‘De dubbele natuur van de doorstart’, *TvI* 2017/20, p. 133.

werkgelegenheid. Verburg constateert dat het arrest niets zegt over de gewone doorstart en dat het doel van de faillissementsprocedure, ook na het Smallsteps arrest, nog steeds overeind staat. Als de gewone doorstart niet meer mogelijk zou zijn buiten de toepasselijkheid van de artikelen 3 en 4 van de Richtlijn dan trekt het HvJ het kleed onder 5 lid 1 van de Richtlijn vandaan. Niets wijst er volgens Verburg op dat het HvJ zou hebben bedoeld van art. 5 lid 1 van de Richtlijn een dode letter te maken. Na analyse van de jurisprudentie van het HvJ concludeert Verburg dat Abels nog steeds geldt. Volgens Verburg kan niet gesteld worden dat de omstandigheid dat er faillissementen zijn waarin een doorstart plaatsvindt tot gevolg heeft dat de faillissementsprocedure niet langer als doel heeft de liquidatie van het vermogen. Ook een doorstart uit een faillissement na een eerdere surseance loopt naar de mening van Verburg op grond van Smallsteps geen ‘662-gevaar’. Dit zolang uit de feiten blijkt dat het tijdens de surseance niet is gelukt met deze surseance het beoogde doel te behalen met gevolg dat de surseance uitliep op een faillissement.¹⁴⁰ Ook Schaink stelt de vraag of sprake kan zijn van een uitstralingseffect op andere doorstartscenario’s, ondanks het feit dat het HvJ zijn betoog, anders dan de AG, beperkt tot de gepre-packte doorstart. Schaink noemt daarbij het faillissement voorafgegaan door een (voorlopige) surseance waarin het faillissement wordt voorbereid. Van der Pijl ziet ook voor de doorstart na faillissement die uit de lucht komt vallen een risico. Immers het gaat om het oogmerk waarmee de procedure is ingeleid: of wel of niet uitgebreide voorbereidingen aan het formele faillissement zijn voorafgegaan is naar zijn mening niet doorslaggevend.¹⁴¹

Mijn inschatting is dat het HvJ zijn oordeel beperkt tot: *“een situatie zoals die welke in het hoofdgeding aan de orde is, waarin de overgang van een onderneming plaatsvindt na een faillietverklaring in de context van een vóór de faillietverklaring voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde pre-pack (onderstr. MvZ).”* Het HvJ beperkt deze overweging nadrukkelijk tot specifiek de situatie in de Smallsteps casus. Zoals aangegeven, geeft de Engelse tekst van het arrest ook meer aanleiding tot de conclusie dat het HvJ hier heeft geoordeeld over een ‘soortgelijke procedure’ en niet over een faillissementsprocedure. Bovendien is het criterium van overheidstoezicht niet begrijpelijk als dit niet uitsluitend zou gelden bij ‘soortgelijke procedures’ maar ook bij faillissement. Een faillissementsprocedure zonder overheidstoezicht (door een curator) bestaat namelijk niet. Naar mijn idee moet dan ook slechts bij soortgelijke procedures gekeken worden naar het doel. Namelijk in hoeverre

140. L.G. Verburg, ‘Smallsteps: over de vraag of de gewone doorstart uit faillissement nog toekomst heeft’, *FIP* 2017/334.

141. J. van der Pijl, ‘Het Smallsteps-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie-ECLI: EU:C:2017:489’, *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2017, nr 3, p. 126.

It takes Smallsteps to pre-pack

dat lijkt op het doel van een faillissementsprocedure. Als mijn opvatting wordt gevolgd is de uitspraak in lijn met de eigen jurisprudentie van het HvJ van Abels tot *Europièces*. Van een koerswijziging zou naar mijn idee dus geen sprake hoeven zijn. Bij een voorbereiding in de surseance, of als sprake is van een faillissement gevolgd door ontslag van de werknemers en doorstart, al dan niet (buiten een pre-pack om) voorbereid, kan nog steeds met succes een beroep worden gedaan op art. 5 lid 1 van de Richtlijn. Er is dan sprake van een faillissementsprocedure en voor die procedure is art. 5 lid 1 van de Richtlijn nu juist geschreven.

Wij zijn nu terug bij het begin van dit artikel: het hoofddoel van een Nederlandse faillissementsprocedure is liquidatie van het vermogen van de schuldenaar/vervreemder onder toezicht. Zou dit anders moeten worden gezien dan zou het HvJ art. 5 lid 1 van de Richtlijn feitelijk hebben afgeschaft. Maar daarvoor bestaat geen aanleiding op basis van de tekst van het arrest in *Smallsteps*. Als de gedachte juist zou zijn dat de gewone doorstart na faillissement, of de doorstart na faillissement voorafgegaan door een surseance, weleens zou kunnen worden geraakt door *Smallsteps*¹⁴² dan leidt dit tot grote onzekerheid voor de praktijk. Het gevolg hiervan zal namelijk zijn dat het doel dan onzeker is en wellicht ook aan wijziging onderhevig. Wat als bij de aanwijzing onderzoek naar een (bepaalde) doorstart bedoeld was, maar deze (bepaalde) doorstart gaat niet door? Of er volgt helemaal geen doorstart? Of andersom: er was bij aanwijzing geen enkele doorstart gewenst of bedoeld maar gaandeweg in de stille voorbereidingsfase doet zich de gelegenheid voor. Wie toetst dan (tussentijds de wijziging van) het doel?

Als gevolg van het *Smallsteps* arrest zullen potentiële doorstartkandidaten zich waarschijnlijk vaker terughoudend opstellen. Dit zal er hoogstwaarschijnlijk toe leiden dat de ontslagen werknemers van een failliet vaker met lege handen achterblijven en niet in dienst zullen kunnen treden bij een doorstarter. Naar mijn idee is het dus economisch niet denkbaar dat deze uitleg zal leiden tot een voortzetting van de doorstartpraktijk als voorheen met behoud van volledige werkgelegenheid in verband met de toepasselijkheid van de Richtlijn. En als dit het resultaat is van de rechtsontwikkeling op dit terrein vanaf Abels dan kan het *Smallsteps* arrest als een pyrrusoverwinning worden beschouwd voor werknemers. Voor de praktijk is van belang dat de Rechtbank Noord-Holland recent in de Bogra zaak heeft overwogen dat de Nederlandse faillissementsprocedure tot (hoofd)doel heeft de liquidatie van het vermogen van de

142. Zie in deze zin bv.: J. van der Pijl, 'Het *Smallsteps*-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie-ECLI:EU:C:2017:489', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2017, nr 3, p. 126.

schuldenaar. Dat in een faillissement bedrijfsactiviteiten (voorlopig) worden voortgezet door de curator kan niet afdoen aan het hoofddoel. Die voortzetting is dan ook gericht op de liquidatie van het vermogen, het verkrijgen van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de schuldeisers. De kantonrechter ziet dan ook geen grond te oordelen dat uit de Smallsteps-uitspraak zou volgen dat de Nederlandse faillissementsprocedure, los van de pre-pack, als zodanig niet (meer) zou voldoen aan de eis van art. 5 lid 1 van de Richtlijn. Overigens ziet de kantonrechter, als er wel vanuit zou moeten worden gegaan dat de Nederlandse faillissementsprocedure als zodanig in zijn algemeenheid niet (meer) voldoet aan art. 5 lid 1 van de Richtlijn, geen ruimte voor richtlijnconforme uitleg van art. 7:666 lid 1 sub a BW. Dat zou immers leiden tot een uitleg contra legem.¹⁴³

V. Toekomst voor WCO I

5.1 *Stand van zaken en lessons learnt*

Naar aanleiding van het Smallsteps arrest is door velen dadelijk de vraag gesteld of de behandeling van WCO I in de Eerste Kamer nog wel voortgezet moet worden, of dat een nieuw wetsvoorstel moet worden ingediend. Anderen zijn van mening dat het Smallsteps arrest de invoering van een beoogd curator voorgoed verhindert.

Verburg stelt dat het Smallsteps arrest de toepasselijkheid van art. 7:662 BW bepaalt, onafhankelijk van de vraag of WCO I nu wel of niet wordt aangenomen in de Eerste Kamer. Aangezien WCO I geen regeling bevat van de toepasselijkheid van art. 7:662 BW rijdt dit arrest het wetsvoorstel volgens hem dus niet in de wielen. Verburg vraagt zich daarbij wel af welk nuttig effect er nog voor het wetsvoorstel in de huidige vorm resteert. Hij geeft in overweging dit punt nu eerst, voordat de Eerste Kamer over het wetsvoorstel stemt, in overleg met de praktijk tot klaarheid te brengen.¹⁴⁴ Verder wijst Verburg op de gedachte die door de opstellers van het rechtsvergelijkend onderzoek van de VU uit 2015 is geopperd, namelijk de regelgeving omtrent overgang van onderneming met een verlicht regime van toepassing te verklaren op een doorstart uit faillissement. Dit is bijvoorbeeld het geval in Duitsland. Die mogelijkheid wordt in art. 5 lid 2 van de Richtlijn geboden aan de Lidstaten. Verburg wijst er daarbij op dat deze suggestie waardevol is, maar dat er nog wat harde noten onbesproken worden gelaten. Hij is van mening dat het onderzoek

143. Rb. Noord-Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (*Bogra*), r.o. 5.22-5.25.

144. *JOR* 2017/217, m.nt. L.G. Verburg, onder 16.

naar deze mogelijke oplossing wel evenwichtig moet plaatsvinden en zonder cherry picking. Als men bij art. 7:662 BW het Duitse model wil overwegen, moet volgens Verburg ook het daarbij passende Duitse ontslagrecht onder ogen worden gezien. In die discussie moet dan ook betrokken worden het antwoord op de vraag of de betrokken spelers in het betreffende land tevreden zijn met de werkbaarheid van het gekozen systeem. Dat vergt nader onderzoek.¹⁴⁵

Ik wijs in dit verband op het rapport van de Stichting van de Arbeid (“STAR”) van eind 2016. Dit rapport geeft aan dat het onderzoek dat is gepubliceerd in het rapport van de VU de arbeidsrechtelijke positie betreft van de werknemers wiens werkgever in een insolventieprocedure is geraakt. Het rapport gaat in op de stand van zaken in de landen België, Duitsland, Engeland en Frankrijk. Hoewel deze buurlanden op de een of andere manier de Richtlijn toepassen zijn de uitwerkingen verschillend. Dit ook bij een doorstart na faillissement. De STAR wijst erop dat deze landen de effecten van overgang van onderneming op verschillende manieren mitigeren. Om de gevolgen te beperken: i) geldt bijvoorbeeld een verlicht ontslagregime, ii) gaan bestaande schulden niet over, iii) zijn er mogelijkheden tot wijziging van de arbeidsvoorwaarden, iv) geschiedt de selectie van personeel op basis van objectieve criteria, v) en vindt over aanpassing van de arbeidsvoorwaarden overleg plaats of vi) geldt een keuzemogelijkheid waarbij de werkgever kan kiezen of hij de werknemers en de arbeidsvoorwaarden al dan niet overneemt. Voorts wijst de STAR er op dat de vergelijking met de omringende landen alleen het al dan niet van toepassing zijn van regelgeving betreffende de overgang van werknemers bij een doorstart na faillissement inhoudt. Dat betekent dat andere regelingen zoals de (uitwerkingen van de) loongarantieregeling, het uitkeringspercentage voor concurrente schuldeisers en de hoogte en duur van de WW-uitkering niet zijn meegenomen.¹⁴⁶ Er is geen rechtsvergelijkend onderzoek gedaan naar het ontslagregime in het algemeen en naar het ontslagregime bij bedrijven in moeilijkheden in het bijzonder. Dat is relevant omdat als in een land een soepel ontslagregime (voor bedrijven in moeilijkheden) heerst, de toepasselijkheid van de regelgeving over overgang van werknemers veel minder gevolgen heeft dan wanneer sprake is van een ontslagregime waarbij bijvoorbeeld slechts na betaling van een ontslagvergoeding afscheid genomen kan worden van de werknemers.

Schaink meent dat WCO I van de baan is. Hij geeft aan dat er wellicht nog wel iets te repareren valt. Dit met name naar aanleiding van de kritiek van het HvJ ten aanzien van de derde voorwaarde (toezicht). Wat volgens Schaink

145. *JOR* 2017/217, m.nt. L.G. Verburg, onder 17.

146. Stichting van de Arbeid, *Verkenning: Overgang van werknemers en hun arbeidsvoorwaarden bij aanbesteding, uitbesteding en (schijn)faillissement*, Den Haag, 16 december 2016, p. 29.

evenwel zou moeten verdwijnen uit WCO I is het doelbewuste streven naar het behoud van de onderneming. Dat is volgens hem een niet te repareren element omdat het eigen is aan de pre-packprocedure zelf. Volgens hem is er dan ook geen toekomst meer weggelegd voor WCO I. Naar zijn mening kan deze wet uiteraard worden ingevoerd maar dan moet men de werknemersbescherming op de koop toe nemen.¹⁴⁷ Ook Schaink bespreekt de mogelijkheid van invoering van verzachtende maatregelen bij de toepasselijkheid van de beschermende regels zoals door art. 5 lid 2 van de Richtlijn geboden. Daarbij raadt hij aan dat onderzoek wordt gedaan naar de wijze waarop andere jurisdicties omgaan met het ontslagrecht in brede zin waarvan de toepassing van art. 5 van de Richtlijn in het betreffende land deeluitmaakt.¹⁴⁸

Ook Verstijlen pleit voor het van toepassing verklaren van de normale regels van overgang van ondernemingen ook in het faillissement, ‘gepre-packt’ of niet. Daarbij pleit hij voor het creëren van een mogelijkheid snel en efficiënt het personeelsbestand toe te snijden op de economische situatie. Dit zowel binnen als buiten de drie formele insolventieprocedures.¹⁴⁹

Beltzer heeft meermalen gepleit voor invoering van een verlicht regime. Hij pleit ervoor wettelijk te regelen dat partijen bij de pre-pack kunnen overeenkomen dat oude schulden (zoals loonvorderingen) niet mee overgaan en/of dat de arbeidsvoorwaarden na doorstart, naar beneden, kunnen worden aangepast. Verder wijst Beltzer erop dat het mogelijk is en blijft na een overgang van onderneming het overgenomen personeel te ontslaan wegens economische, technische of organisatorische redenen (“ETO-redenen”). Van deze mogelijkheid kan ook gebruik worden gemaakt door een onderneming die een doorstart na een pre-pack maakt.¹⁵⁰

Hurenkamp is van mening dat het Smallsteps arrest het einde betekent van WCO I. Immers het wetsvoorstel verliest haar meerwaarde door dit arrest. Dat valt niet te repareren. De aanwijzing is naar zijn mening hoofdzakelijk gericht op continuïteit en het voorbereiden van een doorstart. Hij ziet geen oplossing in de wijziging van art. 7:666 BW. Immers weliswaar bestaat dan ruimte de over te nemen schulden te beperken en de arbeidsvoorwaarden te versoberen, maar de

147. P.R.W. Schaink, ‘Het arrest van het Hof van Justitie inzake *FNV c.s./Smallsteps*’, *TvI* 2017/22, p. 142-143; P.R.W. Schaink, ‘Het Smallsteps arrest: de pre-pack voorbij, maar wat volgt?’, *ArbeidsRecht* 2017/34, sub 2.

148. P.R.W. Schaink, ‘Het arrest van het Hof van Justitie inzake *FNV c.s./Smallsteps*’, *TvI* 2017/22, p. 144; P.R.W. Schaink, ‘Het Smallsteps arrest: de pre-pack voorbij, maar wat volgt?’, *ArbeidsRecht* 2017/34, sub 6.

149. F.M.J. Verstijlen, ‘De dubbele natuur van de doorstart’, *TvI* 2017/20, p. 134.

150. Zie bv. R.M. Beltzer, ‘Continuïteit van ondernemingen en pre-pack: hoe een idee een Europese richtlijn mist’, *Onderneming en Financiering* 2015 (23) 1, p. 42-43 en meer recent: Ronald Beltzer/Eva Grosheide/Ilse Zaal, ‘Bij pre-pack meer balans nodig tussen belang van bedrijf en van werknemers’, *Het Financieele Dagblad* 2 mei 2017, p. 9.

doorstarter blijft wel verplicht om het gehele personeelsbestand over te nemen. Dat zal in de meeste gevallen de doorstarter afschrikken en alleen dan geen probleem opleveren wanneer het overnemen van het gehele personeelsbestand minder bezwaarlijk is. Volgens Hurenkamp is nu nog het enige alternatief het daags voor het faillissement op informele wijze betrekken van een curator die alvast meekijkt met de ondernemer om een ongecontroleerde afwikkeling van het faillissement te voorkomen. Niets meer en niets minder. Dan zijn we ook volgens Hurenkamp weer terug bij af. Daarbij wordt de curator voor de keuze gesteld te tekenen bij het kruisje voor een door de ondernemer gepresenteerd doorstartplan of zelfstandig een doorstart te onderzoeken. Bij deze laatste optie noemt hij het risico dat de waarde van de onderneming vliegensvlug verdampt en belangrijke leveranciers, klanten en werknemers weglopen. Het zal duidelijk zijn dat werknemers, noch schuldeisers hierbij zijn gebaat.¹⁵¹

Van der Pijl stelt dat het nut van WCO I is geminimaliseerd. Uitsluitend in gevallen waarin maatschappelijke onrust moet worden beperkt of waarin het personeel zonder problemen geheel kan overgaan kan de pre-pack nog interessant zijn.

Dix is van mening dat de pre-pack misschien wel stervende is, maar dat de stille bewindvoering nog springlevend is. Hij vindt de eerste berichten boven de krantenartikelen na het Smallsteps arrest¹⁵² louter droevig gestemd, kortzichtig en onnodig negatief. Hij stelt dat het doorzetten van WCO I tot de mogelijkheden behoort. Naar zijn mening zal de zuivere pre-pack, een doorstart op de dag van het faillissement, met het arrest nog zeldzamer worden. Maar dat geldt niet voor de stille bewindvoering. Deze optie, die volgens hem ook onder het begrip ‘pre-pack’ valt, blijft noodzakelijk en is nog springlevend, zeker wanneer dit gecombineerd wordt met WCO III. Dix wijst op de mogelijkheid van de voorbereiding van het faillissement via WCO I. De beoogd curator wordt enkele dagen of weken voor het faillissement al betrokken waardoor hij zich in stilte kan voorbereiden op wat komen gaat. Hij richt zich daarbij uitsluitend op de voorbereiding van het faillissement en op het na datum faillissement direct in gang zetten van een doorstartproces. Informatie wordt verzameld over de onderneming, communicatiemiddelen worden voorbereid en een lijst van kandidaat-kopers wordt opgesteld met een planning voor het doorstartproces. Derden kunnen betrokken worden bij het voortraject, bijvoorbeeld om een boedelkrediet zeker te stellen. Voorts kunnen met sleutel-personeel afspraken worden gemaakt. WCO III zal in de toekomst ook moeten zorgen voor aanpassing danwel versteviging van de juridische positie van

151. J.R. Hurenkamp, ‘Ondergang van onderneming door de pre-pack?’, *TvI* 2017/21, p.138-139.

152. Hij doelt op: “Het is gedaan met het flitsfaillissement in Nederland”, “Death of a Pre Pack” en “Het wetsvoorstel WCO I kan naar de prullenbak”.

werknemers bij faillissement. WCO I en WCO III kunnen dan samen zorgen voor het creëren van een bruikbaar instrument ter bevordering van de continuïteit van ondernemingen met aandacht voor de positie van werknemers in faillissement.¹⁵³

Naar mijn mening is invoering van WCO I na het Smallsteps arrest juist van groot belang. En voor de praktijk nog steeds zeer wenselijk. Het is de enige manier waarop na het Smallsteps arrest een (doorstart na) faillissement nog op een zorgvuldige wijze kan worden voorbereid. Zo zou je kunnen stellen dat we met het Smallsteps arrest een stapje dichterbij WCO I zijn gekomen.

Het HvJ heeft in r.o. 46 overwogen dat een doorstart die is voorbereid door middel van de pre-pack methode kan voldoen aan het eerste criterium, namelijk dat de vervreemder is verwickeld in een faillissementsprocedure of een soortgelijke procedure (zie met name de Engelse vertaling). Ook is in het in te voeren art. 363 Fw pas sprake van de mogelijkheid tot aanwijzing van een beoogd curator op het moment dat het bedrijf bijna failliet is en wel ter voorbereiding van het aanstaande faillissement. De aanvraag wordt ingediend bij de faillissementsgriffie. In de gedachtegang van het HvJ is het vervolgens van belang te onderzoeken wat het hoofddoel is van de voorbereidingsfase van het faillissement die via WCO I een wettelijke basis zal krijgen. In het nieuwe art. 363 lid 1 Fw zal worden geregeld dat, als de schuldenaar in een situatie dreigt te raken waarin hij met het betalen van zijn schulden niet zal kunnen voortgaan, de rechtbank “*ter voorbereiding van een dreigend faillissement een of meer personen [kan] aanwijzen die in geval van faillietverklaring zullen worden aangesteld als curator.*”

Uit deze bepaling volgt al dat de aanwijzing tot doel heeft het dreigende faillissement voor te bereiden. Dus niet bijvoorbeeld een doorstart of een voortzetting van de onderneming. Het doel van de voorbereiding van het faillissement is: “*de uit het faillissement voortvloeiende schade bij schuldeisers (waaronder ook de werknemers) en andere betrokkenen zoveel mogelijk te beperken onder meer (onderstr. MvZ) door de kansen op een verkoop en daarop volgende doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen tegen een maximale opbrengst en met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid te vergroten.*”¹⁵⁴ Schadebeperking en opbrengstmaximalisatie zijn dus het hoofddoel van de voorbereidingsfase van het faillissement. Daarbij geeft de minister aan dat dit doel *onder meer* (en niet *met name*) bereikt kan worden door een verkoop en daaropvolgende doorstart. Ter voorkoming van oneigenlijk gebruik

153. F.P.G. Dix, ‘De pre-pack is misschien stervende, maar de stille bewindvoering is nog springlevend!’, blog van 18 juli 2017, www.turnaroundadvocaten.nl/blog/235-de-pre-pack-is-misschien-stervende-maar-de-stille-voorbereiding-is-nog-springlevend.

154. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3 (*Memorie van Toelichting*), p. 9-10.

bepalen de artikelen 363-365 Fw dat de voorbereiding van het faillissement plaatsvindt onder het toezicht van de rechtbank, de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris. WCO I biedt hen daarvoor middelen en geeft hen de mogelijkheid, wanneer nodig, bij te sturen. Of om ervoor te zorgen dat het voorbereidingstraject wordt beëindigd (art. 366 lid 1, onder a Fw).¹⁵⁵ De verzoeker moet bij de aanvraag voor de rechtbank aannemelijk maken dat een scenario waarin het aanstaande faillissement (er wordt op deze plaats niet gesproken van: de doorstart) in stilte wordt voorbereid voor de betrokkenen een dusdanige meerwaarde heeft in het kader van de afwikkeling van het faillissement dat dit te verkiezen is boven een regulier faillissement.¹⁵⁶ Met de doelomschrijving bepaalt de rechtbank meteen ook het mandaat aan de beoogd curator.¹⁵⁷ De beoogd curator wordt als toekomstig beheerder en vereffenaar van de failliete boedel (ex art. 68 lid 1 Fw) betrokken bij de door de schuldenaar ingezette voorbereiding van het mogelijk aanstaande faillissement. Hij treedt daarbij op als behartiger van de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Dus niet van de belangen van de schuldenaar. Daarbij houdt de beoogd curator *ook* rekening met belangen van de schuldenaar en met belangen van maatschappelijke aard, zoals continuïteit van de werkgelegenheid, kennis en productiviteit.¹⁵⁸ Er kunnen in dit traject wel degelijk ook voorbereidingshandelingen worden verricht in verband met een mogelijke doorstart na faillissement. Maar dit is en blijft niet het primaire doel van de aanwijzing. Daarnaast kan met de voorbereidingsfase ook een bijdrage worden geleverd aan de bestrijding van faillissementsfraude en aan het misbruik van faillissementsrecht. Immers de beoogd curator en de beoogd rechter-commissaris zijn al voor de faillietverklaring betrokken en kunnen in dit kader waardevolle informatie vergaren.¹⁵⁹ De beoogd rechter-commissaris wordt als toekomstig toezichthouder bij het beheer en de vereffening van de failliete boedel ex art. 64 Fw betrokken bij de voorbereiding van het faillissement. Hij kijkt kritisch mee ter compensatie van het gebrek aan transparantie voor de betrokkenen en houdt toezicht op het functioneren van de beoogd curator. Op grond van art. 365 lid 2 Fw moet de beoogd rechter-commissaris ervoor zorgen dat de beoogd curator goed opkomt voor de belangen van de betrokkenen.¹⁶⁰

De door het HvJ genoemde maatstaf geeft niet veel houvast. Het is duidelijk dat wanneer een bepaalde procedure wordt ingezet *met name* om een voortzetting

155. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3 (*Memorie van Toelichting*), p. 10.

156. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3 (*Memorie van Toelichting*), p. 10-11.

157. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3 (*Memorie van Toelichting*), p. 13.

158. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3 (*Memorie van Toelichting*), p. 17.

159. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3 (*Memorie van Toelichting*), p. 21.

160. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3 (*Memorie van Toelichting*), p. 23-24.

te realiseren het gevaar dreigt van toepasselijkheid van de artikelen 3 en 4 van de Richtlijn. Dit op grond van de uitlegging van het HvJ in de Smallsteps zaak, over de juistheid waarvan getwijfeld kan worden. Voor een faillissements-procedure geldt immers niet het vereiste dat moet worden gekeken naar doel en modaliteiten (zie de aan het begin van deze bijdrage beschreven analyse van de jurisprudentie van het HvJ). Verder blijkt hieruit dat het door art. 363 Fw genoemde doel van de aanwijzing ‘Smallsteps proof’ is. In sommige gevallen zal de voorbereiding onder andere als doel hebben te onderzoeken of ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers een verkoop van de gezamenlijke activa kan plaatsvinden. Dan is dat niet bedoeld om de continuïteit te waarborgen voor de huidige eigenaren totdat zij (in hun belang) kunnen verkopen en overdragen. Dit was wel het geval in de jurisprudentie van het HvJ bij sommige andere dan faillissementsprocedures. Maar dan om voor derden (de schuldeisers) een betere opbrengst te kunnen realiseren. Dit punt is in de Smallsteps zaak ten onrechte te weinig aan de orde gekomen. Maar dat maakt naar mijn idee juist het wezenlijke verschil. De voortzetting, voorbereid in de stille voorbereidingsfase, en geëffectueerd na faillissement is in het belang van de schuldeisers. Daaronder vallen met name de werknemers van de schuldenaar, die immers anders na ontslag (en zonder doorstart) werkloos achter worden gelaten.

De doelstelling van de aanwijzing in WCO I lijkt in veel opzichten op wat het HvJ noemt als vereiste voor de toepasselijkheid van art. 5 lid 1 van de Richtlijn. Met de invoering van WCO I wordt duidelijk dat het doel van de aanwijzing het voorbereiden van het faillissement is.

Uit de hiervoor beschreven commentaren op het Smallsteps arrest blijkt dat het merendeel van de auteurs pleit voor invoering van verzachtende bepalingen in het kader van overgang van onderneming als bedoeld in art. 5 lid 2 van de Richtlijn.

Van der Pijl ziet een oplossing in aanvaarding van toepasselijkheid van de Richtlijn (afschaffing art. 7:666 lid 1 sub a BW) met de volgende wijziging van het arbeidsrecht. Hij pleit ervoor dat moet worden bepaald dat een opzegging door de curator nietig moet zijn als na opzegging een doorstart plaatsvindt ex art. 7:662 e.v. BW. De werknemer wordt dan geacht van rechtswege in dienst te zijn gekomen van de verkrijger. Deze verkrijger is niet hoofdelijk verbonden voor de oude schulden die zijn ontstaan voor het tijdstip van de overgang (ex art. 5 lid 2 Richtlijn). Gedurende zes maanden vanaf de overgang geldt de herplaatsingsverplichting van art. 7:669 lid 1 BW. De verkrijger kan gedurende zes maanden na de overgang de arbeidsovereenkomsten opzeggen op grond van de ETO-redenen. Tenslotte zou moeten worden geregeld dat in een periode van zes maanden na de overgang een verzoek wordt gedaan aan de vakbonden tot

neerwaartse aanpassing van de arbeidsvoorwaarden en dat, als dit voorstel niet wordt aanvaard, de kantonrechter de voorwaarden geheel of gedeeltelijk moet kunnen aanpassen.¹⁶¹ In dit voorstel heeft Van der Pijl geen regeling opgenomen met betrekking tot de transitievergoeding die bij het ETO-ontslag verschuldigd blijft voor de verkrijger.

Met een groot aantal auteurs ben ik van mening dat een oplossing via invoering van verzachtende bepalingen duidelijkheid kan geven aan de koper. Immers, het regime van overgang van onderneming geldt, maar verlicht. Maar een dergelijke invoering kan naar mijn idee slechts plaatsvinden na onderzoek van de totale wettelijke context. Daarbij kan een vergelijkend onderzoek nuttig zijn van de wettelijke context in de landen die worden genoemd bij de onderbouwing van deze oplossing. In het bijzonder zal het ontslagrecht in aanmerking moeten worden genomen. Als het in die landen überhaupt gemakkelijker en goedkoper is in bepaalde situaties over te gaan tot ontslag van werknemers, dan is de invoering van een vorm van overgang van onderneming na faillissement in vergelijking met Nederland niet zo'n grote stap. Dit is in Nederland anders. Het ontslagrecht is hier nog steeds niet erg flexibel en bij ieder ontslag moet in beginsel een transitievergoeding worden betaald. Dit is sinds 1 juli 2015 zelfs het geval als sprake is van een ontslag om bedrijfseconomische redenen. Ik deel dan ook de mening van Verstijlen dat een regime ex art. 5 lid 2 sub a en c, juncto art. 5 lid 3 van de Richtlijn kan worden ingevoerd na faillissement, mits tegelijkertijd ontslag gemakkelijker wordt, en in ieder geval de verplichting tot betaling van een transitievergoeding in deze context zou vervallen.

Deze laatste voorwaarde is van essentieel belang. Ik vraag mij dan ook af of uitsluitend het invoeren van een verlicht regime ex art. 5 lid 2 van de Richtlijn met een mogelijkheid van ontslag om ETO-redenen daadwerkelijk een oplossing biedt. Het gaat dan om het geval van een doorstart na faillissement zoals in de Smallsteps zaak dat anders onder de reikwijdte van de Richtlijn zou worden gebracht. Ik denk dat de doorstart ondanks deze wijziging toch nog te duur en daardoor onmogelijk zal blijken. Het gevolg daarvan is dat de ontslagen werknemers geen kans krijgen in dienst te treden bij een doorstarter. Naar mijn mening moet dan ook naast de aanpassing van art. 7:666 BW tegelijkertijd een verdere aanpassing plaatsvinden van het arbeidsrecht. In art. 7:666 BW wordt een verlicht regime ingevoerd waarbij de doorstarter niet aansprakelijk is voor oude schulden van de vervreemder en hij nieuwe arbeidsvoorwaarden kan overeenkomen. De arbeidsrechtelijke aanpassing van art. 7:673c BW houdt dan in dat geen transitievergoeding verschuldigd is als de doorstarter na overgang

161. J. van der Pijl, 'Annotatie. Het Smallsteps-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie- ECLI:EU:C:2017:489', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2017, nr 3, p. 126-127.

van de onderneming na faillissement op grond van ETO-redenen overgaat tot ontslag van sommige van de werknemers die bij hem van rechtswege in dienst zijn getreden. Wil men op korte termijn voordat deze ingrijpende aanpassing van het arbeidsrecht is doorgevoerd (zoveel mogelijk) banen kunnen behouden na een (onvermijdelijk) faillissement, dan moet de mogelijkheid die WCO I de praktijk biedt om conform de lijn in de jurisprudentie van het HvJ te handelen met beide handen worden aangegrepen. Anders zal een doorstart de komende jaren niet (goed) mogelijk blijven.

Zoals gezegd leidde ontslag om bedrijfseconomische redenen via het UWV vóór 1 juli 2015 ook niet tot de verschuldigdheid van een ontslagvergoeding. Als van werknemerszijde bezwaar zal worden gemaakt tegen de mogelijkheid van ETO-ontslag zonder transitievergoeding is het zinvol te kijken naar de verschillende doelen van WCO I. Ik wil ook inzichtelijk maken wat de gevolgen van bepaalde keuzes kunnen zijn. Uiteindelijk moet dan de politiek, samen met de sociale partners, een keuze maken welke conflicterende belangen moeten prevaleren. Om belangenafweging inzichtelijk te krijgen kan het nuttig zijn een *impact assessment chart* te maken. In een recent artikel heeft Reumers geschreven over hoe deze charts kunnen faciliteren bij het maken van een gerichte en evenwichtige belangenafweging.¹⁶² Zij geeft aan dat het streven van de EU voor behoud van ondernemingen een middel is voor het bereiken van verschillende doelen. Daaronder vallen bijvoorbeeld het bevorderen van ondernemerschap, de maximalisatie van de recovery rates van crediteuren en het behoud van banen. De doelen zullen vaak met elkaar conflicteren. En omdat niet alle doelen tegelijkertijd via een bepaalde wettelijke regeling kunnen worden gediend, vindt per definitie een afweging van belangen plaats en een uitruil van verschillende doelen. Echter om die uitruil zorgvuldig te kunnen maken moet eerst bij iedere wet duidelijk worden gemaakt wat het primaire politieke doel is dat door die wet wordt gediend en welke andere belangen, die niet tegelijkertijd kunnen worden gediend, een rol spelen.

In het hiernavolgende wordt een analyse gemaakt van WCO I, waarna ik zal afronden met een conclusie.

Alleen al in de Kamerstukken onderscheid ik de volgende doelen die genoemd worden in het kader van WCO I:

1. Fraudebestrijding (Pijler I Programma Herijking Faillissement);

162. M.L.H. Reumers, 'The Business Rescue Craze in European Insolvency Law. You can't always have your cake and eat it too', *Ondernemingsrecht* 2017/95.

It takes Smallsteps to pre-pack

2. Versterking van het reorganiserend vermogen van bedrijven (Pijler II Programma Herijking Faillissementsrecht, de reorganisatiepijler);
3. Modernisering van de faillissementsprocedure (Pijler III Programma Herijking Faillissementsrecht);
4. Stimulering van ondernemers om tijdig hulp te zoeken bij een dreigende betalingsonmacht (Pijler II Programma Herijking Faillissementsrecht; MvT WCO I, p. 3);
5. Beperking van de uit het faillissement voortvloeiende schade (Pijler II Programma Herijking Faillissementsrecht; MvT WCO I p. 3-4);
6. Voorkoming van faillissementen¹⁶³ (Programma Herijking Faillissementsrecht; MvT WCO I p. 4; WCO II);
7. Facilitering van tijdelijke voortzetting van de onderneming tijdens faillissement (Programma Herijking Faillissementsrecht; MvT WCO I, p. 4; WCO III);
8. Behartiging van de belangen van schuldeisers door de curator (Programma Herijking Faillissementsrecht; MvT WCO I, p. 4; WCO III);
9. Vergroting van de kansen op een doorstart van de onderneming (of onderdelen daarvan) uit faillissement (Programma Herijking Faillissementsrecht; MvT WCO I, p. 4; WCO III);
10. Behoud van de werkgelegenheid (MvT WCO I, p. 4);
11. Vereffening van de failliete boedel; liquidatie van de ondernemingen, verkoop van bedrijfsonderdelen ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers (MvT WCO I, p. 4);
12. Voorbereiding van het faillissement (MvT WCO I, p. 5);
13. Beantwoording aan de behoefte van ondernemers, curatoren en rechters om het mogelijke faillissement in relatieve rust voor te bereiden (MvT WCO I, p. 6);
14. Belang van het bestuur van de vennootschap;
15. Belang van de curator (MvT WCO I, p. 5-6);
16. Scheppen van een wettelijk kader voor de reeds bestaande pre-pack-praktijk (MvT WCO I, p. 9);
17. Belang van de aandeelhouders van de vennootschap;
18. Promoten van het ondernemerschap, de economie en bevordering van het investeringsklimaat;
19. Maatschappelijk belang (MvT WCO I, p. 4);
20. Bij doorstart kan een levering van producten en diensten aan afnemers worden gecontinueerd (MvT WCO I, 4);

163. Inmiddels heeft dit onderdeel de nieuwe naam Wet homologatie onderhands akkoord gekregen.

21. Reductie van de risico's voor schade voor afnemers en reductie van de daaruit voortvloeiende claims (MvT WCO I, p. 4);
22. Dienen van financiële belangen van de faillissementsboedel (MvT WCO I, p. 4); en
23. Totstandkoming van het dwangakkoord buiten faillissement (Pijler II Programma Herijking Faillissementsrecht, WCO II)

Uit dit overzicht blijkt niet alleen de grote hoeveelheid geformuleerde doelen waaraan één enkele wet zou moeten beantwoorden, maar ook dat het doel van de pre-pack zoals de wetgever het bedoelt niet alleen – en zeker niet *met name* – is gelegen in de voorbereiding van een voortzetting van de onderneming door een doorstart. Vele andere belangrijke doelen kunnen (en zullen) worden gediend met WCO I. Dan kunnen meteen ook verschillende belangenconflicten worden geïdentificeerd. Tussen de belangen zal een afweging moeten worden gemaakt: welke van deze belangen moet(en) het zwaarst wegen? En hoe gaan wij die keuze vervolgens in de wet (WCO I) of de pre-packpraktijk verankeren? Ik kom tot het volgende overzicht:

1. De bestrijding van misbruik versus de kans van slagen van de voortzetting van de onderneming (bij doel 1);
2. Het belang van de schuldeisers versus het belang van de werknemers en het belang van de investeerders (bij doel 2);
3. Het belang van de schuldeisers versus dat van de werknemers, aandeelhouders, potentiële kopers, het belang van het bestuur en het economische/maatschappelijk belang (bij doel 3);
4. Het mogelijk belang van de schuldeisers versus het belang van de werknemers (bij doelen 4, 5 en 9)
5. Het mogelijk belang van de schuldeisers versus het belang van de werknemers en investeerders (bij doel 8)
6. Het belang van de schuldeisers en van de aandeelhouders versus het belang van de werknemers (bij doel 10);
7. Het belang van de schuldeisers staat voorop (bij doel 11, 12, 15, 22 en 23);
8. Het mogelijk strijdig belang van het bestuur met het belang van de schuldeisers, de werknemers, en/of de aandeelhouders (bij doel 14);
9. Het mogelijk strijdig belang van de aandeelhouders met het belang van de schuldeisers, de werknemers en/of het bestuur van de vennootschap (bij doel 17);
10. Het economisch en het maatschappelijk belang (bij doel 19);
11. Het economisch en het maatschappelijk belang en het belang van de investeerders en de schuldeisers en tenslotte ook het belang van de werknemers (doel 20); en

It takes Smallsteps to pre-pack

12. Het belang van de boedel, van contractuele partijen, van de investeerders en van de schuldeisers en tenslotte ook het belang van de werknemers (doel 21).

Als op grond van het Smallsteps arrest WCO I niet zou worden aangenomen en als er geen mogelijkheid zou zijn een doorstart voor te bereiden, is duidelijk dat ten voordele van de (volledige) belangen van alle werknemers¹⁶⁴ een politieke keuze moet worden gemaakt. Dit scenario zou zich voor kunnen doen bijvoorbeeld omdat een transitievergoeding bij een ETO-ontslag na een al dan niet gepre-packte doorstart na faillissement verschuldigd zal blijven. Uit het hiervoor weergegeven overzicht van belangenconflicten wordt wel duidelijk dat een politieke keuze die uitsluitend is gericht op de bescherming van de volledige belangen van alle werknemers, bijvoorbeeld door vast te houden aan de verschuldigdheid van een transitievergoeding, met zich brengt dat dan vele andere belangen niet kunnen worden gediend. Ik meen inclusief de belangen van de werknemers zelf. Dit omdat doorstarten in de meeste gevallen juist daarom geen optie meer zal zijn en zuiver ontslag voor hen dus in het verschiet ligt. Als men het met die belangenafweging eens is, is het uiteraard goed. Echter men is het daarover nu juist niet eens. Uitgaande van een nieuwe situatie, waarin sprake zou zijn van toepassing van een verlicht regime van overgang van onderneming bij een (al dan niet gepre-packte) doorstart na faillissement pleit ik voor een integrale aanpassing ook via wijziging van art. 7:673c BW.¹⁶⁵ Dogmatisch kan bij deze oplossing een kanttekening geplaatst worden. Maar het bevordert de voor de praktijk noodzakelijke rechtszekerheid en houdt een doorstart na faillissement mogelijk. Als die mogelijkheid zou worden geboden, zou een doorstarter via een ETO-ontslag (een deel van de) na faillissement overgenomen werknemers kunnen ontslaan zonder dat een transitievergoeding aan hen verschuldigd is. In de belangenafweging wordt deze aanpassing ten nadele van de werknemers na faillissement gerechtvaardigd doordat hiermee de onderneming kan worden voortgezet. En

164. Immers bij een doorstart na faillissement worden belangen van de meegenomen werknemers al behartigd. Uitsluitend de belangen van de niet meegenomen werknemers worden niet gediend bij een doorstart. De problematiek van gewijzigde arbeidsvoorwaarden laat ik hier rusten omdat iedereen het er over eens is, dat bij toepasselijkheid van de bescherming op grond van overgang van onderneming de uitzondering van art. 5 lid 2 van de Richtlijn moet worden ingevoerd onder meer inhoudende aanpassing arbeidsvoorwaarden.

165. Art. 7:673c lid 1 BW bepaalt dat geen transitievergoeding verschuldigd is als de werkgever in staat van faillissement is verklaard, aan hem surseance van betaling is verleend of op hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is. Hieraan moet dan worden toegevoegd het geval dat sprake is van een ontslag om economische, technische of organisatorische redenen na een overgang van onderneming na faillissement al dan niet voorbereid met de pre-pack methode.

daarmee kan een deel van de werkgelegenheid juist nog worden gered en zullen diverse betrokkenen (schuldeisers, waaronder afnemers, leveranciers, contractspartijen) minder schade leiden dan bij een faillissement zonder doorstart. Bedacht moet worden dat bedrijfseconomisch ontslag via het UWV tot 1 juli 2015 ook inderdaad geen recht gaf op een ontslagvergoeding. Een terugkeer naar die situatie, die lange tijd heeft bestaan, zou dus ook niet per se een trendbreuk zijn. Bij een faillissement, en ook bij een faillissement dat is voorbereid met de pre-pack methode, is meer balans nodig tussen de diverse stakeholders. Meer dan aangegeven in de uitspraak van het HvJ in de Smallsteps zaak.

5.2 *Suggesties voor aanpassingen WCO I*

De Smallsteps uitspraak laat zien dat enige heroverwegingen nuttig zijn ten aanzien van de pre-pack methode. En daarmee ten aanzien van de insteek van het wetgevingstraject van WCO I. Omdat in de praktijk onzekerheid en onduidelijkheid is ontstaan moet actie worden ondernomen. In de kern bestaat voornamelijk de vrees dat de pre-pack methode zal worden aangewend voor gevallen waarvoor deze niet is bedoeld. Dat wil zeggen bij wijze van een verkapte overgang van onderneming met het doel op een goedkope wijze de werknemers van hun arbeidsrechtelijke bescherming te beroven. En dat zou misbruik en/of fraude (kunnen) opleveren, ofwel in de hand (kunnen) werken. De vraag rijst of de pre-pack methode ook op bezwaren zou stuiten als er geen vrees voor misbruik zou zijn. Is dan alle weerstand tegen de pre-pack methode weg? En, bevat WCO I voldoende bepalingen tegen misbruik? Dat laatste is naar mijn mening het geval.

Diverse conclusies zijn hier mogelijk. Geconcludeerd zou kunnen worden dat de pre-pack methode niet thuishoort in ons rechtstelsel. Of juist wel. Oorspronkelijk is in de praktijk in ieder geval een sterke behoefte geweest aan een constructie zoals de pre-pack methode. De zuivere pre-pack methode wordt immers gehanteerd met als doel in die gevallen waarin het faillissement aanstaande is, naast het faillissement toch ook nog een doorstart van de mogelijk rendabele onderdelen te bewerkstelligen. Het voordeel daarvan is dat nog een aantal werknemers een baan kan behouden. Hier geldt dus in zekere zin: redden wat er te redden valt, en daarvoor het beste scenario te kiezen. Werknemers die anders hun baan blijvend zouden verliezen zouden toch vrij snel na faillissement voor de doorstarter weer door kunnen met hun werkzaamheden. Zij behouden op die manier hun bron van inkomsten. Zij hoeven dan geen beroep te doen op het UWV. De prijs die zij daarvoor moeten betalen is wellicht het accepteren van iets mindere arbeidsvoorwaarden. Maar het alternatief zou zijn geweest dat zij op zoek hadden moeten gaan naar een nieuwe baan. Daarnaast wordt de schade uit het faillissement beperkt. Afnemers, leveranciers en klanten kunnen hun relatie

voortzetten waardoor hun schade beperkt kan worden. Om die reden is de pre-pack praktijk ook ontstaan: het beantwoorden aan de behoefte van ondernemers, curatoren en rechters-commissarissen een mogelijk aanstaand faillissement in relatieve rust voor te bereiden om daarmee opbrengst te maximaliseren en schade te beperken.¹⁶⁶

De vraag kan worden gesteld of wij deze mogelijkheid die WCO I gaat bieden moeten laten varen wegens vrees voor misbruik of fraude. Voor de beantwoording van deze vraag wijs ik op de 23 hiervoor geïdentificeerde doelen van WCO I, van het Programma Herijking Faillissementsrecht en van WCO II en WCO III. De vraag die moet worden gesteld is op welk doel wij voornamelijk de aandacht moeten richten. Wat willen we nu precies bereiken met deze wetgeving? Duidelijk zien we dus dat, gelet op de veelheid aan doeleinden, verschillende belangen een rol spelen. Deze belangen van schuldeisers, werknemers, investeerders, aandeelhouders, (potentiële) kopers, bestuur, economische en maatschappelijke belangen, curator, boedel en contractuele partijen kunnen niet altijd tegelijkertijd worden gediend. Zoals gesteld zullen sommige belangen boven andere moeten worden gesteld. Heldere keuzes zullen nu moeten worden gemaakt!

In de gevallen waarin het faillissement het enige alternatief is zal het helaas niet mogelijk zijn om bij het redden van een onderdeel alle werknemers te behouden onder dezelfde arbeidsomstandigheden. Dat kan de vennootschap immers nu juist niet betalen. Ook een verlicht regime zal lastig worden aangezien de doorstarter na de overgang bij ontslag wegens ETO-redenen ook een transitievergoeding is verschuldigd. Eerst zal art. 7:673c lid 1 BW dus moeten worden aangepast om de deur te openen voor een verlicht regime. Als dan de keuze is dat dan maar een onvoorbereid faillissement moet volgen waarin vervolgens pas kan worden onderzocht of een doorstart (met behoud van werkgelegenheid en beperking van de schade) mogelijk is, kan de vraag gesteld worden of dat wenselijk is. Dan wordt namelijk een waardevolle methode weggegooid. Immers, de op een juiste wijze in het juiste geval gebruikte pre-pack methode is voor alle belanghebbenden – ook voor de werknemers - een ‘win-win’ situatie. Als nu de vrees voor misbruik in het huidige WCO I is weggenomen na alle aanpassingen van de eerdere versie op advies van de Raad van State bestaat er dan geen weerstand meer tegen de pre-pack methode?

Weer terug naar de kern van het insolventierecht: het uitgangspunt van de faillissementswetgeving is in geval van insolventie een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke crediteuren te realiseren. In beginsel is het streven van de curator dan ook slechts gericht op dat doel, ook al mag hij op

166. *Kamerstukken II 2014/15, 34 218, nr. 3 (Memorie van Toelichting)*, p. 6.

grond van de jurisprudentie van de HR daarbij ook rekening houden met belangen van maatschappelijke aard.¹⁶⁷

Nadat dit kader is geschetst is het nuttig wederom te formuleren wat wij nu echt willen bereiken met de pre-pack methode. Naar mijn inzicht gaat het bij de pre-pack methode om het scheppen van de mogelijkheid om in die gevallen waarin anders hoe dan ook een faillissement zou volgen, nog een deel te redden met de middelen die er wel zijn. Als dat ons doel is, zullen we moeten en kunnen accepteren dat die methode niet voor alle belanghebbenden op de meest optimale voorwaarden kan geschieden. Als de vrees voor misbruik overheerst en dat ertoe leidt dat de pre-pack methode onacceptabel is, dan moeten en kunnen wij aan de andere kant ook accepteren dat de pre-pack als mogelijk alternatief wegvalt. Ik meen dat keuzes gebaseerd op angst meestal de minste kansen bieden.

Hoe dan nu verder? Welke oplossingen kunnen we nu concreet aanreiken? Het streven is te komen tot een wettelijk systeem waarin de pre-pack wordt gebruikt waarvoor deze is bedoeld en de kans op misbruik zoveel mogelijk wordt uitgesloten.

Ik doe de volgende suggesties

1. *Focus: voorstel voor herformulering doel WCO I*

Herformuleren in het lopende wetgevingstraject bij de EK welk doel de pre-pack methode heeft, namelijk om in die gevallen waarin het faillissement aanstaande is, over te kunnen gaan tot een zorgvuldige voorbereiding van het faillissement. Daarin moet het ook mogelijk zijn nog een doorstart van de mogelijk rendabele onderdelen te bewerkstelligen. Het moet geheel duidelijk zijn dat dat het doel is dat wordt nagestreefd. Vervolgens moet de rechtbank bij de aanwijzing exact aangeven welke doelen uit WCO I worden beoogd bij de betreffende aanwijzing.

2. *Heldere verslaglegging: voorstel voor een model aanvraag aanwijzing beoogd curator*

Om de vrees voor misbruik weg te nemen zouden (nog) hogere eisen gesteld moeten worden aan de aanvraag voor de aanwijzing van een beoogd curator. Uit de aanvraag zal moeten blijken dat het faillissement op niet al te lange termijn onafwendbaar is. De aanvraag moet alle voor de beoordeling relevante informatie bevatten. De praktijk zal moeten kunnen beschikken over een modelaanvraag die hetzij in het kader van

167. HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643 (*Sigmacom II*); HR 19 april 1995, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047 (*Maclou en Provoust*).

It takes Smallsteps to pre-pack

het wetgevingstraject van WCO I, hetzij door RECOFA/INSOLAD moet worden vastgesteld. Dat laatste ligt meer in de lijn van de opzet van WCO I als kaderregeling en gelet op de stand van het wetgevingsproces.

3. *Meetbaarheid: voorstel voor meetbaarheid van de kans op faillissement: uitgangspunt meer dan 50%*

Hoe meet je of een faillissement al dan niet onafwendbaar is? Een mogelijke methode is om een uitgangspunt te kiezen als referentiekader. Bijvoorbeeld: het moet uit de aan de rechtbank bij de aanvraag ter beschikking gestelde financiële stukken duidelijk blijken dat er meer dan 50% kans bestaat op faillissement. Immers, in die gevallen is de kans objectief het grootst dat de pre-pack methode wordt aangewend voor het doel waarvoor deze is bedoeld. Bij een kans minder dan 50% op faillissement is de mogelijkheid juist het grootst dat sprake kan zijn van een vorm van misbruik van de pre-pack methode.

4. *Heldere verslaglegging: voorstel voor een model verslag stille voorbereidingsfase*

Er zouden ook hogere eisen gesteld kunnen worden aan de openbare verslaglegging over de stille voorbereidingsfase en aan de motivering van de aanwijzing van de beoogd curator. De praktijk zal moeten kunnen beschikken over een modelverslag dat hetzij in het kader van het wetgevingstraject van WCO I door de minister, hetzij door RECOFA/INSOLAD moet worden vastgesteld. Dat laatste ligt zoals gezegd meer in de lijn van de opzet van WCO I als kaderregeling en gelet op de stand van het wetgevingsproces. Op basis van dat verslag moet het voor de stakeholders duidelijk worden wat de rechtvaardiging was een beoogd curator aan te wijzen en op welke wijze gewerkt is aan de uitvoering van de doelstelling van de pre-pack.

5. *Externe partij(en): voorstel voor een check dat externe partijen voor de doorstart zijn benaderd*

Om de vrees voor misbruik weg te nemen, moet duidelijk blijken bij de aanvraag dat (minimaal) één externe partij in de marktverkenningfase is benaderd voor een onderzoek naar een doorstart na faillissement.

5.3 *Beantwoording kamervragen*

De minister heeft bij brief van 28 september 2017 de vragen van de EK commissie voor Veiligheid & Justitie van 7 juni 2017 beantwoord. Over de zaak Smallsteps geeft de minister aan dat het nu aan de rechtbank is om in het concrete geval van Smallsteps te oordelen. Bij de beantwoording beperkt de

minister zich tot de gevolgen die het arrest heeft voor de praktijk in algemene zin en WCO I.

De uitspraak van het HvJ gaat over de arbeidsrechtelijke positie van werknemers bij een doorstart in faillissement waarin de pre-packpraktijk is toegepast (lees: de huidige pre-pack). De minister stelt dat de uitspraak niet in de weg staat aan WCO I, omdat WCO I een algemene regeling geeft voor de voorfase van het faillissement. Het biedt daarvoor een wettelijk kader en ziet niet op arbeidsrechtelijke bescherming. De regel van art. 7:666 BW, waarvan de reikwijdte door het HvJ in de Smallsteps uitspraak nader is verduidelijkt, blijft van toepassing en wordt met WCO I niet gewijzigd. WCO I biedt volgens de minister ook na de uitspraak nog meerwaarde voor de praktijk. Dat geldt ook voor andere gevallen dan de gevallen waarbij de pre-pack leidt tot een doorstart. In die gevallen kan met de aanwijzing een plotseling waardeverlies door faillissement worden beperkt doordat de nadelige gevolgen van een faillissement tevoren kunnen worden beoordeeld. Zo nodig kunnen maatregelen worden getroffen om deze te beperken of te voorkomen.¹⁶⁸ De minister wijst er voorts op dat ook in de situatie van een voorbereide doorstart WCO I meerwaarde biedt doordat zij een wettelijk kader introduceert met de benoeming van een beoogd curator en toezicht door de beoogd rechter-commissaris op de beoogd curator. Bovendien kan de rechter bij de opening voorwaarden stellen om de belangen van de verschillende partijen te waarborgen, zoals de betrokkenheid van de OR en werknemers. Of in voorkomende gevallen een beroep kan worden gedaan op art. 7:666 lid 1 sub a BW zal de (beoogd) curator en uiteindelijk de rechter volgens de minister aan de hand van de uitspraak van het HvJ moeten beoordelen. De minister stelt dat niet het bestuur van de onderneming leidend is tijdens de stille voorbereidingsfase maar “de curator”. Hier bedoelt de minister de beoogd curator. Dit lijkt mij wel een (behoorlijke) wijziging ten opzichte van eerdere parlementaire stukken, waarin het bestuur meer als nog leidend werd beschouwd. Het is wel in lijn met de praktijk. Zodra er een beoogd curator is aangewezen heeft deze de facto wel meer macht dan waar de minister eerder in de parlementaire stukken van uit ging. Deze verduidelijking is wenselijk en maakt de toezichtcomponent sterker. De beoogd curator lijkt dus toch meer op de curator dan eerst werd aangenomen. Hiermee wordt nog duidelijker voldaan aan het Smallsteps arrest. Aanpassing van WCO I op dit punt is dan ook niet (meer) nodig. Of in voorkomende gevallen een beroep kan worden gedaan op art. 7:666 BW lid 1 sub a zullen volgens de minister de (beoogd) curator en uiteindelijk de rechter aan de hand van

168. De minister wijst op het treffen van voorzieningen om bederfelijke goederen op te slaan of maatregelen bij zorginstellingen om onnodige onrust te voorkomen na faillissement zonder dat een doorstart is beoogd.

Smallsteps moeten beoordelen. Ik begrijp deze passage als volgt: de aanwijzing van de beoogd curator moet niet *met name* bedoeld zijn voor de doorstart. Naar mijn idee zal de rechtbank daarmee rekening moeten houden bij de aanwijzing en het mandaat van de beoogd curator zodanig moeten formuleren dat het doel zo helder wordt omschreven dat geen twijfel bestaat over wat het doel *met name* is. Dit zal wel kunnen zijn bijvoorbeeld “de voorbereiding van een naderend faillissement” en “de beperking van schade van de bij het faillissement betrokkenen.”

De minister stelt dat art. 7:666 BW niet hoeft te worden aangepast. De rechter heeft de mogelijkheid om de bepaling overeenkomstig de richtlijn en de uitspraak te interpreteren.¹⁶⁹ Hiervoor is geen wetswijziging nodig. De wettekst voldoet volgens de minister aan de Richtlijn. Ten aanzien van eerdere pre-packsituaties zal, als er schadeclaims worden ingediend, per geval bekeken moeten worden of deze zijn afgehandeld in overeenstemming met de uitleg van het HvJ. Dat hangt af van de omstandigheden van het geval. Eventueel kunnen in bepaalde gevallen de werknemers de doorstarter in rechte aanspreken. Of en in welke mate hun vordering kans van slagen heeft is van geval tot geval verschillend en ter beoordeling aan de rechter.

De minister voert overleg met de praktijk. Hij geeft daarbij aan dat er bij partijen een wens is om tot aanpassing te komen van de rechtspositie van de werknemer in faillissement, al zijn de meningen verdeeld over de wijze waarop dit moet gebeuren. Dit wordt meegenomen bij WCO III en door het (volgende) kabinet verder opgepakt. De minister concludeert dus dat WCO I niet hoeft te worden aangepast. Maar als WCO I wordt toegepast met het oog op (dat is dus de Nederlandse vertaling van de “met name” uit het arrest) een doorstart dan zal conform de uitspraak van het HvJ rekening moeten worden gehouden met de toepasselijkheid van de regels van overgang van onderneming. Bij brief van 27 oktober 2017 heeft de Eerste Kamer aan de minister gevraagd te antwoorden op brieven van FNV/CNV van 19 oktober 2017 en van de NOvA van 20 oktober 2017.¹⁷⁰

VI. Conclusie

De pre-pack methode als zorgvuldige voorbereiding van een faillissement lijkt tot het Smallsteps arrest te voldoen aan het bepaalde in art. 5 lid 1 van de Richtlijn en aan de in de jurisprudentie van het HvJ geformuleerde voorwaarden voor uitsluiting van toepassing van de Richtlijn.

169. Zie als eerste voorbeeld: Rb. Noord Holland 12 oktober 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:8423 (*Bogra*).

170. Ten tijde van de afronding van deze bijdrage had de minister deze brief nog niet beantwoord.

Het oordeel van het HvJ in de Smallsteps zaak dat pre-pack en faillissement als één procedure moeten worden beschouwd, maakt het lastiger voor een doorstarter in de huidige (nog niet wettelijk gereguleerde) pre-packpraktijk te voldoen aan het bepaalde in art. 5 lid 1 van de Richtlijn. Na Smallsteps is niet te verwachten dat er nog veel gebruik zal worden gemaakt van de pre-pack. Echter, ik meen dat het arrest geen uitstralingseffect heeft naar de gewone doorstartpraktijk. Immers de uitspraak is zuiver casuïstisch en ziet niet op een (gewone) doorstart na faillissement of surseance. Na zorgvuldige analyse van de Smallsteps uitspraak lijkt mij ook dat deze op onjuiste feiten is gebaseerd.¹⁷¹ Daarom is het van groot belang om het juiste zicht te blijven houden op rechtspraak en wetgeving. Pas dan kan de pre-pack in Nederland een gezonde toekomst hebben. De toepassing van het Smallsteps arrest door de Nederlandse rechter in de Bogra zaak geeft aan dat de rechter hiermee uit de voeten kan. Uit de parlementaire geschiedenis van WCO I blijkt dat dit wetsvoorstel vele doelstellingen heeft, en de belangrijkste doelstelling is de voorbereiding van het faillissement. Na invoering van WCO I kan een doorstarter zich op grond hiervan beroepen op art. 5 lid 1 van de Richtlijn na een via de pre-pack methode voorbereid faillissement. Een andere uitkomst schaadt vele belangen ernstig. Wij moeten de keuze maken die de meest positieve uitkomst voor alle betrokkenen tot gevolg heeft. Onder de betrokken partijen vallen zeker ook de werknemers. En het zijn juist de werknemers die niet gebaat zijn bij het onmogelijk worden van een doorstart na een (onvermijdelijk) faillissement. De suggestie voor invoering van een verlicht regime op grond van art. 5 lid 2 van de Richtlijn kan slechts een oplossing bieden als tegelijkertijd art. 7:673c lid 1 BW wordt aangepast in die zin dat geen transitievergoeding verschuldigd zal zijn bij ontslag om ETO-redenen na overgang van onderneming na faillissement. Hiermee wordt snel alle onduidelijkheid weggenomen. Wij hoeven dan ook geen nieuwe proefprocedures af te wachten. Deze optie zou kunnen gelden voor die gevallen waarin de aanwijzing van de beoogd curator met name het onderzoek van een doorstart als doel heeft.

Naar mijn inzicht is de rechtszekerheid van alle bij het faillissement en de doorstart betrokken partijen niet gebaat bij de verwachte (uitkomsten van de) Smallsteps uitspraak: de in de literatuur gesignaleerde effecten van het Smallsteps arrest leiden tot een onontwarbare kluwen van conflicten, effecten met terugwerkende kracht, uitlegging contra legem en onwerkbare en onop-

171. In de Smallsteps zaak wordt immers een oordeel gegeven over een procedure die volgens vaste jurisprudentie valt onder de categorie "soortgelijke procedure" die teveel verschilt van de faillissementsprocedure om een uitzondering onder de Richtlijn te rechtvaardigen. Echter, een dergelijke procedure deed zich in de Smallsteps zaak juist niet voor omdat sprake was van faillissement.

It takes Smallsteps to pre-pack

losbare problemen met de werknemers die op grond van art. 40 Fw rechtsgeldig door de curator waren ontslagen en tegen dit ontslag geen verzet hebben ingesteld. De gevolgen hiervan zijn voor de doorstarter wellicht desastreus met als gevolg dat ook de wel overgenomen werknemers (wederom) werkloos worden. Wanneer WCO I om redenen van het Smallsteps arrest niet zou worden aangenomen door de Eerste Kamer, heeft dat als nadelig gevolg dat er - door dit ene arrest - zeer waarschijnlijk minder (tot geen) pre-packs meer in Nederland zullen zijn. In de praktijk zullen er namelijk weinig schuldenaren zijn die nog een verzoek zullen doen om aanwijzing van een beoogd curator met het oog op een zorgvuldige voorbereiding van hun faillissement en doorstart. Daarmee is de kans ook kleiner geworden op behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid na faillissement. Die kans is juist groter als met behulp van een pre-pack een doorstart plaatsvindt. Er zou voor ondernemingen in moeilijkheden niets anders resteren dan onvoorbereid hun faillissement aan te vragen en te hopen dat er toch een doorstart kan plaatsvinden. De kansen daarop worden er zeker niet groter op: een te snelle voorbereiding en de hectiek in sommige branches zal zorgen dat de mogelijkheden voor een doorstart met het uur kleiner worden of dat de prijs aanzienlijk lager zal worden. En dat was nu juist de reden dat de pre-pack in de praktijk is ontwikkeld.

De vraag is of de doorstarts die in de Nederlandse pre-packs zijn gerealiseerd wel zouden hebben kunnen plaatsvinden als de doorstarter alle personeelsleden van de failliete onderneming tegen gelijkwaardige arbeidsvoorwaarden na de doorstart in dienst zou moeten nemen. Dat lijkt mij zeker niet het geval. Dit betekent dan ook dat de overwinning van de vakbond bij het HvJ in de Smallsteps zaak wel eens een pyrrusoverwinning kan blijken te zijn als de EK niet over gaat tot aanvaarding van WCO I. In dat geval zal de pre-packpraktijk vermoedelijk eindigen en zal daarmee de kans op een zorgvuldig voorbereide doorstart met behoud van werkgelegenheid in een groot aantal faillissementen wellicht niet meer mogelijk zijn. Dat zou voor de betrokken werknemers juist een grote teleurstelling zijn en grote gevolgen voor hen hebben. Op het moment van schrijven van deze bijdrage is de behandeling in de EK nog niet afgerond.

Ik hoop dat WCO I spoedig wordt aangenomen door de EK en in werking kan treden waarbij de betrokken ministers dienovereenkomstige en spoedige aandacht zullen moeten gaan besteden aan bijpassende arbeidsrechtelijke regelgeving. Het is dan vervolgens aan de praktijk de mogelijkheden die WCO I biedt optimaal te benutten. WCO I is dan tenslotte met Smallsteps een (grote) stap dichterbij gekomen.

Wet melding collectief ontslag en curator

MR. L.C.J. SPRENGERS¹

1. Inleiding

In deze bundel over de curator en het personeel wordt op uiteenlopende aspecten op het terrein van het (collectief) arbeidsrecht ingegaan. In dit hoofdstuk zal ik stilstaan bij de overleg- en informatieverplichtingen die voortvloeien uit de Wet melding collectief ontslag (WMCO). Allereerst zal ik ingaan op de hoofdlijnen en doelstellingen van de WMCO (par. 2) om vervolgens in het bijzonder stil te staan bij de regeling bij faillissement (par. 3). Hiermee is het kader geschetst waarna ik in zal gaan op een aantal specifieke aspecten, te weten: het moment van raadpleging in relatie tot de opzegging (par. 4); het onderwerp van overleg (par. 5) en de sancties bij het niet nakomen van de WMCO. Tot slot zal ik ingaan op de verschillen tussen theorie en praktijk (par. 7) en op de vraag hoe nu verder (par. 8).

2. Hoofdlijnen en doelstellingen WMCO

De WMCO dateert van 1976 en is gebaseerd op een Europese richtlijn inzake collectief ontslag.² Doelstelling is dat bij collectieve ontslagen, in geval van beëindiging van arbeidsovereenkomsten met tenminste 20 werknemers binnen een tijdsbestek van drie maanden, hiervan tijdig melding wordt gedaan aan de betrokken vakbonden. De werkgever moet daarbij informatie verschaffen over het aantal werknemers, het moment van beëindiging van de arbeidsovereenkomsten, de criteria die gehanteerd worden bij de selectie van de voor een ontslag in aanmerking komende werknemers, de wijze van berekening van eventuele afvloeiingsuitkeringen en de wijze waarop hij voornemens is de overeenkomsten met zijn werknemers te beëindigen (art. 4 lid 2 WMCO). De werkgever dient een voorgenomen collectief ontslag te melden aan het UWV met een afschrift daarvan aan de belanghebbenden vereniging van werknemers

1. Loe Sprengers is advocaat bij Sprengers Advocaten te Utrecht en verbonden aan de sectie arbeidsrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam.
2. Richtlijn 75/129, later gewijzigd: bij richtlijn 92/65 en richtlijn 98/59. Zie hierover J. Heinsius, *Collectief Ontslag. Enkele voorstellen betreffende een betere regelgeving*, (diss. Universiteit Leiden), Leiden 2004; J. Heinsius De wet melding collectief ontslag, in, L.G. Verburg en R.M. Beltzer (Red), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer 2015 p. 75 e.v.

(artikel 4 lid 3). De raadpleging van vakorganisaties dient tenminste betrekking te hebben op de mogelijkheden om collectieve ontslagen te voorkomen of in aantal te verminderen alsook op de mogelijkheid om de gevolgen ervan te verzachten, door het nemen van sociale begeleidingsmaatregelen die kunnen bijdragen aan de herplaatsing of omscholing van werknemers (art. 3 lid 2 WMCO).

Kort samengevat dient er overleg met de vakorganisaties gevoerd te worden over de vraag wat de beweegredenen zijn die aan het voorgenomen collectief ontslag ten grondslag liggen, of er alternatieven zijn en de te treffen maatregelen, vaak vervat in een sociaal plan, op een moment dat er nog sprake is van een voornemen en niet van een definitief besluit.

De WMCO is sinds 1976 een aantal maal inhoudelijk gewijzigd. In de loop van de tijd is de bepaling van het aantal van 20 dienstbetrekkingen als ondergrens voor het van toepassing zijn van de verplichtingen uit de WMCO anders omschreven in de wet. In de oorspronkelijke wettekst was sprake van het “doen eindigen” van de dienstbetrekkingen met tenminste 20 werknemers. Dit sloot aan bij het stelsel van de preventieve ontslagtoets zoals vastgelegd in het (toenmalige) BBA, dat een werkgever verplichtte om alvorens de arbeidsovereenkomst op te kunnen zeggen toestemming te vragen bij het CWI, later UWV. Omdat het ontslagrecht ook nog een andere beëindigingsroute kende, namelijk de ontbinding van de arbeidsovereenkomst door de kantonrechter, kwam de vraag aan de orde wanneer een werkgever niet kiest voor de UWV-route maar voor meer dan 20 werknemers ontbinding bij de kantonrechter aanvraagt of de verplichtingen uit de WMCO van toepassing zouden zijn. Dit heeft geleid tot aanpassing van de wetgeving waarbij was bepaald dat ook ontbindingsverzoeken meegeteld dienden te worden voor het aantal van 20, mits de reden voor de ontbinding geen betrekking hadden op de persoon van de werknemer, en het aantal ingediende verzoeken gelijk was aan 5 of hoger. De belangrijkste wijziging op dit punt is echter ingevoerd in de WMCO in 2012. Achtergrond daarvan was een wijziging van de werkloosheidswet in 2006 gericht op het terugdringen van de pro forma ontslagprocedures. Omdat een vereiste voor het verkrijgen van WW was dat er verweer werd gevoerd tegen een ontslagaanvraag door de werkgever, was een praktijk ontstaan waarbij in gevallen waar geen inhoudelijke argumenten voor verweer waren toch een formeel verweer werd gevoerd om de aanspraak op een werkloosheidsuitkering voor de werknemer veilig te stellen. Aanpassing van de WW leidde ertoe dat voldoende is dat het initiatief tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de werkgever afkomstig is. Daarna ontstond een enorme toename van beëindigingsovereenkomsten in de ontslagpraktijk. Partijen traden met elkaar in overleg over de condities van de door de werkgever gewenste beëindiging

van de arbeidsovereenkomst. Dit riep de vraag op of dergelijke beëindigingsovereenkomsten zich kwalificeerden als een 'doen eindigen' van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. Indien deze niet meegeteld zouden moeten worden waar de praktijk geruime tijd vanuit is gegaan, zou er in veel mindere gevallen sprake zijn van het van toepassing zijn van de WMCO verplichtingen. In art. 3 WMCO is het begrip "doen eindigen" in 2012 vervangen door 'beëindigen' omdat 'doen eindigen' te zeer refereerde aan de opzegging.³ Ook is het begrip dienstbetrekkingen vervangen door arbeidsovereenkomsten wat beter aansluit bij titel 7:10 BW. Doel van deze wijziging was niet om de reikwijdte van de WMCO te veranderen maar wel om duidelijk te maken dat de gekozen route (UWV, ontbinding of beëindigingsovereenkomst) geen verschil maakt voor de ondergrens van 20 werknemers.

Tevens is in 2012 in art.7 een sanctie opgenomen ingeval de WMCO niet werd nageleefd. Aan de individuele werknemer werd de mogelijkheid toegekend om gedurende zes maanden na de opzegging van de arbeidsovereenkomst of het aangaan van de beëindigingsovereenkomst een beroep te doen op de vernietigingsgrond die was toegevoegd in art.7 lid 1 WMCO. De opzegging door de werknemer alsook de beëindigingsovereenkomst afgesloten op initiatief van de werkgever waren vernietigbaar, indien de werkgever niet aan de verplichting tot melding had voldaan, de werkgever de vakorganisaties niet had geraadpleegd of dat de termijn van een maand tussen melding en beëindiging niet in acht was genomen. Hiermee werd voor het eerst in de WMCO ook een sanctie opgenomen die tot gevolg kon hebben dat de opzegging achteraf vernietigd kon worden. Sancties op het niet naleven van de WMCO hadden tot dan toe alleen betrekking op het vooraf, voordat er sprake was van een beëindiging, langer kunnen duren van de ontslagprocedures of het niet verlenen van toestemming.

Met invoering van de WWZ per 1 juli 2015 heeft de WMCO nog enkele wijzigingen ondergaan. Wijzigingen die betrekking hadden op het verruimen van het bereik van de WMCO doordat met het vervallen van het BBA een aantal tot dan toe uitgezonderde arbeidsrelaties onder het bereik van de WMCO werden gebracht, zoals bijvoorbeeld het onderwijzend personeel (art. 2 WMCO). Art. 7 met betrekking tot de vernietiging van de opzegging heeft een wijziging ondergaan in lijn met een van de uitgangspunten van de WWZ die over de hele linie is doorgevoerd, namelijk dat de opzegging of de beëindigingsovereenkomst door de kantonrechter kan worden vernietigd. Dit

3. *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 718, nr. 3, artikelsgewijze toelichting bij artikel I, Onderdeel A en C onder 3.

betekent dat de buitengerechtelijke vernietiging door de werknemer niet meer tot de mogelijkheden behoort. Tevens is een vervaltermijn van twee maanden opgenomen waarbinnen de kantonrechter gevraagd moet worden om de opzegging/beëindigingsovereenkomst te vernietigen. Ook wordt de werknemer de mogelijkheid geboden om in plaats van vernietiging de kantonrechter te verzoeken om ten laste van de werkgever een billijke vergoeding toe te kennen.⁴

3. WMCO en faillissement

Het is niet zo dat met het uitspreken van het faillissement door de rechtbank er een einde komt aan de door de rechtspersoon of natuurlijke persoon in stand gehouden onderneming, laat staan een einde komt aan de arbeidsovereenkomsten die met de werknemers zijn afgesloten. De curator heeft de bevoegdheid om de arbeidsovereenkomsten op te zeggen, waarbij de Faillissementswet voorziet in een aantal bijzondere regels. In artikel 40 Fw is een bijzondere regeling opgenomen met betrekking tot de opzegging van de arbeidsovereenkomst bij faillissement. De curator kan de arbeidsovereenkomst opzeggen met inachtneming van de overeengekomen of wettelijke opzegtermijnen, maar de opzegtermijn zal in elk geval maximaal zes weken zijn. In artikel 68 lid 2 Fw is bepaald dat de curator een machtiging van de rechter-commissaris behoeft voordat hij van deze bevoegdheid gebruik maakt.⁵

Er vindt derhalve separate besluitvorming plaats door de curator over het opzeggen van arbeidsovereenkomsten, waardoor ook de vraag aan de orde komt of deze daarbij de verplichting van de WMCO in acht dient te nemen. In het Landsbanki-arrest is het Europees Hof van Justitie op deze vraag ingegaan.⁶ In de oorspronkelijke richtlijn 75/129 was in artikel 1 lid 2 sub d bepaald dat deze niet van toepassing was op werknemers die worden getroffen door de beëindiging van de werkzaamheden van de plaatselijke eenheid ten gevolge van een rechterlijke beslissing. Bij de wijziging van de richtlijn 92/56 is dit artikel ingetrokken. Daarbij werd aangegeven dat het bepaalde in de richtlijn in beginsel ook van toepassing is op collectieve ontslagen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de plaatselijke eenheid ten gevolge van een rechterlijke beslissing. Het Europees Hof heeft sindsdien geoordeeld dat de

4. *Kamerstukken II* 2013-2014, 33818 nr. 3, p.123.

5. Zie uitgebreider over verschillende aspecten die bij opzegging spelen, P.R.W. Schaik, *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht*, Deventer 2017, par. 3.1 en 3.2.

6. HvJ EU 3 maart 2011, C-235/10 t/m C-239/10, *JAR* 2011/93; *NJ* 2011/301. Zie ook L.A. van Amsterdam, 'Toepassing van de richtlijn collectief ontslag en de Wet melding collectief ontslag in faillissementssituaties', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2011-6, p. 235-239.

Wet melding collectief ontslag en curator

werkgever ook bij collectieve ontslagen die voortvloeien uit een rechterlijke beslissing de werknemers dient te informeren en te raadplegen.⁷ Tegelijkertijd met de verruiming van de werkingssfeer bij de wijziging van de richtlijn 92/56 zijn ook twee nieuwe bepalingen toegevoegd (art. 3 lid 1, tweede alinea en art. lid 4), die de lidstaten de mogelijkheid geven om bij een collectief ontslag voortvloeiend uit een rechterlijke beslissing de werkgever niet meer de verplichting op te leggen de bevoegde overheidsinstantie te informeren, maar dit om te zetten in een verplichting om de bevoegde overheidsinstantie te informeren als deze er naar vraagt. Van deze mogelijkheid is in de Nederlandse wetgeving ook gebruik gemaakt. In de WMCO zijn de navolgende bepalingen aan te treffen die relevant zijn bij faillissement:

- In artikel 3 WMCO lid 1 is bepaald dat er een melding dient plaats te vinden aan de belanghebbende vakorganisaties gericht op een tijdige raadpleging in het geval van collectief ontslag. Gelijktijdig moet dit schriftelijk gemeld worden aan het UWV, maar in geval van faillissement alleen op verzoek van het UWV;
- In artikel 4 lid 6 WMCO staat dat lid 3 t/m 5 van dit artikel niet van toepassing is in geval van faillissement of bij schuldsaneringsregeling van de natuurlijke personen. In artikel 4 lid 1 en 2 staat vermeld welke informatie verschaft moet worden aan vakorganisaties ten behoeve van de raadpleging, dat geldt dus onverkort bij faillissement. In geval van faillissement hoeft deze informatie niet ook aan het UWV te worden verschaft, hoeft niet aan het UWV te worden gemeld of er sprake is van een ondernemingsraad en zo ja hoe het met de raadpleging van de ondernemingsraad staat. Evenmin hoeft het UWV op de hoogte te worden gehouden van de raadpleging van vakorganisaties en ondernemingsraad.
- In artikel 5a lid 2 WMCO is bepaald dat bij faillissement, of bij een schuldsaneringsregeling van natuurlijke personen, de verplichting van artikel 5a lid 1 niet geldt. Dat houdt in dat er geen periode van een maand wachttijd in acht behoeft te worden genomen voordat van een beëindiging van een arbeidsovereenkomst sprake kan zijn.

In de WMCO is derhalve geregeld dat de raadplegingsverplichting en de informatieverplichting jegens de vakorganisaties ook bij faillissement intact blijft, maar dat de verplichtingen richting UWV niet dan wel in beperkte mate van toepassing zijn. Dit is in lijn met het Landsbanki-arrest van het Europees Hof van Justitie waar in een Luxemburgse casus het hof oordeelde dat de toepasselijke bepalingen van de richtlijn zo moeten worden uitgelegd dat zij

7. HvJ EU 7 september 2006, C-187/05 tot C-190/05, Areios Pagos e.a.-Griekenland.

van toepassing zijn op de beëindiging van de werkzaamheden van een werkgever-onderneming naar aanleiding van een rechterlijke beslissing waarbij ontbinding en liquidatie ervan worden gelast wegens insolventie, zelfs indien het nationale recht bij een dergelijke beëindiging voorziet in de beëindiging met onmiddellijke ingang van de arbeidsovereenkomsten van de werknemers. Voorts oordeelde het Hof dat tot en met het definitieve uitdoven van de rechtspersoonlijkheid van een eenheid waarvan de ontbinding en de liquidatie worden gelast, de uit artikel 2 en 3 van de richtlijn 98/59 voortvloeiende verplichtingen moeten worden nageleefd. De ingevolge deze artikelen op de werkgever rustende verplichtingen moeten worden nageleefd door de directie van de betrokken eenheid indien deze aanblijft, zelfs met beperkte beheersbevoegdheden, of door de liquidateur, indien hij het beheer ervan volledig heeft overgenomen, zo oordeelde het Hof.

Op basis van hetgeen is geregeld in de Nederlandse wetgeving zijn bij surseance van betaling de volledige verplichtingen van de WMCO van toepassing, inclusief de verplichtingen jegens het UWV. Bij faillissement zijn alleen de verplichtingen met betrekking tot raadpleging en informatie aan de vakorganisaties integraal van toepassing, het UWV behoeft door de curator niet geïnformeerd te worden, tenzij het UWV daar expliciet om vraagt.

Hiermee is het wettelijk kader geschetst met betrekking tot de raadpleging van vakorganisaties bij faillissement en surseance. Hierna zal ik ingaan op de wijze waarop in praktijk en rechtspraak met verschillende deelstappen wordt omgegaan.

4. Het moment van raadpleging in relatie tot de opzegging

Zoals uit par. 3 blijkt is bij faillissement de WMCO gedeeltelijk van toepassing, namelijk met betrekking tot de raadpleging en informatieverplichting naar de vakorganisaties toe. De curator is gehouden deze verplichtingen na te komen. In artikel 3 lid 1 is sprake van een “tijdige raadpleging” van de vakorganisaties. De WMCO beoogt dat de vakbonden nog invloed op de definitieve besluitvorming kunnen uitoefenen.⁸ Dat aan deze tijdigheid een zwaar gewicht moet worden toegekend wordt ook duidelijk uit een arrest van het Europese Hof over de tijdige raadpleging bij collectief ontslag binnen een concern.⁹ Bij het bepalen van een voornemen tot collectief ontslag binnen concernverband is voor de

8. J.M. van Slooten, *T&C Arbeidsrecht*, art. 3 WMCO, aant. 2.

9. HvJ EG 10 september 2009, ECLI:EU:C:2009:241; *JAR* 2009/252. Zie hierover: J. Heinsius, Een vergaand arrest voor de besluitvorming en medezeggenschap bij collectieve ontslagen in concerns? *TRA* 2010/14; L.G. Verburg, Het moment van raadplegen van werknemers-vertegenwoordigers op grond van de richtlijn collectief ontslag, *ARA* 2010-1, p. 65-80 en de discussie hierover tussen hem en Heinsius in *ARA* 2010-2, p. 88-100.

bepaling van het tijdstip van de melding met name van belang het moment waarop dit besluit op moderniveau wordt genomen en niet het moment waarop de dochteronderneming op de hoogte is of wordt gesteld van de besluiten die op moderniveau worden genomen. Indien het zwaartepunt van de besluitvorming op moderniveau ligt, dient zij te borgen dat een tijdige raadpleging van de werknemersvertegenwoordigers kan plaatsvinden op het dochterniveau. Hieruit wordt duidelijk dat de vraag of de melding tijdig is in de rechtspraak niet op een formele wijze wordt uitgelegd. Getoetst wordt of het tijdstip van raadpleging ook materieel bijdraagt aan de doelstelling van de raadpleging, namelijk dat deze nog van invloed moet kunnen op de besluitvorming zowel wat betreft de omvang van het collectieve ontslag als wat betreft de te treffen maatregelen om de gevolgen op te vangen.

In doorstartsituaties kan het zijn dat aan het faillissement een surséance is voorafgegaan dan wel een vorm van pre-pack. De verplichtingen met betrekking tot een tijdige raadpleging ontstaan op moment dat er sprake is van een voornemen tot collectief ontslag. In dat kader is het arrest van het Hof van Justitie inzake FNV/Smallsteps interessant.¹⁰ In dat arrest betrof het de uitleg van de richtlijn overgang van onderneming waarbij in de Nederlandse wetgeving is bepaald dat de werknemers beschermende bepalingen met betrekking tot overgang van onderneming niet van toepassing zijn in geval van faillissement. In zoverre is dat anders dan bij de WMCO waarbij ook in geval van faillissement de raadplegingsverplichting jegens vakbonden van toepassing is, maar niet meer de verplichtingen in volle omvang jegens het UWV. Het Hof oordeelde in Smallsteps dat wanneer een procedure gericht is op voortzetting van de activiteiten waarbij bedoeld is om het operationele karakter van de onderneming of levensvatbare onderdelen daarvan veilig te stellen de bepalingen over overgang van onderneming van toepassing blijven. Wanneer een faillietverklaring plaatsvindt in de context van een voor de faillietverklaring voorbereide en onmiddellijk daarna uitgevoerde pre-pack zijn de bepalingen met betrekking tot de overgang van onderneming van toepassing en is niet relevant dat de pre-pack tevens de maximalisatie van de opbrengst van de overdracht van alle schuldeisers van die onderneming beoogt, aldus het Hof.

In lijn met dit arrest valt de conclusie te trekken dat een raadpleging van de vakorganisaties op moment dat de (beoogd) curator terstond na benoeming door de rechtbank na uitspreken van het faillissement overgaat tot afwikkeling van de doorstartplannen, te laat is indien pas in die fase een raadpleging van de vakorganisatie in het kader van de WMCO zou plaatsvinden. Bij een pre-pack

10. HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:217:489, zie hierover de bijdrage van Van Zanten in dit boek.

ligt het moment voor de raadpleging eerder en zal de werkgever dus ook eerder verplicht zijn te melden. In die fase is de beoogd curator nog niet bevoegd formeel namens de werkgever op te treden en zal het bevoegde orgaan binnen de rechtspersoon voor melding zorg dienen te dragen. De curator is zonder meer te laat, indien deze pas overgaat tot melding en raadpleging van de vakorganisaties gelijktijdig, dan wel nadat de arbeidsovereenkomsten met de werknemers zijn opgezegd. Hoewel dit een logische conclusie is, die voortvloeit uit de WMCO en Europese richtlijn, blijkt dat de praktijk hier toch een andere invulling aan geeft (zie hierna par. 7). Tot voor kort was hier geen rechtspraak over. Op 25 augustus 2017 is hier echter verandering in gekomen.¹¹ Het betrof een geschil van een ex-werknemer tegen het UWV over de vraag of de juiste opzegdatum was gehanteerd in verband met het toekennen van de WW-uitkering. De werknemer was werkzaam bij een autobedrijf dat op 23 december 2014 failliet was verklaard. Op 24 december 2014 heeft de curator alle werknemers ontslag aangezegd. Pas op 7 januari 2015 heeft de curator de vakorganisaties geraadpleegd als bedoeld in artikel 3 lid 1 WMCO. Bij brief van 22 januari heeft de werknemer zich beroepen op de nietigheid van het ontslag op grond van artikel 7 WMCO, zoals dat luidde voor 1 juli 2015. De rechtbank oordeelde:

“Vaststaat dat de opzegging van de dienstbetrekking door de curator op 24 december 2014 heeft plaatsgevonden zonder voorafgaande raadpleging van de belanghebbende werknemersverenigingen. Op grond van artikel 7 van de WMCO is de opzegging in dat geval vernietigbaar. Het faillissement van de werkgever en het beroep van verweerder in dit verband op artikel 5a, tweede lid, van de WMCO doen hieraan niet af. De rechtbank overweegt hiertoe dat in het tweede lid van artikel 5a van de WMCO uitsluitend het eerste lid van dit artikel buiten toepassing is verklaard in geval van faillissement van de werkgever en dat dit eerste lid enkel een regeling inhoudt met betrekking tot de wachttijd voor opzegging. In geval het tweede lid geldt deze wachttijd niet in geval van faillissement van de werkgever. Uit het bepaalde in artikel 5a, tweede lid, van de WMCO volgt naar het oordeel van de rechtbank echter niet dat ook artikel 7 van de WMCO in geval van faillissement niet van toepassing zou zijn en dat derhalve een opzegging zonder voorafgaande raadpleging niet vernietigbaar is. Een andere uitleg zou naar het oordeel van de rechtbank ook niet stroken met de uitleg die het Hof van Justitie in het arrest van 27 januari 2005 (Junk tegen Kühnel) gegeven heeft aan richtlijn 98/59/EG van de Raad van 20 juli 1998

11. Rb. Noord Nederland 25 augustus 2017, zaaknr. LEE 15/5192 (R. L.-RvB UWV) (nog niet gepubliceerd).

betreffende aanpassing van de wetgeving van de lidstaten inzake collectief ontslag.”

Waarna de rechtbank vaststelt dat tijdig een beroep gedaan is op de vernietigingsgrond en dat daarmee de opzegging niet rechtsgeldig is. Het feit dat na 1 juli 2015 wetgeving veranderd is en de mogelijkheid om buitengerechtelijk de vernietiging in te roepen is komen te vervallen, maakt dit niet anders. Omdat na de raadpleging op 7 januari 2015 een rechtsgeldige opzegging wel was mogelijk geweest gaat de rechtbank er dan ook vanuit dat opzegging met ingang van 7 januari 2015 geacht moet worden te hebben plaatsgevonden. Het belang van de ex-werknemer in dit geschil had mede betrekking op de overname van de loondoorbetalingsverplichting bij betalingsonmacht en de termijn die dit in beslag zou nemen waardoor de aanspraak op de WW pas op een later tijdstip in zou gaan.¹²

De uitleg die de rechtbank aan de verplichtingen van de curator op grond van de WMCO geeft zijn in lijn met wettekst en richtlijn. Dit brengt met zich dat voordat de curator gerechtigd is over te gaan tot opzegging van de arbeidsovereenkomst, de melding en raadpleging conform de WMCO plaatsgevonden moet hebben.

5. Het onderwerp van overleg met vakorganisaties

Zoals in par. 2 geschetst dient de werkgever met de vakorganisaties overleg te voeren, indien zij dat wensen, over zowel de omvang van het collectieve ontslag als de te treffen maatregelen. Dat een dergelijke overlegsituatie ook bij een faillissement van groot belang kan zijn, staat voor mij buiten kijf. Ik heb het altijd verbazingwekkend gevonden dat in geval van faillissement veel van wat basaal geregeld is in de relatie tussen werkgever en werknemers op individueel zowel als collectief niveau aan de kant wordt geschoven. Op moment dat er daadwerkelijk gehakt wordt en er vaak veel spaanders vallen, is van enig evenwicht geen sprake meer en de mogelijkheid om de belangen behartigende rol te vervullen voor vakorganisaties de facto ernstig ingeperkt. Daar staat tegenover dat een faillissementssituatie uitzonderlijk is, gepaard gaat met een bijzonder wettelijk regiem zoals geregeld in de faillissementswet gericht op het behartigen van de belangen van de schuldeisers en het ordentelijk reguleren van het economisch verkeer in faillissementssituaties. Maar dat alles neemt niet weg

12. Zie over de loongarantieregeling Steenbergen in hfst. 12 van dit boek.

dat overleg met vakorganisaties zinvol is. In de meeste gevallen zal het in een faillissementssituatie niet gaan over het vervallen van de arbeidsplaatsen als zodanig, maar gerelateerd zijn aan de mogelijke doorstart perspectieven. Daarbij is een heikel punt dat de wijze waarop faillissementsrecht en arbeidsrecht nu georganiseerd zijn met zich brengt dat afwezigheid van beschermende arbeidsrechtelijke normen hoogtij viert. Een doorn in het oog daarbij is dat daardoor formeel geen rechtsnormen gelden met betrekking tot de selectie van personeel bij een doorstart. Mogelijkerwijs alleen wanneer aantoonbaar sprake is van discriminatiegronden kan dat anders zijn. Dit is geen evenwichtig model om te komen tot aanvaardbare oplossingen op het moment dat een onderneming in zwaar weer terecht komt. Onmiskenbaar is het zo dat ballast uit het verleden weggooien noodzakelijk is om perspectief voor de toekomst te kunnen behouden. Maar zo zwart-wit als het nu geregeld is, waarbij toetsing aan hetgeen arbeidsrechtelijk als vanzelfsprekend en getuigend van goed werkgeverschap wordt beschouwd, geen rol speelt is het andere uiterste. Daarom is het belang van het tijdig raadplegen van vakorganisaties voordat van opzegging sprake is juist groot. Waarbij dan vervolgens wel zaak is dat vakbonden dan ook inhoud geven aan hun bevoegdheden in die fase. Het komt geregeld voor dat vakbonden de vraag of zij actief gaan optreden mede laten afhangen van de vraag in welke mate leden bij een faillissement betrokken zijn. Wanneer een vakbond wel een actieve rol vervult, of een ondernemingsraad, verplicht het de curator, en op de achtergrond de meekijkende rechter-commissaris, om toch ook te verwoorden op welke wijze zij menen dat omgegaan moet worden met de belangen van de werknemers. In de praktijk blijkt dat in veel gevallen daar ook wel oog voor bestaat, maar probleem is dat een dergelijke opstelling, gezien de arbeidsrechtelijke normloosheid bij faillissement, op generlei wijze vereist is. Het vraagt vervolgens ook van de vakbonden een werkwijze in het overleg die aansluit bij het spoedeisende karakter van het faillissement.

Het andere aspect waar het overleg met vakbonden in het kader van de WMCO betrekking op heeft is de opvang van de gevolgen.

Geregeld is er al een sociaal plan, al dan niet in de cao vastgelegd, afgesloten voor faillissement. Uit de Hoge Raad jurisprudentie in het kader van kennelijk onredelijkheidstoetsing blijkt dat in faillissement een ontslag zelden kennelijk onredelijk zal zijn en dus ook niet kwalificeert voor een schadevergoeding als bedoeld in art. 7:681 BW (oud).¹³ Door Schaink is aangegeven dat dit arrest ook geplaatst in de context van de latere rechtspraak over het huurrecht over het

13. HR 12 januari 1990, NJ 1990/662.

‘toedoen-criterium’ –tot zijn spijt- nog steeds overeind staat.¹⁴ Het brengt met zich mee dat werknemers die het langst aan boord blijven van het zinkende schip, en dus niet vòòr faillissement vertrekken met een aanspraak op een afvloeiingsregeling, met lege handen komen te staan en ook geen voor verificatie in aanmerking komende vordering hebben in tegenstelling tot hun collega’s die eerder zijn vertrokken. Met de komst van de Wwz¹⁵ is er voor het eerst een wettelijke norm die aangeeft dat bij een ontslag het in beginsel vanzelfsprekend is dat aan de werknemer een passende vergoeding wordt toegekend, de transitievergoeding. In art. 7:673c BW is echter bepaald dat bij faillissement en surséance van betaling de transitievergoeding niet langer verschuldigd is. Deze verplichting gaat ook niet herleven als de surseance wordt ingetrokken, zo heeft de Minister in de kamerbehandeling aangegeven.¹⁶ In art. 7:673b BW is bepaald dat de bepalingen over de transitievergoeding niet van toepassing zijn wanneer er bij cao een gelijkwaardige voorziening is opgenomen.¹⁷ De uitzondering van art. 7:673c BW is niet van toepassing verklaard op dergelijke cao-afspraken. In de kamerbehandeling heeft de minister aangegeven dat dit geen vergissing is, maar is beoogd. Het is aan cao-partijen om te kiezen om de wettelijke regeling te volgen of om ervoor te kiezen om een regeling bij cao te treffen op grond waarvan een werknemer bij faillissement of surseance van de werkgever niettemin aanspraak kan maken op voorzieningen bij ontslag.¹⁸ Dit geeft ruimte voor vakorganisaties om in cao-overleg of overleg over een sociaal plan hier aandacht voor te vragen. Uit de rechtspraak blijkt dat in het verleden binnen concernverband zich situaties hebben voorgedaan waarbij het faillissement van een dochteronderneming plaatsvindt terwijl de moeder vooraf in onderhandelingen met de vakbonden een afgegeven garantstelling voor de nakoming van een sociaal plan niet nakomt dan wel in een laat stadium van de onderhandelingen met de vakbonden

-
14. P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Deventer 2017, p. 4.3., die in 6.2.4 oproept om de gelijke benadering tussen de huurovereenkomst en arbeidsovereenkomst volgend uit art. 39 en 40 Fw te stoppen en oproept – met mijns inziens overtuigende argumenten- om werknemersvorderingen met betrekking tot contractuele schadevergoedingsregelingen die eerst ontstaan door ontslag vanwege de curator van de werkgever voor verificatie in aanmerking te laten komen. Zie hierover ook de bijdrage van Van Zanten en Lintel in dit boek.
 15. Zie uitgebreider over de Wwz de bijdrage van Kreikamp elders in deze uitgave.
 16. *Handelingen II* 2013-2014, 54, p. 24.
 17. Deze bepaling gaat gewijzigd worden in die zin dat het moet gaan om een op een cao gebaseerd recht ‘op een voorziening die bijdraagt aan het beperken van werkloosheid, op een redelijke financiële vergoeding, of een combinatie daarvan, *Kamerstukken II*, 2016-2017, 34 699, nr. 2.
 18. *Kamerstukken I* 2013-2014, 33 818, C, p. 99-100.

wegloopt en de faillissementsroute kiest.¹⁹ In dergelijke situaties bij uitstek is het van belang dat niet alleen vòòr, maar ook in faillissementssituaties de vakbonden worden geraadpleegd, waarbij zowel in het overleg met de curator als ook los daarvan voor de vakbonden de mogelijkheid bestaat met de moederonderneming van de failliete dochter in overleg te treden over de te treffen maatregelen over de opvang van personele gevolgen. Het kan dan zijn dat de moeder onrechtmatig handelt jegens de vakbond en haar leden door zich te onttrekken aan de opgewekte verwachtingen dan wel de verantwoordelijkheden die zij in het overleg in de fase voor faillissement op zich heeft genomen.

6. Sancties op het niet naleven van de WMCO

In de richtlijn en de WMCO worden rechten toegekend aan de collectiviteit van werknemers, de betrokken vakorganisaties. Dit betekent dat deze zich rechtstreeks op de WMCO kunnen beroepen in geval hun daarin geregelde rechten geschonden worden door de werkgever of door een curator. Met de aanpassing van de WMCO in 2012 is er echter ook een sanctie opgenomen in de individuele relatie tussen werkgever en werknemer in geval van een niet of niet juiste nakoming van de verplichtingen voortvloeiend uit de WMCO. De vernietiging van de opzegging, waar de uitspraak van de bestuursrechter van de rechtbank Noord-Nederland van 25 augustus 2017 op indirecte wijze ook betrekking op had (zie hiervoor par. 4). Schaink stelde in de eerste druk van *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht* dat een bepaling van arbeidsrechtelijke aard geen afbreuk kan doen aan het in de Faillissementswet neergelegde stelsel van instrumentele bevoegdheden, bij uitsluiting toegekend aan de rechter-commissaris en curator strekkende tot een ordelijke afwikkeling van het faillissement, waaronder het ontslag van personeel begrepen. Wanneer een ontslag met toestemming van een rechter-commissaris, waartegen beroep mogelijk is, tot stand komt, moet dat zijns inziens niet nog eens een aantal maanden later door een “druk op de knop” van de werknemer ongedaan gemaakt kunnen worden. Hij vermoedde dat de faillissementsrechtelijke invalshoek bij de totstandkoming van het toenmalige artikel 7 WMCO door de wetgever over het hoofd is gezien.²⁰ Zaal,²¹ Huffman²² alsook Herstel en

19. Hof Leeuwarden 6 december 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BU7109 (*KHE-Group*); HR 25-11-2016, ECLI:NL:HR:2016:2687 (*FNV en 34 wkns/Condor Construction*).

20. P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht*, Deventer 2017, p. 35.

21. I. Zaal, Faillissementen en doorstart: de positie van OR en vakbonden, *Arbeidsrecht* 2013/40.

22. P. Huffman, *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking*, (diss UvA) Den Haag 2015, p. 94.

Schuurman²³ zijn een andere mening toegedaan. Onder andere met verwijzing naar het Landsbanki-arrest geven zij aan dat naleving van de WMCO ook in faillissementssituaties mogelijk dient te zijn.

Met invoering van de Wwz is art. 7 WMCO gewijzigd waardoor het buitengerechtelijk beroep op de nietigheid is komen te vervallen en daarvoor in de plaats kan binnen twee maanden de rechter gevraagd worden de opzegging te vernietigen dan wel een billijke vergoeding ten laste van de werkgever toe te kennen. Schaink geeft in de tweede druk van *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht* aan dat hij dit als een evenwichtige aanpassing beschouwt omdat de verwachting is dat de kantonrechter een genuanceerde beoordeling van de situatie zal verrichten. Tot het terugdraaien van ontslagen die door de curator met toestemming van de rechter-commissaris zijn doorgevoerd, zal de kantonrechter naar zijn verwachting alleen in zeer bijzondere gevallen bereid zijn.²⁴

Daarmee lijkt Schaink aan te geven dat de sanctie op het niet naleven van de WMCO exclusief ter toetsing aan de kantonrechter toekomt in het kader van art. 7 WMCO geregelde bevoegdheid. Ik ben echter van mening dat in een geval van collectief ontslag bij faillissement het ook aan de rechter-commissaris is alvorens deze overgaat tot machtiging op grond van art. 68 ju 40 Fw om te toetsen of de curator de wettelijke verplichting van melden en raadplegen van de vakorganisaties heeft uitgevoerd alvorens deze tot opzegging overgaat of gaat uitvoeren. Voorstelbaar is dat dit als een voorwaarde bij de machtiging wordt opgenomen in de zin dat opzegging van de arbeidsovereenkomsten pas kan plaatsvinden nadat melding en raadpleging van vakorganisaties conform de WMCO is afgerond. Mocht de rechter-commissaris dit hebben nagelaten dan zou, indien de werknemer dit in een beroep als bedoeld in art. 67 lid 2 Fw aan de orde stelt een reden kunnen zijn voor de vernietiging van de opzegging. Bovenstaande potentiële samenloop van procedures op grond van arbeidsrecht en de Faillissementswet kunnen aanleiding geven tot verschillende uitleg van dezelfde wettelijke regeling of nog erger tot het buiten toepassing laten van de verplichtingen op grond van een wettelijke regeling, hetgeen staande praktijk blijkt.

Een samenlooppobleem speelde ook in de DA-beschikking met betrekking tot de samenloop van de verplichtingen van de WOR met die uit de Faillissementswet.²⁵ De Hoge Raad oordeelde dat niet in alle gevallen voorschriften die worden gesteld in de WOR verenigbaar zijn met het faillissementsrecht, zodat

23. J.C.A. Herstel en R.W.J.M. Schuurman, *Gewijzigd collectief ontslagrecht: (ook) de curator op scherp*, *TvII* 2012/22.

24. P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht*, Deventer 2017, p. 35/36.

25. HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982, *JOR* 2017/248, *JAR* 2017/172 m.nt. C. Nekeman, *JIN* 2017/115 m.nt. E.S. Ebels.

die niet onverkort kunnen worden toegepast. Zo mag de curator afwijken van de procedure-voorschriften van het adviesrecht, bijvoorbeeld het in acht nemen van een maand opschortingstermijn, indien de omstandigheden van het geval dit vergen, aldus de Hoge Raad. Dit brengt naar mijn mening wel de verplichting met zich mee dat dan binnen de kaders van het faillissementsrecht de curator en op de achtergrond de rechter-commissaris, oog dienen te hebben voor de belangen van de medezeggenschap die gewaarborgd worden door de procedureregels opgenomen in de WOR.

7. Theorie en praktijk

In vrijwel alle publicaties die ik over dit onderwerp gelezen heb wordt vrij prominent in het begin reeds vermeld dat toepassing van de WMCO bij faillissement een loze letter is. Curatoren handelen er nauwelijks naar en meestal zeker niet voorafgaand aan het opzeggen van de arbeidsovereenkomsten, zoals de WMCO voorschrijft. Ik heb er voor gekozen om de omgekeerde volgorde aan te houden. In deze bijdrage heb ik eerst het juridisch kader geschetst en de betekenis die het overleg met de vakorganisaties ook in faillissementssituaties kan hebben, om daarna in deze paragraaf pas aandacht te besteden aan de grote frictie die er bestaat tussen de theorie en de praktijk. Het beeld van de praktijk is goed naar voren gebracht in het WODC-rapport opgesteld in 2016 door het onderzoekscentrum Onderneming en recht van de Radbouduniversiteit.²⁶ Daarin wordt de conclusie getrokken²⁷ ten aanzien van de rol van de vakbonden en de ondernemingsraad, dat in de meeste gevallen de ondernemingsraad en vakbonden pas geïnformeerd werden direct voordat of nadat het verzoek tot faillietverklaring was ingediend of het faillissement was uitgesproken. Van medezeggenschap ten aanzien van de besluitvorming omtrent de faillissementsaanvraag en de voorbereiding van een doorstart blijkt in geen van de onderzochte voorbeelden sprake te zijn geweest. Ook tijdens faillissement of surseance blijken de vakbonden of leden van de ondernemingsraad slechts in enkele gevallen actief betrokken te zijn bij de besluitvorming door de curator.

Het roept het beeld op van parallelle werelden waarbij hoofdrolspelers in hun eigen habitat opereren, zonder in staat te zijn bruggen te slaan rekening houdend met het feit dat beide werelden reële belangen vertegenwoordigen. De doelstellingen die de WMCO beoogt te waarborgen zijn ook in faillissementssituaties relevant, misschien nog wel meer dan in andere situaties. Het

26. Onderzoekscentrum onderneming en recht, ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers, WODC-rapport 2599/624436/15.

27. P. 37/38.

Europees Hof heeft in het Landbanksi-arrest kernachtig aangegeven dat zolang een rechtspersoon nog bestaat, nog niet “definitief is uitgedoofd”, degenen die het voor het zeggen hebben met betrekking tot de toekomst van de rechtspersoon, waaronder ook vallen de gevolgen voor de in de onderneming werkzame personen, gehouden zijn de verplichtingen van collectief overleg voorafgaand aan de collectieve ontslagen na te komen. Het hof wijst er daarbij ook uitdrukkelijk op dat het niet alleen gaat over de mogelijkheden om collectief ontslag te voorkomen of om de omvang te verminderen, maar ook om de mogelijkheden en de gevolgen ervan te verzachten door het nemen van sociale begeleidingsmaatregelen, meer bepaald om bij te dragen tot herplaatsing of omscholing van de ontslagen werknemers.

We hebben het in Nederland op dit moment echter zo weten te organiseren dat in faillissementssituaties er haast per definitie geen perspectief voor dergelijke maatregelen is, mede waardoor curatoren blijkbaar overleg vooraf nauwelijks zinvol achten. Daar waar het overleg door curatoren wel nagestreefd wordt, kan het ook zijn dat vakbonden te weinig perspectief zien in het overleg, vanwege de beperkte speelruimte gezien de buitenwerkingstelling van de arbeidsrechtelijke regels bij faillissement en/of gezien het feit dat er geen of een beperkt aantal leden van de bonden bij een faillissement zijn betrokken.

8. Hoe nu verder

In het kader van de discussie over de Wet continuïteit ondernemingen is ook aandacht besteed aan de rol van vertegenwoordigers van werknemers in de faillissementssituatie. In w.o. WCO I is aangegeven dat in een pre-pack situatie bij de beslissing om een beoogd curator aan te wijzen de meerwaarde daarvan afgemeten moet worden zowel aan de mogelijke verkoopprijs alsook aan het behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid.²⁸ Daarmee wordt voor het eerst het belang voor de werkgelegenheid als een mee te wegen belang in de tekst van de Faillissementswet opgenomen. Aan art. 363 lid 4 Fw wordt toegevoegd dat bij het verzoek in de voorfase van het faillissement om een persoon aan te wijzen die daarna als curator kan gaan optreden de voorwaarde moet worden verbonden dat de ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging door de beoogd curator bij de voorbereiding van een dreigend faillissement wordt betrokken, tenzij het belang van de onderneming zich hiertegen verzet.²⁹

28. Art. 363 lid 1 Fw, *Kamerstukken I*, 2015-2016, 34218, A.

29. Zie over WCO I t/m III: M.H.F. van Vught, *Reorganiseren en (bijna) einde onderneming*, opgenomen in congresbundel: *Het reorganiserend vermogen van het arbeidsrecht in beweging*, Den Haag, 2017, p. 55 e.v.; Ph.W. Schreurs, ‘Denkbare verbetering in de positie van werknemers bij bedrijven in moeilijkheden en de Wet continuïteit ondernemingen II’, *Ondernemingsrecht* 216/34.

Recente ontwikkelingen als de bepaling in de Wwz over opvolgend werkgeverschap bij de berekening van de duur van de transitievergoeding, waardoor de duur van het dienstverband voor faillissement ook kan meetellen bij de berekening van de arbeidsduur voor de transitievergoeding bij ontslag na faillissement door de opvolgend werkgever³⁰ en het arrest van het Europees Hof van Justitie inzake Smallsteps lijken van invloed te zijn op de doorstartpraktijk. Indien dat zo is zou er sprake zijn van een min-min situatie: minder baten voor de boedel en minder werkgelegenheid voor werknemers. Hier is niemand mee gebaat. Een verbetering ten opzichte van de huidige situatie is hoog nodig. Ik heb eerder aangegeven dat het van belang is om een keuze te maken om of meer aandacht te geven aan de arbeidsrechtelijke positie van werknemers en hun vertegenwoordigers in het kader van het faillissementsrecht.³¹ Maar dat houdt in dat niet alleen onderkend wordt dat zij een positie hebben, maar dat in het faillissementsrecht onderkend zou moeten worden dat bij de toetsing door curator en/of rechter(commissaris) ook daadwerkelijk aandacht besteed moet worden aan de weging van deze belangen en niet louter en alleen aan het belang van de schuldeisers/boedel alles afgemeten zal moeten worden. Of moet ervoor gekozen worden om de arbeidsrechtelijke toetsing over te laten aan de daarvoor gespecialiseerde rechterlijke gremia zoals de kantonrechter en Ondernemingskamer, maar dan zal er meer aandacht besteed moeten worden aan het reëel betekenis kunnen krijgen van procedures bij dergelijke gremia rekening houdend met de bijzondere situatie die speelt bij faillissement voor wat betreft de vereiste snelheid en duidelijkheid. De Hoge Raad heeft dit recent ook nog onderkend in de DA-beschikking waarbij aangegeven werd dat de curator rekening dient te houden met de verplichting op grond van de Wet op de ondernemingsraden om advies te vragen aan ondernemingsraad bij een doorstart, maar tegelijkertijd aangegeven dat alle procedurele voorschriften wel eens op gespannen voet kunnen staan met de eisen die uit de Faillissementswet voortvloeien en daarom niet in alle gevallen nagekomen hoeven te worden. Een duidelijk standpunt, dat overigens onduidelijk laat hoe dit in de praktijk uitgevoerd zou moeten worden.³²

Op dit vlak ligt er dan ook een taak voor de wetgever om te komen tot een betere balans tussen de bij een faillissement betrokken belangen, waarbij de

30. Art. 673 lid 4 sub b WOR.

31. L.C.J. Sprengers, 'Reorganiseren en collectiviteiten', opgenomen in congresbundel: *Het reorganiserend vermogen van het arbeidsrecht in beweging*, Den Haag 2017, p. 65 e.v..

32. Zie elders in deze bundel het artikel van Schreurs.

Wet melding collectief ontslag en curator

uitkomst zou moeten zijn dat dan wel binnen de kaders van het Faillissementsrecht ook de arbeidsrechtelijke belangen worden getoetst, dan wel dat deze via de reguliere arbeidsrechtelijke kanalen worden getoetst, maar dat dan wel beter afgestemd wordt binnen de kaders van de faillissementsprocedure, zodat die toetsing ook een reële betekenis kan krijgen.

De Curator en de Ondernemingsraad – een onderzoek naar werkbare medezeggenschap in faillissement

MR. PH.W. SCHREURS¹

1. Inleiding

Met zijn beschikking in de DA-zaak² heeft de Hoge Raad duidelijk gemaakt dat het medezeggenschapsrecht in faillissement van toepassing is en de curator moet zorgen dat de voorschriften die daaruit voortvloeien worden nageleefd. Dat dat geen uitgemaakte zaak was, blijkt uit het feit dat de Ondernemingskamer (in een veel bekritiseerde beslissing) nog anders geoordeeld had.³

In dit artikel beschrijf ik het medezeggenschapsrecht zoals dat thans geldt ten aanzien van ondernemingen in surseance en faillissement. Voorts zet ik uiteen hoe een curator medezeggenschap adequate invulling kan geven.

In dit artikel concentreer ik mij op de situatie waarin sprake is van een ondernemingsraad (“OR”). Het zal vermoedelijk gaan om slechts enkele ondernemingen per jaar.⁴ Omdat het evenwel om grotere ondernemingen gaat en dergelijke faillissementen veel aandacht krijgen is het niettemin zeer relevant. Medezeggenschap is overigens een onderwerp dat niet staat of valt met de omvang van de onderneming en aan- of afwezigheid van een OR. De argumenten voor medezeggenschap gelden uiteraard ook bij (faillissementen van) kleinere ondernemingen.⁵ Vanuit de curator/ondernemer bezien zijn dat:⁶

- informatie verschaffen aan het personeel;
- informatie verkrijgen van het personeel;
- advies krijgen van het personeel;
- invloed verlenen aan het personeel.

-
1. Flip Schreurs is advocaat Corporate Litigation bij Boels Zanders Advocaten in Eindhoven en als buiten-promovendus verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit.
 2. HR 2 juni 2017, *JOR* 2017/248 m.nt. S.C.J.J. Kortmann.
 3. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 26 mei 2016, *JOR* 2016/286 m.nt. P.R.W. Schaink.
 4. Bij het CBS is geen informatie beschikbaar over faillissementen naar bedrijfsgrootte.
 5. Bij een onderneming met meer dan 50 werknemers is het verplicht een OR op te richten. Bij 10-50 werknemers kan een personeelsvertegenwoordiging (PVT) worden opgericht.
 6. Voor argumenten die, vanuit de werkgever bezien, pleiten voor medezeggenschap, zie o.m. M. Holtzer, *De invloed van werknemers op de strategie van de vennootschap*, 2014 (proefschrift).

Ik merk op voorhand op van mening te zijn dat in de grotere faillissementen waarin sprake is van wettelijk georganiseerde medezeggenschap, een curator veel te winnen heeft bij een goed contact met de OR. Het bespaart hem veel tijd in het kader van het draagvlak en de transparantie naar de buitenwereld, van de informatieverschaffing aan personeel, kanaliseert de informatie vanaf de werkvloer via bovengemiddeld betrokken werknemers en geeft invulling aan een algemeen maatschappelijk belang waarvan iedere curator sinds het Maclou-arrest⁷ weet dat hij daar aandacht aan mag en moet besteden.

2. De DA-zaak

In een recent gepubliceerd verslag van een rondetafelgesprek met curatoren uit grotere retail faillissementen heeft curator Joris Lensink iets verteld over de achtergrond van de procedure.⁸ Bij zijn aantreden op 23 december 2015 als bewindvoerder van de DA franchise drogisterijketen⁹ werd snel duidelijk dat er grote hoeveelheden eigendomsvoorbehouden waren gemaakt, die een probleem zouden kunnen opleveren bij het voortzetten van de onderneming. Bovendien dreigde de bank gebruik te maken van haar recht van parate executie. De bewindvoerder besloot daarom niet voort te zetten maar zich te concentreren op onderhandelingen over een mogelijke doorstart. Die strekten zich uit van 24 tot en met 29 december 2015. De gesprekken werden met name gevoerd met Mosadex (een externe partij met wie DA al enkele maanden in onderhandeling was) en met een andere externe kandidaat-koper.

Op 28 december 2015 werden biedingen ontvangen: Mosadex bood een bedrag voor de activa en werkgelegenheid aan 140 mensen; de andere kandidaat bood een iets hoger bedrag maar slechts werkgelegenheid aan 40 mensen. Met toestemming van de rechter-commissaris aanvaardde de curator het bod van Mosadex op 29 december 2015. Diezelfde dag werd de surseance omgezet in faillissement, het personeel ontslag aangezegd en de doorstart gerealiseerd.

Uit de diverse weergaves van de feiten¹⁰ blijkt mij niet of er wellicht irritaties zijn gerezen tussen curator en OR, of dat ‘slechts’ sprake is van een principe-kwestie. Een ontmoeting tussen hen vond in ieder geval pas voor het eerst plaats op 13 januari 2016 in een gesprek over de doorstart. De OR van DA

7. HR 19 april 1996, NJ 1996/727 (*Maclou/curatoren Van Schuppen*).

8. F.B. Bosvelt en M.E. ten Brinke, ‘Retailfaillissementen’, *TvI* 2017/29.

9. Hoewel meerdere vennootschappen failliet zouden zijn gegaan zal ik, in enkelvoud, ‘DA’ hanteren.

10. Naast de Ondernemingskamer en de Hoge Raad heeft ook A-G Hartlief een weergave van de feiten gegeven: Parket bij HR 3 maart 2017, ECLI:NL:PHR:2017:175.

De Curator en de Ondernemingsraad

kondigde vervolgens aan stappen te gaan zetten en verzocht vergoeding van de kosten. Dat verzoek heeft de curator afgewezen.¹¹

De OR heeft de Ondernemingskamer vervolgens verzocht te verklaren dat DA in redelijkheid niet tot de doorstart heeft kunnen besluiten.¹² Dat het aanvankelijk om meer dan een principekwestie lijkt te zijn gegaan, kan afgeleid worden uit het feit dat de OR de Ondernemingskamer aanvankelijk ook heeft verzocht het besluit ongedaan te maken en te verbieden dat er uitvoering aan werd gegeven. Het daartoe strekkende verzoek om deze voorlopige voorzieningen heeft de OR echter voorafgaand aan de mondelinge behandeling ingetrokken, waarmee de principiële kwestie reesteerde.¹³

Die kwestie is erin gelegen dat de curator de OR *‘op geen enkele wijze en op geen enkel moment in het besluitvormingsproces betrokken heeft, de OR niet heeft geïnformeerd, geen overleg heeft gehad en niet om advies heeft gevraagd’*.¹⁴ De bewindvoerder/ondernemer had de OR onder geheimhouding om advies op de meest korte termijn moeten vragen.¹⁵

Opvallend genoeg spitst de OR zijn aanspraak op adviesrecht toe op de periode van 29 december 2015 tot en met 8 januari 2016 (de data van de mondelinge overeenstemming en omzetting in faillissement respectievelijk de dag van de schriftelijke doorstartovereenkomst). In die periode had de OR in de gelegenheid gesteld willen worden om op basis van deugdelijke informatie en behoorlijk overleg te adviseren, onder meer over de manier waarop selectie van medewerkers plaats zou vinden, het aantal mensen dat een aanbod zou ontvangen en de uitgangspunten van de arbeidsvoorwaarden.¹⁶ De OR lijkt geen specifieke bezwaren te hebben aangevoerd tegen het gegeven dat de bewindvoerder en de bestuurder van DA ook in de voorafgaande periode gedurende de surseance van betaling van 23 tot 29 december 2015, geen invulling hebben gegeven aan de medezeggenschap. Ik kom daarop hierna nog terug.

Omwille van de omvang van dit artikel wil ik slechts beperkt stilstaan bij de vraag of de onderneming werd voortgezet of in stand gehouden in de zin van de WOR. De curator had de feitelijke bedrijfsvoering stilgelegd (en ook tijdens

11. Op de kwestie van de kosten ga ik in dit artikel verder niet inhoudelijk in.

12. Zulks op grond van art. 26 lid 5 sub a WOR.

13. Conclusie A-G sub 2.6.

14. Conclusie A-G sub 2.5.

15. Zoals in het verzoekschrift tot cassatie ook aangegeven; zie conclusie A-G Hartlief 3 maart 2017, ECLI:NL:PHR:2017:175 sub 3.1.

16. Ondernemingskamer sub 3.4.c.

de surseance lijkt dat al in gang te zijn gezet) en voerde dit als argument aan in het kader van de voortgang of nog wel sprake was van een onderneming in de zin van de WOR.¹⁷ De Ondernemingskamer onderschreef dit argument sub 3.7, in feite ten overvloede. Dit oordeel is in de literatuur vrij algemeen bekritiseerd.¹⁸ De A-G gaat hier uitvoerig op in,¹⁹ maar de Hoge Raad doet het in één zin af: *'Het faillissement (...) leidt op zichzelf niet ertoe dat die onderneming ophoudt te bestaan of niet langer in stand wordt gehouden'* (r.o. 3.33).

In aanvulling daarop zou ik menen dat het zich moeilijk laat voorstellen dat een rechtspersoon die nog lopende arbeidsovereenkomsten heeft (zoals DA in casu) niet ook nog geacht moet worden een onderneming te hebben in de zin van de WOR.

3. Samenloop of botsing

Veel interessanter en relevanter voor de praktijk zijn de passages die gewijd zijn aan de samenloop van insolventie en medezeggenschap.

3.1 Ondernemingskamer

De Ondernemingskamer is niet ingegaan op de werking van de WOR in het algemeen (waaronder bijvoorbeeld de verplichting tot het voeren van overleg en het verschaffen van inlichtingen) maar heeft zich beperkt tot het adviesrecht. Zij meent dat dat recht zich niet eenvoudig laat rijmen met het faillissementsrecht, omdat het adviesrecht uitgaat van een onderneming die zich niet in een insolvente toestand bevindt. Met het adviesrecht moet de OR wezenlijke invloed op een te nemen besluit kunnen uitoefenen. Die invloed wordt volgens de Ondernemingskamer wezenlijk beperkt door de noodlijdende toestand van de onderneming en door het doel van het faillissementsrecht. Een van de hoofdtaken van de curator betreft de vereffening van de boedel, opdat de schuldeisers zoveel mogelijk kunnen worden voldaan. Daarbij zal hij de belangen van de werknemers meewegen, maar de hoogte van de opbrengst voor de boedel zal leidend zijn. De Ondernemingskamer meent daarom dat het zeer

17. Art. 2 lid 1 WOR en conclusie A-G sub 2.8.

18. I. Zaal, 'Geen adviesrecht OR bij doorstart na faillietverklaring', *TRA* 2016/74; W. Bouwens, 'De curator en het adviesrecht van de ondernemingsraad', *NJB* 2016/2002; E.C. Post Uiterweer, 'Adviesrecht van de ondernemingsraad in faillissement', *Bb* 2016/65; P.R.W. Schaik, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht* (2017), par. 14.3.1-14.3.2; P.A.M. Witteveen en I. Zaal, 'Medezeggenschap bij faillissement en doorstart', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2016/3.

19. Conclusie A-G sub 4.24 t/m 4.40.

De Curator en de Ondernemingsraad

de vraag is of een advies van de OR nog van wezenlijke invloed kan zijn op een voorgenomen besluit van de curator, gelet op het primaat van de belangen van de schuldeisers. Omdat ook de opschortingstermijn van art. 25 lid 6 WOR niet goed valt in te passen in een situatie van faillissementsrecht, acht de Ondernemingskamer het adviesrecht ‘in beginsel onverenigbaar met de op de afwikkeling van de boedel geschikte rol van de curator’.²⁰

De redenering van de Ondernemingskamer is niet goed te volgen. Die redenering komt er immers in feite op neer dat het adviesrecht van de OR onverenigbaar is met een faillissement, omdat enerzijds de OR wezenlijke invloed moet kunnen uitoefenen en omdat anderzijds de curator de belangen van de schuldeisers zal moeten laten prevaleren en dat niet te combineren zou zijn. Ik zou menen dat regels betreffende governance juist op de momenten dat het erom spant hun werking moeten hebben.²¹ Dat geldt voor de governance bij bedrijven in moeilijkheden derhalve voortdurend.

Als we ons beperken tot de OR²² betekent een faillissement zonder twijfel dat zijn invloed slechts ‘beperkt’ zal kunnen zijn: ‘waar niets is, verliest de keizer zijn recht’. Maar die beperktheid kan nooit het argument zijn om die (beperkte) invloed *op grond daarvan* vervolgens te ontzeggen. Het omgekeerde valt evenzeer, en met meer reden, te bepleiten: juist omdat de invloed vanzelfsprekend maar beperkt kan zijn, is van belang dat die invloed ten volle kan worden en wordt aangewend. Een klein beetje invloed heeft dan relatief immers een veel groter effect. Het verbaast na die ontzegging dan eigenlijk ook dat de Ondernemingskamer ten overvloede opmerkt dat de curator er in het algemeen goed aan kan doen om de ondernemingsraad te informeren over de gang van zaken, waaronder een eventuele doorstart.

Wel begrijpelijk acht ik de worsteling van de Ondernemingskamer met de opschortingstermijn.²³ Die is immers niet ten volle in te passen in een faillissement en een doorstart. Het is van algemene bekendheid dat de hectiek van een faillissement zelfstandig leidt tot (zogenaamde desintegratie-)schade. Een koper van een onderneming uit faillissement vertaalt dat voor een

20. R.o. 3.6.

21. In zekere zin vormt dit ook het onderwerp van mijn proefschrift in wording over ‘Governance bij Bedrijven in Moeilijkheden’.

22. Enigszins vergelijkbare vragen terzake governance spelen bijvoorbeeld ten aanzien van de verhouding tussen de curator en de (commissie van) schuldeisers, zoals hierna nog aan de orde komt.

23. Als bedoeld in art. 25, lid 6 WOR dat de ondernemer verplicht de uitvoering van zijn besluit een maand op te schorten tenzij het besluit overeenstemt met het advies van de OR.

belangrijk deel in de prijs (die doorgaans wel boven de zogenaamde liquidatiewaarde zal moeten liggen, maar slechts zelden de going concernwaarde benadert), maar daarnaast ook in de snelheid. Hoe eerder het contact met klanten, leveranciers en werknemers kan worden hersteld of opgebouwd, hoe liever het is. Voor een koper is een maand wachttijd doorgaans onbestaanbaar.

Het is goed om vast te stellen dat er ook buiten het medezeggenschapsrecht onzekerheden ten opzichte van een doorstart bestaan die vergelijkbaar zijn met de onzekerheden die voortvloeien uit het beroepsrecht van art. 25, lid 6 WOR. De meest in het oog springende is natuurlijk de vereiste toestemming/machtiging van de rechter-commissaris. Die kan geweigerd of verleend worden. In beide gevallen zijn rechtsmiddelen beschikbaar, die tot vertraging of onzekerheid kunnen leiden. In de praktijk wordt deze rechtsgang vooral gebruikt als een teleurgestelde andere kandidaat via een beroep op de rechter-commissaris alsnog een koop probeert af te dwingen.²⁴ Slechts in uitzonderingsgevallen kan dat leiden tot een andere transactie, nu de weg van art. 69 Fw afgesneden is voor anderen dan schuldeisers en door die laatsten ook niet gebruikt kan worden voor een 'eigen' belang.²⁵

Het beroepsrecht van de OR is in zoverre mogelijk wel een reële bedreiging voor een doorstart, omdat de OR kan vorderen dat de Ondernemingskamer (specifieke gevolgen van) het besluit ongedaan maakt. Weliswaar bepaalt art. 26, lid 5 slot WOR dat een dergelijke voorziening door derden verworven rechten niet kan aantasten, maar daarmee is niet alles gezegd. De OR had in casu aanvankelijk gesteld dat koper Mosadex een beroep op die bescherming niet toekwam omdat de koper zich bewust is geweest van het feit dat de OR niet om advies is gevraagd. De OR heeft het verzoek om de voorziening nadien ingetrokken. Was dit niet gebeurd, dan zou, na de beslissing van de Hoge Raad, daarover nog een uitspraak hebben moeten worden gedaan.

Daarbij zou de OR wellicht een beroep hebben kunnen doen op de Noestuitspraak, waarin de derdenbescherming werd genuanceerd.²⁶ Daarin verklaarde de Ondernemingskamer dat een besluit tot verkoop van de onderneming en ontslag van de bestuurder in redelijkheid niet genomen had kunnen worden omdat het adviesrecht van de OR was geschonden. De verwerende ondernemer voerde aan dat het niet mogelijk was dit besluit in te trekken en de gevolgen ongedaan te maken, omdat daartoe medewerking van de koper (die inmiddels

24. Zie hierover F.M.J. Verstijlen, 'De rol van de curator en de rechter-commissaris bij biedingsprocedures', *TvI* 2014/32.

25. Vaste jurisprudentie sedert HR 3 december 1925, *NJ* 1926, p. 316.

26. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 15 april 1999, *JAR* 1999/101 (*Noest*).

DGA was geworden) nodig was. De Ondernemingskamer oordeelde dat dat beroep op art. 25, lid 6 WOR ‘slechts meebrengt dat die voorziening de door derden verworven rechten niet aantast. In hoeverre dat het geval is, staat in dit geding niet ter beoordeling. De Ondernemingskamer merkt in dit verband nog op dat het de vraag is of de overnemer hier wel als derde kan worden beschouwd nu (...) moet worden aangenomen dat de overnemer (...) voortdurend nauw betrokken is geweest bij de besluitvorming en de wijze waarop in dat verband is omgegaan met de medezeggenschapsrechten van de ondernemingsraad’. Of deze uitleg stand had gehouden bij de Hoge Raad is bepaald onzeker, maar die onzekerheid op zich is al uiterst bezwarend voor een potentiële koper.

Een tweede ijzer dat de OR in het vuur zou hebben kunnen leggen, is de vraag of tijdens de opschortingstermijn een besluit wel kan worden uitgevoerd. Kemperink stelt dat dan sprake is van vertegenwoordigingsonbevoegdheid van de ondernemer, welke onbevoegdheid ook nog externe werking zou hebben omdat sprake is van een dwingendrechtelijke bepaling.²⁷ Van Schilfgaarde meent dat sprake is van een nietige rechtshandeling wegens strijd met de openbare orde als de ondernemer te kwader trouw handelt tijdens de opschortingsperiode.²⁸ Ik noem deze mogelijkheden met de uitdrukkelijke kanttekening dat uitgangspunt van de wettelijke regeling blijft dat de derde beschermd wordt en daarbij geen onderscheid wordt gemaakt ten aanzien van de goede trouw. In een vergelijkbare (maar vermoedelijk minder ‘te kwader trouwe’) kwestie, oordeelde de Ondernemingskamer onder verwijzing naar art. 25, lid 6 WOR dat het besluit in redelijkheid niet kon worden genomen, ‘doch een op die grond te gelasten intrekking (...) kan niet bewerkstelligen dat die overeenkomst dan wordt geacht niet te zijn gesloten’.²⁹

3.2 *A-G en Hoge Raad*

De uitspraak van de Ondernemingskamer is als gezegd kritisch ontvangen. Ook de A-G komt in een zeer uitvoerige conclusie tot het oordeel dat de drie door de OR aangevoerde klachten allemaal moeten worden toegewezen.

De A-G stelt vast dat in de wetsgeschiedenis van de WOR de mogelijkheid van een botsing met het faillissementsrecht uitdrukkelijk aan de orde is geweest, en de WOR dat niet zou mogen ‘doorkruisen’. De A-G onderzoekt vervolgens de effecten van doorkruising op een voor de hand liggende grens, namelijk daar

27. B.N.H. Kemperink, *Fusies, overnames en medezeggenschapsrechten*, 2002, p. 117.

28. Van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, 2013, p. 283.

29. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 30 november 2007, *ARO* 2007/199.

waar géén respectievelijk wél vooruitzicht op voortzetting of doorstart aanwezig is. Is daarvan geen sprake, dan zal immers de onderneming (het bestaan waarvan de *raison d'être* van een OR is) moeten worden beëindigd. Buiten faillissement zou zo een bedrijfsbeëindiging (uiteraard) adviesplichtig zijn, waar binnen faillissement een beëindiging de hoofdregel is: voortzetten is dan juist de uitzondering en kan niet plaatsvinden zonder toestemming van de rechter-commissaris (art. 98 Fw). Op grond daarvan komt A-G Hartlief tot de conclusie dat het adviesrecht niet inpasbaar is ingeval van beëindiging van de activiteiten door de curator, als er geen uitzicht op voortzetting of doorstart bestaat.

Doet een mogelijkheid daarop zich wél voor, dan komt de OR in beeld en in die situatie heeft medezeggenschap ook meerwaarde, hetgeen de A-G sub 5.6 tot en met 5.17 aan de hand van bronnenonderzoek uitvoerig bespreekt.

Als hiervoor reeds aangegeven, oordeelt de Hoge Raad dat een faillissement op zichzelf er niet toe leidt dat de onderneming ophoudt te bestaan.³⁰ Vervolgens oordeelt de Hoge Raad: 'Het aan de ondernemingsraad toekomende adviesrecht van art. 25 WOR ziet in beginsel niet op (besluiten tot) verkoop van goederen op de voet van art. 176 Fw en op (besluiten tot) ontslag van werknemers op de voet van art. 40 Fw, ook niet als zodanige verkoop of zodanig ontslag tot gevolg heeft dat de onderneming wordt beëindigd'.³¹ Het woord 'ook' is hier verwarrend. Het vervolg maakt namelijk duidelijk dat de Hoge Raad doelt op situaties waarin juist sprake is van de beëindiging van de onderneming. Met 'ook' wordt niet 'mede' bedoeld maar 'zelfs al'. De Hoge Raad geeft daarmee aan dat bij een onderneming buiten faillissement beslissingen die leiden tot bedrijfsbeëindiging uiteraard wél adviesplichtig zijn, maar in faillissement niet. In de volgende zin legt de Hoge Raad dat uit: 'De handelingen van de curator zijn dan gericht op liquidatie van het ondernemingsvermogen, waartoe de Faillissementswet hem bevoegd maakt, en de door het adviesrecht van art. 25 WOR beschermde belangen moeten in een dergelijk geval wijken voor de belangen van de schuldeisers bij een voortvarende en voor de boedel zo voordelig mogelijke afwikkeling.' Wanneer dus sprake is van (in de woorden van de AG: 'louter') liquidatie is geen plaats voor medezeggenschap, en gaat het faillissementsrecht vóór boven het medezeggenschapsrecht.

30. R.o. 3.3.4.

31. R.o. 3.3.3. In algemene zin is het niet zo dat de WOR zich niet verdraagt met de Faillissementswet. De curator oefent de bevoegdheden van de (WOR-)ondernemer uit en kan onder omstandigheden ook worden aangemerkt als de WOR-bestuurder. In die hoedanigheden dient de curator de voorschriften van de WOR tijdens een faillissement na te leven.

‘Indien echter de verkoop van activa plaatsvindt in het kader van een voortzetting of doorstart van (delen van) de onderneming door dezelfde of een andere entiteit, waarbij het vooruitzicht bestaat van behoud van arbeidsplaatsen, is een daarop gericht besluit adviesplichtig op grond van art. 25 lid 1 WOR (bijvoorbeeld onderdeel a of c)’.³²

Daarmee rondt de Hoge Raad zijn beslissing over de toepasselijkheid van de WOR in faillissement af.

In de tot nu toe verschenen commentaren heb ik maar betrekkelijk weinig aandacht gezien voor een opvallende parallel met de Smallsteps-uitspraak van het Europese Hof.³³ In beide zaken wordt het onderscheid gemaakt tussen enerzijds “louter liquidatie” en anderzijds “mogelijke voortzetting”. Het stil staan bij die gelijkenis draagt bij aan een beter begrip van beide beslissingen en hetgeen daarmee beoogd wordt. Zoals ik eerder in mijn annotatie bij de Smallesteps-uitspraak al aangaf³⁴ was het voor veel Nederlandse beoefenaars van het insolventierecht eigenlijk een uitgemaakte zaak dat een faillissementsdoorstart technisch gezien niets anders is dan de *liquidatie* van het vermogen van de failliet: verkoop van activa aan een derde, met als gunstig bij-effect opbrengstmaximalisatie en behoud van (zoveel mogelijk) werkgelegenheid. Die overtuiging ging zo ver dat de advocaten van Smallsteps, naar aanleiding van de conclusie van A-G Mengorrijs,³⁵ verzocht hebben om heropening van de zaak, omdat zij meenden dat de conclusie van de A-G een ‘misverstand’ bevatte ter zake dit specifieke aspect.³⁶

Voor beoefenaars van het arbeids- en medezeggenschapsrecht lijkt het veel vanzelfsprekender dat een faillissementsdoorstart geen *liquidatie*handeling is, maar een *voortzetting*shandeling, een herstructurering.³⁷ In de woorden van de A-G (sub 5.6): ‘De curator is dan niet uitsluitend bezig met afwickelen, integendeel’. In de Smallsteps-zaak heeft het Hof van Justitie, althans naar mijn inzicht, duidelijk gemaakt dat wanneer beoogd wordt ‘om het operationele karakter van de onderneming of van de levensvatbare onderdelen daarvan veilig

32. R.o. 3.3.4 slot.

33. HvJ EU 22 juni 2017, C-126/16, ECLI: EU:C:2017:489; *JOR* 2017/217 m.nt. L.G. Verburg (*Smallsteps*).

34. Ph.W. Schreurs, ‘Smallsteps, tijd voor grote stappen’, *Arbeidsrechtelijke Annotaties ArA* 2017 (11) 3, p. 3-13.

35. Conclusie A-G P. Mengorrijs, 29 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:241; *JOR* 2017/184 m.nt. Schaink (*Smallsteps*).

36. Zie HvJ EU 22 juni 2017, nr. C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489 sub 29.

37. Ook Verstijlen wees al op dit ‘wispelturige’ element in F. Verstijlen, ‘De dubbele natuur van de doorstart’, *TvI* 2017/20.

te stellen’, sprake is van een situatie die leidt tot ‘overgang van onderneming’ waarin voor werknemers derhalve de bescherming van richtlijn 2001/23 zou moeten gelden.³⁸

De parallelle is gelegen in het feit dat zowel in Smallsteps als in de onderhavige DA-zaak, het uitmaakt of de curator bezig is met handelingen die zouden kunnen leiden tot een doorstart met gedeeltelijk behoud van werkgelegenheid of dat hij louter bezig is met liquidatie, ook al vindt in beide gevallen in technische zin een liquidatieverkoop plaats. De overeenkomst is ook logisch, omdat één van de door de A-G genoemde bronnen Richtlijn 2001/23 is.³⁹ Daarbij meen ik dat de voorrang voor de arbeidsrechtelijke regels, nu (zowel bij overgang van onderneming als bij medezeggenschap) het gaat om beschermingsbepalingen, een en ander steeds in het voordeel van de werknemers/ondernemingsraad zal behoren te worden uitgelegd. Dat betekent derhalve dat als mogelijk sprake is of zal zijn van voortzetting/doorstart de curator daaraan medezeggenschapsrechtelijke aandacht zal moeten besteden.

5. Kanttekeningen bij het (terechte) onderscheid liquidatie/doorstart

Toch passen enkele vragen bij het onderscheid dat A-G en Hoge Raad maken, mede aan de hand van de concrete casus. Mr. Lensink heeft in een vroeg stadium besloten de onderneming niet voort te zetten:⁴⁰ de bank dreigde te gaan veilen en er waren veel eigendomsvoorbeholden, zodat ter zake de (bij een retailketen omvangrijke) voorraad er enorme onzekerheden waren. Ik stel die keuze om niet voort te zetten in het concrete geval niet ter discussie, want daarvoor ken ik de feiten en omstandigheden niet goed genoeg. Maar vier opmerkingen kunnen wel gemaakt worden.

38. Het is nog geen uitgemaakte zaak of dat (behalve bij een prepack zoals in de Smallsteps-zaak) ook het geval zal zijn bij een klassieke faillissementsdoorstart. In HvJ EU 7 februari 1985, C135/83, ECLI:EU:C:1985:55 (Abels) werd uitdrukkelijk bepaald dat dat niet zo was. Ik meen dat rekening moet worden gehouden met het feit dat dat inmiddels anders is, namelijk indien sprake is van een beoogde, een voorbereide doorstart, dan wel door de zittende ondernemer of een daaraan gelieerde partij, dan wel door een volstreekte buitenstaander maar na een voorafgaand traject van overleg tussen die buitenstaander en de zittende ondernemer. Zie anders L.G. Verburg, ‘Smallsteps: over de vraag of de gewone doorstart uit faillissement nog toekomst heeft’, *FIP* 2017, art. 334.

39. Conclusie A-G sub 5.14

40. Ik kan uit de feitenweergave niet met zekerheid afleiden of dat besluit in feite al op 23 of 24 december 2015 (dus nog tijdens surseance) is genomen, of pas op 29 december 2015, nadat omzetting in faillissement had plaatsgevonden en de doorstart in feite al beklonken was. Uit het rondetafelgespreksverslag in *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2017 leid ik af dat dat besluit meteen is genomen.

De Curator en de Ondernemingsraad

In de eerste plaats was aanvankelijk sprake van een surseance. Daarin is niet beëindiging de hoofdregel, maar juist de voortzetting. Het is buiten kijf dat de WOR dan onverminderd van toepassing is.⁴¹ Had de curator in die situatie dus niet op 23 of 24 december overleg of ruggespraak met de OR dienen te voeren, zodat hij bij zijn besluit om *niet* voort te zetten feedback van de leden van de OR had gekregen? Ik zou menen van wel. Mij lijkt dat dat tijdens surseance zelfs een adviesplichtig besluit is. Dat zou anders zijn als de beëindiging samenviel met het besluit tot omzetting van de surseance in faillissement. Dat is immers geen adviesplichtig besluit.

In de tweede plaats valt op dat de overeenstemming over de doorstart bereikt is tijdens de surseance, in welke situatie de OR als gezegd vanzelfsprekend adviesrecht heeft. Ik herhaal mijn opmerking dat het opvallend is dat in deze procedure weinig aandacht is voor het onderscheid surseance/faillissement.

Daarop volgend plaats ik nog een vraagteken bij de conclusie A-G sub 5.5 en de daarmee overeenkomende r.o. 3.3.4, eerste en tweede volzin van het oordeel van de Hoge Raad. Juist en overtuigend acht ik dat sprake zou zijn van een onoplosbare botsing indien de OR adviesrecht zou hebben over beëindiging en de curator tegelijkertijd geen toestemming zou krijgen voor voortzetting van de rechter-commissaris. Omdat beëindiging het 'normaaltype' is in faillissement, krijgt dit de voorrang, onder de voorwaarde dat geen 'zicht bestaat op voortzetting of doorstart van de onderneming'. Maar wat wringt in die redenering is dat de curator dan kennelijk zonder de OR te raadplegen kan of moet uitmaken of die (cruciale) voorwaarde (is er enig zicht op een doorstart?) vervuld is. Toegegeven, in sommige gevallen is zoiets vrijwel meteen duidelijk. Maar in veel gevallen eerlijk gezegd niet. Ook bij grotere faillissementen heeft vaak geen of een zeer povere voorbereiding op de situatie na faillissement plaatsgevonden. Ik zou daarom menen dat een bewindvoerder tijdens surseance of een curator tijdens faillissement niet de conclusie kan trekken dat geen uitzicht bestaat op een doorstart zonder minst genomen *overleg* te hebben gevoerd met de OR als bedoeld in art. 23 WOR. Er is ook geen geldige reden te bedenken om dat bij een groot faillissement, niet in het vroegste stadium (dus uiterlijk op de tweede of derde dag) te doen. Gelet op het bepaalde in art. 24 WOR heeft het de voorkeur indien daarbij de statutaire bestuurder en een lid van de eventuele Raad van Commissarissen aanwezig is. Pas daarna kan een bewindvoerder/curator met een gerust hart de conclusie trekken dat aangestuurd

41. HR 6 juni 2001, *JOR* 2001/146 m.nt. Kortmann (*IJsselwerf*), r.o. 3.4, slot: "(...) verdient opmerking dat het adviesrecht van de OR na de verleende surseance van betaling in stand blijft". Ik veronderstel dat de DA-zaak geen verandering heeft gebracht in de regel dat het aanvragen van surseance van betaling of faillissement niet adviesplichtig is.

kan worden op staking van de onderneming en liquidatie in welk verband de OR dan verder géén adviesrecht toekomt.

Mijn laatste opmerking ziet op ‘voortzetting’ zoals gehanteerd door de A-G sub 5.6 en door de Hoge Raad sub. 3.3.4 laatste volzin. Dit zijn mogelijk twee verschillende begrippen en dat kan leiden tot verwarring. Mijns inziens doelt de A-G op de voortzetting van de onderneming door de curator als bedoeld in art. 98 Fw. Een curator zal dat veelal doen omdat de verzameling van bedrijfsmiddelen in voortgezette vorm leidt tot waardebehoud. Hij zal dat niet alleen doen als er al (verregaand) uitzicht is op een doorstart, maar ook indien hij die mogelijkheid wil onderzoeken, behouden of creëren. Mijns inziens is juist in die situaties het vereiste overleg met een crediteurencommissie⁴² en de machtiging van de rechter-commissaris⁴³ belangrijk. Als er klip en klaar uitzicht op een doorstart door middel van een verkoop aan een derde is, is tijdelijk voortzetten door de curator een kwestie van gezond verstand. Als dat vooruitzicht er echter nog niet is of nog niet reëel is, moeten de voordelen van mogelijk waardebehoud tegen de nadelen van met name kosten en claims worden afgewogen. De Hoge Raad gebruikt in de laatste volzin van 3.3.4. mijns inziens echter een ander woord ‘voortzetting’ waar hij het heeft over ‘verkoop van activa (...) in het kader van een voortzetting of doorstart’. Laat ik duidelijk zijn: ik begrijp eigenlijk niet waar de Hoge Raad op doelt. Verkoop van activa geschiedt ofwel in het kader van (louter) liquidatie ofwel in het kader van een doorstart. Of doelt de Hoge Raad op de voortzetting ná verificatie als bedoeld in art. 173a Fw e.v., een wettelijke rariteit die ik nooit heb meegemaakt en hier verder niet behandel.

Wanneer ik het door de A-G gehanteerde begrip hanteer (de veel voorkomende, tijdelijke voortzetting in de aanloop naar een doorstart), zou ik menen dat daar wel degelijk ruimte voor en behoefte aan medezeggenschap is. Indien immers de curator voortzetting overweegt en een (daartoe ex art. 98 Fw vereist) toestemmingsverzoek aan de rechter-commissaris voorbereidt, ligt overleg met de OR wederom voor de hand. De A-G ontwaart een lastige situatie bij een overwogen *beëindiging* omdat er dan botsende procedures kunnen ontstaan.⁴⁴ Doet dat probleem zich nu ook voor bij een beoogde *voortzetting* als bedoeld in 98 Fw? Denkbaar is dat de curator de onderneming wil voortzetten,

42. Als verlangd in art. 78 Fw.

43. Als verlangd in art. 98 Fw.

44. Conclusie A-G sub 5.5, 6^e volzin.

daarover overleg pleegt met de OR en diens mening vraagt.⁴⁵ In het (theoretisch mogelijke maar uiterst onwaarschijnlijke) geval dat de OR voortzetting afraadt en de curator toch wil voortzetten zal hij toestemming van de rechter-commissaris behoeven. Het standpunt van de OR is dan een welkome aanvulling bij de dienaangaande te maken afwegingen. Dat geldt uiteraard ook bij instemming. Zoals bekend heeft ook een (niet zo vaak voorkomende) crediteurencommissie adviesrecht ter zake voortzetting. Art. 79 Fw regelt hetgeen dient te gebeuren in het (veel minder onwaarschijnlijke) geval dat een crediteurencommissie negatief adviseert over voortzetting. In dat geval is de curator verplicht de voortzetting gedurende drie dagen op te schorten teneinde de commissie de tijd te geven om de rechter-commissaris in te schakelen. Het moge duidelijk zijn dat het feitelijk stilleggen van een failliete onderneming ook gedurende slechts drie dagen, veel impact kan hebben. Een dergelijke impact is op zichzelf derhalve kennelijk geen argument tegen adviesrecht.

Ik kom dan ook tot de conclusie dat de OR ook adviesrecht heeft ten aanzien van voortzetting als bedoeld in art. 98 Fw.

6. Opschorting en beroep (art. 25, lid 6 WOR)

Thans aandacht voor het tweede probleem, dat met name speelt bij het opschortingsrecht. In zijn conclusie⁴⁶ wijst de A-G op enkele varianten om het hoofd te bieden aan de problemen die voortvloeien uit de wettelijk verplichte opschortingstermijn van één maand (art. 25, lid 6 WOR). Zoals hiervoor aangegeven zou deze termijn nagenoeg iedere faillissementsdoorstart feitelijk belemmeren omdat de tijdsdruk daar vrijwel altijd hoog is en de koper zo snel mogelijk zekerheid moet hebben om de levensvatbaarheid te kunnen behouden.

In zijn conclusie⁴⁷ bespreekt de A-G enkele in de literatuur naar voren gebrachte oplossingen, door hem alle als ‘begaanbare routes’ aangeduid. Hij streeft naar een zinvolle invulling van de hoofdgedachten van zowel het medezeggenschapsrecht als het faillissementsrecht. Alvorens daar dieper op in te gaan past enige reflectie en relativering. Het faillissementsrecht probeert een eerlijke oplossing te bieden in situaties waarin sprake is van een tekort. Dat tekort is meer dan alleen financieel. Dat geldt ook voor de (werkelijke) invloed

45. De OR heeft hier geen *adviesrecht*, maar kan uiteraard wel een bijdrage leveren aan de afwegingen.

46. Sub 5.1.1.

47. Sub 5.11.

van de betrokken stakeholders. Die invloed wordt bij de verkoop van de betrokken onderneming in de eerste plaats beperkt door het gegeven dat de onderneming is gefailleerd en de waarde daarvan in verhoogd tempo verdampt vanaf het moment dat dat publiekelijk bekend is. Voorts wordt die beperkt door het aantal gegadigden en de vaak geringe mogelijkheden die alsnog te vinden. In de DA-zaak zal het niet eenvoudig zijn geweest om op Kerstavond de twee reeds bekende geïnteresseerden door meer concurrentie tot een hogere bieding te bewegen: van twaalf aangeschreven partijen hebben er uiteindelijk nog drie belangstelling getoond, maar tot andere bieders heeft dat niet geleid.⁴⁸ De reële invloed van de OR kan zich slechts binnen die bandbreedte afspelen. In zoverre lijkt het mij ook een verstandige keuze geweest dat de OR zich heeft beperkt tot de principekwestie en niet de transactie zelf ongedaan heeft willen maken. Er was immers geen ander alternatief voorhanden dan het concurrerende bod waarin maar 40 werknemers een baan kregen, en het is bovendien onwaarschijnlijk dat dat bod enige maanden nadien, na ingrijpen door de Ondernemingskamer, nog onder gelijke voorwaarden gestand zou worden gedaan. Ik rond deze relativiserende gedachten af met de vaststelling dat een OR zich daarmee overigens niet in een slechtere positie bevindt dan de curator die soms eveneens al dan niet handenwringend moet vaststellen dat ‘de markt’ gewoon niet bereid is meer te betalen of meer mensen in dienst te nemen.

In de literatuur zijn een aantal mogelijkheden aangestipt om het probleem van de opschortingstermijn te ondervangen. Breed wordt gewezen op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁴⁹ Sprengers wijst daarnaast op het feit dat de Ondernemingskamer bij afweging van belangen bepalingen als artikel 25 strikt dan wel juist soepel kan toepassen.⁵⁰ Post Uiterweer wijst voorts op een uitspraak van de Ondernemingskamer waarin die in ieder geval argumenten van de ondernemer om af te wijken van de lange opschortings-termijn heeft getoetst (zij het heeft afgewezen).⁵¹ Van Mierlo wijst op de

48. Conclusie A-G sub 1.8.

49. Zie o.m. I. Zaal, ‘Geen adviesrecht OR bij doorstart na faillietverklaring’, *TRA* 2016/8/9, nr. 74; Bouwens, Roozendaal en Bij de Vaate, *Werknemers en insolventie. Een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever*, 2015, p. 73; J.J.M. van Mierlo, ‘Corporate governance en insolventie’, in: *De bewindvoerder, een octopus*, Insolad congresbundel 2001, p. 51; en S.C.J.J. Kortmann, ‘De curator, de bewindvoerder en de organen van de vennootschap en onderneming’, in: *Het faillissement in de tijd van Molengraaff en nu* (preadvies van de Vereniging Handelsrecht) 1993, p. 156.

50. L.C.J. Sprengers, ‘Het failliet van rol van de ondernemingsraad bij faillissement?’ In *AR Updates, Annotaties AR* 2016-0555, te raadplegen via: www.ar-updates.nl/commentaar/AR_2016_0555.

51. E.C. Post Uiterweer, ‘Adviesrecht van de ondernemingsraad in faillissement’, *Bb* 2016/65.

De Curator en de Ondernemingsraad

Brink's beschikking⁵² waarin de Ondernemingskamer zich gevoelig betoont voor tijdsdruk.⁵³ En Witteveen en Zaal wijzen ten slotte op de mogelijkheid dat de OR ontheffing verleent.⁵⁴

De Hoge Raad maakt een duidelijke keuze uit deze varianten, maar biedt daarmee nog geen zekerheid. In r.o. 3.3.5 stelt hij dat de voorschriften van de WOR niet in alle gevallen verenigbaar zijn met het faillissement, 'zodat zij dan niet of niet onverkort kunnen worden toegepast. Zo mag de curator afwijken van de formele vereisten die art. 25 lid 2-6 WOR stelt in verband met de advisering door de ondernemingsraad als de omstandigheden van het geval dit vergen. De ondernemingsraad en de curator dienen zich (...) jegens elkaar te gedragen naar hetgeen door redelijkheid en billijkheid wordt gevorderd.' De Hoge Raad sluit daarmee aan bij de in de literatuur meest aangehangen mogelijkheid, namelijk de route van art. 2:8 BW al dan niet in verbinding met art. 6:2 en/of 6:248 BW. Ik vind dat een gelukkige keuze, omdat die de meeste ruimte biedt om aan te sluiten bij de concrete omstandigheden van het geval.

Een en ander betekent, wanneer de formele vereisten van lid 2-6 worden langsgelopen, dat de curator afhankelijk van wat de omstandigheden vergen:

- het voorgenomen besluit ook anders dan schriftelijk kan voorleggen, bijvoorbeeld mondeling of door toezending van CC's van mailverkeer (lid 2);
- geen overzicht hoeft te verstrekken van beweegredenen, omdat die doorgaans geen andere zijn dan een spoedige verkoop tegen een zo hoog mogelijke opbrengst (lid 3);
- een overzicht zal moeten verschaffen waarin de materiële voorwaarden van verschillende biedingen met elkaar worden vergeleken met name waar het werkgelegenheid-, en arbeidsvoorwaardelijke aspecten betreft;
- zal moeten bezien op welke wijze invulling kan worden gegeven aan de door art. 25, lid 4 WOR verlangde overlegvergadering en de aanwezigheid van bestuurder of Raad van Commissarissen daarbij; de meest minimale vorm is telefonisch overleg met slechts de voorzitter van de OR;
- kan verzoeken aan de OR om het advies mondeling of per mail en met inachtneming van de kortst mogelijke termijn uit te brengen.

52. Hof Amsterdam (Ondernemingskamer), *JOR* 2015/138 m.nt. L.G. Verburg (*Brink's*).

53. J.J.M. van Mierlo, 'Ondernemingsraad en insolventie: een uitgemaakte zaak?', *FIP* 2016/335.

54. P.A.M. Witteveen en I. Zaal, 'Medezeggenschap bij faillissement en doorstart', *Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming* 2016/3.

Daarbij verdient het naar mijn mening de voorkeur indien in de specifieke situatie te worden aangesloten bij het verkoopproces dat in gang is gezet. Indien, zoals veel voorkomt, de curator een verkoopmemorandum met een biedprocedure opstelt en verstuurt aan potentiële kopers, kan de OR daarvan direct een afschrift ontvangen. De in een dergelijk memorandum gestelde veelal zeer korte termijn voor (eerste) biedingen kan eveneens aan de OR worden gesteld voor een eerste (voorlopig) advies of reactie. Indien met een partij afrondend wordt onderhandeld kan mogelijk ruimte bestaan voor overleg met de OR. Soms zijn voor dergelijke onderhandelingen slechts enkele (nachtelijke) uren beschikbaar, maar die gesprekken strekken zich ook regelmatig over enkele dagen uit. Een overlegvergadering waarin de kandidaat zich presenteert en mogelijk al mondeling advies gevraagd wordt kan het proces (naar mijn ervaring) dan in positieve zin beïnvloeden.

Een oplossing die naar ik vermoed in de praktijk veel gebruikt zal gaan worden is dat de curator, na afronding van de gedachtewisseling met de OR, aan de voorzitter (per mail) zal mededelen wat het ‘besluit’ is geworden (dus aan wie de activa verkocht worden en hoeveel werkgelegenheid daarbij behouden zal blijven) en (indien het advies van de OR niet ten volle is gehonoreerd) zal verzoeken om hem per ommekeer te kennen te geven dat zijn verplichting als bedoeld in art. 25, lid 6 WOR om de invoering op te schorten vervalft.⁵⁵ In de meeste gevallen zal een OR waarmee open gecommuniceerd is aanvoelen of de marges afdoende benut zijn en die bevestiging per mail willen verstrekken. Een dergelijke afstand van recht is mogelijk. Daarmee is onzekerheid dienaangaande voor de koper volledig weggenomen.

De Hoge Raad bindt mijns inziens terecht geen nauwkeurig bepaalde termijn aan het beroepsrecht dat resteert indien de doorstart onvoldoende aansluit bij het advies van de OR.⁵⁶ Ook dit wordt bepaald door de redelijkheid en billijkheid die de curator en OR jegens elkaar in acht moeten nemen. Onder omstandigheden (bijvoorbeeld tijdens een langdurige surseance) is een langere termijn best denkbaar. Het heeft de voorkeur indien curator, doorstarter en OR concreet afspreken wat in casu de beroepstermijn is, zodat daarover zekerheid bestaat. Bij gebreke daarvan zal de curator een redelijke termijn moeten stellen.⁵⁷ Maar onoverkomelijk zal in voorkomende gevallen moeten worden vastgesteld wat de absolute minimumtermijn is. Om rechtsbescherming adequaat in te kunnen vullen zal dat betekenen dat in ieder geval een advocaat moet

55. Zoals gesuggereerd door Witteveen en Zaal t.a.p.

56. In dit artikel ben ik alleen uitgegaan van de OR en niet van de PVT (personeelsvertegenwoordiging). Hier merk ik slechts op dat de PVT wél advies- maar geen beroepsrecht heeft.

57. Zoals bijvoorbeeld ook in de art. 37, 58 of 60 Fw.

kunnen worden ingeschakeld die voldoende tijd heeft om een summier verzoekschrift in te dienen.

Het moment waarop het voorgenomen besluit omgezet wordt in een besluit is het moment waarop de curator definitief overeenstemming bereikt over de doorstart met de koper. De curator zal altijd het voorbehoud van toestemming rechter-commissaris (moeten) maken. In de praktijk informeert de curator de rechter-commissaris (telefonisch) over een bereikte doorstart en zet hij dat zo snel als redelijkerwijs mogelijk daarna op schrift met het verzoek de toestemming schriftelijk te verlenen of (de mondeling verleende toestemming) te bevestigen. Dat is mijns inziens het uiterlijke tijdstip waarop de curator de OR dient te informeren over het besluit. In zijn toestemmingsverzoek aan de RC dient de curator daar dan ook melding van te maken.

De A-G acht denkbaar dat wordt aangesloten bij de termijn van vijf dagen, die geldt voor het instellen van hoger beroep tegen een beschikking van de rechter-commissaris (art. 67 Fw).⁵⁸ Als gezegd wil de Hoge Raad zich daar (kennelijk welbewust) niet op vastleggen. Ik zou menen dat dat als *minimum*termijn ook echt te ruim is. Doorstarts worden niet zelden in het weekend beklonken en dat zou betekenen dat dan in feite een volle werkweek in onzekerheid verstrijkt. Ik zou, als hiervoor reeds aangegeven, het veel voor de handligger vinden om aan te sluiten bij de andere in het faillissementsrecht ingebede adviesprocedure, namelijk die van de crediteurencommissie. In art. 79 Fw is de curator gehouden de uitvoering van een door hem voorgenomen handeling, die strijdig is met het advies van de crediteurencommissie, gedurende drie dagen op te schorten. Dat geeft die commissie de tijd om de beslissing van de rechter-commissaris in te roepen.

Naar mijn mening is het niet nodig om verdere inbreuken op de WOR te forceren. Met name blijft van belang dat de OR de in art. 25, lid 2 slot WOR bedoelde 'wezenlijke invloed' moet kunnen uitoefenen. Met herhaling van de eerder geplaatste kanttekening dat waar niet is, ook de keizer zijn recht verliest, moet medezeggenschap wel tot echte invloed kunnen leiden. De OR moet dus voldoende informatie ontvangen, zijn vragen moeten worden beantwoord en hij moet gelegenheid krijgen voor het geven van een reactie.

Verder is het de vraag of er aanleiding is om in geval van faillissement een van de huidige bepalingen afwijkende rechtsgang te bepleiten.⁵⁹ Ik zou daarbij niet

58. Sub 5.11.

59. Waartoe bijvoorbeeld WCO III een mogelijkheid zou bieden.

uit het oog willen verliezen dat de Ondernemingskamer specifieke deskundigheid heeft op het gebied van het medezeggenschapsrecht. Ook is zij in het verleden in staat gebleken in spoedeisende zaken uiterst snel bijeen te komen en te beslissen.⁶⁰ Naar mijn overtuiging is het dan ook niet nodig om in geval van faillissement een andere rechter dan de Ondernemingskamer bevoegd te maken. Als al een alternatief zou worden nodig geacht, heeft het mijn voorkeur indien het wordt 'meegenomen' in de rechtsgang van de doorstart zelf, waar de rechter-commissaris de spin in het web is. Indien gewenst kan de rechter-commissaris zonder veel formele plichtplegingen een hoorzitting gelasten, waarbij de curator, de kandidaat-koper en de OR gehoord kunnen worden.

De rechter-commissaris kan een negatief advies van de OR meewegen in zijn beslissing op het toestemmingsverzoek. De rechtsgang voor de OR zou vervolgens gevonden kunnen worden in een aanpassing van art. 67 Fw door de OR daar als belanghebbende beroepsrecht te bieden.

7. Protocol

- Indien een curator/bewindvoerder het collectieve personeel toespreekt wordt dit steeds voorafgegaan door een (korte) overlegvergadering met de OR.
- Binnen 2 à 3 dagen houdt de curator/bewindvoerder tezamen met de bestuurder (en eventueel een lid van de Raad van Commissarissen) een overlegvergadering met de OR. Dit gaat vooraf aan een eventuele collectieve personeelsbijeenkomst die gebruikelijk wordt georganiseerd.
- In de eerste bijeenkomst legt de curator/bewindvoerder de nieuwe situatie uit, worden afspraken gemaakt over een zo efficiënt mogelijk verlopende communicatie en wordt gewezen op de wettelijke geheimhoudingsplicht van de OR. Afhankelijk van de toestand van de boedel worden afspraken gemaakt over (vergoeding van) de kosten die de OR moet maken.
- In deze of een latere bijeenkomst informeert de curator/bewindvoerder de OR over de gang van zaken ter zake eventuele voortzetting of doorstart, en indien omzetting in faillissement gaat plaatsvinden. Indien de curator/bewindvoerder geen reële mogelijkheden ziet voor voortzetten of een doorstart, deelt hij dit mede en informeert hij naar de visie van de OR dienaangaande. Indien de curator wil voortzetten als bedoeld in art. 98 Fw vraagt hij de OR om advies en verzoekt hij de OR ommegaand te reageren.
- De curator/bewindvoerder stuurt een kopie aan de OR van een informatie-memorandum of doorstartprotocol dat wordt toegestuurd aan kandidaat-kopers en nodigt de OR uit naar aanleiding daarvan zijn overwegingen aan

60. Zoals gebleken in zogenaamde noodzaakfinancieringszaken.

hem kenbaar te maken binnen dezelfde termijn als die aan kandidaat-kopers wordt gesteld voor een bieding.

(Alle voorgaande punten kunnen doorgaans tezamen in een eerste overleg aan de orde komen.)

- Indien overeenstemming over een doorstart zich aftekent, overlegt de curator/bewindvoerder met de kandidaat-koper of deze gebruik wil maken van de mogelijkheid voor een overlegvergadering met de OR. In elk geval voert de curator/bewindvoerder overleg met de OR (waarvan de wijze afhankelijk is van de tijdsdruk) over een eventuele doorstart zodra daarover overeenstemming binnen handbereik is of bereikt, en in ieder geval voordat toestemming aan de rechter-commissaris wordt verzocht. Bij of voorafgaand aan dat overleg wordt advies aan de OR gevraagd over het voorgenomen besluit tot een doorstart. Een en ander geschiedt zo mogelijk schriftelijk. De curator verzoekt de OR mondeling of schriftelijk advies uit te brengen op de kortst mogelijke termijn.
- De curator verschaft in ieder geval een zakelijke vergelijking van eventuele concurrerende biedingen en overigens een opgave van de werkgelegenheids- en arbeidsvoorwaardelijk relevante aspecten van de voorkeursbieding. De curator geeft aan waarom naar zijn oordeel de transactie de beste optie is.
- Indien de OR in zijn advies aspecten aan de orde heeft gesteld die aanpassing vergen voor de doorstart, overlegt de curator daarover met de koper. De curator informeert de OR in hoeverre het advies heeft geleid tot aanpassingen.
- Indien en voor zover dat niet het geval is verzoekt de curator aan de OR hem op de kortst mogelijke termijn te bevestigen of afstand wordt gedaan van het recht op beroep. Indien dat niet gebeurt dient de curator een minimale opschortingstermijn van drie dagen in acht te nemen teneinde de OR in de gelegenheid te stellen zijn beroepsrecht uit te oefenen.
- In zijn toestemmingsverzoek informeert de curator de rechter-commissaris omtrent de toegepaste medezeggenschap en het standpunt van de OR.
- Indien de curator besluit tot liquidatie of verkoop van activa zonder dat dat enige voortzetting van (een deel van) de onderneming inhoudt informeert de curator de OR daaromtrent.

8. Afronding en conclusie

In de beslissing van de Ondernemingskamer in de DA-zaak wordt gerefereerd aan het rapport 'Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeids-

rechtelijke positie van hun werknemers⁶¹ waarin naar voren komt dat ondernemingsraden tijdens faillissement slechts in enkele gevallen actief worden betrokken bij de besluitvorming door de curator. Ik herken dat beeld eerlijk gezegd niet, onder gelijktijdige erkenning dat tot de DA-uitspraak van de Hoge Raad curatoren in grotere faillissementen mogelijk geen *formele* rol zagen voor de OR. De OR meestal ook niet, gebiedt diezelfde eerlijkheid dan wel. Dat is nu anders.

Ervaren curatoren zien mijns inziens wel degelijk het voordeel van een goed en open contact met de OR, dat hun hectische taak veelal alleen maar versoepelt.

Ik heb in alle gevallen waarin ik als bewindvoerder⁶² of curator⁶³ of anderszins⁶⁴ te maken had met een OR dat eerder als een voor- dan een nadeel ervaren, omdat het een filter biedt op binnenkomende informatie en het verzenden van informatie met medewerking van de OR aanzienlijk effectiever is.

In de surseance van Favini (waarin gedurende 13 weken in drie ploegendienst werd doorgewerkt) trokken de regelmatige personeelsbijeenkomsten een zware wissel op de agenda en heb ik veel voordeel genoten van het steeds voorafgaand gevoerde overleg met de OR. In het faillissement Irmato heeft de voorzitter van de OR telefonisch positief geadviseerd over een doorstart (die aansloot bij een voor de surseance reeds ingezet traject). In het faillissement Componenta (waarin geen extreme tijdsdruk was) hebben we gewerkt met 14-daagse overlegvergaderingen, een formele schriftelijke adviesprocedure en deskundige juridische bijstand voor de OR op kosten van de boedel. Ik heb geen negatieve ervaringen met (verbroken) geheimhouding, met als kanteekening dat het nieuws toch vaak op straat ligt.⁶⁵

De meeste ondernemingsraden zijn zich zeer wel bewust van het feit dat de marges voor wensen of verlangens beperkt zijn en stellen zich realistisch op. De DA-uitspraak dwingt curatoren tot iets meer organisatievermogen, maar brengt hen verder niet in een lastig parket.

61. R.o. 3.5 Het rapport van 5 april 2016 is uitgebracht aan het WODC door het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht en opgesteld onder leiding van L.G. Verburg.

62. Favini was voorafgaand aan faillissement 13 weken in surseance, Irmato een week.

63. DFreight, Vekoma, Favini, Cibatax, , Irmato.

64. In het door mijn kantoorgenoot Brouns behandelde faillissement Componenta was ik zeer nauw betrokken bij alle intensieve medezeggenschap.

65. Bij Favini ontdekte het personeel via een op rechtspraak gepubliceerde uitspraak tot zijn schrik dat de beoogde doorstarter geen 300 maar slechts 130 mensen in dienst wilde nemen.

***Smallsteps*: en hoe nu verder?**

PROF. MR. L.G. VERBURG¹

1. Inleiding

Het arrest van het Hof van Justitie EU (HvJ) van 22 juni 2017 inzake *Smallsteps*² heeft de pre-pack als variant op het thema van de doorstart uit faillissement een aanzienlijke knauw gegeven. De omstandigheid dat de regelgeving op het gebied van de overgang van onderneming – Richtlijn 2001/23/EG (de Richtlijn) en de Nederlandse implementatiewetgeving ('662') – onverkort op de pre-pack van toepassing is, beperkt het praktisch bereik van deze aanpak aanzienlijk. De pre-pack lijkt slechts nog geschikt voor (i) overnames waarin (vrijwel) geen personeel in beeld is, (ii) zaken waarin de doorstart betrekking heeft op een arbeidsintensieve activa-transactie en de verkrijger geen wezenlijk deel van het personeel overneemt,³ en (iii) gevallen waarin andere overwegingen de overhand hebben en de verkrijger daarom bereid is het bij de doorstart betrokken personeel van rechtswege met behoud van arbeidsvoorwaarden aan boord te nemen. Waarschijnlijk is de praktijk, mede in het licht van de hier en daar niet heel scherp geformuleerde overwegingen van het Hof in *Smallsteps*, voorts huiverig een 'gewone' doorstart uit faillissement (als bijvoorbeeld speelde in *Abels*⁴) in overweging te nemen. Bij 'gewoon' denk ik aan een doorstart zonder voorbereidingsfase als aan de orde in *Smallsteps*.

Smallsteps is door mij besproken in de JOR en in FIP.⁵ Ik meen dat de gewone doorstart uit faillissement door *Smallsteps* niet is geraakt. Ik vermoed dat deze opvatting als zodanig bij partijen die elk extra onnodig risico willen vermijden, niet zomaar voldoende zoden aan de dijk zet. Het betreft immers, hoe pleitbaar

1. Prof. mr. L.G. Verburg is hoogleraar arbeidsrecht aan de Radboud Universiteit Nijmegen en verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming en Recht.
2. HvJ 22 juni 2017, C-126/16, ECLI:EU:C:2017:489, JOR 2017/217 m.nt. Verburg (*Smallsteps*).
3. In een dergelijke situatie is ook buiten faillissement immers op grond van vaste rechtspraak van het Hof geen sprake van een overgang van onderneming als bedoeld in de richtlijn. Vergelijk HvJ 11 maart 1997, C-13/95, ECLI:EU:C:1997:141, JAR 1997/91, NJ 1998/377 (*Süzen*) en HvJ 20 januari 2011, C-463/09, ECLI:EU:C:2011:24, JAR 2011/57 m.nt. Beltzer, NJ 2011/152 m.nt. Mok (*Clece*).
4. HvJ 7 februari 1985, ECLI:NL:XX:1985:AB9660, NJ 1985/900 (*Abels*).
5. Mijn commentaar op het *Smallsteps*-arrest voor FIP verschijnt najaar 2017.

ook, een opvatting. Bovendien zijn er tegengeluiden. Er zal, en dat lijkt ook verstandig, nog een tweede gang naar het HvJ aan te pas moeten komen om zekerheid te verkrijgen over het vraagpunt van de huidige positie van de gewone doorstart uit faillissement. Ik treed hier op dit punt niet in herhaling. Deze bijdrage concentreert zich op de vraag naar het overigens hoe nu verder.

Indien wetsvoorstel 34 218 betreffende de pre-pack (WCO I⁶) de eindstreep haalt, beschikken wij in Nederland met betrekking tot insolventiekwesties voor de toepassing van ‘662’ over drie soorten ‘procedures’: de surseance (zie daarover nog paragraaf 4.1), de pre-pack en de (gewone) faillissementsprocedure. In de surseance en de pre-pack is ‘662’ onverkort van toepassing. In de faillissementsprocedure (dus zonder een voorbereidingsfase als aan de orde in *Smallsteps* en bedoeld in WCO I) geldt, althans in mijn visie, artikel 7:666 BW (‘666’) en is ‘662’ niet van toepassing. Daar staat dan tegenover dat, in de woorden van de Memorie van Toelichting bij WCO I, bij een regulier faillissement lastig is dat de curator en de rechter-commissaris – doordat zij niet betrokken zijn geweest bij de voorbereiding – op de dag van de faillietverklaring uit het niets worden geconfronteerd met een op eigen houtje voorbereide verkooptransactie. De tijd die nodig is om deze informatieachterstand in te halen, verhoogt het risico van een alsnog afhaken van een potentiële koper of het risico van een neerwaartse bijstelling van de koopprijs.⁷ Het zal vaak ook lastig zijn voor de bij een doorstart betrokken partijen en adviseurs. Zij weten niet wie men als curator en de rechter-commissaris zal mogen begroeten. Dit punt speelt sinds jaar en dag en was een van de redenen om aan te sturen op de pre-pack. Bij de faillissementsprocedure zal het mogelijk in vergelijking met een goed voorbereide pre-pack (inclusief een gecontroleerde veiling van de te verkopen rendabele bedrijfsonderdelen) voor een niet gelieerde partij moeilijker zijn in het verkoopproces nog goed en tijdig aan te kunnen sluiten. Wil men buiten de volle toepassing van ‘662’ blijven, dan dient men dit allemaal (letterlijk en figuurlijk) op de koop toe te nemen.

In deze bijdrage komen twee onderzoeksrapporten ter sprake. Het betreft:

- (i) W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal, D.M.A. Bij de Vaate, *Werknemers en insolventie, Een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspo-*

6. Wijziging van de Faillissementswet in verband met de aanwijzing door de rechtbank van een beoogd curator ter bevordering van de afwikkeling van een eventueel faillissement en vergroting van de kansen op voortzetting van een onderneming of van een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen (Wet continuïteit ondernemingen I), *Kamerstukken* 34 218.

7. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3, p. 5.

Smallsteps: en hoe nu verder?

- sitie van werknemers bij insolventie van de werkgever*, VU 2015, *Kamerstukken II* 2014-2015, 33 695, nr. 9, en
- (ii) L.G. Verburg, P.M. Veder, A.G.J.J. Jansen, A.M. Mennens, A.W. Niebeek, S.C. Pepels & F.M.R. Van Wersch, *Ondernemingen in financiële moeilijkheden en de arbeidsrechtelijke positie van hun werknemers*, Rapport aan het WODC uitgebracht door Onderzoekcentrum Onderneming & Recht, Radboud Universiteit 2016, op 26 mei 2016 door de Minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer aangeboden bij brief met kenmerk 761773.

Ik refereer in het vervolg aan het VU-rapport (2015) en het Radboud-rapport (2016). Het VU-rapport (2015) betrof een rechtsvergelijkend onderzoek. Het Radboud-rapport (2016) betrof een empirisch onderzoek. Beide rapporten adresseren een ander aspect van het thema van deze bijdrage. Een empirisch onderzoek naar de werking van de betreffende rechtssystemen in de maatgevende buurlanden en de opvattingen daarover in deze landen, ontbreekt tot op heden.

Eerst volgt een kanttekening bij WCO I. Vervolgens gaat deze bijdrage vanuit een arbeidsrechtelijk perspectief in op mogelijke oplossingen van de na *Smallsteps* rond de doorstart uit faillissement ontstane situatie. Dit geschiedt tegen de achtergrond van de bevindingen in de beide rapporten.

2. Het bevorderen van de kans op behoud van werkgelegenheid met behulp van het faillissementsrecht als concurrentievervalsend element

WCO I had tot doel ten behoeve van de schuldeisers, de werknemers en andere betrokken partijen een meerwaarde te realiseren in de vorm van een verhoogde kans op een doorstart van rendabele bedrijfsonderdelen tegen een zo hoog mogelijke verkoopprijs en met behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid.⁸ WCO I ging er van uit dat een via een pre-pack vorm gegeven doorstart een betere voorbereiding mogelijk maakt, met meer bidders, en dat dit ertoe zou kunnen leiden dat in de onderneming meer werkgelegenheid kon worden behouden.⁹ Het betere bleek de vijand van het goede: dit station is thans in

8. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3, p. 10, *Kamerstukken I* 2016/17, 34 218, C, p. 13 en *Kamerstukken I* 2016/17, 34 218, E, p. 1.

9. Uit onderzoek van Hurenkamp naar 48 pre-packs in de periode van 2012 tot medio 2014 bleek dat met deze doorstarts die voorafgaand aan de faillietverklaring waren voorbereid gemiddeld 68 % van de aanwezige werkgelegenheid werd behouden. J.R. Hurenkamp, 'De pre-pack in de praktijk': Een analyse van 48 faillissementen waarin de aanwijzing van een beoogd curator heeft plaatsgevonden', Amersfoort: Celsius juridische uitgeverij, 2014, besproken in *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3, p. 7/8. De Minister stelde in het wetgevingsoverleg van 13 juni 2016: "(...) in interviews geven rechters en curatoren aan →

het merendeel van de voor een pre-pack in aanmerking komende gevallen als gevolg van *Smallsteps* gepasseerd.¹⁰

Moeten wij eigenlijk wel moeite doen met behulp van een aanpassing van het faillissementsrecht de kans op behoud van werkgelegenheid te bevorderen? Gelet op de maatschappelijke implicaties luidt het antwoord op deze vraag in beginsel zonder meer bevestigend. Maar er valt nog iets meer over te zeggen. In de faillissementsprocedure is niet of nauwelijks sprake van ontslagbescherming, buiten faillissement is de ontslagbescherming in vergelijking met andere OESO-landen fors bemeten. Nergens heeft de preventieve toetsing van voorgenomen ontslagen zoals Nederland deze buiten faillissement kent, navolging gevonden. Nergens wordt de werknemer met een vast dienstverband op die manier zo goed beschermd. Er is door velen al vele jaren heel veel over gezegd en geschreven, ook door mij, maar tot afschaffing van de preventieve toetsing is het nooit gekomen. De gemiddelde bestuurskamer weet dat het in vaste dienst nemen van personeel het gevaar in zich bergt dat men buiten faillissement niet van deze dienstverbanden af komt. Het gaat er hier niet om met een vinger te wijzen, hoewel duidelijk is dat de Wet werk en zekerheid (Wwz) uit 2015 er nog een schepje bovenop heeft gedaan. Het gaat er om dat dit invloed heeft op het aannamebeleid.

Op een markt waar partijen met elkaar concurreren is het opmerkelijk enerzijds buiten faillissement volledig vast te houden aan alle met betrekking tot reorganisaties bestaande tijdrovende, kostbare en normerende spelregels en anderzijds *te bevorderen* dat een partij in faillissement via een doorstart kan reorganiseren in de wetenschap dat de doorstarter zich bij de start aan bijna al deze spelregels kan onttrekken. Er van uitgaande dat in een relevant aantal gevallen een doorstart geschiedt door een gelieerde partij, gaat het ook nog om een bevorderen van de positie van een partij die het hoofd niet boven water wist te houden (los van de vraag of dit kwam door de hoeveelheid boter op dat hoofd). De Memorie van Toelichting bij WCO I wijdt slechts een enkel woord aan het thema van de concurrentievervalsing.¹¹ Dit lijkt er op te wijzen dat de

dat het hun ervaring is dat meer banen behouden kunnen blijven wanneer het faillissement zorgvuldig wordt voorbereid". *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 8, p. 26. De opmerking betreft niet slechts de pre-pack, maar ook de gewone doorstart. De Minister verwijst, zo meen ik, hier niet zonder goede grond naar interviews uit het Radboud rapport (2016).

10. A-G Mengozzi stelt in zijn conclusie bij de *Smallsteps*-zaak van 29 maart 2017, ECLI:EU:C:2017:241, *JOR* 2017/184 m.nt. Schaik onder punt 78 dat het doel van de pre-pack, namelijk de voortzetting van de exploitatie van de levensvatbare onderdelen onder voorkoming van een waardeverlies als gevolg van een plotselinge stopzetting van de activiteiten, zeker prijzenswaardig is. De 'prijs' van de A-G en nadien van het Hof was evenwel een kus des doods.

11. *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218, nr. 3, p. 29.

Smallsteps: en hoe nu verder?

wetgever minder waarde hecht aan de concurrentievervalsende kant van de zaak.

Zoals ook bleek in het onderzoek dat leidde tot het Radboud-rapport (2016), is een doorstart een heikele affaire en zijn doorstarts vaak kasplantjes. Vrijwel niemand wil er zonder noodzaak aan beginnen en misbruik komt nauwelijks voor. Dat laat allemaal onverlet dat het bedrijf dat buiten faillissement reorganiseert veel meer tijd en geld kwijt is dan het bedrijf dat na een doorstart als een feniks uit de as herrijst. Dat de eigendomsverhoudingen bij deze feniks waarschijnlijk anders zijn komen te liggen, maakt voor de buiten faillissement gereorganiseerde concurrent geen wezenlijk verschil, althans niet zolang hij geen reële kans heeft gehad zich in het verkoopproces rond de doorstart als bidder te mengen.

Het gaat er hier niet om dat een concurrent in het faillissement een positie behoort te hebben. Dat is niet het geval. Er is voorts een duidelijk belang gemoeid met het zoeken naar een juiste balans in de maatschappelijke verhoudingen en het is vanuit die maatschappelijke context evident dat een wetgever zal willen proberen aan te sturen op het vergroten van de kans op behoud van werkgelegenheid. Het punt dat ik aanroer concentreert zich op de gedachte dat het gezien het enorme verschil in werknemersbescherming – nog maar kort geleden nog verder vergroot met de invoering in 2015 van de Wvz – als onevenwichtig kan worden gezien het reorganiseren in faillissement via wetgeving (als WCO I) te bevorderen en de rest te laten zoals het is. WCO I vormt slechts een deel van het wetgevingsprogramma. In het kader van WCO III zou nog het nodige op de rails kunnen worden gezet. Door het in de tijd uiteenlopen van de plannen ligt bij een eerdere inwerkingtreding van WCO I zonder zicht op WCO III de geschetste discrepantie niettemin op tafel.

Ik bespeur hier een diepere achtergrond van de rechtspraak van het HvJ omtrent de volle toepassing van de richtlijn bij procedures die aansturen op continuïteit van de onderneming. Deze rechtspraak dwingt lidstaten indirect tot een oplossing van al te rigide obstakels met betrekking tot reorganisaties en snijdt ten aanzien van procedures als de pre-pack een ontsnappingsroute af. Anders gezegd: als u (de lidstaat) niet buiten faillissement zaken op een meer uitgebalanceerde wijze wilt regelen, vraag dan niet aan ons (het Hof) toe te staan dat insolventieprocedures met als hoofddoel het verzekeren van de continuïteit van rendabele bedrijfsonderdelen kunnen worden gebruikt voor de afwikkeling van reorganisaties zonder toepassing van de buiten faillissement geldende regels voor ontslagbescherming.

Men zou verwachten dat de vakbonden het doel van WCO I op het punt van het vergroten van de kans op het behoud van zoveel mogelijk werkgelegenheid

zouden omarmen. Dat was op papier ook zeker het geval.¹² Kijkt men niet alleen naar wat is gezegd, maar ook naar wat is gedaan, dan komt de zaak iets anders te liggen. Juist de FNV stuurde met het entameren van (onder andere) *Smallsteps* aan op een afscheid van de pre-pack. Men kan dit opmerkelijk noemen. Ik heb uiteraard begrip voor de gevoelens omtrent het ‘flitskarakter’ van de pre-pack, hoewel dit karakter niet anders is bij de sinds jaar en dag bestaande gewone doorstart uit faillissement die in de media en in de rechtszaal nooit echt aan de kaak is gesteld. Het feit dat de vakbonden vrijwel steeds eerst na de faillietverklaring worden ingelicht, maakt begrijpelijk dat – hoezeer ook het Radboud-rapport (2016) laat zien dat de bestaande zorgen bij betrokken partijen over geheimhouding aan de zijde van de vakbonden lang niet altijd zonder goede grond zijn – de praktijk er niet op hoefde te rekenen dat de vakbonden juichend aan de kant zouden blijven staan. Het opmerkelijke zit in de omstandigheid dat er een niet te verwaarlozen kans was dat de actie van de FNV niet alleen de pre-pack midscheeps zou treffen, maar ook de gewone doorstart uit faillissement in problemen zou brengen. Deze zorg is ook uitgesproken. Toch is er doorgezet. De thans op grond van *Smallsteps* te plukken vruchten lijken inderdaad het voorspelbare wrange karakter te hebben.

Maar ook hier bespeur ik een diepere achtergrond en wel de vrees dat elk bevorderen van de doorstart uit faillissement een attractiever alternatief in de markt zet voor de reorganisatie buiten faillissement en daarmee de bestaande ontslagbescherming (buiten faillissement) zou kunnen ondermijnen. Dit perspectief strookt met de observatie dat de doorstart mede is ontstaan en tot een vaste speler in het arsenaal van de insolventiepraktijk is uitgegroeid, omdat het zo lastig en kostbaar is buiten faillissement te reorganiseren. WCO I en meer algemeen de doorstart uit faillissement houden in ieder geval ten dele verband met het feit dat niemand iets doet aan het hoge niveau van de ontslagbescherming buiten faillissement. Dit punt laat ook zien dat vergelijken met enig ander OESO-land slechts verantwoorde uitkomsten geeft, als men de verschillen in ontslagbescherming in de vergelijking betreft.

Men kan als volgt redeneren. Wie graag wil vasthouden aan het huidige niveau van ontslagbescherming buiten faillissement, doet er verstandig aan geen druk op dit niveau te organiseren door de doorstart uit faillissement te bemoeilijken en staat toe dat deze doorstart uit faillissement als uitlaatklep behouden blijft en enige ruimte behoudt. Deze stelling is omkeerbaar. Wie juist niet wil vasthouden aan het huidige niveau van ontslagbescherming buiten faillissement, doet er verstandig aan druk op dit niveau te organiseren door de doorstart uit

12. Brief van FNV van 15 januari 2014 in reactie op het verzoek om advies over het voorontwerp van WCO I, gevoegd bij *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218.

Smallsteps: en hoe nu verder?

faillissement te bemoeilijken en accepteert derhalve het resultaat van *Smallsteps* en de mogelijk zeer ernstige consequenties van dit arrest voor de gewone doorstart uit faillissement als (tijdelijk) drukmiddel. Schakers kijken diverse zetten vooruit. Voor in moeilijkheden geraakte bedrijven en hun dito werknemers betreft het intussen allerminst een spel zonder nieten.

Als de doorstart als uitlaatklep van ons systeem op het punt van de ontslagbescherming wegvalt, zal het verschil tussen reorganiseren buiten dan wel in faillissement maximaal zijn. Na een faillietverklaring is het dan echt einde oefening. Zou in de beleving van de betrokken partijen de situatie zo al hebben gelegen aan de start van de casus van *Smallsteps*, dan waren er hoogstwaarschijnlijk geen doorstarts geweest en waren alle werknemers op straat komen te staan. Men kan zich indenken dat dit weer andere commotie zou hebben gegeven.

Het ontbreken van een uitlaatklep zet druk op het systeem. Wellicht wordt deze druk zo groot dat er een noodzaak wordt gevoeld niet meer te denken in termen van symptoombestrijding en komt er (eindelijk) bereidheid de koe bij de horens te vatten. Ik doel op het op een evenwichtiger niveau brengen van de ontslagbescherming. De Wwz doet dit laatste slechts ten dele en heeft daarenboven de bescherming nog wat extra opgehoogd. Zo bezien hangt de voorkeur voor het hoe nu verder (mede) af van de vraag of men liever symptomen bestrijdt dan wel het problematisch karakter van het systeem zelf aanpakt.

3. Drie scenario's

De bespiegelingen uit de vorige paragraaf laten zien dat er bij het nadenken over een hoe nu verder na *Smallsteps* verschillende scenario's zijn. Ik deel het palet op in de volgende drie scenario's.

Het eerste scenario: de wetgever doet niets

In het eerste scenario gebeurt er verder niets. Buiten faillissement blijft alles zoals het is, de pre-pack is en blijft nagenoeg dood en ook de gewone doorstart uit faillissement heeft meer verleden dan toekomst in de veronderstelling dat *Smallsteps* te veel risico geeft voor een '662'-proof benadering. Warm voor wie werkt bij een voldoende gezonde werkgever, koud voor wie werkt bij een werkgever die kopje onder gaat. Buiten faillissement is de ontslagbescherming overal, in faillissement is deze bescherming nergens. Zou het gelijk aan mijn zijde zijn dat *Smallsteps* de gewone doorstart uit faillissement niet in problemen heeft gebracht, dan valt het nog enigszins mee, maar ook dan zijn de verschillen tussen reorganiseren buiten of in faillissement vanuit arbeidsrechtelijk perspectief enorm.

Het tweede scenario: invoering van een gemitigeerd '662'-regime

In het tweede scenario kiest men voor de van diverse kanten geopperde mogelijkheid die artikel 5 lid 2 van de richtlijn biedt voor het bij insolventie-procedures invoeren van een gemitigeerd '662'-regime.¹³ Artikel 5 lid 2 van de richtlijn staat een gemitigeerd '662'-regime toe ongeacht de vraag of de procedure al dan niet is ingesteld met als doel de liquidatie van het vermogen van de vervreemder. Het is dus mogelijk een dergelijk gemitigeerd '662'-regime zowel bij de faillissementsprocedure als bij de pre-pack in te voeren. Past men artikel 5 lid 2 van de richtlijn toe, dan legt *Smallsteps* geen strobreed in de weg. Deze mogelijkheid geldt ook voor de surseance (ik kom daarop in paragraaf 4.1 terug).

Het derde scenario: algehele herziening van het ontslagrecht in en buiten faillissement, inclusief invoering van een gemitigeerd '662'-regime

In het derde scenario gaat men een stap verder en verlaagt men tevens de druk op de noodzaak van het nadenken over een doorstart uit faillissement door de ontslagbescherming buiten faillissement te verlagen tot een niveau dat in vergelijking met de ons omringende landen nog steeds goed aanvaardbaar zal zijn. Daarmee wordt de doorstart uit faillissement (voorbereid in het kader van een pre-pack of voorbereid buiten dat kader) enige wind uit de zeilen genomen. Tevens zorgt men met toepassing van artikel 5 lid 2 van de richtlijn voor meer ontslagbescherming bij doorstarts uit faillissement. In dit derde scenario wordt aan beide kanten van het spectrum gewerkt. Aan de ene kant wordt het ontslagrecht versoepeld en aan de andere kant wordt de rechtsbescherming verhoogd. Het zal niet op hetzelfde niveau komen, dat is niet de inzet. Het is en blijft immers aan de insolvente kant een aangelegenheid waarin de werkgever in de toestand verkeert (of dreigt te geraken) te hebben opgehouden te betalen. Dit derde scenario neemt als uitgangspunt dat de (momenteel enorme) verschillen tot minder extreme proporties worden teruggebracht.

Overwegingen rond de voor- en nadelen van de scenario's

Valt er iets te zeggen over de voor- en nadelen van de scenario's en wellicht ook over een voorkeur voor een van de drie scenario's? Niets doen is makkelijker

13. Beltzer en Holtzer gaven in 2001 aan dat ten tijde van de invoering van artikel 7:666 BW het nadenken over gebruikmaking van artikel 5 lid 2 van de richtlijn was neergelegd bij een werkgroep in het kader van het MDW-project betreffende een modernisering van de faillissementswetgeving. Zie R.M. Beltzer en M. Holtzer, 'Het Wetsvoorstel Overgang van Onderneming: de niet te onderschatten invloed van Richtlijn 98/50 EG', *SMA* 2001, p. 299-314, op p. 308. Het vervolg van dit verhaal is te lezen in P.R.W. Schaik, 'Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht', *Recht en Praktijk Insolventierecht*, tweede druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 291/292.

Smallsteps: en hoe nu verder?

dan wel iets voor elkaar proberen te krijgen en de huidige gunstige economische omstandigheden ‘helpen mee’ alles voor ons uit te schuiven.¹⁴ Maar niets doen is niet zonder gevolgen. In het eerste scenario krijgt bij een vrijwel wegvallen van de mogelijkheid van een doorstart uit faillissement de financiering van bedrijven een andere dynamiek. Het ligt voor de hand dat (potentiële) financiers zaken anders zullen insteken zodra men vermoedt dat de verkoopprijs van rendabele bedrijfsonderdelen door de onmogelijkheid van een doorstart uit faillissement aanzienlijk lager zal uitvallen. Indien men meer risico loopt, eist men doorgaans een hogere risicopremie. Dat verhoogt de kosten van de financieringslasten. Meer risico belast de mogelijkheid van een herfinanciering. Onder omstandigheden kan een en ander er toe leiden dat het bedrijf eerder van rendabele onderdelen wordt ontdaan. Deze redenering laat zien dat *Smallsteps* niet alleen de doorstart in de wielen rijdt, maar ook een zeker effect heeft c.q. kan hebben op de financiering en financierbaarheid buiten faillissement.

Het denken over het tweede en het derde scenario vertoont overlap. De bouwstenen voor het tweede scenario zijn tevens de bouwstenen voor het deel van het derde scenario dat betrekking heeft op het verbeteren van de positie van de werknemers bij een doorstart uit faillissement.

Ik plaats voorts de kanttekening dat met al te stevige uitspraken het debat al gauw in politiek bepaald vaarwater belandt. Dit is niet de plaats voor het uiten van politiek getinte voorkeuren. Daar komt bij dat nog geen onderzoek is gedaan naar de vraag of de bij insolventieprocedures betrokken spelers in de ons omringende landen met de daar gemaakte keuzes tevreden zijn en wat in hun visie werkt en wat niet werkt of beter kan. Zolang daar geen beter zicht op is, past het niet al te stellige uitspraken te doen.

Met enige voorzichtigheid kan worden gezegd dat niets doen geen echte optie lijkt te zijn vanwege het nastrevenswaardige karakter van het bevorderen van het behoud van werkgelegenheid en de potentiële effecten op de financiering van bedrijven. Voorts kan met zekerheid worden gezegd dat alles met alles samenhangt. Het eerste punt pleit tegen het eerste scenario en het tweede punt wijst in de richting van het derde scenario.

Tegen het eerste scenario pleit bovendien dat denkend over een overname de verschillen tussen de werknemersbescherming in en buiten faillissement vanuit het perspectief van de betrokken werknemers wel heel groot zijn. Ik ben geneigd te zeggen: onaanvaardbaar groot. Er is in de polder met zijn nadruk op de uitruil van gevestigde belangen altijd samenhang tussen het karakter van beide polen. Als de ene kant extremer is, dan geldt dat ook voor de andere kant. Een recente variant op dit relevante thema is de Wwz. De Wwz probeerde flex

14. Ik doel op het betreuenswaardige gegeven dat de politiek bij lastige dossiers meestal niet in staat is het dak te repareren als de zon nog schijnt.

minder flex te maken en vast vaster. Deze door mij steevast als (gevaarlijk) experiment geduide aanpak leek bij voorbaat tot mislukken gedoemd. Wie flex minder flex wil laten zijn, moet vast minder vast maken.

Ik vermoed dat het tweede scenario (de regeling van het gemitigeerd '662'-regime) een aanzuigende werking zal hebben op een reorganiseren met toepassing van de surseance en de pre-pack. De grenzen van deze procedures zullen worden verkend. Een gemitigeerd '662'-regime is immers afhankelijk van het gekozen perspectief en de specifieke omstandigheden van het geval aantrekkelijker dan het volle '662'-regime. Een ruimhartig en wellicht zelfs soms naar misbruik neigend gebruik ligt minst genomen op de loer. Artikel 5 lid 4 van de richtlijn vraagt aandacht voor dit thema. Dit punt wijst in de richting van het derde scenario.

Voor het overwegen van het derde scenario pleit ook de hier verder niet besproken ontwikkeling rond de flexibilisering van de arbeid. Ik doel op alle overige mogelijkheden die het recht biedt om de ontslagbescherming buiten faillissement te ontgaan. Mede als gevolg van technologische ontwikkelingen is de arbeidsmarkt de laatste jaren aan grote veranderingen onderhevig. Het aantal zzp'ers is enorm gegroeid.¹⁵ Ik verwacht dat velen van hen bij handhaving van de Wwz eerder zullen (moeten) uitwijken naar een werken in netwerken,¹⁶ dan dat zij nog kans maken op een (vast) dienstverband. Er staat het nodige op het spel. Het derde scenario biedt de mogelijkheid een afweging te maken die ten aanzien van alle aspecten een nieuw en beter op de toekomst van de arbeidsmarkt toegesneden evenwicht tracht te vinden.

Concluderend

De analyse van voor- en nadelen van het eerste scenario (de wetgever doet niets), het tweede scenario (alleen invoering van een gemitigeerd '662'-regime) en het derde scenario (algehele herziening van het ontslagrecht in en buiten faillissement inclusief invoering van een gemitigeerd '662'-regime) geeft aan dat de voorkeur behoort uit te gaan naar het derde scenario. Alles hangt immers

15. Uit het rapport Onderzoek varianten kwalificatie arbeidsrelatie, aanhangsel bij de brief van de Staatssecretaris van Financiën van 1 juni 2017, *Kamerstukken II* 2016/17, 34 036, nr. 64, p. 72 blijkt dat er inmiddels meer dan een miljoen zzp'ers zijn.

16. Zie over deze materie mijn *paper* voor de Tweede Kamer van begin 2017, L.G. Verburg 'Werken in netwerken', *Position paper* over het passend zijn en de houdbaarheid van de Mededingingswet in relatie tot de (groei van het aantal) zelfstandigen zonder personeel (zzp'ers), geschreven in opdracht van de vaste commissie voor Economische Zaken van de Tweede Kamer der Staten Generaal, 31 januari 2017. Vergelijk ook M.S. Houwerzijl, 'Arbeid en arbeidsrecht in de digitale platformsamenleving', *TRA* 2017/14 (een verkenning) en *TRA* 2017/59 (transnationale dimensies en dilemma's).

Smallsteps: en hoe nu verder?

met alles samen. Dit geldt voor het systeem van het ontslagrecht, voor het spanningsveld tussen de betrokken belangen en voor het doen en laten in de politieke arena waarin een aanpassing van de regelgeving gestalte moet krijgen. Wie aan het uitgebalanceerde bouwwerk van de ontslagbescherming ergens iets verandert, moet steeds goed nadenken over de vraag welke invloed dit heeft op andere onderdelen van het bouwwerk. Mijn (voorlopige) keuze valt derhalve op het derde scenario.

Hetgeen hierna volgt, beoogt bij te dragen aan het over de verschillende scenario's te voeren debat. Ik concentreer mij op de thema's die een rol spelen bij het nadenken over de ontslagbescherming van werknemers in onze insolventieprocedures. Ik schets enige contouren van een gemitigeerd '662'-regime en een gemitigeerd 'ontslag'-regime voor onze insolventieprocedures.

4. Bouwstenen voor een gemitigeerd '662'-regime en een gemitigeerd 'ontslag'-regime voor de doorstart uit een insolventieprocedure

4.1 Een voorvraag: valt de surseance onder het begrip 'insolventieprocedure' in de zin van artikel 5 lid 2 van de richtlijn?

Artikel 5 lid 2 van de richtlijn refereert aan een insolventieprocedure. Onze faillissementsprocedure en de pre-pack vallen onder dit begrip. Geldt dit ook voor de surseance? Deze vraag is relevant. Alleen als het antwoord bevestigend luidt, kan de Nederlandse wetgever besluiten het thans op de surseance van toepassing zijnde volle '662'-regime te vervangen door een gemitigeerd '662'-regime. Het antwoord luidt inderdaad bevestigend. Ik licht dit als volgt toe.

Recital 7 bij Richtlijn 98/50 (de voorloper van de huidige richtlijn) stelde dat het de lidstaten, teneinde het voortbestaan van insolvente ondernemingen te verzekeren, uitdrukkelijk moest worden toegestaan het '662'-regime niet toe te passen op een overgang in het kader van een liquidatieprocedure en dat op de algemene bepalingen van de richtlijn sommige uitzonderingen moesten worden toegestaan in geval van een overgang in het kader van insolventieprocedures. Richtlijn 98/50 maakte dus een onderscheid tussen de liquidatieprocedure (onze faillissementsprocedure) en de insolventieprocedure (onze surseance). Bij de liquidatieprocedure kon men '662' volledig buiten toepassing verklaren (nadien in 2001 verwoord in artikel 5 lid 1 van de richtlijn). Bij de in richtlijn 98/50 bedoelde insolventieprocedure kon men ten dele afwijken (nadien in 2001 verwoord in artikel 5 lid 2 van de richtlijn). De (huidige) richtlijn kent geen onderscheid tussen de liquidatieprocedure en de insolventieprocedure. In deze

richtlijn is ‘insolventieprocedure’ het allesomvattende begrip,¹⁷ ontbreekt een definitie daarvan en zit het verschil tussen lid 1 en lid 2 van artikel 5 van de richtlijn in het “*ongeacht de vraag of deze procedures al dan niet zijn ingesteld met als doel de liquidatie van het vermogen van de vervreemder*”.

De nauw verwante Richtlijn 2008/94/EG¹⁸ betreffende de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever is eveneens duidelijk. Het moest helder zijn voor welke gevallen de loongarantieregeling, per lidstaat uit te voeren door waarborgfondsen (in ons land UWV), diende te gelden. Artikel 2 van Richtlijn 2008/94 stelt dat een werkgever wordt geacht in staat van insolventie te verkeren wanneer is verzocht om opening van een in de wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen van een lidstaat neergelegde, op de insolventie van de werkgever berustende collectieve procedure die ertoe leidt dat deze het beheer en de beschikking over zijn vermogen geheel of ten dele verliest en dat een curator of een persoon met een vergelijkbare functie wordt aangewezen, en wanneer de uit hoofde van de genoemde wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen bevoegde autoriteit: a) hetzij heeft besloten tot opening van de procedure; b) hetzij heeft geconstateerd dat de onderneming of de vestiging van de werkgever definitief is gesloten, en dat het beschikbare vermogen ontoereikend is om opening van de procedure te rechtvaardigen. De loongarantieregeling uit Hoofdstuk IV van de Werkloosheidswet geldt (dan ook) voor de surseance.¹⁹

Kortom, ook de surseance is een ‘insolventieprocedure’.

17. In de Nederlandse taalversie van richtlijn 2001/23 wordt in artikel 5 lid 1 gesproken over: *wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie* en in artikel 5 lid 2 over: *insolventieprocedures die zijn ingeleid ten aanzien van een vervreemder (ongeacht de vraag of deze procedures al dan niet zijn ingesteld met als doel de liquidatie van het vermogen van de vervreemder) en die onder toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie*. In de Engelse taalversie van richtlijn 2001/23 gaat het in artikel 5 lid 1 om *where the transferor is the subject of bankruptcy proceedings or any analogous insolvency proceedings which have been instituted with a view to the liquidation of the assets of the transferor and are under the supervision of a competent public authority* en in artikel 5 lid 2 om *insolvency proceedings which have been opened in relation to a transferor (whether or not those proceedings have been instituted with a view to the liquidation of the assets of the transferor) and provided that such proceedings are under the supervision of a competent public authority*.

18. Richtlijn 2008/94/EG van 22 oktober 2008, zoals gewijzigd bij Richtlijn 2015/1794 van 6 oktober 2015.

19. CRvB 4 december 2002, RSV 2002/53 en CRvB 10 maart 2004, USZ 2004/158. Vergelijk over dit thema P.R.W. Schaink, ‘Arbeidsvereenkomst en Insolventierecht’, *Recht en Praktijk Insolventierecht*, tweede druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 105 e.v.

4.2 Welke modaliteiten biedt artikel 5 lid 2²⁰ voor een gemitigeerd '662'-regime?

4.2.1 Artikel 5 lid 2 (a)

Artikel 5 lid 2 (a) van de richtlijn handelt over de schulden van de vervreemder die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen en die verschuldigd zijn vóór de overgang of vóór de inleiding van de insolventieprocedure. De richtlijn staat toe dat een lidstaat bepaalt dat hetgeen verschuldigd is vóór het moment van de doorstart c.q. vóór de inleiding van de betreffende insolventieprocedure niet voor rekening van de verkrijger komt. Bij volledige toepassing van '662' gaan alle rechten en verplichtingen die op het tijdstip van overgang van de onderneming voor de vervreemder voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhouding van rechtswege over op de verkrijger. Artikel 5 lid 2 (a) verandert daar op zich niets aan ('*onverminderd artikel 3, lid 1*'), maar staat toe dat de wetgever hiervan afwijkt ten aanzien van 'schulden over het verleden'. De voorwaarde is dat een bescherming wordt geboden die ten minste gelijkwaardig is aan die welke wordt voorgeschreven in situaties die vallen onder de richtlijn betreffende de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever (Richtlijn 2008/94).

De regeling dat de verkrijger gevrijwaard blijft van schulden over het verleden vraagt om oog voor detail. Wat niet is uitgezonderd gaat immers mee over. Het wordt 'ja, tenzij' in plaats van 'neen, tenzij'. Het lijkt verstandig een checklist van relevante als (potentiële) schuld te betitelen beloningscomponenten te maken. In beginsel gaat het, zoals op zich ook speelt bij de loongarantieregeling, om hetgeen is opgebouwd over het verleden en nog niet is uitbetaald. Sommige componenten zullen achterstallig zijn. In andere gevallen is er een vordering, maar is deze vordering nog niet opeisbaar. Denk aan posten als opgebouwde maar nog niet genoten vakantiedagen en nog niet tot uitbetaling gekomen vakantietoelage. Weer andere componenten zijn pas verschuldigd na verloop van tijd, maar grijpen terug op een eerder, inmiddels verstreken, tijdvak. Denk aan de variabele beloning in de vorm van een bonus die verschuldigd is over het vorige boekjaar, maar pas in het voorjaar van het

20. Artikel 5 lid 3 van de richtlijn laat ik buiten beschouwing. Dit derde lid heeft specifiek betrekking op een procedure die als kenmerk heeft dat de vervreemder 'in ernstige economische moeilijkheden verkeert'. Deze procedure naar Italiaans recht speelde in het *Spano/Fiat*-arrest 1995. Zie HvJ EG 7 december 1995, C-472/93, EU:C:1995:421, *NJ* 1996/743 (*Spano/Fiat*). Ons land kent deze procedure niet, althans niet als zodanig. Artikel 5 lid 3 van de richtlijn heeft voor ons land derhalve geen belang en de voorwaarde dat een dergelijke procedure reeds op 17 juli 1998 in de nationale wetgeving moest bestaan, maakt dat lid 3 ook geen relevantie meer kan krijgen.

volgende jaar na vaststelling van de jaarstukken tot uitbetaling komt. Pensioen is eveneens een belangrijk bestanddeel van de beloning. En wat te denken van nog niet onvoorwaardelijk geworden c.q. nog niet tot uitkering gekomen (individuele) contractuele afvloeiingsregelingen, wachtgeldregelingen of Sociaal Plannen? Ik vermoed dat dergelijke regelingen hun gelding behouden. Het vergt in de voorbereidingsfase een extra slag in het kader van de *due diligence* exercitie en het zorgdragen voor een adequate dataroom. Is daar de tijd en het geld voor?

Per looncomponent zal de regeling moeten aangeven hoe de wetgever wil omgaan met (de definitie van) de schuld over het verleden in de in artikel 5 lid 2 van de richtlijn bedoelde zin. In een aantal gevallen zullen derden als belanghebbende of als uitvoerder van een regeling betrokken zijn. Een wettelijke regeling zal moeten bewerkstelligen dat wat niet als schuld overgaat, ook niet indirect via een derde bij de verkrijger als claim terecht kan komen. Denk bijvoorbeeld aan cao-fondsen. Dit punt kan onder (bijzondere) omstandigheden ook spelen in de pensioensfeer.²¹ Hoe te denken over allerhande andere claims die tussen werkgever en werknemer denkbaar zijn en betrekking hebben op het verleden? Tot slot zal de uitwerking moeten aansluiten bij de loongarantieregeling van de artikelen 61-68 WW. Het loonbegrip in de loongarantieregeling is ruim en die ruimte helpt bij het formuleren van de hierboven bedoelde checklist.²²

Het luistert nauw. Als er geen helderheid is, zal dit potentiële doorstarters afschrikken. Indien eenieder het speelveld volledig kan overzien, kan hij een afweging maken over al of niet bieden en zal de last mogelijk kunnen worden verdisconteerd in de hoogte of de aard van het bod. Indien eenieder het speelveld niet volledig kan overzien, zal hij normaal gesproken geen bod uitbrengen of heel laag inzetten. Een transparante regeling voorkomt een vroegtijdig afhaken van geïnteresseerde partijen.

Uit het VU-rapport (2015) blijkt dat wij ten aanzien van de precieze uitwerking van een en ander te rade kunnen gaan bij onze buurlanden.²³ Het gaat er daarbij niet alleen om te onderzoeken hoe zij dit hebben geregeld, maar

21. Vergelijk HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375, *PJ* 2016/156, *JAR* 2016/268 (*GOM*) met mijn annotatie in *Ondernemingsrecht* 2017/19.

22. Zie over de loongarantieregeling P.R.W. Schaik, 'Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht', *Recht en Praktijk Insolventierecht*, tweede druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 99-140 en R.M. Beltzer en J. van der Pijl, 'De rechtspositie van werknemers bij surseance van betaling en faillissement', in: L.G. Verburg en R.M. Beltzer (red.), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2015 (vierde druk), p. 221-251, op p. 223-225.

23. Zie ook P. Hufman, 'Arbeidsrechtelijke gevolgen van een doorstart in Duitsland en België', *FIP* 2014/362 en haar dissertatie *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking*, Sdu 2015.

Smallsteps: en hoe nu verder?

ook om te onderzoeken of men er mee uit de voeten kan en of dat ook met een redelijke mate van tevredenheid geschiedt.

4.2.2 Artikel 5 lid 2 (b)

Artikel 5 lid 2 (b) van de richtlijn opent de mogelijkheid te bepalen dat de verkrijger, de vervreemder of de curator ('de persoon die de functie van de vervreemder uitoefent') enerzijds en de vakbonden anderzijds overeenkomen voor zover de geldende wetgeving of praktijk zulks mogelijk maakt in de arbeidsvoorwaarden wijzigingen aan te brengen die bedoeld zijn om de werkgelegenheid veilig te stellen door het voortbestaan van de rendabele bedrijfsonderdelen te verzekeren.

Dit valt niet zomaar te regelen binnen het systeem van ons cao-recht. Ons cao-recht gaat uit van binding via lidmaatschap en is overigens contractueel van aard. De gebonden werkgever is de werkgever die partij is bij een cao (de ondernemings-cao), of lid is van een vereniging die partij is bij de cao, indien de werkgever naar de inhoud bij die cao is betrokken (de bedrijfstak-cao). De in artikel 5 lid 2 (b) van de richtlijn bedoelde overeenkomst zal steeds binnen de categorie van een ondernemings-cao vallen. De gebonden werknemer is de werknemer die lid is van een vakorganisatie die partij is bij de cao, indien de werknemer naar de inhoud bij die cao betrokken is. De ongebonden werknemer is de werknemer die geen lid is van een contracterende vakbond (de niet of anders georganiseerde werknemer). Indien werkgever en werknemer beiden zijn georganiseerd en onder de werkingssfeer van een cao vallen ('betrokken zijn'), gelden zij als gebonden in de zin van de artikelen 9 en 12 Wet CAO en is iedere individuele afspraak in strijd met de cao nietig. De cao-bepalingen die de arbeidsovereenkomst normeren, werken door in de arbeidsovereenkomst.

Men kan bij cao de arbeidsvoorwaarden neerwaarts bijstellen. Dit werkt dan inderdaad jegens de gebonden werknemers, mits de bepaling een standaardkarakter heeft. Deze neerwaartse bijstelling geldt echter niet voor de ongebonden werknemers. Dit probleem valt op zich op te lossen door in de arbeidsovereenkomst de cao van toepassing te verklaren (het incorporatiebeding). Dat moet dan echter wel zijn gebeurd en het ligt niet voor de hand dat alle ongebonden werknemers nog tekenen als de noodzaak van een neerwaartse aanpassing van de arbeidsvoorwaarden wordt gevoeld.

Bovendien speelt in ons land dat de vakbonden relatief een geringer deel van het personeel organiseren. Een lage representativiteit belast het punt van de legitimiteit. Denkbaar is voorts dat de ene betrokken vakbond wel bereid is een overeenkomst aan te gaan als die welke bedoeld is in artikel 5 lid 2 (b) van de richtlijn en een andere betrokken vakbond niet. Een doorzetten met tekenen met de wel willende vakbond heeft dan tot gevolg dat de niet contracterende

vakbond buiten de in artikel 5 lid 2 (b) van de richtlijn overeenkomst staat. Dat geeft geen kamerbrede acceptatie. Ons cao-recht is geen *winner's take it all*-systeem waarbij alle betrokken werknemers van het bedrijf ongeacht hun lidmaatschap van enige vakbond van rechtswege gebonden zijn aan een door een vakbond met de werkgever overeengekomen cao.

De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid kan een cao algemeen verbindend verklaren voor de bedrijfstak. Deze bevoegdheid is te zijner discretie binnen de door de Wet AVV en het Toetsingskader AVV gegeven grenzen. De avv raakt zowel de gebonden als de ongebonden werkgevers en werknemers die vallen onder de werkingssfeer van de algemeen verbindend verklaarde cao (de avv-cao). Iedere individuele afwijking van de avv-cao is nietig. Dit avv-systeem biedt niettemin geen soelaas: het avv-systeem richt zich op de bedrijfstak en niet op individuele ondernemingen. Een cao die slechts voor één onderneming geldt, kan naar huidig cao-recht niet algemeen verbindend worden verklaard. Bovendien zou met een en ander teveel tijd zijn gemoeid.

Een wettelijke regeling als bedoeld in artikel 5 lid 2 (b) van de richtlijn zou derhalve buiten het cao-systeem om een plaats behoren te krijgen. Dat zou kunnen in de regeling van het vrijwillig dwangakkoord (WCO II).²⁴ In het Radboud-rapport (2016) valt te lezen dat in enige interviews en tijdens de gehouden expertmeeting een zeker draagvlak bestond voor de gedachte de werknemers als aparte klasse mee te nemen in de regeling van het dwangakkoord als voorzien in WCO II, mits een en ander met voldoende waarborgen zou worden omkleed. Bij deze waarborgen dachten de experts aan een toetsing door de rechter op economische noodzaak, een plicht de vakbonden en de ondernemingsraad tevoren te horen en slechts gelding voor het collectief van de werknemers te accepteren bij aanvaarding van het voorstel door een gekwalificeerde meerderheid van het personeel zelf. In de interviews viel weinig draagvlak te bespeuren voor een voorstel tot acceptatie door het personeel van een structureel loonoffer. In ieder geval zouden er voldoende waarborgen moeten worden ingebouwd en zou moeten worden gekeken naar de invloed van een dergelijk tijdelijk loonoffer op de WW-aanspraken.²⁵

24. Vooralsnog (augustus 2017) zijn de werknemers buiten WCO II gehouden. Het in het voorontwerp van 2014 voorgestelde artikel 368 lid 9 Faillissementswet geeft aan dat het bepaalde niet van toepassing is ten aanzien van verplichtingen van de schuldenaar die voortvloeien uit ten tijde van het aanbieden van het akkoord bestaande arbeidsovereenkomsten. Vergelijk voorts recital 28 van het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU, 22 november 2016, COM(2016) 723 final.

25. Radboud-rapport (2016), p. 7.

Smallsteps: en hoe nu verder?

Zou aan dergelijke waarborgen zijn voldaan, dan valt derhalve te denken aan een aparte werknemersklasse waarbij de eis is dat een nader te bepalen gekwalificeerde meerderheid²⁶ voor het voorstel omtrent een loonoffer stemt, waarna een betrokken vakbond²⁷ de overeenkomst kan aangaan met het in artikel 5 lid 2 (b) van de richtlijn beoogde rechtsgevolg dat de overeenkomst geldt jegens alle gebonden en ongebonden betrokken werknemers. De ondernemingsraad zou, evenals de vakbonden, tevoren moeten worden gehoord en het recht hebben een standpunt te bepalen.

Het punt van het tijdelijke of structurele karakter van een voorgesteld loonoffer vergt nog bijzondere aandacht. Ik ben geneigd te denken dat een regeling die zich beperkt tot een tijdelijk loonoffer²⁸ al een hele stap is. Wij zijn geen land voor grote stappen. Zou later, bij een evaluatie van de regeling rond de positie van de werknemers in WCO II, blijken dat er reden is ook een structureel loonoffer via een vrijwillig dwangakkoord mogelijk te maken, dan kan dat altijd nog. Een en ander laat onverlet dat als het voltallige betrokken personeel instemt, een (tijdelijk of structureel) offer sowieso uitvoerbaar is, tenzij deze verlaging strijd oplevert met het loonniveau van een van toepassing zijnde cao. Een wettelijke regeling als bedoeld in artikel 5 lid 2 (b) van de richtlijn moet voor dit laatste punt (strijd met een lopende cao) een oplossing verschaffen, juist ook voor het geval dat de vakbonden die voor de cao tekenden niet of niet volledig dezelfde vakbonden zijn als die welke de overeenkomst betreffende het loonoffer willen tekenen. Het heeft dus allemaal veel haken en ogen.

Speelt het loonoffer in het kader van een doorstart, dan ligt het in de rede dat een loonoffer wel een structureel karakter kan hebben, waarbij de ondergrens van het offer echter zal liggen op het niveau van de arbeidsvoorwaarden die voor soortgelijke activiteiten gelden bij de verkrijger of, als deze verkrijger zelf nog geen soortgelijke activiteiten heeft, bij met de verkrijger gelieerde Nederlandse werkmaatschappijen.

4.3 Omtrent de niet door artikel 5 lid 2 van de richtlijn geregelde 'lokale' spelregels betreffende reorganisaties

4.3.1 Een gemitigeerd '662'-regime, maar ook een gemitigeerd 'ontslag'-regime

Artikel 5 lid 2 van de richtlijn geeft aan welke contouren een gemitigeerd '662'-regime kan hebben. Daarmee is niet het gehele verhaal verteld. De richtlijn

26. Als percentage van het totaal of valt de keus op een fijnmaziger systeem dat voorkomt dat bepaalde minderheden worden ontzien?

27. Nog een punt van overweging: welke vakbond is dat en wat geldt bij twist tussen de betrokken vakbonden over al of niet tekenen?

28. Wat is tijdelijk? Tot een jaar?

harmoniseert de regelgeving van de lidstaten immers slechts gedeeltelijk. In 2008 overwoog het Hof in het *Juuri*-arrest dat de werkgever verantwoordelijk wordt gehouden voor de verbreking van een arbeidsovereenkomst of een arbeidsbetrekking, ongeacht van welke partij die verbreking formeel is uitgegaan. De richtlijn regelde daarentegen niet de daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen. Het Hof stelde dat de richtlijn de betrokken materie slechts gedeeltelijk wil harmoniseren, *doordat zij in wezen bepaalt dat de bescherming die de werknemers autonoom aan het recht van de verschillende lidstaten ontleen, wordt uitgebreid tot het geval van een overgang van onderneming. Met de richtlijn wordt niet beoogd, een uniforme bescherming voor de hele Gemeenschap op basis van gemeenschappelijke criteria in te voeren. Op richtlijn 2001/23 kan dus slechts een beroep worden gedaan om te verzekeren dat de werknemer ten opzichte van de verkrijger dezelfde bescherming geniet als waarop hij ingevolge het recht van de betrokken lidstaat aanspraak had ten opzichte van de vervreemder.*²⁹

Het vorenstaande betekent dat wij in onze wetgeving geen lichter ‘662’-regime kunnen opnemen dan artikel 5 lid 2 van de richtlijn toestaat, maar wel onze eigen lokale spelregels rond reorganisaties mogen aanpassen aan wat in insolventieprocedures juist en verstandig lijkt en niet in strijd komt met artikel 4 lid 1 van de richtlijn (de overgang vormt op zichzelf geen reden tot ontslag, maar deze bepaling vormt geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen) en andere supranationale regelingen (denk bijvoorbeeld aan Richtlijn 98/59 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag). Ik refereer aan een gemitigeerd ‘ontslag’-regime.

4.3.2 *De voorstellen van de opstellers van het VU-rapport (2015) omtrent een gemitigeerd ‘ontslag’-regime*

De opstellers van het VU-rapport (2015) hebben in 2016 in TAP suggesties gedaan voor een gemitigeerd ‘ontslag’-regime voor de doorstart uit surseance en faillissement.³⁰ Hun gedachten betreffen de preventieve toetsing van de bedrijfseconomische noodzaak van de ontslagen in combinatie met het thema van de bij een doorstart toe te passen selectiecriteria.

29. HvJ EG 27 november 2008, C-396/07, ECLI:EU:C:2008:656, *JAR* 2009/20 (*Juuri*), punten 22 en 23. Vergelijk over het thema van de gedeeltelijke harmonisatie voorts HvJ EU 11 september 2014, C-328/13, ECLI:EU:C:2014:2197, *NJ* 2015/81 m.nt. Mok, *JAR* 2014/263 m.nt. Beltzer, *JIN* 2014/167 m.nt. Houweling (*Österreichischer Gewerkschaftsbund*).

30. W.H.A.C.M. Bouwens, W.L. Roozendaal, D.M.A. Bij de Vaate, ‘De doorstart in rechtsvergelijkend perspectief’, *TAP* 2016/172.

Smallsteps: en hoe nu verder?

Ten aanzien van de toetsing gingen de suggesties uit van een marginale toetsing van de bedrijfseconomische noodzaak van de ontslagen tijdens surseance of faillissement door de rechter-commissaris in plaats van het UWV. Ik weet niet wat de opstellers in gedachte hadden met betrekking tot de toetsing van de individuele argumenten, maar vermoed dat dit in hun visie ook thuis hoorde bij de rechter-commissaris.

Voor wat betreft de bij een doorstart te hanteren selectiecriteria stuurden de opstellers van het VU-rapport (2015) aan op de spelregel dat de doorstarter bij een doorstart binnen 26 weken na de start van de insolventieprocedure behoudens andersluidende cao-afspraken de werknemers die bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel het laatst voor ontslag in aanmerking zouden zijn gekomen een arbeidsovereenkomst moet aanbieden. Zij voegden daar aan toe dat het dan ging om een nieuwe arbeidsovereenkomst onder de gebruikelijke arbeidsvoorwaarden. De doorstarter had dus een keuze, maar deze keuze diende bij een doorstart binnen 26 weken te berusten op economische, technische of organisatorische gronden. Dit laatste lijkt me onontkoombaar, nu artikel 4 lid 1 van de richtlijn (van toepassing in een gemitigeerd 'ontslag'-regime) geen andere gronden aanvaardt. Dit punt speelt naar huidig recht niet, omdat artikel 4 lid 1 van de richtlijn na faillietverklaring op grond van artikel 5 lid 1 jo '666' niet van toepassing is.

De opstellers van het VU-rapport (2015) gaven geen uitsluitel over hun visie op de verplichting transitievergoedingen te betalen aan de werknemers die in de doorstart niet meegingen. In mijn bijdrage aan de INSOLAD-bundel uit 2017 stelde ik gezien de verwijzing naar Duits recht in de voorstellen, te vermoeden dat zij er van uitgingen dat geen vergoedingen behoeven te worden betaald.³¹ Dit strookt met de gedachte dat de curator al het personeel zal hebben opgezegd vóór het moment van de doorstart uit faillissement. Het stemt ook overeen met de regel uit de Wvz dat de transitievergoeding niet langer verschuldigd is bij surseance en faillissement (artikel 7:673c lid 1 BW) met als doel de voortzetting van de activiteiten te vergemakkelijken.³²

Ik laat het punt van de transitievergoeding hier verder rusten. Het behoort mede thuis in het debat over de omvang van de ontslagbescherming buiten faillissement. Wel is het zaak in dat kader de Wvz-regel dat de transitievergoeding niet langer is verschuldigd bij surseance van betaling, faillissement of schuldsaneringsregeling nog eens tegen het licht te houden. Deze regeling van

31. L.G. Verburg, 'De curator en het concern: arbeidsrechtelijke perspectieven', in: Ph.W. Schreurs, E.L. Zetteler, E.J.R. Verwey, R.F. Feenstra (red.), *De curator en het Concern*, INSOLAD Jaarboek 2017, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 325-344.

32. *Kamerstukken II* 2013/14, 33 818, nr. 3, p. 114, *Handelingen II* 33 818, 54-9-24 en *Handelingen II* 33 818, 54-9-31.

de transitievergoeding duwt de onderneming die een personele reorganisatie moet doorvoeren immers onder omstandigheden in de richting van een surseance of faillissement. De Wvz maakt bovendien met deze regeling het verschil tussen de werknemers die met een doorstart uit faillissement meekunnen (zij behouden het achterbalkon aan dienstjaren voor de toepassing van de transitievergoeding) en de werknemers die bij een doorstart uit faillissement buiten de boot vallen (zij zijn alles kwijt) groter.

4.3.3 *Eigen gedachten over de modaliteiten van een gemitigeerd 'ontslag'-regime, met betrokkenheid van vakbonden en ondernemingsraad*

De suggestie van de opstellers van het VU-rapport (2015) omtrent de marginale toetsing van de bedrijfseconomische noodzaak van de ontslagen door de rechter-commissaris is, denk ik, een goed voorstel. De preventieve toetsing betreft niet alleen de bedrijfseconomische noodzaak (het collectieve deel van de toetsing), maar ook de vraag of de juiste persoon is voorgedragen met de doorstart mee te gaan (het individuele deel van de toetsing). Ook dat punt moet worden getoetst, mede om te vermijden dat een doorstarter afhaakt uit een gerechtvaardigde vrees anders in allerhande kosten en tijd vergende individuele procedures verzeild te raken met werknemers die bij het aannemen van personeel door de doorstarter werden teleurgesteld.

Het gaat in beginsel om opzeggingen van alle vaste dienstverbanden door de curator. De curator start zelf niet door. De bedrijfseconomische noodzaak wordt bij een voorgenomen doorstart in ieder geval mede en waarschijnlijk vooral bepaald door de aard en omvang van de doorstart. De economische, technische of organisatorische redenen voor de ontslagen vloeien voort uit de insolventie (de redenen aan de zijde van de vervreemder) in combinatie met hetgeen de doorstarter van plan is (de redenen aan de zijde van de verkrijger). Dit plan is het business plan van de doorstartende verkrijger. Een en ander vraagt dus om *fine-tuning*, waarbij de rechter-commissaris ten tijde van de afronding van de toetsing zicht heeft op de redenen aan de zijde van de (uitverkoren) verkrijger.

In de in het Radboud-rapport (2016) bedoelde expertmeeting werd de suggestie gedaan ook bij de surseance het UWV als toetsende instantie bij ontslagen om bedrijfseconomische redenen te vervangen door de rechter-commissaris, mits sprake zou zijn van een met voldoende waarborgen omklede procedure.³³

Hoog op de lijst van wensen staat het punt van de door de doorstarter te hanteren selectiecriteria. Ook in het Radboud-rapport (2016) komt naar voren

33. Radboud rapport (2016), p. 7.

Smallsteps: en hoe nu verder?

dat het ontbreken van spelregels een grote steen des aanstoets is. Aan de andere kant betekent het volledig moeten toepassen van het buiten faillissement geldende afspiegelingsbeginsel dat men de kans op een doorstart belast en onder omstandigheden zwaar belast.

Bij de behandeling van WCO I in de Eerste Kamer bleek het grootste pijnpunt gelegen te zijn in de onduidelijkheid over de criteria die de doorstarter hanteert bij het selecteren van werknemers die een baan aangeboden krijgen. De verkrijger is onder het huidige recht vrij in de selectie van personeel en hoeft zich daarover in beginsel niet te verantwoorden. De belangenorganisaties meenden dat het nuttig zou zijn te bezien hoe meer inzicht kan worden gegeven in de manier waarop die selectie plaatsvindt. De curator zou een voorstel voor een doorstart hierop kunnen toetsen. Daarmee zou de bijdrage die de curator levert aan de behartiging van de belangen van werknemers nader kunnen worden ingekleurd. Hierbij moest wel bedacht worden dat een doorstart maatwerk vergt en dat daarvoor ruimte zou moeten blijven bestaan. Is die er niet, dan kon dit ten koste gaan van de mogelijkheid tot het bereiken van een doorstart en uiteindelijk ten koste gaan van het behoud van werkgelegenheid.³⁴

Niets regelen is fout en voorschrijven dat de doorstarter bij zijn aannamebeleid steeds het afspiegelingsbeginsel moet hanteren, lijkt evenmin aangewezen. Het gaat er om een gulden middenweg te vinden. Het Radboud-rapport (2016) toont draagvlak voor een aanpak waarbij de selectie geobjectiveerd plaats vindt op basis van een door de voorgenomen doorstarter opgesteld en door de rechter-commissaris te toetsen business plan.³⁵ Tijdens de in het Radboud-rapport (2016) bedoelde expertmeeting hebben de experts een aantal uitgangspunten verkend. Er zou via dit business plan een relatie moeten zijn tussen het werk dat na de doorstart gedaan moet worden en de werknemers die bij de vervreemder werkten. Iemand die geschikt zou zijn om het werk te doen maar kort tevoren kortlopend ziek is geweest, behoort in aanmerking te komen voor een plaats in het nieuwe bedrijf. Langdurige arbeidsongeschiktheid zou een redelijk beletsel zijn voor het geselecteerd worden. Er moet ruimte zijn voor raadpleging van de vakbonden die normaal ook bij reorganisaties betrokken zijn geweest en datzelfde zou moeten gelden voor de ondernemingsraad. Bij een binnen korte tijd blijkend onoplosbaar geschil over de selectiecriteria tussen de potentiële doorstarter en de vakbonden en/of ondernemingsraad, zou het aan de rechter-commissaris zijn om de knoop door te hakken. Deze toetsing op basis van een business plan werd als een reële mogelijkheid ervaren.³⁶

34. *Kamerstukken I* 2016/17, 34 218, C, p. 11/12.

35. Radboud rapport (2016), p. 95/96.

36. Radboud-rapport (2016), p. 88.

Ik denk niet dat het verstandig is te proberen deze en/of andere uitgangspunten in regelgeving dicht te timmeren. Het behouden van armslag geeft ruimte voor de rechter-commissaris naar bevind van zaken te handelen. De ene doorstart is de andere niet. In de ene doorstart is het afspiegelingsbeginsel in de specifieke omstandigheden van het geval (wel) het juiste uitgangspunt, in de andere doorstart vergt het business plan een andere aanpak. De toetsing moet zich concentreren op de selectiecriteria met het afspiegelingsbeginsel als een relevant gezichtspunt. De uit het business plan blijkende noodzaak het anders aan te pakken behoeft, zo kan ik mij goed voorstellen, een aanvaardbare uitleg en motivering. Meestal zal er weinig tijd zijn, zowel vanwege de noodzakelijkerwijs kort te houden doorlooptijd als vanwege de veelheid van zaken die in die korte tijd aandacht vragen. Ik denk dus niet aan een speciale ontslagregeling voor doorstarts met allerlei inhoudelijke en procedurele regeltjes, maar meer aan een set richtsnoeren. Deze richtsnoeren kunnen van tijd tot tijd worden bijgesteld op basis van de opgedane ervaringen.

De Hoge Raad heeft in 2017 in de *DA*-beschikking op een evenwichtige en voor de praktijk naar mijn mening ten aanzien van de positie van de ondernemingsraad goed aanvaardbare wijze aangegeven hoe de bevoegdheden van de ondernemingsraad in faillissement liggen.³⁷

De SER miste in 2015 de kans een soortgelijke helderheid te verschaffen ten aanzien van de positie van de vakbonden onder de SER Fusiegedragsregels. Mede gelet op de verwantschap tussen de regelingen in de WOR en de SER Fusiegedragsregels op het punt van de medezeggenschap bij overnames, valt de *DA*-beschikking te beschouwen als inspiratiebron voor een nadere regeling van de positie van de vakbonden ten aanzien van een doorstart uit faillissement. Veel hoeft er niet te worden gewijzigd. De rol van de vakbonden ligt net als de rol van de ondernemingsraad op het niveau van een adviesrecht op een moment dat dit nog van wezenlijke invloed kan zijn. Ook voor een buitenstaander als de vakbonden geldt dat de relatie met de curator die voortvloeit uit de SER Fusiegedragsregels op grond van het systeem van deze regels wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Er is overigens geen discussie over de vraag of de SER Fusiegedragsregels van toepassing zijn bij een doorstart uit faillissement. Dat is het geval.

Het ‘probleem’ zit in de omstandigheid dat de vakbonden niet worden geïnformeerd en geraadpleegd en als het wel gebeurt vrijwel altijd eerst na de faillietverklaring als de voorbereidingsfase al achter de rug is en de doorstart aanstaande is. Het Radboud-rapport (2016) laat zien waar het aan schort. Er is

37. HR 2 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982, *JAR* 2017/172 m.nt. Nekeman (*DA*) met commentaar van Zaal in *TRA* 2017/75.

Smallsteps: en hoe nu verder?

huiver de vakbonden tijdig te betrekken. De oorzaak zit in het ervaren risico van lekken van vertrouwelijke gegevens. De overgrote meerderheid van de geïnterviewden, zowel van de zijde van de vakbonden als van de zijde van de overige betrokken partijen, gaf aan dat het door vakbonden geheim kunnen houden van vertrouwelijke informatie een lastig probleem is.³⁸ Men lost dit in de praktijk op door de vakbonden niet te involveren.

Is het zo vreemd dat omtrent het onderhavige onderwerp geheimhouding aan de zijde van vakbonden een lastig punt is? Ik denk dat dit niet het geval is. Ik vermoed dat het door vakbondsbestuurders niet of lastig geheim kunnen houden verband houdt met het feit dat bij een doorstart zowel een overname als een reorganisatie aan de orde is. Bij overnames worden de vakbonden meestal tijdig vertrouwelijk geraadpleegd zonder dat dit op het gebied van de geheimhouding als problematisch wordt ervaren. Bij een doorstart is er veel meer aan de hand dan alleen een voorgenomen overname en dat meerdere is bovendien informatie met een explosief karakter. Ik meen dat de praktijk bij forse reorganisaties (zonder overname of doorstart) vaak kiest voor een aanpak waarbij 'de buitenwereld' (personeel, management en betrokken derden als de vakbonden of lokale overheden, soms ook de ondernemingsraad) op een bepaalde dag wordt geïnformeerd over het voorgenomen reorganisatiebesluit. Anders gezegd: bij een overname is het vertrouwen er dat het goed gaat met de geheimhouding, maar bij een forse reorganisatie ligt dit genuanceerder. Het is bij die stand van zaken bij een combinatie van overname en faillissement niet verwonderlijk dat het door vakbonden informatie vertrouwelijk kunnen houden door alle partijen als problematisch wordt ervaren.

Het lijkt me dat het punt van de geheimhouding niet zomaar eenvoudig valt op te lossen. Zoals bekend komt reputatie te voet. Mijn hoop zou liggen bij de gedachte dat een nieuwe regeling van de positie van de werknemers bij een doorstart uit een insolventieprocedure de kans biedt ook op dit front met een schone lei te beginnen.

5. Afsluitend

Deze bijdrage handelt over de mogelijke oplossingen van de na *Smallsteps* rond de doorstart uit faillissement ontstane situatie. Er zijn verschillende scenario's. Ik heb drie scenario's verkend. In het eerste scenario doet de wetgever niets. In het tweede scenario wordt slechts voorzien in de invoering van een gemitigeerd '662'-regime. Het derde scenario gaat uit van een algehele herziening van het ontslagrecht in en buiten faillissement inclusief invoering van een gemitigeerd '662'-regime. Een (voorlopige) analyse van de voor- en nadelen van de drie

38. Radboud-rapport (2016), p. 53/57.

scenario's laat zien dat de voorkeur uitgaat naar het derde scenario. Alles hangt immers met alles samen.

Vervolgens is ten behoeve van het over de verschillende scenario's te voeren debat ingegaan op de thema's die een rol spelen bij het nadenken over de ontslagbescherming van werknemers in onze insolventieprocedures (de faillissementsprocedure, de pre-pack en de surseance). Deze bijdrage verkende de contouren van de invoering van een gemitigeerd '662'-regime en een gemitigeerd 'ontslag'-regime voor deze insolventieprocedures.

Bij het gemitigeerd '662'-regime gaat het om regelgeving omtrent hetgeen verschuldigd is vóór het moment van de doorstart c.q. vóór de inleiding van de betreffende insolventieprocedure en regelgeving over het met akkoord van de betrokken vakbonden wijzigen van de geldende arbeidsvoorwaarden. Bij een gemitigeerd 'ontslag'-regime speelt de vraag wie de selectie van personeel voor een doorstart toetst en de vraag naar de betrokkenheid van ondernemingsraad en vakbonden. Het meest heikele punt is echter welke selectiecriteria zullen gelden voor het bepalen van de vraag wie met de doorstart mee mogen. Deze bijdrage breekt een lans voor de geobjectiveerde selectie op basis van een business plan.

Werknemers: internationale verwickelingen en ontwikkelingen

MR. M.A. BROEDERS¹

1. Inleiding

In de EU failleren naar schatting jaarlijks circa 200.000 bedrijven (600 per dag). Als gevolg gaan elk jaar 1,7 miljoen banen verloren. In een kwart van de gevallen gaat het daarbij om een grensoverschrijdende insolventie, waarbij crediteuren of debiteuren in meer dan een lidstaat zijn betrokken.² Grensoverschrijdende insolventies hebben over het algemeen verstrekkende gevolgen omdat er vaak grote(re) bedrijven bij zijn betrokken.³ Het internationaal insolventierecht komt er bij de Nederlandse wetgever echter benepen van af. Slechts een enkele afdeling, afdeling 10, wordt er in de Faillissementswet aan het onderwerp internationale insolventie gewijd. Deze afdeling levert bij lezing voor de gewone schuldenaar die geen bank of verzekeraar⁴ is teleurstelling op. Het meest bekaaid komen werknemers van de failliet er van af: de afdeling bevat daarover geen enkele bepaling.⁵

Hoe anders is het beeld op Europees niveau. Daar heeft men al sinds de jaren 70 oog voor de positie van de werknemers van noodlijdende bedrijven. Directe aanleiding was destijds de publieke verontwaardiging over een reorganisatie bij onder andere het – toen nog – Nederlands-Duits concern Akzo, waarbij werd

1. Mr. M.A. Broeders is advocaat te Amsterdam. Ik ben mijn kantoorgenoot mr. L. Slagman zeer erkentelijk voor haar hulp bij de totstandkoming van deze bijdrage.
2. Vergelijk p. 3 van de toelichting op de Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU, Staatsburg, 22.11.2016 COM (2016) 723 final, 2016/0359 (COD).
3. Vergelijk p. 3 van de toelichting op de Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures, en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU, Staatsburg, 22.11.2016 COM (2016) 723 final, 2016/0359 (COD).
4. Voor banken zijn in artikelen 212s – 212nn bepalingen over internationaal faillissementsrecht opgenomen. Voor verzekeraars zijn deze bepalingen te vinden in de artikelen 213n – 213ee.
5. Ik laat hier rusten dat de huidige beperkte regeling voor internationaal faillissementsrecht volstrekt niet langer voldoet aan de eisen van de huidige tijd.

besloten om 5000 overtollige werknemers te ontslaan in het land waar de kosten daarvoor het laagst waren.⁶ Het Sociaal Actie Programma dat de Raad van Ministers op 21 januari 1974 in reactie daarop aannam, moest de Europese Gemeenschap een sociaal gezicht geven.⁷ Dit Sociale Actie Programma leidde weer tot drie Europese Richtlijnen: de Insolventierichtlijn, de Richtlijn Collectief Ontslag en de Richtlijn overgang van Onderneming.⁸ Allemaal regelgeving (mede) gericht op de positie van de werknemer.

Inmiddels is er op Europees niveau wederom sprake van een belangrijk nieuw initiatief op het gebied van de positie van werknemers in de vorm van de ontwerp richtlijn betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures (hierna de **Ontwerp Richtlijn**).⁹

Hoofdoel van de Ontwerp Richtlijn is om onzekerheden over insolventieprocedures te verminderen en het risico op langdurige en complexe insolventieprocedures terug te dringen. In dat kader wordt ook uitdrukkelijk aandacht besteed aan de positie van de werknemer. De toelichting zegt daarover: “*Het voorstel is vooral gericht op een vermindering van de belangrijkste belemmeringen voor het vrije verkeer van kapitaal die voortvloeien uit verschillen in de herstructurerings- en insolventiestelsels van de lidstaten. Doel is dat alle lidstaten zich houden aan een aantal kernbeginselen inzake doeltreffende preventieve herstructureringsstelsels en tweedekansstelsels, en over maatregelen beschikken om alle soorten insolventieprocedures doeltreffender te maken*

-
6. P. Huffman, *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking*, diss., UvA, p. 29.
 7. Resolutie van de Raad van 21 januari 1974 betreffende een sociaal actieplan, *PbEG* 12 februari 1974, C 013.
 8. Zie voor de Insolventierichtlijn, *PbEG* 28 oktober 1980, L 283/23, nadien gewijzigd in Richtlijn 2002/74/EG, *PbEG* 8 oktober 2002, L270/10 en opnieuw vastgelegd in Richtlijn 2008/94/EG, voor de Richtlijn Collectief Ontslag, Richtlijn 98/59/EEG, zoals nadien gewijzigd bij Richtlijn van de Raad van 24 juni 1992 tot wijziging van de Richtlijn 75/129/EEG betreffende aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag (92/56/EEG), *PbEG* L 245 van 28 augustus 1002 en de Richtlijn van de Raad van 20 juli 1009 betreffende de aanpassing van de wetgeving van de lidstaten inzake collectief ontslag (98/59/EG), *PbEG* L 225 van 12 augustus 1998 en voor de Richtlijn Overgang van Onderneming, Richtlijn 2001/23/EG. Vgl. Ook P. Huffman, *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking*, diss., UvA, p. 30, p. 34 en p. 37.
 9. Voluit, www.eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/ALL/?uri=CELEX:52016PC0723. Eerder keurde de Commissie in 2014 een aanbeveling inzake herstructurering goed waarin ook het tweedekansbeleid aan de orde werd gesteld. Na de vaststelling die de aanbeveling twee maal geëvalueerd. Daaruit bleek dat de aanbeveling weliswaar een nuttig richtsnoer was voor lidstaten die hervormingen op het gebied van insolventie aan het doorvoeren waren, maar niet de gewenste consistente veranderingen in alle lidstaten had teweeggebracht. Vgl. ook de Ontwerp Richtlijn p. 9.

*door de duur en de kosten ervan te verlagen en de kwaliteit te verbeteren. Meer bepaald dragen dergelijke stelsels bij tot het vergroten van investerings- en arbeidskansen in de eengemaakte markt, het beperken van onnodige vereffening van levensvatbare bedrijven, het voorkomen van onnodig banenverlies, het voorkomen van de opeenstapeling van oninbare leningen, het vergemakkelijken van grensoverschrijdende herstructureringen en het verlagen van de kosten en vergroten van de kansen voor bonafide ondernemers die een nieuwe zaak willen opstarten”.*¹⁰

Deze doelstelling moet in het licht van de mogelijke implicaties van de Smallsteps uitspraak van het Europese Hof voor de Nederlandse herstructureringspraktijk zeker actueel worden geacht.¹¹ De bepalingen van de Ontwerp Richtlijn raken aan de positie van de werknemers als stakeholder groep bij herstructureringen. Het is in dit verband ook interessant om de Ontwerp Richtlijn en het ontwerp voor de Wet Homologatie onderhands akkoord ter voorkoming van faillissement (hierna de **WHOA**) met elkaar te vergelijken.¹² Voordat ik verder op de Ontwerp Richtlijn in ga, zal ik het fungerende internationaal insolventierecht bespreken zoals dat nu al relevant is voor de positie van werknemers bij een internationale insolventie.¹³ Ook zal ik kort ingaan op de Insolventierichtlijn, de Richtlijn Collectief Ontslag en de Richtlijn overgang van Onderneming.

2. De tweede Insolventieverordening en de positie van werknemers

Sinds 26 juni 2017 is de tweede insolventieverordening (EU) 2015/848 van kracht (hierna de **Insolventieverordening**).¹⁴ Door deze wijziging zijn preventieve/pre-insolventieprocedures onder het toepassingsgebied van de Insolven-

10. Ontwerp Richtlijn p. 6.

11. HvJ 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489.

12. www.internetconsultatie.nl/wethomologatie, voor het laatst geraadpleegd op []. Opgemerkt wordt overigens dat het nog wel even zal duren voordat de Ontwerp Richtlijn in Nederland realiteit wordt: de verwachting is dat het nog zeker twee jaar zal duren voordat de Ontwerp Richtlijn definitief wordt en daarna hebben lidstaten nog twee jaar de tijd om de richtlijn in hun nationale wetgeving te implementeren, zie artikel 34 van de Ontwerp Preventieve Herstructureringsrichtlijn.

13. Te weten de gewijzigde Europese Insolventieverordening (EU Verordening 2015/848) en het commune internationaal insolventierecht.

14. Verordening (EU) 2015/848 van het Europese Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (*PbEU* 2015, L 141).

tieverordening gebracht.¹⁵ Dit is een belangrijke uitbreiding van het toepassingsgebied van de Insolventieverordening. Met name deze laatste wijziging verbindt de Insolventieverordening met de Ontwerp Richtlijn. Daarmee preludeert de Insolventieverordening op de harmonisatie die de Ontwerp Richtlijn in de wetgeving van de lidstaten tot stand moet gaan brengen.¹⁶ De Insolventieverordening verplicht lidstaten niet om specifieke soorten procedures in te voeren of te waarborgen dat hun procedures effectief zorgen voor preventieve herstructurering en tweede kansen, bevat. Daartoe strekt de Ontwerp Richtlijn juist.

De Insolventieverordening bevat ten aanzien van de positie van werknemers enige relevante wijzigingen. In de oude verordening was in artikel 10 de verwijzingsregel opgenomen die het recht aanwees dat de rechtsgevolgen van de opening van de insolventieprocedure voor een arbeidsovereenkomst bepaalde. In de Verordening is deze verwijzingsregel met een aanvulling in artikel 13 teruggekeerd. In lid 1 van artikel 13 van de Insolventieverordening is nog steeds bepaald dat de rechtsgevolgen van de opening van de insolventieprocedure op arbeidsovereenkomsten en arbeidsrelaties uitsluitend worden bepaald door het recht van de lidstaat dat op de arbeidsovereenkomst van toepassing is. De *lex causae* van de arbeidsovereenkomst is dus bepalend voor de rechtsgevolgen van de opening van de insolventieprocedure. Deze verwijzingsregeling is gelijk aan artikel 10 van de oude verordening. Lid 2 van artikel 13 is nieuw toegevoegd. In artikel 13 lid 1, laatste zin is bepaald dat de verwijzingsregel van lid 1 ook geldt voor de autoriteit die op grond van het toepasselijke recht de bevoegdheid heeft om de wijziging of beëindiging van een arbeidsovereenkomst goed te keuren. In lid 2 van artikel 13 van de Insolventieverordening is nieuw toegevoegd dat de rechter van de lidstaat waar een secundaire procedure kan worden geopend de bevoegdheid behoudt om tot wijziging of beëindiging van arbeidsovereenkomst te beslissen, zelfs indien nog geen insolventieproce-

15. Het aantal bepalingen van de Insolventieverordening is bij deze operatie bijna in omvang verdubbeld. De wijzigingen zien op de navolgende onderwerpen: (a) aanvullingen op de definitie van COMI en de bevoegdheidsbepalingen (b) bepalingen die zijn gericht op de voorkoming van de opening van secundaire procedures (c) uitbreiding van de bepalingen over samenwerking tussen de hoofd- en secundaire procedures en de introductie van bepalingen over gerechtelijke samenwerking (d) de introductie van een nieuwe groep coördinatieprocedure (e) bepalingen die zijn gericht op de vereenvoudiging van de indiening van vorderingen in cross border insolventies (f) de introductie van een Europees insolventieregister en tot slot – maar niet in de laatste plaats – (g) de uitbreiding van het aantal procedures dat voor de Insolventieverordening *in scope* is.

16. Vgl. Overweging (10) van de Insolventieverordening.

dure in die lidstaat is geopend. Schaink stond al stil bij de achtergrond van deze toevoeging.¹⁷

Onder verwijzing naar de Rb. 's-Hertogenbosch 16 juni 2004, JOR 2004/213, m.nt. E. Loesberg (*Transbus*) concludeert Schaink dat de toevoeging vooral betekenis heeft in situaties waarin sprake kan zijn van oneigenlijk gebruik van secundaire procedures.¹⁸ In de ook door Schaink aangehaalde *Transbus* zaak was het volgende aan de orde: er was sprake van een Nederlandse werknemer van een winstgevende Nederlandse vestiging van een Engelse onderneming die in *administration* (een Engelse herstructureringsprocedure) verkeerde.¹⁹ De Engelse bewindvoerders vroegen daarop ten aanzien van de vestiging om opening van een faillissementsprocedure. De betrokken werknemer ging daarop in verzet. De stelling van de werknemer was dat ten aanzien van de Nederlandse vestiging geen faillissement had moeten worden geopend nu de vestiging niet in financiële problemen verkeerde, maar hoogstens een surseance van betaling. In welk geval de werknemer ontslagbescherming was blijven genieten. De betrokken werknemer betoogde ook dat uitsluitend de Engelse bewindvoerders tot ontslag bevoegd waren, nu de oude verordening in verband met de secundaire procedure uitsluitend repte over de bevoegdheid van de curator van de secundaire procedure ten aanzien van *goederen* die zich op het grondgebied van de lidstaat van de secundaire procedure bevinden. De rechtbank wees het verzet af omdat de Engelse bewindvoerders naar het oordeel van de rechtbank in het kader van een efficiënt beheer van de boedel voldoende belang hadden bij opening van de secundaire procedure. De Nederlandse curator kon dus tot ontslag overgaan. Eenzelfde soort kwestie speelde in feite ook bij het faillissement van Olympic Airlines S.A., waarbij in Griekenland een hoofdprocedure was geopend en ten aanzien van haar Nederlandse vestiging om opening van een secundaire procedure was verzocht. Daarop kwam de FNV in verzet met als oogmerk om de werknemers te beschermen tegen de gepercipieerde nadelige(re) gevolgen van het Nederlandse faillissement. Het verzet werd door de rechtbank Haarlem afgewezen, omdat van enig misbruik ten aanzien van de beslissing van de curator van de hoofdprocedure om de secundaire procedure te openen niet was gebleken.²⁰ Daarbij werd ook nog overwogen dat indien sprake is van een

17. P.R.W. Schaink, 'Arbeidsovereenkomst en insolventierecht', *Recht en Praktijk Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 281.

18. P.R.W. Schaink, 'Arbeidsovereenkomst en insolventierecht', *Recht en Praktijk Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 287.

19. In het Verenigd Koninkrijk wordt ervan uitgegaan dat een overdracht van een onderneming vanuit *administration* een overgang van onderneming is waarbij de werknemersbescherming uit hoofde van Richtlijn 2001/23/EG blijft gelden.

20. Rb. Haarlem 7 september 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BN9813 (*Olympic Airlines S.A.*).

buitenlandse insolventieprocedure die is aan te merken als een liquidatieprocedure in beginsel geldt dat de buitenlandse curator bevoegd is arbeidsovereenkomsten ex artikel 40 Fw op te zeggen. Waarbij in deze zaak gold dat de arbeidsovereenkomsten door Nederlands recht werden beheerst. Voor de situatie waar sprake is van een vestiging is relevant dat de Verordening nu dus is aangevuld doordat thans in artikel 13 lid 2 is bepaald dat de bevoegdheid van de rechter of andere autoriteit ten aanzien van het ontslag van werknemers die bij de nevenvestiging werkzaam zijn expliciet is vastgelegd. Ook geldt dat onder de Verordening in de Transbus zaak een andere uitkomst mogelijk zou zijn geweest, doordat een secundaire procedure nu ook een surseance van betaling kan zijn.

De rangorde, omvang en of sprake is van enig voorrecht ter zake de vordering van de ontslagen werknemer worden allen door de *lex concursus* beheerst. Vgl. artikel 7 lid 2 van de Insolventieverordening.

Is de Insolventieverordening niet van toepassing, dan geldt het *commune recht*. De Faillissementswet gaat wat betreft de werking van in Nederland geopende insolventies uit van het principe van universaliteit, doordat aan een in Nederland geopend faillissement wereldwijde werking wordt toegekend.²¹ Ten aanzien van de werking van buitenlandse faillissementen in Nederland is het vertrekpunt het territorialiteitsbeginsel. Een buiten Nederland geopend faillissement, zo was oorspronkelijk de gedachte komt in Nederland in beginsel geen effect toe. Deze benadering beperkt de gevolgen van de buitenlandse insolventie tot aan onze landsgrenzen. In het arrest Gustafsen/Mosk²² is door de Hoge Raad de absolute werking van het territorialiteitsbeginsel teruggeschroefd, doordat de Hoge Raad uitmaakte dat het op het faillissement toepasselijke recht het bestaan en de inhoud van de bevoegdheden van de curator bepaalt. De toepassing van dit beginsel bleef nadien in de praktijk echter nog onduidelijk. Recentelijk heeft de Hoge Raad in een aantal arresten in de Yukos zaak gelegenheid gehad deze onduidelijkheid weg te nemen. In HR 19 december 2008, *JOR* 2009/94, m.nt. Veder) oordeelde de Hoge Raad dat de rechtsgevolgen die door de *lex concursus* aan het faillissement van de schuldenaar worden verbonden, in Nederland worden erkend en zich uitstrekken tot het in Nederland gelegen vermogen van de schuldenaar, tenzij dat tot gevolg zou hebben dat onvoldane schuldeisers zich niet meer op het in Nederland gelegen vermogen van de schuldenaar kunnen verhalen. In het daarop volgende arrest van 13 september 2013, *JOR* 2014/50 m.nt. Bertrams heeft de Hoge Raad de toepassing van het territorialiteitsbeginsel verder verduidelijkt. De Hoge Raad

21. Vgl. art. 203-205 Fw waaruit volgt dat aan het Nederlandse faillissement in beginsel wereldwijde werking wordt toegekend. Vgl. ook HR 15 april 1955, *NJ* 1955/542, m.nt. Hijmans van den Berg (*Kallir/Comfin*).

22. HR 24 oktober 1997, *NJ* 1999/316 m.nt. Th.M. de Boer.

oordeelde dat de buitenlandse curator ook met betrekking tot in Nederland aanwezig vermogen dat tot de failliete boedel behoort, beheers- en beschikingshandelingen kan verrichten, mits de curator daartoe op grond van de lex concursus bevoegd is en zulks met respectering van eventuele ondertussen door andere crediteuren op die vermogensbestanddelen gelegde beslagen. We erkennen een niet EU-faillissement niet, maar eigenlijk toch wel.²³ Vertrekpunt is dat de opening van een faillissement of surseance een gesloten overeenkomst in beginsel ongemoeid laat en de overeenkomst beheerst blijft door het daarop van toepassing zijnde recht; de lex causae.²⁴ Wat betekent het voorgaande nu voor de beëindiging van de arbeidsovereenkomst in internationale insolventies waarbij niet EU landen zijn betrokken?

Beëindiging arbeidsovereenkomst door de curator

Allereerst de situatie waarbij sprake is van een in Nederland gevestigde schuldenaar ten aanzien waarvan in Nederland een faillissementsprocedure wordt geopend. Op deze insolventieprocedure zal Nederlands faillissementsrecht als de lex concursus van toepassing zijn. Er kunnen twee basis casus posities worden onderscheiden:

1. De arbeidsovereenkomst is aangegaan naar buitenlands recht;
2. De werknemer is werkzaam in het buitenland en de arbeidsovereenkomst is aangegaan naar Nederlands recht.

In casuspositie 1 verschillen de lex concursus en de lex causae van elkaar. In dat geval moet de vraag worden beantwoord of de voorliggende kwestie tot het faillissementsrecht behoort of dat het een aangelegenheid betreft die behoort tot het domein van de lex causae. Omdat wordt aangenomen dat de bevoegdheid tot beëindiging van de arbeidsovereenkomst in faillissement een faillissementsrechtelijk aangelegenheid is moet de Nederlandse curator ook bevoegd worden geacht de door vreemd recht beheerste arbeidsovereenkomst met een werknemer op grond van artikel 40 Fw te beëindigen.²⁵ Deze bevoegdheid geldt dus ongeacht het recht dat op de arbeidsovereenkomst van toepassing is (casuspositie 1). Indien Nederlands recht van toepassing is (casuspositie 2), geldt dat lex concursus en lex causae samenvallen. De vraag die zich dan aandient is die naar de extra territoriale rechtgevolgen van het Nederlandse faillissement. Door de universele werking van het Nederlandse faillissement geldt dat de curator geacht wordt tevens in staat te zijn de in buitenland werkzame werknemer te

23. Vgl. R.I.V.M. Bertrams in zijn noot onder *JOR* 2014/50.

24. P.R.W. Schaink, 'Arbeidsovereenkomst en insolventierecht', *Recht en Praktijk Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 269.

25. P.R.W. Schaink, 'Arbeidsovereenkomst en insolventierecht', *Recht en Praktijk Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 270.

ontslaan.²⁶ Casuspositie 1 en 2 kunnen ook worden gecombineerd, in welk geval het dus zou gaan om het ontslag van een in het buitenland werkzame werknemer van wie de arbeidsovereenkomst door buitenlands recht wordt beheerst. Ook in dat geval geldt dat de curator op grond van artikel 40 Fw moet worden geacht in staat te zijn om de betrokken werknemer te ontslaan.²⁷ De in het buitenland werkzame werknemer die het daarmee niet eens is – al dan niet gesteund doordat het recht van het land waar hij of zij werkzaam is, het Nederlandse faillissement niet erkent, schiet daar niet veel mee op. Hij of zij zal immers doorgaans in Nederland een vordering tegen de boedel dienen in te stellen. De uitkomst kan mogelijk anders zijn indien sprake is van een buitenlandse vestiging met lokaal actief.²⁸ Indien geen sprake is van een faillissement, maar van een surseance geldt dat er wel verschil kan zijn. De omstandigheid dat in het geval van ontslag gedurende surseance ex artikel 7:671a lid 1 BW toestemming is vereist, wordt geduid als een beperking die voortvloeit uit de *lex causae*. Deze beperking geldt zodoende niet voor werknemers die in het buitenland werkzaam zijn op basis van een arbeidsovereenkomst waarop geen Nederlands recht van toepassing.²⁹

Ten tweede de positie van de buitenlandse curator in Nederland, wanneer een buitenlandse insolventie procedure is geopend ten aanzien van een schuldenaar waarvan in Nederland werknemers actief zijn. Ook dan weer kunnen twee basis casusposities worden onderscheiden:

1. de werknemer is in Nederland werkzaam en de arbeidsovereenkomst is aangegaan naar buitenlands recht;
2. de werknemer is in Nederland werkzaam en de arbeidsovereenkomst is aangegaan naar Nederlands recht.

Op grond van de huidige stand van de rechtspraak moet worden aangenomen dat de buitenlandse curator bevoegd moet worden geacht in Nederland werkzame werknemers te ontslaan. Aan dat ontslag komt mijns inziens ook in de Nederlandse rechtssfeer werking toe. Indien en voor zover op grond van het op de arbeidsovereenkomst buitenlandse recht beperkingen zouden gelden, worden die, waar de *lex concursus* dat met zich brengt, ter zijde gesteld. Ditzelfde geldt ook wanneer de arbeidsovereenkomst door Nederlands recht wordt beheerst. Zelfs indien de buitenlandse insolventieprocedure een op de surseance van

26. HR 15 april 1955, *NJ 1955*, 542 (*Kalir /Comfin*) m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh.

27. P.R.W. Schaik, 'Arbeidsovereenkomst en insolventierecht', *Recht en Praktijk Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 272.

28. P.R.W. Schaik, 'Arbeidsovereenkomst en insolventierecht', *Recht en Praktijk Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 272.

29. P.R.W. Schaik, 'Arbeidsovereenkomst en insolventierecht', *Recht en Praktijk Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 273.

betaling gelijkende procedure is en de arbeidsovereenkomst door Nederlands recht wordt beheerst. Bepalend en doorslaggevend zijn de aard en omvang van de bevoegdheden van de curator uit hoofde van de fungerende lex concursus.³⁰

Door de curator in acht te nemen opzegtermijn

Over het antwoord op de vraag welke opzegtermijn in een internationale situatie in acht dient te worden genomen wordt in de literatuur verschillend gedacht. Centrale vraag is daarbij of de opzegtermijn moet worden bepaald aan de hand van de lex concursus en/of de lex causae. Polak, Van Apeldoorn, Loesberg en van Schaïnk concluderen – op verschillende gronden – dat de opzegtermijn een aspect van faillissementsrecht is.³¹ Daardoor bepaalt bij deze schrijvers de lex concursus de opzegtermijn. Berends toetst aan het arrest Gourdain/Nadler en concludeert op grond daarvan dat de opzegtermijn niet een kwestie van faillissementsrecht is en daarom door de lex causae wordt bepaald.³² Ik sluit mij aan bij de opvatting van de eerst genoemde schrijvers. Ondertussen verschilt deze opvatting wel van het regime van de Insolventieverordening waar de lex causae immers de opzegging beheerst. Vanuit de achtergrond van de opzet van de Insolventieverordening – waarbij een compromis wordt nagestreefd tussen enerzijds ‘universele’ erkenning en anderzijds bescherming van lokale belangen valt deze benadering te begrijpen, terwijl zij binnen de Unie waarschijnlijk ook wel niet tot onaanvaardbare resultaten zal leiden. In het commune internationaal privaatrecht wordt aard en omvang van de pre faillissementsvordering, alsmede de rangorde daarvan door de lex causae bepaald.³³ Het commune recht verschilt dus ook in dit opzicht van het regime zoals dat op grond van de Insolventieverordening geldt waar juist deze vragen door lex concursus worden beheerst.

30. Sinds 1 juli 2015 is de vereiste toestemming van het BBA vervangen door het vereiste van toestemming op grond van artikel 7:671a lid 1 BW. Daarmee is niet langer sprake van een typisch publiekrechtelijke ordeningsbepaling. Ik sluit mij ook hier bij Schaïnk aan en meen dat de bepaling ook niet (langer) van bijzonder dwingend recht is. Vgl. P.R.W. Schaïnk, ‘Arbeidsovereenkomst en insolventierecht’, *Recht en Praktijk Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 271.

31. P.R.W. Schaïnk, ‘Arbeidsovereenkomst en insolventierecht’, *Recht en Praktijk Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 273-274.

32. Berend, diss. (2011), p. 159-166 en HvJ 22 februari 1979, *NJ* 1979/564 m.nt. J.C. Schultz.

33. P.R.W. Schaïnk, ‘Arbeidsovereenkomst en insolventierecht’, *Recht en Praktijk Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 277.

3. Fungerende Europese Richtlijnen: Insolventierichtlijn, Richtlijn collectief ontslag, en Richtlijn overgang van onderneming

Ook naast de Insolventieverordening geldt dat de rechtspositie van werknemers bij insolventie in belangrijke mate door het Europese recht wordt beïnvloed. De Ontwerp Richtlijn laat nadrukkelijk de rechten van werknemers ongemoeid die worden gewaarborgd door de richtlijnen 98/59/EG,³⁴ 2001/23/EG,³⁵ 2002/14/EG,³⁶ 2008/94EG³⁷ en 2009/38/EG.³⁸ In deze Europese richtlijnen worden de sociale aspecten van communautaire insolventies door minimum harmonisatie geadresseerd. Ik bespreek kort de belangrijkste van deze richtlijnen in verband met de Ontwerp Richtlijn.

Richtlijn collectief ontslag (98/59/EG ³⁹

De Richtlijn collectief ontslag beoogt extra bescherming van werknemers bij collectief ontslag. In het Landsbanki-arrest bepaalde het Hof van Justitie dat de Richtlijn collectief ontslag ook in geval van faillissement moet worden nageleefd.⁴⁰ Bovendien oordeelde het Hof dat de verplichtingen op basis van de Richtlijn collectief ontslag ook door de curator moeten worden nageleefd.⁴¹ In Nederland is de Richtlijn collectief ontslag geïmplementeerd in de Wet

34. Richtlijn 98/59/EG van de Raad van 20 juli 1998 betreffende de aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake collectief ontslag (*PB* L 225 van 12.8.1998, p. 16).

35. Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen (*PB* L 82 van 22.3.2001, p. 16).

36. Richtlijn 2002/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende informatie en raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap (*PB* L 80 van 23.3.2002, p. 29).

37. Richtlijn 2008/94/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2008 betreffende de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever (*PB* L 283 van 28.10.2008, p. 36).

38. Richtlijn 2009/38/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 mei 2009 inzake de instelling van een Europese ondernemingsraad of van een procedure in ondernemingen of concerns met een communautaire dimensie ter informatie en raadpleging van de werknemers (*PB* L 122 van 16.5.2009, p. 28).

39. Richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 tot wijziging van Richtlijn 77/187/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van vestigingen, *PbEG* L 201/88 (1998).

40. HvJ EU 3 maart 2011, C-235/10 t/m C-239/10 (*Landsbanki*), r.o. 49.

41. HvJ EU 3 maart 2011, C-235/10 t/m C-239/10 (*Landsbanki*), r.o. 58.

Melding Collectief Ontslag (WMCO).⁴² Op grond van art. 3 lid 1 WMCO is sprake van collectief ontslag wanneer een werkgever voornemens is ten minste twintig arbeidsovereenkomsten met werknemers te doen eindigen binnen één werkgebied van het UWV op één of meerdere binnen drie maanden gelegen tijdvakken.⁴³

*Insolventierichtlijn (2008/94/EG)*⁴⁴

De Insolventierichtlijn beoogt werknemers bij insolventie van de werkgever een minimum aan bescherming te bieden door lidstaten te verplichten een fonds op te richten dat de honorering van onvervulde loonaanspraken waarborgt. De richtlijn is in 2008 in richtlijn 2008/94/EG gecodificeerd. Hoewel de Insolventierichtlijn de invulling van het begrip werknemer overlaat aan de lidstaten zelf, is bepaald dat deeltijdwerkers, werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en uitzendkrachten niet mogen worden uitgesloten van toepasselijkheid van de Insolventierichtlijn.⁴⁵ Lidstaten zijn op grond van de Insolventierichtlijn verplicht onvervulde loonaanspraken gedurende in ieder geval drie maanden te waarborgen.⁴⁶ Ten aanzien van internationale herstructurerings voorziet de richtlijn sinds 2002 in een bepaling voor ondernemingen die activiteiten verrichten in meerdere lidstaten.⁴⁷ In artikel 8bis is bepaald dat indien een insolvente werkgever vestigingen heeft in meer dan een lidstaat, het waarborgfonds van de lidstaat bevoegd is om de onvervulde aanspraken van de werknemers te honoreren, op het grondgebied waar de werknemers gewoonlijk hun arbeid verrichten of verrichtten.⁴⁸ De richtlijn is in de loongarantieregeling in art. 61 t/m 68 Werkloosheidswet geïmplementeerd. De loongarantieregeling is van toepassing in geval van faillissement, surseance van betaling en in de situatie waarin de werkgever anderszins blijvend is opgehouden te betalen.⁴⁹

42. Wet van 24 maart 1976, *Stb.* 223, houdende regelen inzake de melding van collectief ontslag, *Stb.* 1976, 223, zoals laatstelijk gewijzigd op 17 november 2011, *Stb.* 2011, 597.

43. Vgl. art. 3 lid 1 WMCO. De werkgebieden zijn Friesland, Groningen en Drenthe – Overijssel en Gelderland – Noord-Brabant en Limburg – Zuid-Holland en Zeeland – Flevoland en Utrecht – Noord-Holland.

44. Richtlijn 2008/94/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 oktober 2008 betreffende de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever, *PbEG* L 283/36 (2008).

45. P. Hufman, *'Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking'*, Sdu: Den Haag, p. 31.

46. Artikel 4 lid 2 Insolventierichtlijn 2008/94/EG.

47. Preambule punt 6 bij Richtlijn 2008/94/EG.

48. Ten aanzien van grensoverschrijdende insolventies voorzag richtlijn 80/987/EEG eerder niet in specifieke bepalingen. Pas naar aanleiding van HvJ EG 17 september 1997, nr. C-117/96 (*Mosbaek*) HvJ EG 16 december 1999, nr. C-198/98 (*Everson*) is art. 8bis ingevoerd.

49. Art. 61 WW.

*Richtlijn overgang van onderneming (2001/23/EG)*⁵⁰

De Richtlijn overgang van onderneming is in 1981 in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd in de thans geldende artikelen 7:662 tot en met 7:666 BW en in artikel 7:670 lid 8 BW (*Wet overgang van ondernemingen*), in de Wet cao, in de Wet op het algemeen verbindend en het onverbindend verklaren van bepalingen van collectieve arbeidsovereenkomsten (Wet Avv) en in de Faillissementswet.⁵¹ In *Smallsteps* heeft het Europese Hof een struikelblok voor de Nederlandse (pre-pack) praktijk gecreëerd.⁵² Ik laat dit arrest hier verder onbesproken. In artikel 7 van de richtlijn overgang van onderneming is verder bepaald dat de vervreemder gehouden is vertegenwoordigers van zijn eigen werknemers die daarbij betrokken zijn tijdig en voor de overgang informatie te verstrekken over onder meer de reden van de overgang en de juridische economische en sociale gevolgen van de overgang. Deze bepaling is in artikel 7:665a BW geïmplementeerd, waarbij opvalt dat de bepaling alleen ziet op ondernemingen waar geen ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging is in gesteld. Achtergrond hiervan is dat ervan wordt uitgegaan dat in gevallen waarin er wel een ondernemingsraad is, er op grond van artikel 25 sprake van een consultatieverplichting zal zijn.⁵³

*Richtlijn inzake raadpleging werknemers (2002/14/EG)*⁵⁴

Richtlijn 2002/14/EG betreft het recht van werknemersvertegenwoordigers op permanente informatie en raadpleging, onder meer ‘over beslissingen die ingrijpende veranderingen voor de arbeidsorganisatie of de arbeidsovereenkomsten kunnen meebrengen’. Noch in de faillissementswet, noch in de WOR is iets bepaald over de medezeggenschapsrechten van werknemers bij surseance of faillissement. De Hoge Raad heeft bepaald dat een adviesaanvraag niet verplicht is bij de aanvraag van surseance van betaling.⁵⁵ Er geldt geen

50. Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen, *PbEG* L 82/16 (2001).

51. Vgl. Art. 14a Wet CAO en art. 2a Wet AVV en art. 5, 13a, 67 en 72 Fw.

52. HvJ 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*), *JOR* 2017/217 m.nt. L.G. Verburg.

53. Zie ook J.J.M. van Mierlo, ‘Ondernemingsraad en insolventie: licht in de duisternis!’, *FIP* 2017 (5).

54. Richtlijn 2002/14/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap (*PB* L 80 van 23.3.2002, p. 29).

55. HR 06 juni 2001, *NJ* 2001/477 (*YVC IJsselwerf*).

adviesplicht voor de aangifte van eigen faillissement.⁵⁶ Volgens Zaal is de benoeming van een stille bewindvoerder in het geval van een pre-pack wel adviesplichtig op grond van artikel 25 lid 1 sub n WOR.⁵⁷ Ik deel deze mening niet. Met name omdat niet kan worden gezegd dat de benoeming van de stille bewindvoerder leidt tot een wijziging van zeggenschap of anderszins de organisatie van de onderneming wijzigt. Algemeen wordt aangenomen dat de WOR gedurende de surseance en het faillissement in beginsel onverkort van toepassing is bij voortzetting van de onderneming. De Hoge Raad heeft dit in het DA-arrest ook bevestigd. Het faillissement op zichzelf leidt er volgens de Hoge Raad niet toe dat de onderneming ophoudt te bestaan of niet langer in stand wordt gehouden. De Hoge Raad oordeelde verder dat de *vervreemding* in het kader van een doorstart of voortzetting van de onderneming door de curator ná opening van de faillissementsprocedure ex art. 25 WOR adviesplichtig is. Het advies van de Ondernemingsraad geldt volgens de Hoge Raad in beginsel niet bij zuiver op liquidatie gerichte handelingen van de curator. Verder wordt door de Hoge Raad onderkend dat de voorschriften van de WOR niet, althans niet in alle gevallen met het faillissement verenigbaar zijn.⁵⁸ Schaink noemt als een voorbeeld van een adviesplichtig besluit gedurende de surseance het aanbieden van een akkoord.⁵⁹

4. Ontwerp Richtlijn betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU

Alhoewel de Ontwerp Richtlijn een ontwerp betreft en waarschijnlijk is dat het ontwerp nog zal worden gewijzigd, vormt de richtlijn een belangrijke nieuwe loot aan de stam van het 'Europese insolventierecht'. De Europese tendens lijkt nadrukkelijk gericht op preventie en tweede kans, met als direct oogmerk het behoud van de levensvatbare onderneming en daarbij behorende banen. Werknemers hebben in de Ontwerp Richtlijn nadrukkelijk een eigen positie. De lidstaten zijn bij inwerkingtreding van de Ontwerp Richtlijn verplicht om effectieve preventieve herstructureringsprocedures te creëren. De toelichting bij

56. HR 06 juni 2001, NJ 2001/477 (*YVC IJsselwerf*), zie ook conclusie A-G. Zie anders ten aanzien van het voorgenomen besluit: I. Zaal, 'Faillissement en doorstart: de positie van de OR en vakbonden', *Arbeidsrecht* 2013/40.

57. I. Zaal, 'De rol van de OR bij een pre-pack: tijd voor een wettelijke regeling', *FIP* 2014(8).

58. HR 02 juni 2017, ECLI:NL:HR:2017:982, *JAR* 2017/172 m.nt. C. Nekeman (*DA*). Zie ook J.J.M. van Mierlo, 'Ondernemingsraad en insolventie: licht in de duisternis!', *FIP* 2017 (5). Zie ook elders in deze bundel.

59. P.R.W. Schaink, 'Arbeidsvereenkomst en insolventierecht', *Recht en Praktijk Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 258.

de Ontwerp Richtlijn neemt als uitgangspunt dat de doeltreffendheid van een herstructureringsproces wordt versterkt wanneer de werknemers adequaat en tijdig worden geïnformeerd en geraadpleegd.⁶⁰ In overweging (34) bij de Ontwerp Richtlijn is bepaald dat tijdens de preventieve herstructureringsprocedures werknemers volledige arbeidsrechtelijke bescherming moeten kunnen genieten. Daarbij wordt in overweging (34) expliciet de verplichting uit hoofde van Richtlijn 2002/14/EG genoemd om werkgeversvertegenwoordigers te informeren en te raadplegen over het besluit om gebruik te maken van een preventief herstructureringsstelsel. Overweging (34) stelt verder voorop dat lidstaten in beginsel de onvervulde aanspraken van werknemers zoals gedefinieerd in Richtlijn 2008/94/EG moet uitsluiten van elke schorsing van tenuitvoerlegging, ongeacht of deze vorderingen voor of na de schorsing zijn ontstaan. Een dergelijke schorsing mag alleen worden toegestaan voor de bedragen en voor de termijn waarvoor de betaling van deze vorderingen daadwerkelijk door andere middelen krachten het nationaal recht wordt gewaarborgd. Wanneer bestaande voorzieningen (lees voor Nederland de loongarantieregeling) uit hoofde van Richtlijn 2008/94/EG tot dekking van onvervulde aanspraken worden uitgebreid tot preventieve herstructureringsprocedures, dan is het uitsluiten van schorsing van tenuitvoerlegging niet langer gerechtvaardigd. Vgl. ook artikel 6 en 7 van de Richtlijn. Wanneer een insolventieprocedure onder toezicht staat van een bevoegde overheidsinstantie, kan een lidstaat krachtens artikel 5 lid 2, van Richtlijn 2001/23/EG (Richtlijn overgang van onderneming) bovendien bepalen dat eerdere schulden jegens een werknemer in het kader van overgang van onderneming niet overgaan op de verkrijger, mits de werknemers een vergoeding krijgen die ten minste gelijkwaardig is aan die welke zij zouden krijgen uit het bestaande waarborgfonds voor werknemers. Bovendien kunnen de arbeidsomstandigheden in overleg met de werknemers worden gewijzigd. De Ontwerp Richtlijn brengt hierin dus geen wijziging. In overweging (35) is bepaald dat werknemers die door het herstructureringsplan worden getroffen, in het kader van deze richtlijn het recht hebben om over dat plan te stemmen. Dit onverminderd het recht op informatie en raadpleging, onder meer over beslissingen die ingrijpende veranderingen

60. Aan de Ontwerp Richtlijn ging in 2014 een aanbeveling van de Europese Commissie over herstructurering en tweede kans vooraf C(2014) 1500 final, 12 maart 2014. Deze aanbeveling sterkte ertoe om lidstaten aan te sporen om (i) pre insolventieprocedures in te voeren en zodoende levensvatbare debiteuren te helpen bij herstructurering en dus insolventie te vermijden en (ii) een tweedekansbeleid voor ondernemers in te voeren zodat aan hen uiterlijk drie jaar na insolventie kwijting wordt verleend. De aanbeveling is daarop tweemaal geëvalueerd, waarna de Commissie concludeerde dat de aanbeveling niet het gewenste effect had. De aanbeveling werd, zo bleek, niet of in onvoldoende mate dan wel te weinig consistent overgenomen. Daarop is de Ontwerp Richtlijn als middel ingezet om het door de Commissie voorgestane doel te bereiken.

voor de arbeidsorganisatie of de arbeidsovereenkomsten kunnen meebrengen. Met het oog op de stemming over het herstructureringsplan, kunnen de lidstaten besluiten werknemers in een afzonderlijke categorie van schuldeisers onder te brengen, naast andere categorieën van debiteuren. De Ontwerp Richtlijn geeft werknemers, dus naast het al bestaande recht op informatie en raadpleging uit hoofde van Richtlijn 2002/14/EG, in beginsel het recht over een herstructureringsplan te stemmen indien dat hen raakt.⁶¹ Artikel 9 lid 2 regelt de goedkeuring van herstructureringsplannen door de betrokken crediteuren of categorieën van crediteuren. Artikel 14 regelt verder de gevolgen van herstructureringsplannen voor betrokken en niet betrokken partijen. In lid 2 van artikel 14 is bepaald dat crediteuren die niet zijn betrokken bij de goedkeuring van een herstructureringsplan, niet door het plan mogen worden geraakt. Vanuit werknemers-perspectief is verder artikel 18 van de Ontwerp Richtlijn nog interessant. Aan het bestuur van de onderneming wordt wanneer er een kans op insolventie bestaat de volgende verplichtingen opgelegd: (a) onmiddellijk maatregelen nemen om het verlies voor crediteuren, *werknemers*, aandeelhouders en andere belanghebbende te beperken; (b) terdege rekening houden met de belangen van crediteuren en andere belanghebbenden; (c) redelijke stappen ondernemen om insolventie te vermijden en (d) opzettelijke handelingen of grove nalatigheid vermijden die de levensvatbaarheid van de onderneming bedreigen. In artikel 31 lid 2 van de Ontwerp Richtlijn is ten overvloede nog eens bepaald dat de richtlijn geen afbreuk doet aan de rechten van werknemers die worden gewaarborgd door Richtlijnen 98/59/EG, 2001/23/EG, 2002/14EG, 2008/94/EG en 2009/38/EG.⁶² Voor zover een herstructurering gepaard gaat met de overgang van een onderdeel van een onderneming of vestiging dan geldt blijkens het regime van de Ontwerp Richtlijn dus dat Richtlijn 2001/23/EG en het niveau van bescherming van de werknemers dat daarin wordt gegarandeerd, volledig van toepassing is.

Met de WHOA is er een nieuw voorstel voor een nieuw Nederlands preventief herstructureringsproces. Het is interessant om de positie van werknemers in het regime van de Ontwerp Richtlijn en de WHOA te vergelijken. In de Memorie van Toelichting bij de WHOA wordt ook naar de Ontwerp Richtlijn verwezen als een van de redenen voor invoering van een preventieve herstructureringsprocedures als het onderhands dwangakkoord.⁶³ Overigens zonder dat in diezelfde (ontwerp) memorie wordt toegelicht op welke wijze (en

61. P. 12 toelichting op de Ontwerp Richtlijn.

62. Zie ook p. 12-13 van de Toelichting en Preambule (34) Voorstel voor Richtlijn betreffende preventieve herstructureringsstelsels, een tweede kans en maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van herstructurerings-, insolventie- en kwijtingsprocedures en tot wijziging van Richtlijn 2012/30/EU.

63. MvT, p. 3.

hoeverre) de Ontwerp Richtlijn door de WHOA wordt geïmplementeerd. Op grond van artikel 369 lid 9 WHOA zijn werknemers in de WHOA uitgezonderd van toepassing van de WHOA. Werknemers kunnen dus in het kader van de WHOA *niet* over een akkoord stemmen (vgl. artikel 378 lid 2 WHOA). Er wordt in tegenstelling tot de door de Ontwerp Richtlijn geboden mogelijkheid niet voor gekozen om werknemers onderdeel van het akkoord te laten zijn en hen in een aparte categorie in te delen. Ik vind dit een gemiste kans. Temeer nu de Ontwerp Richtlijn betrokkenheid van werknemers in de herstructurering mogelijk maakt. Ook de reeds bestaande richtlijnen – en met name ook de Richtlijn Overgang van Onderneming – staan toe dat werknemers in een herstructurering worden betrokken doordat de verplichtingen van de werkgever jegens de werknemers worden gewijzigd. In de memorie van toelichting bij de WHOA wordt nog eens nadrukkelijk onderstreept dat werknemers niet worden geraakt: *‘Nu het akkoord geen wijzigingen kan aanbrengen in verplichtingen van de schuldenaar jegens zijn werknemers, zullen werknemers ook nimmer aangemerkt kunnen worden als stemgerechtigde schuldeisers’*. Verder wordt in de toelichting geconstateerd dat een akkoord in de praktijk veelal onderdeel zal uitmaken van een breder reorganisatietraject. Waarbij wordt overwogen dat uit andere wetgevingen dan zou volgen dat partijen die alhoewel zij niet rechtstreeks door het akkoord worden geraakt toch bij het akkoordproces moeten worden betrokken. Daarbij wordt ter illustratie naar de WOR verwezen en volgt een opsomming van besluiten die bij herstructurering in het kader van een akkoord aan de orde kunnen zijn waarbij dan aan de Ondernemingsraad een adviesrecht toekomt. In dit opzicht volgt de WHOA dus de systematiek van de Ontwerp Richtlijn. Als voorbeelden van besluiten waarbij een adviesplicht aan de orde kan zijn worden genoemd een (i) belangrijke inkrimping, uitbreiding of andere wijziging van de werkzaamheden van de onderneming (ii) belangrijke wijziging in de organisatie van de onderneming, dan wel in de verdeling van de bevoegdheden binnen de onderneming of (iii) het aantrekken van een belangrijk krediet ten behoeve van de onderneming. Op grond van artikel 25 WOR dient de Ondernemingsraad dan in staat te worden gesteld om daarover advies uit te brengen, waarbij de memorie van toelichting opmerkt dat het in de rede ligt dat dit tijdig zal gebeuren. Daarna volgt een wat omineuze passage waaruit de conclusie lijkt te volgen dat indien de Ondernemingsraad niet positief heeft geadviseerd het akkoord *niet* kan worden gehomologeerd. Daarbij wordt in de toelichting naar artikel 381 lid 3 van het Wetsontwerp verwezen. Het feit dat de Ondernemingsraad negatief adviseert kan volgens mij *an sich* geen reden zijn om een homologatie te weigeren indien overigens aan de vereisten voor homologatie is voldaan. Met name ook omdat werknemers niet door het akkoord worden geraakt. Terwijl de WOR bovendien voorziet in de gevolgen van een negatief advies.

Werknemers worden vanuit Europa goed bedeed. Het fungerende commune Nederlandse insolventierecht steekt hier wat schril bij af. De rechtspositie van werknemers wordt enerzijds door de Insolventieverordening bestreken en anderzijds weten zij zich door verschillende Europese richtlijnen gedekt. De Ontwerp Richtlijn is de laatste loot aan de stam. De Europese tendens lijkt nadrukkelijk op preventie en tweede kans gericht, met als direct oogmerk het behoud van de levensvatbare onderneming en daarbij behorende banen. Werknemers zijn – zo lijkt de Europese boodschap – volwaardige stakeholders, ook in juridische zin. Werknemers dienen over het herstructureringsplan te worden geraadpleegd. Zij hebben daarover adviesrecht, indien aspecten van de herstructurering adviesplichtig zijn. Bijvoorbeeld het aangaan van een nieuwe financiering of een overgang van onderneming of wijziging van zeggenschap bij een *debt for equity swap*. Werknemers kunnen op grond van de Ontwerp richtlijn als aparte categorie van schuldeisers worden behandeld. In dat geval mogen zij ook over het herstructureringsplan stemmen. In de WHOA is hiervoor niet gekozen. Op grond van artikel 369 lid 9 zijn werknemers in de WHOA nadrukkelijk uitgezonderd van toepassing van de WHOA. Deze keuze is weliswaar verenigbaar met de Ontwerp Richtlijn, maar acht ik ongelukkig. De Richtlijn overgang van onderneming staat onder omstandigheden ook al aanpassing van arbeidsvoorwaarden toe. Indien door een preventieve herstructureringsprocedure de rechten van werknemers – met hun instemming – worden aangepast, doordat de werknemers daartoe bij meerderheid besluiten, dan wel de voldoening van (loon)vorderingen van werknemers die na een herstructurering resterend is gewaarborgd, zie ik daartegen ook geen bezwaar. Zo kunnen werknemers bijvoorbeeld in de gelegenheid worden gesteld om een loonoffer te brengen. De positie van werknemers wordt door de reeds bestaande richtlijnen al beschermd. De Ontwerp Richtlijn staat het toe dat werknemers als afzonderlijk categorie over een herstructurering kunnen stemmen. Daarmee kan hun positie verder worden verstevigd. Blijkens de toelichting bij de WHOA komt aan de Ondernemingsraad ook al een belangrijke rol toe. Deze rol valt mijns inziens beter te rechtvaardigen indien werknemers daadwerkelijk bij de herstructurering kunnen worden betrokken, doordat deze onder omstandigheden ook aan de rechtspositie van de werknemers raakt. Een voorwaarde daarvoor is dan wel dat werknemers als aparte categorie van crediteuren over het akkoord moeten kunnen stemmen. Alleen op deze wijze nemen werknemers als volwaardige stakeholders aan de herstructurering deel. Indien het herstructureringsproces voor één stakeholder groep een loterij zonder nieten zou worden, dan zal dat niet ten goede komen aan het proces en de uitkomst daarvan. De Ontwerp Richtlijn probeert juist aan dergelijke *hold out creditors* paal en perk te stellen. Het herstructureringsproces moet volgens de Ontwerp Richtlijn effectief en efficiënt zijn. De interactie tussen de WOR en de WHOA

roept de vraag op of het WOR proces geen nadelige impact op de (uitkomsten van) de preventieve herstructurering(sprocedure) zal hebben. Met name wanneer de suggestie juist zou zijn dat een negatief advies van de Ondernemingsraad een reden is om homologatie te onthouden. Dat lijkt mij onjuist indien overigens aan de vereisten voor homologatie is voldaan. Verder lijkt het mij zinvol om te bepalen dat de wachttermijn van een maand die uit hoofde van de WOR bij een negatief advies van de ondernemingsraad geldt, niet geldt voor het homologatieverzoek. Even aangenomen dat de Ontwerp Richtlijn ongewijzigd de eindstreep haalt, geldt dat de lidstaten op grond van artikel 34 van de Ontwerp Richtlijn 2 jaar vanaf de datum van inwerkingtreding hebben om hun nationale wetgeving in overeenstemming met de richtlijn te brengen.

5. Afsluitende conclusie

Het Europese recht is van belangrijke invloed op de rechtspositie van werknemers. Dit geldt ook in insolventiesituaties. Op Europees niveau zijn met inwerkingtreding van de Verordening de verwijzingsregels gewijzigd. Overigens geldt voor zowel de Europese verwijzingsregel van de Verordening, alsook voor de verwijzingsregels die onderdeel zijn van het commune internationaal insolventierecht dat beide niet steeds duidelijk zijn of in de praktijk even hanteerbaar. De Ontwerp Richtlijn raakt aan de positie van werknemers. Werknemers worden als aparte stakeholder groep, die ook over het akkoord kunnen stemmen onderscheiden. Dit is bij de WHOA anders, daar kunnen werknemers niet onderdeel zijn van een akkoordprocedure. Verder geldt blijkens de Ontwerp Richtlijn dat de bescherming die werknemers kunnen ontleen aan andere Europese richtlijnen inzake de rechtspositie van werknemers, waaronder bijvoorbeeld de Richtlijn overgang van onderneming, onverkort van kracht blijven. Ook de WHOA hanteert overigens dit uitgangspunt. Europa is dus zo slecht nog niet voor werknemers blijkt maar weer.

De gevolgen van de Wwz voor het insolventierecht

MR. DRS. H.H. KREIKAMP¹

1. Inleiding

Op 1 januari en 1 juli 2015 is de Wet werk en zekerheid (Wwz) in werking getreden.² De gevolgen van de Wwz voor het insolventierecht worden in deze bijdrage achtereenvolgens inzichtelijk gemaakt vanuit het perspectief van de onderneming in zwaar weer, de onderneming in surseance van betaling, de onderneming in faillissement en tenslotte vanuit het perspectief van de doorstartende ondernemer. Hierbij wordt aandacht besteed aan de inmiddels verschenen jurisprudentie. Waar van belang, wordt (in verband met de overige bijdragen in deze bundel) kort ingegaan op de medezeggenschapsaspecten (Wet Melding Collectief Ontslag en Wet op de Ondernemingsraden).

2. De belangrijkste veranderingen als gevolg van de Wwz

De per 1 januari en 1 juli 2015 in werking getreden Wwz is in belangrijke mate gebaseerd op een compromis van sociale partners, vervat in het Sociaal Akkoord *Meer werk, meer zekerheid* van 11 april 2013.³ Het ontslagrecht is sindsdien volledig geregeld in het BW.⁴ Het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) is vervallen.

Om een arbeidsovereenkomst te kunnen beëindigen, dient de werkgever een 'redelijke grond' voor ontslag te hebben. In art. 7:669 lid 3 BW is onder a t/m h een limitatieve opsomming opgenomen van acht redelijke gronden voor ontslag. De ontslaggrond bepaalt de ontslagroute (UWV of kantonrechter). In geval van ontslag wegens bedrijfseconomische gronden of van ontslag van werknemers die langer dan twee jaar arbeidsongeschikt zijn, dient de werkgever daarvoor toestemming voor opzegging aan het UWV te verzoeken.⁵ Indien van een van

1. Mr. drs. H.H. Kreikamp is advocaat bij Blauw Tekstra Uding te Amsterdam.

2. Wet werk en zekerheid (Wwz) van 14 juni 2014, *Stb.* 2014,21.

3. www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2013/04/11/kabinet-en-sociale-partners-eens-over-sociale-agenda-voor-arbeidsmarkt-van-de-21e-eeuw. Zie voorts: interview M.J.M.T. Keulaerds, 'De Wwz is er doorheen gejaast', *Advocatenblad*, december 2014, p. 24-27.

4. Op een aantal onderdelen vindt wel nadere invulling plaats bij AMvB of ministeriele regeling.

5. Art. 7:671a lid 1 BW.

de andere zes redelijke gronden voor ontslag sprake is, dient de werkgever de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden.⁶

De werkgever kan de arbeidsovereenkomst opzeggen met schriftelijke instemming van de werknemer.⁷ De werknemer heeft echter een bedenktijd van 14 dagen, waarin hij de instemming zonder opgaaf van redenen door een schriftelijke verklaring kan herroepen.⁸

De opzegging door de curator tijdens faillissement vindt nog steeds plaats op grond van een eigen bevoegdheid ex art. 40 Fw en door de werkgever tijdens surseance ex art. 239 Fw.⁹ Aan art. 7:667 lid 4 BW (Ragetlieregel)¹⁰ is toegevoegd dat er ook sprake is van rechtsgeldige opzegging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij opzegging door de curator op grond van art. 40 Fw.

De kantonrechter moet bij ontbinding bij de bepaling van het einde van de arbeidsovereenkomst uitgaan van de geldende opzegtermijn, waarbij de behandelduur van de ontbindingsprocedure in mindering wordt gebracht, maar er minimaal een termijn van een maand dient te resteren.¹¹ De datum waarop de arbeidsovereenkomst eindigt wordt hierdoor in beide procedures (kantonrechter en UWV) meer gelijk getrokken.

Als het UWV toestemming heeft geweigerd, kan de werkgever ontbinding van de arbeidsovereenkomst aan de kantonrechter vragen.¹² Als het UWV toestemming heeft verleend, kan de werknemer aan de kantonrechter herstel van de arbeidsovereenkomst verzoeken of toekenning van een billijke vergoeding.¹³ Tegen beschikkingen van de kantonrechter kan hoger beroep worden ingesteld en ook cassatie is mogelijk.¹⁴

6. Art. 7:671b lid 1 BW.

7. Art. 7:671 lid 1 BW. Op grond hiervan kunnen werkgever en werknemer een beëindigingsovereenkomst sluiten.

8. Art. 7:671 lid 2 BW.

9. Aanvankelijk was in art. 40 lid 4 Fw bepaald: dat de artikelen 7:669 en 7:671a BW niet van toepassing zijn, maar middels de Verzamelwet SZW 2015 is deze verduidelijkende bepaling geschrapt, omdat deze niet relevant zou zijn.

10. De Ragetlieregel regelt op welke wijze arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd eindigen, indien deze met een tussenpoos van minder dan 6 maanden is voorafgegaan door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

11. Art. 7:671b lid 8 BW.

12. Art. 7:671b lid 1 sub b BW.

13. Art. 7:682 BW.

14. Art. 7:683 BW.

De gevolgen van de Wwz voor het insolventierecht

In beide gevallen (ontslag via UWV of via kantonrechter) heeft een werknemer met een arbeidsovereenkomst die tenminste twee jaar heeft geduurd, recht op een zgn. transitievergoeding,¹⁵ tenzij er sprake is van ernstig verwijtbaar handelen van de werknemer. Deze vergoeding bedraagt over de eerste 10 jaar $1/3^e$ maandsalaris per dienstjaar en daarna een $1/2^e$ maandsalaris per dienstjaar.¹⁶ De transitievergoeding bedraagt maximaal € 79.000 of een jaarsalaris.¹⁷ Anders dan bij de kantonrechttersformule, is er geen leeftijdscorrectie meer vanwege dienstjaren.¹⁸ De door werkgevers vanaf 1 juli 2015 bij ontslag te betalen transitievergoeding is dus aanzienlijk lager dan de tot 1 juli 2015 te betalen ontslagvergoeding op basis van de kantonrechttersformule (afhankelijk van de leeftijd: 0,5 tot 2 maandsalarissen per gewerkt dienstjaar).¹⁹ De rechter kan niet van de transitievergoeding afwijken, tenzij sprake is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten. In dat geval kan de rechter een additionele ‘billijke vergoeding’ toekennen.²⁰

Er zijn overgangsregelingen op grond waarvan oudere werknemers onder bepaalde voorwaarden recht hebben op een hogere transitievergoeding²¹ en kleine werkgevers bij een ‘slechte financiële situatie’ een lagere transitievergoeding verschuldigd zijn.²² Indien de betaling van de transitievergoeding leidt tot ‘onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering’, kan de transitievergoeding door de werkgever in termijnen worden betaald. Deze regelingen worden besproken in paragraaf 3.

De transitievergoeding ‘is niet langer verschuldigd’, indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard of aan hem surseance van betaling is verleend.²³ Dit wordt besproken in de paragrafen 4 en 5.

Het opnemen van een proeftijd in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is alleen nog mogelijk, indien de overeenkomst is aangegaan voor meer dan zes

15. Art. 7:673 lid 1 BW.

16. Art. 7:673 lid 2 BW.

17. Art. 7:673 lid 2 BW. Dit maximumbedrag wordt jaarlijks aangepast en bedraagt per 1 januari 2018 € 79.000.

18. In art. 7:673a BW is wel een overbruggingsregeling voor oudere werknemers opgenomen. Deze regeling wordt hierna besproken.

19. Tot 35 jaar: 0,5; van 35 tot 45 jaar: 1,0; van 45 tot 55 jaar: 1,5 en > 55 jaar: 2.

20. Zie voor de billijke vergoeding o.a: art. 7:677 lid 5 sub b BW, art. 7:681 BW, art. 7:682 BW en art. 7:683 lid 3 BW.

21. Art. 7:673a BW.

22. Art. 7:673d BW.

23. Art. 7:673c lid 1 BW. De bepaling geldt ook indien de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is.

maanden.²⁴ Een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is slechts geldig indien het beding blijkens een schriftelijke motivering noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.²⁵ De gewijzigde ketenregeling²⁶ en de vereisten voor het aannemen van opvolgend werkgeverschap²⁷ hebben verstrekkende gevolgen voor doorstartende ondernemers. Deze wijzigingen worden besproken in paragraaf 6.

Er is een ‘aanzegplicht’ ingevoerd, waardoor de werkgever verplicht is om de werknemer bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (van zes maanden of langer) uiterlijk één maand voor afloop van die overeenkomst te informeren over het al dan niet voortzetten van die arbeidsovereenkomst, en zo ja, onder welke voorwaarden die voortzetting plaatsvindt.²⁸ Bij overtreding hiervan dient de werkgever de werknemer een vergoeding te betalen van maximaal een maandsalaris.²⁹

Tegelijk met de invoering van de Wwz is de Wet melding collectief ontslag (WMCO) enigszins aangepast. De belangrijkste wijziging houdt in dat de kantonrechter op verzoek van de werknemer de vernietiging van de opzegging door de werkgever kan uitspreken, indien de werkgever de belanghebbende werknemersverenigingen en de OR niet heeft geraadpleegd of niet aan de verplichting tot melding heeft voldaan.³⁰ In de oude regeling diende de werknemer middels een buitengerechtelijke verklaring een beroep te doen op de vernietigbaarheid van zodanige opzegging. De kantonrechter kan in plaats daarvan echter ook aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen.

3. Gevolgen van de Wwz voor de onderneming in zwaar weer

3.1 Inleiding

Met de inwerkingtreding van de Wwz is door de wetgever op een aantal plaatsen in Titel 10 van Boek 7 BW tegemoet gekomen aan werkgevers die in

24. Art. 7:652 lid 4 BW.

25. Art. 7:653 lid 2 BW. Zie voor een uitgebreide beschouwing over het concurrentiebeding de bijdrage van mr. E. Loesberg in deze bundel.

26. Art. 7:668a lid 1 BW.

27. Het begrip ‘opvolgend werkgeverschap’ komt voor in art. 7:668a lid 2 BW (ketenregeling), art. 7:673 lid 4 BW (transitievergoeding) en art. 7:652 lid 8 sub e BW (proeftijd).

28. Art. 7:668 lid 1 en 2 BW.

29. Art. 7:668 lid 3 BW.

30. Zie voor een uitgebreide beschouwing over de Wet melding collectief ontslag de bijdrage van L. Sprengers in deze bundel en over de rol van (de vakbonden) en de Ondernemingsraad de bijdrage van Ph. W. Schreurs.

De gevolgen van de Wwz voor het insolventierecht

een zwakkere financiële positie verkeren of dreigen te belanden. Voor kleine werkgevers (waarmee de wetgever het oog had op MKB-werkgevers) in een slechte financiële situatie geldt tijdelijk een lagere transitievergoeding. Kleine werkgevers zijn daarnaast uitgezonderd van de verplichting om aan oudere werknemers een hogere transitievergoeding te betalen. Indien de betaling van de transitievergoeding leidt tot ‘onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering van de werkgever’, mag de transitievergoeding onder voorwaarden in termijnen worden betaald. Deze regelingen worden hieronder besproken.

3.2 *Overgangsregeling kleine werkgevers in slechte financiële situatie (art. 7:673d BW)*

In art. 7:673d BW is in verband met de hoogte van de transitievergoeding voor kleine werkgevers (in beginsel minder dan 25 werknemers) tot 1 januari 2020 een overbruggingsregeling opgenomen. De criteria om in aanmerking te komen voor deze overbruggingsregeling zijn uitgewerkt in art. 24 lid 1 Ontslagregeling³¹ en in de “Uitvoeringsregels Ontslag om Bedrijfseconomische redenen”.³² In art. 7:673d lid 1 BW is bepaald wat onder een kleine werkgever wordt verstaan.

Volgens art. 7:673d BW worden bij kleine werkgevers bij de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst, maanden die zijn gelegen voor 1 mei 2013 buiten beschouwing gelaten, indien de arbeidsovereenkomst is geëindigd of niet is voortgezet wegens (kort gezegd) bedrijfseconomische omstandigheden die het gevolg zijn van een slechte financiële situatie van de werkgever.³³

De overgangsregeling geldt dus alleen voor ontslag om bedrijfseconomische redenen als hiervoor bedoeld. Als geen sprake is van een slechte financiële situatie, geldt de regeling niet.

31. Regeling van de minister van SZW van 23 april 2015 tot vaststelling van regels met betrekking tot ontslag en de transitievergoeding (Ontslagregeling), *Stcrt.* 11 mei 2015, 2015, 12685.

32. UWV Arbeidsjuridische dienstverlening, Den Haag, juli 2016: www.uwv.nl/werkgevers/Images/uitvoeringsregels-ontslag-om-bedrijfseconomische-redenen-juli-2016.pdf.

33. De in art. 7:669 lid 3 BW bedoelde omstandigheden waaraan in art. 7:673d lid 1 BW wordt verwezen zijn het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of het, over een toekomstige periode van ten minste 26 weken bezien, noodzakelijkerwijs vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering.

Van “een slechte financiële situatie” is volgens art. 24 lid 2 Ontslagregeling uitsluitend sprake indien:

- a. het netto resultaat van de onderneming van de werkgever over het boekjaar, bedoeld in het derde lid, en de twee daaraan voorafgaande boekjaren kleiner is geweest dan nul;
- b. de waarde van het eigen vermogen van de onderneming van de werkgever, als bedoeld in het Besluit modellen jaarrekening, negatief was aan het einde van het boekjaar bedoeld in het derde lid; en
- c. binnen de onderneming van de werkgever aan het einde van het boekjaar, bedoeld in het derde lid, de waarde van de vlottende activa kleiner is dan de schulden met een resterende looptijd van ten hoogste een jaar.

De bewijslast rust op de werkgever. Het is aan de werkgever die gebruik maakt van de mogelijkheid om een lagere transitievergoeding te betalen om aan te tonen dat aan deze voorwaarden voldaan is.³⁴ Partijen kunnen de rechter of het UWV verzoeken om vast te stellen of aan de voorwaarden is voldaan.³⁵ In art. 8 van de Regeling UWV Ontslagprocedure is geregeld dat partijen bij de behandeling van een verzoek om toestemming om de arbeidsovereenkomst op te zeggen het UWV kunnen vragen te beoordelen of aan de voorwaarden is voldaan bedoeld in art. 24 tweede lid, onderdelen a tot en met c, van de Ontslagregeling. Een dergelijk verzoek moet door de werkgever gelijktijdig met het verzoek om toestemming worden gedaan.

De voorwaarden van art. 24 Ontslagregeling zijn bijzonder streng en gelden cumulatief. Feitelijk komen de voorwaarden er op neer dat de werkgever technisch failliet is dan wel op het randje van faillissement verkeert. In alle drie de boekjaren voorafgaand aan het boekjaar waarin de arbeidsovereenkomst eindigt moet verlies zijn geleden.³⁶ Sinds de aanpassing met de Verzamelwet SZW 2016 per 1 januari 2016 is de tweede helft van het kalenderjaar

34. Zie onder andere de toelichting op art. 24 in de Ontslagregeling.

35. Zie art. 8 lid 1 Regeling Ontslagprocedure UWV (23 april 2015, *Stert.* 2015, 12688).

36. Ktr. Alkmaar 28 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1148; Ktr. Tilburg 30 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1838; Ktr. Rotterdam 11 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3578; Ktr. Breda 14 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3517, Ktr. Assen 5 juli 2016, *Prg.* 2016/293 (ECLI:NL:RBNNE:2016:3099), Ktr. Amsterdam 21 december 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:9037 en Ktr. Roermond 21 maart 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:2578. Zie voor een mildere toepassing Ktr. Maastricht 25 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:11580 (waarin lagere privé opnamen een kleine winst tot gevolg hadden). In Ktr. Eindhoven 25 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4887 werd daarentegen wel uitgegaan van het gemiddelde van de drie voorafgaande boekjaren.

De gevolgen van de Wwz voor het insolventierecht

voorafgaand aan het kalenderjaar waarin de ontslagprocedure is gestart bepaald.³⁷ De arbeidsovereenkomst moet geëindigd zijn wegens bedrijfseconomische omstandigheden; zie voor een zaak waarin het beroep op art. 7:673d BW (mede) werd afgewezen omdat de opzegging had plaatsgevonden wegens langdurige arbeidsongeschiktheid Ktr. Haarlem 20 juni 2016.³⁸ Manipulatie met de boekhouding of opzegtermijnen om onder de overbruggingsregeling te kunnen vallen wordt niet toegestaan.³⁹ Volgens de kantonrechter Eindhoven biedt de Ontslagregeling, in verband met de rechtszekerheid en de lastige verweerpositie van de werknemer, geen ruimte om tot een alternatieve wijze van het vaststellen van bedrijfsresultaten te komen middels een verklaring van de accountant omtrent de interpretatie van de bedrijfsresultaten.⁴⁰ Voor een geslaagd beroep op de overbruggingsregeling van art. 7:673d BW wordt verwezen naar Ktr. Rotterdam 11 mei 2016⁴¹ en naar Rb. Limburg 14 november 2016.⁴² Een zelfstandig tegenverzoek van een werkgever tot toekenning van een transitievergoeding op grond van art. 7:673d lid 1 BW werd door Ktr. Arnhem ambtshalve afgewezen wegens schending van de in art. 7:686a lid 4 sub b BW opgenomen vervaltermijn van drie maanden nadat de arbeidsovereenkomst is geëindigd.⁴³ Deze vervaltermijn van drie maanden geldt ook voor de werkgever die bij wijze van zelfstandig tegenverzoek een beroep wenst te doen op de overbruggingsregeling van art. 7:673d BW.⁴⁴

De Ktr. Rotterdam wees een beroep op art. 7:673d BW af, omdat de Nederlandse dochter weliswaar drie jaar verlies had geleden, maar het groepsresultaat door positieve resultaten van de Duitse moederverenootschap in twee van die drie jaar wel positief was.⁴⁵

37. Zie voor een toepassing hiervan Ktr. Breda 14 juni 2016, *RAR* 2016/144.

38. ECLI:NL:RBNHO:2016:4704. In vergelijkbare zin: Ktr. Utrecht 20 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4809.

39. Vgl. Ktr. Rotterdam 31 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4938 voor een geval waarin een lang vreemd vermogen werd omgezet in kort vreemd vermogen of Ktr. Den Bosch 8 juli 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:3644 waarin de werkgever een langere opzegtermijn in acht nam teneinde de arbeidsovereenkomst in een volgend boekjaar te laten eindigen; deze uitspraak is op 2 maart 2017 in hoger beroep bekrachtigd door het Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2017:858.

40. Ktr. Tilburg 30 maart 2016, *JAR* 2016/125 (ECLI:NL:RBZWB:2016:1838).

41. ECLI:NL:RBROT:2016:3578.

42. ECLI:NL:RBLIM:2016:9806.

43. Ktr. Arnhem 14 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1080.

44. Ktr. Arnhem 12 april 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:2159.

45. Ktr. Rotterdam 14 maart 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:1931.

3.3 *Overgangsregeling oudere werknemer: verzwaarde transitievergoeding (7:673a BW)*

In art. 7:673a BW is in verband met de hoogte van de transitievergoeding tot 1 januari 2020 een overbruggingsregeling opgenomen voor oudere werknemers. Indien de werknemer bij het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst 50 jaar of ouder is en de arbeidsovereenkomst ten minste 10 jaar heeft geduurd, is de transitievergoeding over elke periode van zes maanden dat de werknemer na het bereiken van de leeftijd van 50 jaar bij de werkgever in dienst is geweest, gelijk aan de helft van het loon per maand (derhalve een maandsalaris per dienstjaar).

Deze ‘verzwaarde transitievergoeding’ is dus alleen verschuldigd indien de werknemer op het tijdstip van ontslag 50 jaar of ouder is en ten minste 10 jaar in dienst is. De hogere berekeningsmaatstaf geldt volgens de parlementaire geschiedenis over de jaren dat de werknemer na zijn vijftigste bij een werkgever in dienst is geweest.⁴⁶ Over de wijze waarop de verzwaarde transitievergoeding berekend dient te worden zijn de meningen verdeeld.⁴⁷ Ook hier geldt het maximum van € 79.000 of 12 maandsalarissen.⁴⁸

De verzwaarde transitievergoeding geldt niet voor kleine werkgevers.⁴⁹ Volgens de parlementaire geschiedenis worden kleine werkgevers hiermee beschermd tegen een relatief zware financiële verplichting die de tijdelijke regeling voor oudere werknemers met zich mee kan brengen. Bij kleine werkgevers kan ontslag eerder noodzakelijk zijn wegens het ontbreken van mogelijkheden tot herplaatsing, terwijl kosten van een hoge transitievergoeding gelet op de grootte van de organisatie juist relatief zwaar kunnen drukken. Voorts geldt dat kleine werkgevers onder het oude recht relatief vaak gebruik maakten van de gemiddeld goedkopere UWV-route.

46. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 40-41.

47. Zie K. Hakvoort en P. Kruit, ‘Nooit te oud om te leren: de transitievergoeding voor de 50-plusser’, *TAP* 2014/6.

48. Art. 7:673 lid 2 BW.

49. Volgens art. 7:673a lid 2 BW, zoals gewijzigd per 1 januari 2016 (*Stb.* 2015, 464) is dat een werkgever die minder dan 25 werknemers in dienst had in de tweede helft van het kalenderjaar voorafgaand aan het kalenderjaar waarin voor de werknemer een ontslagvergunning is aangevraagd of een ontbindingsverzoek ingediend of, indien dat niet is vereist, waarin de arbeidsovereenkomst is opgezegd of van rechtswege eindigt en niet wordt voortgezet. Het gaat hierbij om het aantal werknemers, niet om het aantal FTE's: Rb. Noord-Holland 20 juni 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:4704.

3.4 *Transitievergoeding in termijnen betalen (7:673c lid 2 BW en 25 Ontslagregeling)*

“In het sociaal akkoord is overeengekomen dat het recht op een transitievergoeding niet geldt als de werkgever door het betalen daarvan in ernstige financiële problemen komt. In het wetsvoorstel wordt hiervoor een voorziening getroffen inhoudende dat de transitievergoeding niet verschuldigd is in de situatie van surseance van betaling of faillissement van de werkgever...”. “Daarnaast wordt het betalen van een transitievergoeding in de vorm van een betalingsregeling over een nader te bepalen periode mogelijk gemaakt als de betaling hiervan ineens tot onaanvaardbare gevolgen leidt voor de bedrijfsvoering”.⁵⁰

De uitwerking hiervan is art. 7:673c lid 2 BW. Daarin is bepaald dat indien de betaling van de transitievergoeding leidt tot ‘onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering van de werkgever’, de transitievergoeding onder door de Minister te bepalen voorwaarden in termijnen kan worden betaald. In art. 25 van de Ontslagregeling is bepaald dat de betaling gespreid kan worden over een periode van ten hoogste 6 maanden na de dag waarop de wettelijke rente verschuldigd wordt, derhalve een maand na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd.⁵¹

In art. 7:673c lid 2 BW, art. 25 van het Ontslagbesluit en de toelichting daarop is niet aangegeven in welke situatie betaling van de transitievergoeding leidt tot “onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering”. Ook uit de parlementaire geschiedenis wordt niet duidelijk wat dit criterium inhoudt.

Volgens de parlementaire geschiedenis wordt door de werkgever bepaald wanneer betaling van de transitievergoeding leidt tot onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering: ‘het [is] in eerste instantie aan de werkgever om te bepalen of het in één keer uitbetalen van de transitievergoeding leidt tot onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering. Als de werknemer meent dat de werkgever zich ten onrechte hierop beroept, kan hij naar de rechter die zich dan vervolgens zal moeten uitspreken over de vraag of betaling ineens inderdaad leidt tot onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering’.⁵²

In art. 7:673d BW (overbruggingsregeling kleine werkgevers) luidt het criterium “slechte financiële situatie van de werkgever”. Duidelijk is dat met het criterium

50. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 42.

51. In art. 7:686a lid 1 BW is geregeld dat de wettelijke rente over de transitievergoeding verschuldigd is vanaf een maand na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd.

52. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 3, p. 42 en p. 114 en *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 7, p. 83-85.

“onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering” in art. 7:673c lid 2 BW door de wetgever is gekozen voor een ander criterium. Anders dan bij art. 7:673d BW is het criterium niet uitgewerkt in de Ontslagregeling. Naar mijn mening zou dat alsnog moeten gebeuren. Een – wat mij betreft minder aantrekkelijk – alternatief is jurisprudentievorming over dit criterium in de rechtspraak.

De rechtspositie van de werknemer is naar mijn oordeel veel te zwak. De werkgever bepaalt of er sprake is van onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering en kan vervolgens besluiten tot betaling in termijnen. De werknemer die dit aan wil vechten dient een (kostbare) procedure bij de rechter te beginnen.⁵³ Die procedure zal relatief complex zijn, omdat onduidelijk is wat het criterium “onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering” inhoudt. Tegen de tijd dat er vonnis is gewezen, zal de maximale betaaltermijn van 6 maanden bovendien vaak al verstreken zijn.

4. Gevolgen Wwz voor de onderneming in surseance van betaling

4.1 Opzegging arbeidsovereenkomsten (art. 239 Fw en art. 7:669 jo 671a BW)

Ook onder de Wwz kan de werkgever met medewerking van de bewindvoerder⁵⁴ de arbeidsovereenkomsten opzeggen. Voor opzegging van de arbeidsovereenkomsten is ook onder de Wwz geen machtiging van de rechter-commissaris nodig.⁵⁵

Voor opzegging wegens ‘bedrijfseconomische redenen’⁵⁶ is toestemming van het UWV nodig.⁵⁷ Bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst op basis van een andere redelijke grond dient, afhankelijk van die grond, ofwel de kanton-

53. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 7, p. 83: “... merkt de regering op dat het in eerste instantie aan de werkgever is om te bepalen of het in één keer uitbetalen van de transitievergoeding leidt tot onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering. Als de werknemer meent dat de werkgever zich ten onechte hierop beroept, kan hij naar de rechter die zich dan vervolgens zal moeten uitspreken over de vraag of betaling ineens inderdaad leidt tot onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering.”

54. Art. 239 lid 1 jo art. 228 lid 1 Fw.

55. Benoeming van een rechter-commissaris is bij surseance volgens art. 223a Fw niet verplicht. In de praktijk wordt er wel een rechter-commissaris benoemd. Volgens art. 223a Fw “...teneinde de bewindvoerders op hun verzoek van advies te dienen”.

56. Zie voor de volledige omschrijving art. 669 lid 3 sub a BW: het vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van de beëindiging van de werkzaamheden van de onderneming of het, over een toekomstige periode van ten minste 26 weken bezien, noodzakelijkerwijs vervallen van arbeidsplaatsen als gevolg van het wegens bedrijfseconomische omstandigheden treffen van maatregelen voor een doelmatige bedrijfsvoering.

57. Art.7: 669 jo art.7: 671a BW.

De gevolgen van de Wwz voor het insolventierecht

rechter, ofwel het UWV geadieerd te worden.⁵⁸ Op de UWV-procedure is de Ontslagregeling van toepassing; bij de bepaling van de volgorde van ontslag zal met name het afspiegelingsbeginsel een belangrijke rol spelen.⁵⁹

De kennelijk-onredelijk-ontslag procedure van art. 7:681 BW (oud) is sinds 1 juli vervallen. In plaats daarvan kan de werknemer vernietiging van de opzegging van de arbeidsovereenkomst vorderen ex art. 7:681 BW (nieuw) of herstel van de arbeidsovereenkomst vorderen ex art. 7:682 BW; beide artikelen voorzien ook in de mogelijkheid om in plaats daarvan een billijke vergoeding te verzoeken.

De opzegtermijn van de werkgever bedraagt volgens art. 239 Fw zes weken of, indien de termijn volgens art. 7:672 lid 2 BW langer is, die langere termijn.⁶⁰ Bij opzegging met toestemming van het UWV wordt de opzegtermijn verkort met de duur van de procedure (datum ontvangst verzoek – datum toestemming), maar de opzegtermijn bedraagt ten minste een maand.⁶¹ De duur van de procedure bij het UWV is verkort; volgens de Regeling UWV Ontslagprocedure⁶² is het de bedoeling om binnen 4 weken na een complete aanvraag een beslissing te nemen; complexe procedures kunnen langer duren. De opzegtermijn die de werknemer in acht moet nemen bedraagt een maand.⁶³

De Wet Melding Collectief Ontslag blijft bij surseance van toepassing. Het voornemen tot ontslag van ten minste 20 werknemers dient aan de vakbonden te worden gemeld en deze dienen te worden geraadpleegd.⁶⁴ Indien deze verplichtingen niet worden nagekomen, is de opzegging van de arbeidsovereenkomst vernietigbaar.⁶⁵ Volgens art. 5a lid 1 WMCO kan een arbeidsovereenkomst niet eerder worden opgezegd dan een maand na de melding.

58. Zie art. 7:669 lid 3 sub a t/m h BW voor de daar vermelde 'redelijke gronden'.

59. Zie art. 11 t/m 16 Ontslagregeling.

60. Volgens art. 7:672 lid 2 BW bedraagt de opzegtermijn bij een dienstverband van 5 tot 10 jaar 2 maanden, bij een dienstverband van 10 tot 15 jaar 3 maanden en bij een dienstverband van meer dan 15 jaar 4 maanden.

61. In art. 239 lid 2 Fw wordt ten onrechte verwezen naar art. 7:672 lid 3 BW. De opzegtermijn van een maand voor de werknemer dient naar mijn oordeel gebaseerd te worden op art. 7:672 lid 4 BW.

62. Regeling UWV Ontslagprocedure 3 april 2015, *Stcrt.* 11 mei 2015, 2015, 12688.

63. Art. 7:672 lid 4 BW.

64. Art. 3 Wet Melding Collectief Ontslag.

65. Art. 7 Wet Melding Collectief Ontslag. De kantonrechter kan de vernietiging van de opzegging uitspreken op verzoek van de werknemer. In plaats daarvan kan aan de werknemer een billijke vergoeding worden toegekend.

De literatuur is verdeeld over de vraag of bij surseance de opzegverboden van toepassing zijn⁶⁶ en jurisprudentie hierover is niet voorhanden.

Uit het arrest van de Hoge Raad in de IJsselwerfzaak uit 2001⁶⁷ wordt afgeleid dat het aanvragen van surseance van betaling niet adviesplichtig is als bedoeld in art. 25 WOR. In r.o. 3.4 overwoog de Hoge Raad wel: “Voor zover de surseance van betaling aangevraagd zou worden in verband met de mogelijke bedoeling de onderneming geheel of gedeeltelijk te staken, verdient opmerking dat het adviesrecht van de OR na de verleende surseance van betaling in stand blijft”. Indien de onderneming tijdens surseance wordt voortgezet, blijft de WOR van toepassing.⁶⁸

4.2 *Transitievergoeding in surseance niet langer verschuldigd (art. 7:673c lid 1 BW)*

4.2.1 *Werknemer geen recht op transitievergoeding bij surseance*

Een belangrijke wijziging als gevolg van de Wwz is art. 7:673c lid 1 BW. “De transitievergoeding, bedoeld in de artikelen 673, lid 2, en 673a, lid 1, is niet langer verschuldigd, indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard, aan hem surseance van betaling is verleend of op hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is.”

De werknemer heeft derhalve geen recht op de transitievergoeding indien de arbeidsovereenkomst tijdens (voorlopige) surseance op grond van art. 239 Fw door de werkgever (met medewerking van de bewindvoerder) wordt opgezegd.

Bij ontslag wegens bedrijfseconomische redenen dient, zoals hiervoor vermeld, toestemming tot opzegging aan het UWV te worden gevraagd. Onder het recht van voor 1 juli 2015 kon het UWV weliswaar geen ontslagvergoeding aan de werknemer toekennen, maar kon de werknemer daar wel aanspraak op maken middels de kennelijk-onredelijk-ontslag procedure van art. 7:681 BW (oud).

66. P.R.W. Schaik, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Wolters Kluwer 2017, paragraaf 3.6.1. Schaik bepleit een zo gering mogelijke daadwerkelijke hantering van opzegverboden in surseance, met respectering van het opzegverbod t.a.v. zwangere en net bevallen werknemers, in lijn met de praktijk van het UWV.

67. HR 6 juni 2001, *JOR* 2001/146 (m.nt. Kortmann) (*YVC IJsselwerf BV/OR YVC IJsselwerf BV*).

68. Vgl. in dit verband ook HR 2 juni 2017, *JOR* 2017/248 (m.nt. Kortmann) (*OR DA Retailgroep BV en OR Retail Shared Service Centre BV/DA Retailgroep BV, Retail Shared Service Centre BV en Lensink q.q.*).

De gevolgen van de Wwz voor het insolventierecht

Sinds 1 juli 2015 is in de wet klip en klaar bepaald dat de transitievergoeding niet verschuldigd is indien aan de werkgever surseance van betaling is verleend.

In de Memorie van Toelichting bij de WWZ⁶⁹ wordt de volgende toelichting gegeven. “In deze situaties is duidelijk dat de werkgever niet langer in staat is de transitievergoeding te betalen. Dat heeft in relatie tot de overnameverplichting, bedoeld in Hoofdstuk IV van de WW, tot gevolg dat de transitievergoeding buiten de loonovername door UWV valt.”. Deze ratio achter het niet (langer) verschuldigd zijn van een transitievergoeding wordt ook gegeven door De Wolff: “het voorkomen van WW-lasten op grond van de overnameverplichting van het UWV bij betalingsonmacht van werkgevers”.⁷⁰ Deze achterliggende gedachte lijkt echter niet juist. Een door de rechter toegekende ontslagvergoeding (o.g.v. art. 7:685 BW) en een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag (ex art. 7:681 BW) vallen niet onder de Loongarantieregeling. Deze vergoedingen vallen echter wel onder het begrip ‘loon’ in art. 67 WW, maar kunnen niet worden toegerekend aan de periode van 13 weken voorafgaand aan faillissement of surseance. De gedachte hierachter is dat ontslagvergoedingen bedoeld zijn ter compensatie van inkomensverlies na afloop van de arbeidsovereenkomst. Niet valt in te zien op grond waarvan vanaf 1 juli 2015 in het kader van de Wwz een transitievergoeding wel onder de Loongarantieregeling zou vallen. Ook de transitievergoeding is immers bedoeld ter compensatie van inkomensverlies na afloop van de arbeidsovereenkomst. In de Loongarantieregeling zijn in het kader van de Wwz in hoofdstuk IV WW wel wijzigingen doorgevoerd, maar er is niet bepaald dat een transitievergoeding onder de loongarantieregeling komt te vallen.

4.2.2 *Recht op reeds verschuldigde transitievergoeding vervalt bij surseance*

Ook het recht op betaling van een per datum (voorlopige) surseance reeds verschuldigde transitievergoeding (derhalve een bestaande vordering) komt te vervallen; in dat geval is de transitievergoeding ‘niet langer’ verschuldigd.

In de Memorie van Toelichting is ten aanzien van art. 7:673c BW daarover het volgende overwogen: “Indien de betaling van de transitievergoeding, bedoeld in de artikelen 673, lid 2, en 673a, lid 1, leidt tot onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering van de werkgever, kan de transitievergoeding onder bijregeling van Onze Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid te bepalen

69. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 114.

70. D.J.B. de Wolff, ‘De (opvolgende) arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd’, *ArbeidsRecht* 2014, nr. 49.

voorwaarden in termijnen worden betaald.” ... “Het kan zich voordoen dat een werkgever die gebruik maakt van de mogelijkheid om in termijnen te betalen failliet gaat. Op grond van het eerste lid is dan het nog niet betaalde deel van de transitievergoeding niet langer verschuldigd. Hetzelfde geldt uiteraard als surseance van betaling wordt verleend [...]”.⁷¹

Overigens ziet art. 673c lid 1 BW alleen op de transitievergoeding. Andere vergoedingen, zoals bijvoorbeeld een ontslagvergoeding die is overeengekomen op basis van een beëindigingsovereenkomst ex art. 7:670b BW of een ontslagvergoeding op basis van een cao of sociaal plan, vervallen niet bij surseance (of faillissement). Aan werknemers toegekende billijke vergoedingen⁷² zijn geen transitievergoedingen en vervallen evenmin.

Volgens Loesberg vervalt een transitievergoeding niet als deze is opgenomen in een (onherroepelijke) rechterlijke uitspraak, omdat rechterlijke uitspraken door het aanwenden van een rechtsmiddel dienen te worden aangetast.⁷³ Werknemers doen er volgens hem daarom verstandig aan een executoriale titel voor de transitievergoeding te verkrijgen op de voet van art. 7:686a lid 4 BW. De bedoeling van de wetgever met art. 7:673c lid 1 BW lijkt mij echter evident (verval van de transitievergoeding) en in de parlementaire geschiedenis wordt geen onderscheid gemaakt tussen transitievergoeding die wel en die niet zijn opgenomen in een rechterlijke uitspraak. Bovendien zouden werknemers die via het UWV zijn ontslagen dan – vergeleken met werknemers die via de kantonrechter worden ontslagen - een extra procedure moeten voeren en extra kosten moeten maken om een executoriale titel te krijgen voor de transitievergoeding. De ontslagvergunning van het UWV is immers geen executoriale titel (de transitievergoeding wordt er zelfs niet eens in vermeld).

4.2.3 *Gevolgen voor werknemer*

Het gevolg van het vervallen van een reeds verschuldigde transitievergoeding is voor werknemers ingrijpend. De werknemer kan zijn vordering tot betaling van een (vervallen) transitievergoeding niet vergoed krijgen door het UWV in het

71. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 114.

72. Aan de werknemer kan een billijke vergoeding worden toegekend op grond van art. 7:671b lid 8 sub c BW, art. 7:671b lid 9 sub b BW, art. 7:671c lid 2 sub b BW, art. 7:671c lid 3 sub b BW, art. 7:673 lid 9 sub a en b BW, art. 7:681 lid 1 BW, art. 7:682 lid 1 sub b en c BW, art. 7:682 lid 2 sub b BW, art. 7:682 lid 3 BW, art. 7:682 lid 4 sub b BW, art. 7:682 lid 5 sub b BW of art. 7:683 lid 3 BW.

73. E. Loesberg, ‘De Wet werk en zekerheid en insolventie van de werkgever’, *ArbeidsRecht* 2015/8.

De gevolgen van de Wwz voor het insolventierecht

kader van de Loongarantieregeling.⁷⁴ Op Kamervragen over de oprichting van een faillissementsfonds waaruit bij faillissement of surseance een transitievergoeding kan worden betaald, heeft Minister Asscher destijds afwijzend gereageerd.⁷⁵

De ontslagvergoedingen die onder het oude recht op grond van art. 7:685 BW of art. 7:681 BW aan werknemers werden toegekend, bleven in geval van surseance (en faillissement) bestaan en hadden op grond van art. 3:288 BW een preferente status.⁷⁶ Ingevolge art. 232 Fw werkt de (voorlopige) surseance van betaling bovendien niet ten aanzien van deze preferente vorderingen, waardoor de werknemer met een vordering tot betaling van een ontslaguitkering in surseance een sterke positie had. Daarnaast is het gebruikelijk om bij aanbieding van een akkoord in surseance (of faillissement) aan preferente schuldeisers het dubbele percentage aan te bieden dat aan concurrente schuldeisers wordt aangeboden.

De in de Memorie van Toelichting verwoorde vooronderstelling, dat met art. 7:673c lid 1 BW wordt voorkomen dat de anders bij faillissement of (voorlopige) surseance verschuldigde transitievergoedingen in het kader van de loongarantieregeling ten laste komen van het UWV, lijkt onjuist. Dan blijft over de gedachte dat de werkgever in geval van faillissement of surseance niet langer in staat is om per datum faillissement of surseance reeds verschuldigde transitievergoedingen te betalen. Dat is in zoverre juist, dat de werkgever in geval van faillissement of surseance van betaling meestal niet in staat zal zijn om reeds verschuldigde transitievergoedingen *volledig* te betalen. Maar in sommige gevallen is dat wel (gedeeltelijk) mogelijk. Dat de werkgever niet in staat is om de reeds verschuldigde transitievergoedingen (geheel) te betalen, is echter geen valide argument om het vorderingsrecht van de werknemer te

74. Zoals hiervoor vermeld, zijn ontslagvergoedingen bedoeld ter compensatie van inkomensverlies na afloop van de arbeidsovereenkomst en kunnen deze vergoedingen niet worden toegerekend aan de periode van 13 weken voorafgaand aan faillissement of surseance.

75. “Ik vind dat je zuiver moet houden dat die transitievergoeding bedoeld is om de transitie mogelijk te maken. Bij een faillissement kan een bedrijf dat niet meer doen. Als je dan een collectieve voorziening maakt, heb je weer het risico dat er wordt afgewenteld op de samenleving, dat het ten koste zou gaan van goede sociale plannen, of dat werkgevers zeggen: ik hoef niet zo veel te reserveren, want als het misgaat heb je altijd die achtervang nog.” ... “Om daarbovenop die transitievergoeding te gaan garanderen zou in mijn ogen als negatief effect kunnen hebben dat werkgevers minder voorzieningen aanleggen, minder reserveren,...”. ... “Ik ben bang dat dat een perverse prikkel met zich meebrengt om minder te reserveren voor de transitievergoeding, om minder fatsoenlijke sociale plannen af te sluiten.”. *Handelingen II* 2013/14, nr. 54, item 9, p. 30.

76. Er vanuit gaande dat de datum van de beschikking vóór datum faillissement lag en de ontslagvergoeding vóór faillissement opeisbaar was.

laten vervallen. De werkgever is in geval van faillissement of (voorlopige) surseance ook niet in staat om andere schulden (geheel) te betalen en die andere schulden komen in geval van faillissement of (voorlopige) surseance ook niet te vervallen.

Zoals ik eerder heb aangegeven, valt naar mijn oordeel niet te rechtvaardigen dat de reeds verschuldigde transitievergoedingen wel vervallen bij faillissement of surseance en alle andere vorderingen niet. Deze keuze vormt daarom een willekeurige en arbitraire inbreuk op het beginsel van gelijkheid van schuldeisers. Loesberg noemt art. 7:673c lid 1 BW een curieuze bepaling en ziet geen grond voor deze (meer dan) ongelijke behandeling.⁷⁷ Vorderingen tot betaling van reeds verschuldigde transitievergoedingen behoren wat mij betreft in geval van faillissement op de gebruikelijke wijze ter verificatie bij de curator te kunnen worden ingediend en hun huidige (preferente) status in geval van surseance van betaling te behouden.⁷⁸

4.3 *Vergoeding aanzegplicht niet langer verschuldigd (art. 7:668 lid 3 BW)*

Zoals hiervoor is vermeld, is er een ‘aanzegplicht’ ingevoerd, waardoor de werkgever verplicht is om de werknemer bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd voor afloop van die overeenkomst te informeren over het al dan niet voortzetten van die arbeidsovereenkomst. Als de werkgever te laat of niet aanzegt, is hij aan de werknemer een vergoeding verschuldigd. Volgens art. 7:668 lid 3 BW is deze vergoeding eveneens niet langer verschuldigd, indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard, aan hem surseance van betaling is verleend of op hem de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen van toepassing is.

4.4 *Arbeidsrechtelijke reorganisatie in surseance*

Indien betaling van de transitievergoeding leidt tot ‘onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering van de werkgever’, kan de transitievergoeding op grond van art. 7:673c lid 2 BW in termijnen worden betaald. Indien vervolgens surseance van betaling wordt verleend, vervalt het recht op betaling van de nog niet betaalde termijnen.

77. E. Loesberg, ‘Enige opmerkingen over de Wet werk en zekerheid en de positie van de werknemer’, *FIP* 2015/6.

78. H.H. Kreikamp, ‘Transitievergoeding werknemer vervalt bij faillissement en surseance: een nieuwe ontsappingsroute voor werkgevers?’, *FIP* 2015 (4) 226.

De gevolgen van de Wwz voor het insolventierecht

Voor herstructurering van een ondernemer in zwaar weer, die voorziet dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan,⁷⁹ biedt het ingevolge art. 7:673c lid 1 BW niet verschuldigd zijn of vervallen van transitievergoedingen bij surseance de volgende twee mogelijkheden.

- i) De werkgever kan op de voet van art. 214 Fw surseance van betaling aanvragen. Ingevolge art. 215 lid 2 Fw zal de rechtbank dadelijk de gevraagde surseance voorlopig verlenen. De werkgever kan vervolgens bij het UWV toestemming vragen voor opzegging van arbeidsovereenkomsten wegens bedrijfseconomische redenen.⁸⁰ Omdat de surseance niet is gericht op liquidatie van de onderneming maar op continuïteit, zal het toestemmingsverzoek betrekking hebben op een deel van de werknemers. Op de ontslagprocedure is de Ontslagregeling van het UWV van toepassing. Bij de bepaling van de volgorde van ontslag zal met name het afspiegelingsbeginsel een belangrijke rol spelen. De omstandigheid dat aan de werkgever surseance van betaling is verleend, zal de bereidheid van het UWV om toestemming te verlenen in beginsel vermoedelijk verhogen, zeker wanneer de aanvragen door de bewindvoerder worden ondersteund. Na verlening van toestemming door het UWV kan de werkgever met medewerking van de bewindvoerder⁸¹ de arbeidsovereenkomsten opzeggen. Zoals hiervoor is vermeld, wordt bij opzegging met toestemming van het UWV de opzegtermijn verkort met de duur van de procedure. Voor opzegging van de arbeidsovereenkomsten is geen machtiging van de rechter-commissaris nodig. In deze situatie is volgens art. 7:673c lid 1 BW aan de werknemers geen transitievergoeding verschuldigd.
- ii) De tweede mogelijkheid lijkt op de eerste, maar de volgorde is anders. De werkgever vraagt eerst toestemming aan het UWV voor opzegging van een deel van de arbeidsovereenkomsten. Na verlening van toestemming worden de arbeidsovereenkomsten opgezegd en door de opzegging wordt de werkgever op grond van art. 7:673 lid 1 sub 1 onder a BW aan de werknemer een transitievergoeding verschuldigd.⁸² Na opzegging van de arbeidsovereenkomsten vraagt de werkgever voorlopige surseance van betaling aan. Indien de surseance wordt verleend,⁸³ zijn de transitievergoedingen volgens art. 7:673c lid 1 BW *niet langer* verschuldigd.

79. Zie het in art. 214 lid 1 Faillissementswet opgenomen criterium voor het aanvragen van surseance van betaling.

80. Art. 7:669 jo art. 7:671a BW.

81. Art. 239 lid 1 jo art. 228 lid 1 Fw.

82. Uit art. 7:686a lid 1 BW wordt afgeleid dat de transitievergoeding betaald dient te worden (en dus opeisbaar wordt) een maand na de dag waarop de arbeidsovereenkomst is geëindigd. Vgl. J.M. van Slooten, *Handboek Nieuw Ontslagrecht*, Kluwer 2015, par. 7.5.1..2. en 7.5.1.3.

83. Zoals vermeld zal de rechtbank de surseance ingevolge art. 215 lid 2 Fw dadelijk voorlopig verlenen.

De surseance werkt niet ten aanzien van preferente schuldeisers,⁸⁴ zodat het loon van de werknemers doorbetaald moet worden tot het einde van de opzegtermijnen. De werkgever die door middel van genoemde twee mogelijkheden tijdens surseance arbeidsrechtelijk wil reorganiseren, zal derhalve wel over voldoende liquide middelen of een financier dienen te beschikken. Dat geldt ook indien het UWV op grond van de Loongarantieregeling betalingen aan de werknemers heeft gedaan, omdat het UWV in dat geval een subrogatievordering op de werkgever heeft.⁸⁵

De schuldenaar kan aan de rechtbank verzoeken om de surseance in te trekken, omdat hij weer in staat is om zijn betalingen te hervatten.⁸⁶

In de surseance kan door de schuldenaar een akkoord worden aangeboden aan de concurrente crediteuren.⁸⁷ Met preferente schuldeisers pleegt in het kader van een akkoord overeengekomen te worden dat aan hen het dubbele percentage wordt betaald dan dat aan concurrente schuldeisers wordt betaald. Door het UWV overgenomen loonachterstanden van 13 weken voor datum surseance kunnen in deze regeling worden meegenomen.

De surseance eindigt wanneer het akkoord is aangenomen en de homologatie in kracht van gewijsde is gegaan⁸⁸ of door een beschikking van de rechtbank ex art. 247 Fw waarmee de surseance wordt ingetrokken.⁸⁹ Het recht op de ingevolge art. 673c lid 1 BW vervallen transitievergoedingen herleeft echter niet na beëindiging van de surseance, zo blijkt duidelijk uit de wetsgeschiedenis.

“Die verplichting herleeft niet op het moment dat de surseance wordt opgeheven, hetgeen voortzetting van de activiteiten zal vergemakkelijken.”⁹⁰ ... “Ik stel voorop dat de transitievergoeding een recht is van de werknemer. Bij het ontnemen daarvan moet uiterste zorgvuldigheid worden betracht.” ... “Met de

84. Art. 232 Fw.

85. Art. 66 WW.

86. Art. 247 Fw. De bewindvoerder wordt op het verzoek gehoord. Indien de surseance definitief is verleend, worden ook de schuldeisers gehoord; over het verzoek wordt echter niet gestemd.

87. Op grond van art. 252 Fw kan de schuldenaar bij of na het verzoek tot surseance een akkoord aanbieden.

88. Art. 276 Fw.

89. Hoger beroep tegen de beschikking ex art. 247 Fw lijkt niet mogelijk; vgl. toelichting 4 van M. Ph. Van Sint Truiden bij art. 247 Fw in *Tekst & Commentaar Insolventierecht*, Wolters Kluwer 2016, 10^e druk.

90. *Kamerstukken II* 2013/14, nr. 7, p. 83-84.

De gevolgen van de Wwz voor het insolventierecht

hardheidsclausule die in de wet is opgenomen, verliest de werknemer pas zijn recht als het echt niet anders kan, en wordt de werkgever ontheven van zijn verplichting als hij mede daardoor in betalingsproblemen komt. Dat recht herleeft niet. Als de situatie verbetert en de surseance wordt opgeheven, is de werkgever niet alsnog de vergoeding verschuldigd. Dat maakt het gemakkelijker om activiteiten voort te zetten, en dat wil je”.⁹¹ De ratio achter het vervallen van de transitievergoeding bij surseance is derhalve onder andere om voortzetting van de activiteiten te vergemakkelijken, om de mogelijkheid van een reorganisatie in surseance te vergroten.

Surseance van betaling kan als gevolg van art. 7:673c lid 1 BW voor werkgevers aantrekkelijker zijn geworden als route om boventallig personeel te ontslaan en loonkosten te beperken. Dat zal met name het geval zijn indien de onderneming over voldoende liquide middelen kan beschikken om de onderneming tijdens de surseance te kunnen blijven financieren en om een schuldeisersakkoord te kunnen financieren. Daarnaast zal de onderneming voor een succesvolle reorganisatie vanuit surseance over voldoende tijd moeten kunnen beschikken in verband met de UWV procedure en de langere opzegtermijnen. Voor grotere ondernemingen geldt tevens dat, zoals hierboven aangegeven, de Wet melding collectief ontslag en het adviesrecht van de Ondernemingsraad van toepassing blijven. Reorganisatie vanuit surseance zal daarom niet voor alle ondernemingen in zwaar weer de aangewezen route zijn.

Er zijn echter ook belangrijke voordelen vergeleken met een faillissement; bij een doorstart vanuit faillissement staat op voorhand geenszins vast dat de zittende aandeelhouders (het voort te zetten gedeelte van) de onderneming zullen kunnen voortzetten, omdat ook andere partijen de gelegenheid krijgen om (een gedeelte van) de onderneming van de curator te kopen. Er hoeft bij surseance geen nieuwe rechtspersoon opgericht te worden, rechten behoeven niet overgedragen te worden, bestaande overeenkomsten worden gecontinueerd, etc. Weliswaar heeft de doorstarter vanuit faillissement de vrije keuze bij het aanbieden van arbeidsovereenkomsten aan werknemers en vaak de mogelijkheid om financieel gunstiger arbeidsvoorwaarden overeen te komen, maar die vergelijking is niet helemaal terecht, omdat surseance is gericht op continuïteit van de onderneming en het juist de bedoeling zal zijn om een substantieel gedeelte van de werkgelegenheid te behouden. Zoals wij hierna zullen zien, wordt de doorstartende werkgever sinds de inwerkingtreding van de Wwz bovendien in beginsel aangemerkt als opvolgend werkgever, waardoor in veel gevallen het arbeidsverleden bij de failliete werkgever meetelt in de

91. *Handelingen II* 2013/14, nr. 54, item 9, p. 24.

arbeidsverhouding met de doorstartende werkgever. Daarnaast lijkt faillissement nog altijd een negatiever effect te hebben voor het imago en de reputatie van de onderneming dan surseance. Reorganisatie vanuit surseance kan een beter controleerbaar en minder ingrijpend proces zijn dan een doorstart vanuit faillissement.

In dit verband wil ik uiteraard nog wel wijzen op de mogelijkheid om vanuit faillissement een schuldeisersakkoord aan te bieden; ook bij faillissement is immers op grond van art. 7:673c lid 1 BW de transitievergoeding niet langer verschuldigd.

4.5 *Misbruik van surseance*

Werkgevers zouden misbruik kunnen maken van de bepaling in art. 7:673c lid 1 BW dat de transitievergoeding bij surseance niet en niet langer verschuldigd is. Het kan immers verleidelijk zijn om gedurende korte tijd in (voorlopige) surseance van betaling te verkeren, omdat reeds verschuldigde transitievergoedingen daardoor vervallen. Ook zou tijdens een korte periode van (voorlopige) surseance arbeidsovereenkomsten kunnen worden opgezegd of door de kantonrechter worden ontbonden, in welk geval er geen transitievergoeding verschuldigd is. Aansluitend kan de surseance worden beëindigd door een schuldeisersakkoord of een intrekingsverzoek ex art. 247 lid 1 Fw.

Wat Loesberg betreft is er sprake van misbruik als de werkgever er voor zorgt dat de voorlopige surseance van betaling wordt verleend uitsluitend en alleen om ervoor te zorgen dat de bestaande transitievergoedingen vervallen (terwijl deze vergoedingen op termijn door de werkgever zouden kunnen worden betaald) en hij vervolgens de voorlopige surseance van betaling laat intrekken.⁹²

Het zal in de praktijk voor werknemers om diverse redenen problematisch zijn om misbruik van surseancerecht aan te tonen. Allereerst omdat het *niet* en *niet langer* verschuldigd zijn van de transitievergoeding zeer recent in de wet is opgenomen en blijkens de parlementaire geschiedenis uitdrukkelijk is beoogd. De regel dat een reeds verschuldigde transitievergoeding bij surseance komt te vervallen kan als een onredelijke wettelijke bepaling worden beschouwd, maar het *gebruik* maken van deze regel kan op zichzelf geen *misbruik* van (surseance)recht inhouden.

92. E. Loesberg, 'Enige opmerkingen over de Wet werk en zekerheid en de positie van de werknemer', *FIP* 2015/6.

De gevolgen van de Wwz voor het insolventierecht

Voor misbruik van faillissementsrecht is weliswaar een criterium in de jurisprudentie ontwikkeld, maar misbruik van faillissementsrecht blijkt in de praktijk erg moeilijk aan te tonen en er rust een zware bewijslast op de werknemers.⁹³ Voor misbruik van surseancerecht is in de jurisprudentie (nog) geen criterium ontwikkeld. De bewijsproblemen voor werknemers zullen in surseancesituaties vergelijkbaar zijn met die in faillissementssituaties.

Bij misbruik van faillissementsrecht kan – door de rechter of een curator – meestal duidelijk worden vastgesteld of sprake is van de toestand van hebben opgehouden te betalen. Het criterium voor verlening van surseance van betaling is echter vager en als gevolg daarvan minder goed toetsbaar dan het faillissementscriterium: de schuldenaar moet bij surseance voorzien ‘dat hij met het betalen van zijn opeisbare schulden niet zal kunnen voortgaan’.⁹⁴ ‘Voorzien’ impliceert dat die situatie (het niet zullen kunnen voortgaan met het betalen van zijn opeisbare schulden) niet hoeft te bestaan ten tijde van de surseanceaanvraag, maar ook later in kan treden. De surseance wordt echter wel direct door de rechtbank verleend,⁹⁵ een inhoudelijke toetsing van het verzoek van de schuldenaar vindt daarbij niet plaats. Bij surseance moet het vooruitzicht te bestaan dat de schuldenaar *na verloop van tijd* zijn schuldeisers zal kunnen bevredigen.⁹⁶ Dat kan ook na verloop van geruime tijd zijn; de surseance wordt in beginsel voor 18 maanden verleend en kan op grond van art. 223 lid 2 Fw (meerdere malen) worden verlengd.

De schuldeisers behoeven bovendien niet volledig te worden betaald, maar kunnen in het kader van een schuldeisersakkoord ook (zeer) gedeeltelijk worden betaald. Dat akkoord pleegt in de praktijk vaak door derden te worden gefinancierd. Een onderdeel van het door Loesberg geformuleerde criterium voor misbruik is dat de transitievergoedingen op termijn zouden kunnen worden betaald. Maar binnen welke termijn, in welke mate en door wie?

Een complicerende factor hierbij is bovendien dat de surseance en het akkoord niet werken ten aanzien van preferente schuldeisers, waaronder werknemers met een vordering tot betaling van een transitievergoeding. De Belastingdienst

93. Zie P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Wolters Kluwer 2017, Hoofdstuk 12: Misbruik van faillissementsrecht/omzeiling ontslagbescherming. Zie voorts F.M. Verburg en S. Said, ‘Misbruik van faillissementsrecht: de rechten van de gedupeerde werknemer centraal gesteld’, *TRA* 2016/33.

94. Art. 214 lid 1 Fw.

95. Art. 215 lid 2 Fw.

96. Art. 242 lid 1 sub 5 Fw. Zo niet, dan dient de bewindvoerder volgens lid 2 intrekking van de surseance te vragen.

pleegt op grond van de Leidraad Invordering⁹⁷ akkoord te gaan met het dubbele percentage dat concurrente schuldeisers ontvangen, maar voor werknemers geldt dat niet. Bij toetsing aan misbruik van surseancerecht zouden transitievergoedingen dan in zijn geheel moeten worden (kunnen) betaald.

4.6 *Voorstel surseanceregeling Insolad 13 februari 2015*

Insolad heeft op 13 februari 2015 een voorstel voor een wetsontwerp gepubliceerd tot wijziging van de surseanceregeling.⁹⁸ In het ontwerp art. 251 lid 1 Fw is bepaald dat de schuldenaar in surseance arbeidsovereenkomsten kan opzeggen na verkregen toestemming van de rechter-commissaris. De vereiste toestemming van het UWV zou hiermee komen te vervallen; art. 7:671a BW – de ontslagtoets door het UWV – wordt buiten toepassing verklaard. De proceduretermijn wordt hierdoor met ca. een maand ingekort. Doordat art. 7:669 BW buiten toepassing wordt verklaard, is voor opzegging geen redelijke grond vereist en geldt niet de voorwaarde dat herplaatsing in een andere passende functie niet mogelijk moet zijn. Tegen de beschikking van de rechter-commissaris is hoger beroep mogelijk, overeenkomstig art. 67 lid 2 Fw. De werknemer moet gewezen worden op de mogelijkheid van beroep en de termijn daarvan. De ontslagregeling zou hiermee in hoofdlijnen dezelfde vorm krijgen als in faillissement.

De opzegtermijn voor de werkgever is maximaal 6 weken, maar indien de opzegtermijn volgens art. 7:672 lid 2 BW langer is, geldt die langere termijn. Hierdoor kan de opzegtermijn dus langer zijn dan in geval van faillissement. Een aantal opzegverboden is niet van toepassing verklaard: het opzegverbod bij ziekte, zwangerschap, dienstplicht en OR-lidmaatschap (art. 7:670 lid 1 t/m 4 en lid 10 BW). De overige opzegverboden in art. 7:670 BW zijn wel van toepassing. Art. 7:670a BW, dat uitzonderingen op opzegverboden bevat, wordt ook niet van toepassing verklaard.

Bij surseance van betaling blijven de regels over overgang van onderneming⁹⁹ van toepassing. In de toelichting wordt opgemerkt dat indien het ontslag in surseance wordt gegeven vóór de overgang van de onderneming, de werknemer weliswaar mee overgaat, maar zijn arbeidsovereenkomst is beperkt tot de resterende duur van de ontslagtermijn. De kosten van de resterende ontslagtermijn komen dan voor rekening van de koper. Lennarts heeft hierover opgemerkt

97. Art. 26.3.5. Leidraad Invordering 2008.

98. Zie hierover R.J. van Galen, 'De surseance als echte reorganisatieprocedure', *TvI* 2015/23. Zie voorts A. Roukema, 'Surseance van betaling vanuit arbeidsrechtelijk perspectief', *Bb* 2015/43.

99. Art. 7:662 t/m 666 BW.

De gevolgen van de Wwz voor het insolventierecht

dat opzegging wegens overgang van onderneming vernietigbaar is, ongeacht of vóór of na de overgang is opgezegd.¹⁰⁰ Dit opzegverbod wegens overgang van onderneming is opgenomen in art. 7:670 lid 8 BW en is in het Insolad-voorstel niet uitgezonderd; het is de vraag of Richtlijn 2001/23/EG zodanige uitzondering toelaat.

Anders dan onder het huidige recht, is het aanvragen van surseance van betaling in het Insolad-voorstel wel adviesplichtig als bedoeld in art. 25 WOR. De termijn van art. 25 lid 6 WOR wordt echter ingekort; bij een negatief advies van de OR moet de onderneming de uitvoering van het besluit drie dagen opschorten in plaats van een maand. Art. 27 lid 5 WOR wordt buiten toepassing verklaard. In art. 27 lid 5 WOR is bepaald dat instemmingsplichtige besluiten die zijn genomen zonder instemming van de OR, nietig zijn indien de OR daar schriftelijk een beroep op doet. De WMCO blijft, evenals bij faillissement, bij surseance van betaling van toepassing. Op grond van de WMCO geldt een meldplicht ‘ter tijdige raadpleging’ bij voorgenomen ontslagen van tenminste 20 werknemers. Volgens art. 5a WMCO kan een arbeidsovereenkomst niet eerder worden opgezegd dan een maand na de melding. In het Insolad-voorstel is deze wachttijd verkort tot een week.

Het is duidelijk dat het met dit voorstel beter mogelijk wordt om een onderneming in surseance te herstructureren en boventallig personeel gemakkelijker en op kortere termijn te ontslaan, zonder hoge kosten. Op grond van art. 7:673c BW is er bij surseance bovendien geen transitievergoeding verschuldigd. Het reorganiserend vermogen van ondernemingen neemt toe, hetgeen in lijn is met de 2^e pijler van het wetgevingsprogramma “Herijking Faillissementsrecht”. Hier tegenover staat dat de ontslagbescherming van de werknemers in surseance sterk afneemt. Roukema wijst er op dat werknemers geen recht van verzet hebben tegen verlening van de surseance, terwijl zij dat als belanghebbende wel hebben in faillissement ex art. 10 Fw.¹⁰¹ Zij wijst er voorts op dat het afspiegelingsbeginsel vermoedelijk niet toegepast zal worden. Lennarts stelt dat er voor de surseanceprocedure een vagere ingangseis geldt dan voor faillissement en is van mening dat het voor werknemers of vakbonden moeilijk, zo niet onmogelijk zal zijn om aan te voeren dat de surseanceprocedure wordt misbruikt.¹⁰²

100. M.L. Lennarts, ‘Flitsontslag’, *TvI* 2015/26.

101. A. Roukema, ‘Insolad Wetsontwerp Surseance van betaling vanuit arbeidsrechtelijk perspectief’, *Bb* 2015/43.

102. M.L. Lennarts, ‘Flitsontslag’, *TvI* 2015/26.

In faillissementen worden in de regel alle werknemers ontslagen. Bij surseances zal dat meestal niet het geval zijn, omdat de ondernemingsactiviteiten worden gecontinueerd. Bij de vraag welke werknemers ontslagen moeten worden, zullen door de onderneming en de bewindvoerder selectiecriteria worden gehanteerd. Via art. 7:669 lid 5 BW is de Ontslagregeling van het UWV van toepassing, waarin o.a. criteria staan voor de ontslagvolgorde (afspiegelingsbeginsel). Art. 7:669 BW is in het Insolad-voorstel echter niet van toepassing verklaard. De vraag is welke selectiecriteria er bij ontslag gehanteerd moeten worden. En heeft een werknemer daarbij het recht van wederhoor, of heeft hij dat alleen als hij in beroep gaat tegen de machtiging van de rechter-commissaris? Ik merk in dit kader op dat art. 215 lid 4 van het Insolad-voorstel de mogelijkheid kent om in de surseance geen bewindvoerder te benoemen. Naar mijn mening zou die mogelijkheid niet moeten bestaan indien er werknemers ontslagen moeten worden en is er voor de bewindvoerder in ieder geval een (zeer) belangrijke kritische rol weggelegd bij de beoordeling van het reorganisatieplan, de levensvatbaarheid van de gereorganiseerde onderneming en de bedrijfseconomische noodzaak voor ontslagen. Voorts is het de vraag hoe de rechter-commissaris, die verzocht wordt toestemming voor de opzeggingen te geven, met de gehanteerde selectiecriteria zal omgaan en bovendien, of de rechter-commissaris voldoende geëquipeerd is voor de beoordeling van de gevraagde toestemmingen en de toetsing aan die criteria. Een alternatief is wellicht verlening van toestemming door het UWV, binnen een spoedperiode van bijvoorbeeld maximaal een week.

5. Gevolgen Wwz voor de onderneming in faillissement

5.1 *Opzegging arbeidsovereenkomsten door curator (art. 40 Fw)*

Voor wat betreft de opzegging van arbeidsovereenkomsten door de curator in faillissement verandert er door de Wwz weinig. Art. 40 Fw is inhoudelijk niet gewijzigd. Bij opzegging door de curator is art. 40 Fw bepalend en niet art. 7:669 BW.¹⁰³ Voor opzegging van de arbeidsovereenkomsten heeft de curator geen toestemming van het UWV nodig, maar (wel) van de rechter-commissaris.¹⁰⁴ De curator kan de arbeidsovereenkomst opzeggen, als voortzetting daarvan niet in het belang van de boedel is.¹⁰⁵ De curator hoeft voor opzegging geen redelijke grond te hebben en niet vereist is dat herplaatsing

103. E. Loesberg, 'De Wet werk en zekerheid en insolventie van de werkgever', *ArbeidsRecht* 2015/8. Volgens Schaink heeft de curator een zelfstandige opzegbevoegdheid die met zich brengt dat hij niet is gebonden aan de redelijke gronden van art. 7:669 BW; P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Wolters Kluwer 2017, Paragraaf 3.2.1.

104. Art. 68 lid 2 Fw.

105. HR 12 januari 1990, NJ 1990/662: (*Van Gelder Papier*).

onmogelijk is.¹⁰⁶ De opzegtermijn bedraagt nog steeds maximaal 6 weken.¹⁰⁷ Loon en premieschulden zijn vanaf de dag der faillietverklaring boedelschuld.¹⁰⁸

5.2 *Transitievergoeding in faillissement niet langer verschuldigd* (art. 7:673c lid 1 BW)

In de praktijk werden er voor 1 juli 2015 bij ontslag door de curator niet of zelden ontslagvergoedingen aan werknemers toegekend ex art. 7:685 of 681 BW. Art. 7:673c lid 1 BW sluit aan bij deze praktijk en bepaalt nu expliciet dat de transitievergoeding niet langer verschuldigd is indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard. Uit de parlementaire geschiedenis (zie hierboven) blijkt dat er in geval van faillissement geen transitievergoeding verschuldigd is.

Wel nieuw is dat een per datum faillissement reeds bestaande aanspraak op een transitievergoeding vervalt ('niet langer' verschuldigd) indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard. Deze bepaling is hiervoor besproken en toegelicht.

Niet elke ontslagvergoeding is een transitievergoeding. In een sociaal plan, een CAO of een individuele arbeidsovereenkomst kan een ontslagvergoeding (niet zijnde een transitievergoeding) zijn overeengekomen. Indien de werknemer na faillissement door de curator wordt ontslagen, kan een vordering ontstaan tot betaling van die ontslagvergoeding. In het arrest Van Gelder Papier¹⁰⁹ heeft de Hoge Raad in 1990 bepaald dat deze vordering niet ter verificatie bij de curator kan worden ingediend en ook geen boedelschuld is. De Hoge Raad heeft daarbij overwogen dat de vergoeding ziet op compensatie van nadeel in de periode ná het faillissement. Dit is naar mijn mening niet achterhaald door het arrest van de Hoge Raad in de zaak Koot Beheer/Tideman q.q.¹¹⁰

106. Als bedoeld in art. 7:669 lid 1 BW.

107. Art. 40 lid 1 Fw.

108. Art. 40 lid 2 Fw.

109. HR 12 januari 1990, *NJ* 1990/662, m.nt. P. van Schilfgaarde.

110. HR 19 april 2013, *JOR* 2013/224, m.nt. G.A.J. Boekraad, *NJ* 2013/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen. Zie in dit kader: W.J.M. van Andel & T.T. Van Zanten, 'Over wederkerige overeenkomsten en boedelschulden. Beschouwingen naar aanleiding van HR 19 april 2013 inzake Koot Beheer/Tideman q.q.', *TvJ* 2013/26. Ook volgens Loesberg geldt Van Gelder Papier nog steeds. Zie E. Loesberg, 'De wet werk en zekerheid en insolventie van de werkgever', *TAP* 2015/8. Zie voorts Schaink, t.a.p., paragraaf 4.3.2.

5.3 *Billijke vergoeding en vernietiging opzegging*

Zoals besproken is de kennelijk-onredelijk-ontslag procedure van art. 7:681 (oud) BW vervallen. In plaats daarvan kan een door de curator ontslagen werknemer in uitzonderingsgevallen (hantering van een kennelijk onredelijke maatstaf bij de keuze van de werknemers waarvan de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd)¹¹¹ een billijke vergoeding vorderen op grond van art. 7:681 (nieuw) BW of art. 7:682 BW. In dat geval zal er sprake zijn van een boedelvordering.

Op grond van art. 7:681 lid 1 sub b en c BW kan de kantonrechter de opzegging vernietigen of aan de werknemer een billijke vergoeding toekennen indien is opgezegd in strijd met opzegverboden van art. 7:670 BW¹¹² of met discriminatieverboden. Ook in deze gevallen zal er sprake zijn van boedelvorderingen.

5.4 *Aanzegplicht (art. 7:668 BW)*

Er kan in een faillissementssituatie sprake zijn van met de failliet gesloten arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die over meer dan een maand na datum faillissement zullen eindigen. Deze arbeidsovereenkomsten zullen, evenals de overeenkomsten voor onbepaalde tijd, normaal gesproken door de curator op de voet van art. 40 Fw worden opgezegd. Het is ook mogelijk dat de curator na datum faillissement zelf met werknemers arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd sluit, teneinde bepaalde werkzaamheden af te kunnen maken. Het is niet duidelijk of de aanzegplicht van art. 7:668 BW in deze situaties op de curator rust. Bij opzegging door de curator is art. 40 Fw immers bepalend. Art. 7:688 BW is echter geen opzeggingsbepaling, maar bevat een informatieverplichting; volgens Schaïnk rusten op de curator als werkgever ook de overige verplichtingen uit het reguliere arbeidsrecht.¹¹³

Indien de aanzegplicht op de curator rust, is van belang of de curator bij schending daarvan de in art. 7:668 lid 3 BW genoemde vergoeding verschuldigd is. Art. 7:668 lid 3 BW bepaalt dat deze vergoeding bij faillissement 'niet langer' verschuldigd is. Met 'niet langer' lijkt bij een taalkundige uitleg

111. HR 12 januari 1990, NJ 1990/662 (*Van Gelder Papier*).

112. Het zal dan moeten gaan om zgn. 'wegens-opzegverboden'. Zie Van der Grinten/Bouwens & Duk, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Wolters Kluwer 2015, par. 25.13.

113. Schaïnk, t.a.p., paragraaf 9.1. Als voorbeelden worden genoemd de zorg voor een veilige werkplek, bescherming van privacy, de verplichting om een jaaropgaaf te verstrekken en een getuigschrift af te geven. Mogelijk hoort in dit rijtje ook de verplichting tot (2^e spoor) re-integratie van zieke werknemers ex art. 7:658a lid 1 BW thuis.

De gevolgen van de Wwz voor het insolventierecht

gedoeld te zijn op het vervallen van een per datum faillissement reeds verschuldigde vergoeding wegens schending van de aanzegplicht. Over de aanzegtermijn is echter in de parlementaire geschiedenis het volgende te vinden: “Hierbij is tevens bepaald dat deze vergoeding niet verschuldigd is in de situatie van faillissement, surseance van betaling of toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen.”¹¹⁴ De vergoeding wegens schending van de aanzegplicht is derhalve tijdens faillissement niet van toepassing. Voor zover er een aanzegplicht op de curator rust, kan hij deze derhalve kennelijk straffeloos negeren. Mocht de curator bij schending van de aanzegplicht toch deze vergoeding verschuldigd zijn, dan zal de betreffende vordering een boedelschuld zijn.¹¹⁵

5.5 *Ragetlie-regel (art. 7:667 lid 4 BW)*

Zoals in onderdeel 2 vermeld, is aan art. 7:667 lid 4 BW (Ragetlieregels) toegevoegd dat er ook sprake is van rechtsgeldige opzegging van de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij opzegging door de curator op grond van art. 40 Fw. In onderdeel 6 wordt hier nader op in gegaan.

5.6 *Medezeggenschap en Wet melding collectief ontslag*

Voor de medezeggenschapsaspecten en de Wet melding collectief ontslag verwijs ik graag naar hetgeen ik daarover kort in paragraaf 2 heb vermeld en (uitgebreid) naar de bijdragen van Ph.W. Schreurs en L. Sprengers in deze bundel.

5.7 *Arbeidsovereenkomsten tussen curator en werknemer*

Het kan in het belang van de boedel zijn dat werknemers nog enige tijd doorwerken na afloop van de opzegtermijn die de curator ex art. 40 Fw in acht heeft genomen. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd ligt dan het meest voor de hand, nu er in beginsel slechts enige tijd gewerkt zal worden en deze overeenkomst in beginsel van rechtswege eindigt.¹¹⁶

114. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 21.

115. HR 19 april 2013, *JOR* 2013/224 (m.nt. Boekraad) (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.7.1. “handelen van de curator in strijd met een door hem in zijn hoedanigheid na te leven verbintenis of verplichting”.

116. Schaik noemt als alternatieven nog verlenging van de opzegtermijn of van de einddatum van de bestaande overeenkomst. P.R.W. Schaik, ‘Arbeidsrecht in opmars in het insolventierecht’, *TvI* 2017/2.

Voor de (on)mogelijkheden om arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met werknemers van de failliete werkgever te sluiten en de gevolgen daarvan, verwijs ik naar hetgeen hieronder in paragraaf 6 is vermeld over de ketenregeling, de Ragetlie-regel en de transitievergoeding.

De door de curator gesloten arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zal (ook als daaraan een overeenkomst voor onbepaalde tijd vooraf is gegaan) naar mijn oordeel wel meetellen als schakel in de keten,¹¹⁷ terwijl de curator als opvolgend werkgever¹¹⁸ dient te worden beschouwd. Hierdoor kan conversie in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd optreden. In dat geval eindigt de overeenkomst niet van rechtswege, maar dient de curator de arbeidsovereenkomst (nogmaals) op de voet van art. 40 Fw met toestemming van de rechter-commissaris¹¹⁹ op te zeggen.

Ik twijfel of de boedel aan de werknemer een transitievergoeding verschuldigd is bij beëindiging van een met de curator gesloten arbeidsovereenkomst (voor bepaalde tijd of onbepaalde tijd) die langer dan 24 maanden heeft geduurd. Uitgangspunt is dat volgens art. 7:673c BW de transitievergoeding niet langer verschuldigd is indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard. Op grond hiervan is evident dat de boedel bij de eerste opzegging door de curator geen transitievergoeding verschuldigd is. Voor het geval er bij het einde van een arbeidsovereenkomst met de curator (die langer dan 24 maanden heeft geduurd) een transitievergoeding verschuldigd is, lijkt het in overeenstemming met de aard en strekking van art. 7:673c BW om bij de berekening van de hoogte daarvan uit te gaan van de aanvang van de (eerste) arbeidsovereenkomst met de curator en het arbeidsverleden bij de failliete werkgever niet mee te tellen.

117. *Kamerstukken I 1997/98*, 25263, 132.d, p. 10: “Wanneer derhalve een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt beëindigd en wordt opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bij een andere werkgever die moet worden beschouwd als een opvolger van de eerste werkgever, wordt die eerste arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gerekend tot de keten, bedoeld in artikel 668a lid 1”.

118. Art. 7:668a lid 2 BW. Art. 7:668a lid 1 BW is niet van toepassing op de situatie dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussen dezelfde partijen. In deze situatie is echter geen sprake van ‘dezelfde partijen’, maar van ‘verschillende werkgevers die elkaars opvolger zijn’.

119. De curator heeft hiervoor geen ontslagvergunning van het UWV nodig. Vgl. E. Loesberg, ‘Enige opmerkingen over de Wet werk en zekerheid en de positie van de werknemer, *FIP* 2015/6.

6. Gevolgen Wwz voor de doorstartende ondernemer na faillissement

6.1 *Ketenregeling I (art. 7:668a BW)*

Als meerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar opvolgen, wordt dat een ‘keten’ genoemd. De mogelijkheid om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan te gaan is in de wet (art. 7:668a BW) beperkt. De ketenregeling houdt in dat aan werknemers een maximaal aantal arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kan worden aangeboden en dat werknemers een maximale periode voor bepaalde tijd in dienst kunnen zijn. Indien het maximale aantal arbeidsovereenkomsten (het aantal ‘schakels’ in de keten) of die maximale periode (de lengte van de keten) wordt overschreden, is een werknemer vanaf die dag voor onbepaalde tijd in dienst. Dit wordt conversie genoemd: de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd converteert in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Het doel van de ketenbepaling is dat een werknemer na zekere tijd, of een aantal tijdelijke contracten, moet kunnen beschikken over de zekerheid van een vast contract.¹²⁰

Met de inwerkingtreding van de Wwz is de ketenregeling per 1 juli 2015 gewijzigd. Een werkgever kan aan een werknemer maximaal drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aanbieden in een periode van 24 maanden (dat was tot 1 juli 2015 36 maanden), tenzij er tussen de overeenkomsten een arbeidsovereenkomstloze tussenpozen ligt van meer dan 6 maanden (was 3 maanden).

Volgens art. 7:668a lid 2 BW is de ketenregeling van overeenkomstige toepassing op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn. Zoals in de volgende paragraaf wordt toegelicht, zal er sinds 1 juli 2015 al snel sprake zijn van opvolgend werkgeverschap.

De ketenregeling van art. 7:668a BW geldt ook in geval van faillissement.¹²¹ Het gevolg hiervan is dat schakels in de keten van arbeidsovereenkomsten met de gefailleerde werkgever, ook na opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator ex art. 40 Fw, meetellen als schakels in de keten van arbeidsovereenkomsten met de doorstartende werkgever, waarbij de totale keten niet langer

120. Nota van Wijziging 3-2-2014, *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 8, p. 14.

121. HR 14 juli 2006, *JOR* 2006/227 (m.nt. Loesberg) (*Isik/Boekenvoordeel*).

dan 24 maanden mag duren. Ook arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd tellen mee in de keten.¹²²

Doorstartende werkgevers bieden werknemers veelal bij voorkeur een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan. Ten tijde van een doorstart uit faillissement is immers meestal niet duidelijk hoeveel er geproduceerd kan worden en hoeveel werkgelegenheid er nodig is, terwijl arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigen, zodat een ontslagprocedure bij het UWV of de kantonrechter niet nodig is. Doorstartende werkgevers zullen voorts willen voorkomen dat zij bij ontslag aan de werknemer een vergoeding dienen te betalen.

Als gevolg van de per 1 juli 2015 gewijzigde ketenregeling, zullen werknemers echter eerder en vaker voor onbepaalde tijd in dienst van een werkgever blijken te zijn. Voor de doorstartende werkgever is het door de aanscherping van de ketenregeling en de vereisten voor opvolgend werkgeverschap moeilijk geworden om met werknemers van de gefailleerde werkgever een arbeidsovereenkomst te sluiten die van rechtswege zal eindigen.

6.2 *Opvolgend werkgeverschap*

Als de arbeidsovereenkomst met een werknemer eindigt en de werknemer een arbeidsovereenkomst sluit met een nieuwe werkgever, wordt die nieuwe werkgever onder bepaalde voorwaarden door de wet aangemerkt als ‘opvolgend werkgever’ ten aanzien van de verrichte arbeid. Als er sprake is van opvolgend werkgeverschap, beïnvloedt dat de rechtsverhouding tussen de werknemer en zijn nieuwe werkgever ingrijpend. Opvolgend werkgeverschap heeft invloed op de transitievergoeding, de ketenregeling, het afspiegelingsbeginsel en het proeftijdbeding.

Op grond van arresten van de Hoge Raad uit 2006 (Boekenvoordeel/Isik¹²³) en 2012 (Van Tuinen/Taxicentrale Wolters¹²⁴) was er sprake van opvolgend werkgeverschap indien: 1) de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst en 2) 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 ook

122. HR 2 december 2016, *JAR* 2017/16 (*Stichting Leerorkest*).

123. HR 14 juli 2006, *JAR* 2006/190 (*Boekenvoordeel/Isik*).

124. HR 11 mei 2012, *JAR* 2012/150 (*Van Tuinen/Taxicentrale Wolters*).

De gevolgen van de Wwz voor het insolventierecht

moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever. Bij een doorstart vanuit faillissement was tot 1 juli 2015 vaak niet aan de tweede voorwaarde (het ‘zodanige banden’ criterium) voldaan en werd de doorstartende werkgever niet als opvolgend werkgever beschouwd.

Bij de parlementaire behandeling van de Wwz is echter uitdrukkelijk bepaald 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.¹²⁵ De tweede voorwaarde (het ‘zodanige-bandens’ criterium) is per 1 juli 2015 als vereiste vervallen. Voor het aannemen van opvolgend werkgeverschap behoeft alleen sprake te zijn van ‘wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden’. “In het verlengde van de aanpassing van de ketenbepaling zal voor de transitievergoeding dezelfde regeling gelden, zodat [...] de opbouw van de transitievergoeding doorloopt bij de nieuwe werkgever.”¹²⁶ Voor de ketenregeling is dit vastgelegd in art. 7:668a lid 2 BW en voor de transitievergoeding in art. 7:673 lid 4 sub b BW.

Volgens de parlementaire geschiedenis is “Van opvolgend werkgeverschap [is] uiteraard geen sprake als de werknemer op eigen initiatief dezelfde arbeid bij een nieuwe werkgever gaat verrichten. De aanleiding voor het overgaan naar een nieuwe werkgever is dan immers niet gelegen bij een van de werkgevers.”¹²⁷

In de praktijk betekent het voorgaande dat de doorstartende werkgever die werknemers van een failliete onderneming overneemt, vanaf 1 juli 2015 vrijwel altijd zal worden aangemerkt als opvolgend werkgever.

6.3.1 *Ragetlie-regel (art. 7:667 lid 4 en 5 BW) en ketenregeling II (art. 7:668a BW)*

Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd eindigen van rechtswege wanneer de tijd is verstreken die bij overeenkomst of wet is aangegeven.¹²⁸ De Ragetlie-regel houdt in dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die binnen 6 maanden volgt op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, niet van

125. Nota van Wijziging 3 februari 2014, *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 8 (zie m.n. p. 14 en 15).

126. Nota van Wijziging 3 februari 2014, *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 8, p. 15.

127. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818 nr. 8, p. 15 en *Kamerstukken I* 2013/14 33818 E, p. 4.

128. Zie art. 7:667 lid 1 BW. Zoals hiervoor uiteen is gezet, geldt er bij arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd van 6 maanden of langer wel een aanzegplicht (art. 7:668 BW).

rechtswege eindigt, maar moet worden opgezegd.¹²⁹ De Ragetlie-regel is dus een uitzondering op de regel dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt.

Op de Ragetlie-regel is ook weer een uitzondering gemaakt. Als de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door opzegging¹³⁰ of ontbinding door de rechter¹³¹ is geëindigd en wordt voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, eindigt die arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wel van rechtswege. In het kader van de Wvz is aan de Ragetlie-regel in art. 7:667 lid 4 BW toegevoegd dat ook in geval van opzegging van een overeenkomst voor onbepaalde tijd op grond van art. 40 Faillissementswet een aansluitend gesloten arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt. Of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd al dan niet eindigt, is van belang teneinde te kunnen beoordelen of een aansluitend overeen te komen nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd meetelt in de ketenregeling van art. 7:668a BW.

De Ragetlie-regel staat in art. 7:667 lid 4 BW. In het daaropvolgende vijfde lid is bepaald: “Van een voortgezette arbeidsovereenkomst als bedoeld in lid 4 is eveneens sprake indien eenzelfde werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die redelijkerwijze geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkanders opvolger te zijn.” Omdat ook in art. 7:667 lid 5 BW het ‘zodanige-bandens’ criterium geen vereiste is, zal er bij de toepassing van art. 7:667 lid 4 BW al snel sprake zijn van opvolgend werkgeverschap.

Door de toevoeging van art. 40 Fw aan art. 7:667 lid 4 BW, geldt de Ragetlie-regel dus niet na een rechtsgeldige opzegging door de curator van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Indien de doorstartende werkgever een werknemer die voor onbepaalde tijd bij de failliete werkgever in dienst was een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aanbiedt, eindigt die arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd daarom *in beginsel* van rechtswege. *In beginsel*, want de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met de failliete werkgever telt *wel* mee als schakel in de ketenregeling van art. 7:668a BW.¹³² In art. 7:666 BW wordt art. 7:668a BW niet uitgesloten van toepassing op de overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en

129. HR 4 april 1986, NJ 1987/678 (*Ragetlie/Surinaamse Luchtvaart Maatschappij*). Het arrest is vernoemd naar de werknemer Frederik Ragetlie, die procedeerde tegen zijn werkgever de Surinaamse Luchtvaart Maatschappij.

130. Als bedoeld in art. 7:671 lid 1 onderdelen a t/m h BW.

131. Art. 7:671b BW.

132. HR 2 december 2016, JAR 2017/16 m.nt. Maats (*Leerorkest*).

De gevolgen van de Wwz voor het insolventierecht

de onderneming tot de boedel behoort.¹³³ Indien de tussen de doorstartende werkgever en de werknemer gesloten arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd de vierde overeenkomst in de keten is of indien de keten langer dan 24 maanden is, converteert die arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd namelijk in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (die niet van rechtswege eindigt). Deze gevolgen zijn tijdens de parlementaire behandeling onder ogen gezien.¹³⁴

Indien een met de doorstartende werkgever gesloten arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als gevolg van toepassing van de ketenregeling toch niet van rechtswege eindigt, is voor beëindiging daarvan alsnog toestemming van het UWV of ontbinding door de rechter (of medewerking van de werknemer) nodig. Maar zoals in hieronder zal worden toegelicht, kan de doorstartende werkgever in dat geval ook een transitievergoeding verschuldigd zijn aan de werknemer, waarbij het arbeidsverleden bij de failliete werkgever mee kan tellen.

6.3.3 Jurisprudentie ketenregeling

Hof Den Haag 18 oktober 2016, JAR 2016/298 (m.nt. Van der Pijl), JOR 2017/22 (m.nt. Schaink)

Volgens het hof is het voor 1 juli 2015 geldende recht van toepassing nu het per die datum ingevoerde recht eerbiedigende werking heeft voor arbeidsovereenkomsten die voor die datum zijn gesloten (art. XXIIe lid 1 WWZ). Arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd tellen – anders dan voor het eerste lid – mee bij de toepassing van het tweede lid. Het hof past voor de beoordeling van de vraag of er sprake is van opvolgend werkgeverschap, onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 11 mei 2012,¹³⁵ het dubbele criterium toe.

Ktr. Enschede 29 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:5284, JAR 2017/46 (m.nt. Van der Pijl)

Volgens de kantonrechter is de ketenregeling van art. 7:668a lid 2 juncto lid 1 BW ook van toepassing in geval van opvolgend werkgeverschap waarbij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt voortgezet door één of meer-

133. HR 14 juli 2006, JOR 2006/227 m.nt. Loesberg (*Isik/Boekenvoordeel*), r.o. 3.4.2. Zie voorts Gerechtshof 's-Gravenhage 16 maart 2010, JOR 2010/214 m.nt. Loesberg (*Zwagemaker MTI/Van der Leer*). Dat de curator de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig heeft opgezegd, staat niet in de weg aan de in art. 7:668a lid 2 BW voorgeschreven overeenkomstige toepassing van de in het eerste lid bepaalde omzetting in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

134. *Kamerstukken I* 2013/14, 33818, E, p. 4.

135. HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:BV9603, JOR 2012/278 m.nt. Loesberg (*Van Tuinen/Taxicentrale Wolters*).

dere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Of van opvolgend werkgeverschap sprake is, dient volgens de kantonrechter beoordeeld te worden aan de hand van het oude recht.

Hoge Raad 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2905 (Constar Plastics): zie par. 6.5.2.

6.4 *Afspiegelingsbeginsel en opvolgend werkgeverschap*

Indien een doorstartende werkgever tot de conclusie komt dat de doorgestarte activiteiten onvoldoende rendabel zijn en/of hij bij de doorstart meer werknemers in dienst heeft genomen dan nodig was en/of hij vanwege (andere) bedrijfseconomische redenen werknemers wil laten afvloeien, dient hij voor opzegging van de arbeidsovereenkomsten toestemming aan het UWV te vragen. Het afspiegelingsbeginsel bepaalt dan de ontslagvolgorde, waarbij de werknemers met het kortste dienstverband in beginsel het eerste voor ontslag in aanmerking komen.¹³⁶ De duur van de arbeidsovereenkomst speelt dan een zeer belangrijke rol. Daarom is van belang of het arbeidsverleden van de werknemers bij de failliete ex-werkgever meetelt bij de berekening van de duur van het dienstverband.

Tot 1 juli 2015 waren de Beleidsregels Ontslagtaak UWV¹³⁷ van toepassing. Hoofdstuk 13, onderdeel 8 bevatte regels over “doorstart tijdens faillissement”. Het niet meenemen van opgebouwde dienstjaren werd daarin uitgebreid gemotiveerd. Een belangrijk argument was o.a. dat het meenemen van de anciënniteitsrechten de doorstartende werkgever ervan kan weerhouden om bepaalde werknemers van de gefailleerde onderneming een arbeidsovereenkomst aan te bieden.

Dit is het ‘averechtse effect’ van richtlijn 2001/23 dat door AG Gordon Slynn is genoemd in zijn conclusie bij het Abels-arrest.¹³⁸ “De averechtse werking van de toepassing van de richtlijn lijkt een reëel gevaar en is zozeer in strijd met de doelstellingen daarvan, dan men bij gebreke van andere duidelijke aanwijzingen, mag concluderen dat het de bedoeling was om de bepalingen niet op failliete ondernemingen toe te passen”. Dit argument van het averechtse effect van de werking van de Richtlijn wordt ook genoemd in het Heiploegvonnis van de rechtbank Overijssel.¹³⁹

136. Art. 11.1 Ontslagregeling UWV 2015.

137. Beleidsregels Ontslagtaak UWV, versie september 2012.

138. HvJ EG 7 februari 1985, *NJ* 1985, 900: (*Abels*).

139. Rb. Overijssel 28 juli 2015, *JOR* 2015/283 m.nt. Loesberg, ECLI:NL:RBOVE:2015:3589: (*FNV en CNV/Heiploeg Seafood International en Heitrans International*), r.o. 4.5.3.

De gevolgen van de Wwz voor het insolventierecht

De Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2012 sluiten Hoofdstuk 8 vervolgens als volgt af: “Om geen drempel op te werpen die de doorstartende opvolgend werkgever ervan kan weerhouden een werknemer van de gefailleerde onderneming in dienst te nemen, acht UWV het redelijk om ook dan voor de berekening van de duur dienstverband uit te gaan van alleen de arbeidsovereenkomst(en) met de doorstartende onderneming. Het eerdere dienstverband met de gefailleerde onderneming telt dus niet mee voor de berekening van de duur dienstverband.”.

De Beleidsregels Ontslagtaak UWV zijn per 1 juli 2015 vervallen. Hiervoor is per 1 juli 2015 de Ontslagregeling¹⁴⁰ in de plaats gekomen. De uitzondering t.a.v. het afspiegelingsbeginsel in de Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2012 is in de Ontslagregeling 2015 derhalve vervallen. Wat hierbij opvalt, is dat het niet meenemen van de anciënniteitsrechten in de Beleidsregels Ontslagtaak UWV 2012 uitgebreid was onderbouwd, terwijl het wel meenemen van de anciënniteitsrechten in de Ontslagregeling 2015 en de achtergrond van deze ingrijpende beleidswijziging niet wordt gemotiveerd.

Het meenemen van de anciënniteitsrechten in de Ontslagregeling 2015 kan verstreckende gevolgen hebben. Indien de doorstartende werkgever bijvoorbeeld 6 maanden na de doorstart vanwege bedrijfseconomische redenen wil gaan reorganiseren, dan dient hij bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel rekening te houden met het arbeidsverleden van de werknemers bij hun gefailleerde werkgever. De doorstartende werkgever moet mogelijk dus eerst zijn ‘eigen’ werknemers ontslaan. Dit kan tot onbegrip bij de ‘oorspronkelijke’ werknemers leiden en spanningen op de werkvloer tot gevolg hebben.

6.5.1 *De transitievergoeding en opvolgend werkgeverschap*

Als de doorstartende werkgever na de doorstart arbeidsovereenkomsten met overgenomen werknemers (die dezelfde of soortgelijke werkzaamheden zijn gaan verrichten) wil beëindigen, is de doorstartende onderneming na 1 juli 2015 ook transitievergoedingen verschuldigd.¹⁴¹

Volgens art. 673 lid 4 sub b BW worden voor de berekening van de duur van het dienstverband voorafgaande arbeidsovereenkomsten tussen dezelfde partijen die elkaar met een tussenpoze van maximaal 6 maanden hebben opgevolgd,

140. Regeling van de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 april 2015 tot vaststelling van regels met betrekking tot ontslag en de transitievergoeding (Ontslagregeling), *Stcrt.* 2015, 12685 van 11 mei 2015.

141. Tenzij er sprake is van ontslag bij faillissement of surseance, zie art. 7:673c lid 1 BW.

samengeteld. Deze regel geldt ook indien de werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn. Voor het aannemen van opvolgend werkgeverschap behoeft alleen sprake te zijn van ‘wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden’ (het ‘zodanige-banden criterium is vervallen). De doorstartende werkgever zal daarom in de regel als opvolgend werkgever worden beschouwd voor de transitievergoeding.

De aldus berekende duur van het dienstverband is zowel bepalend voor de vraag of de werknemer *ten minste 24 maanden in dienst* is als bij de berekening van *de hoogte* van de transitievergoeding.

Overigens hielden kantonrechters bij ontbindingsverzoeken bij de vaststelling van de ontslagvergoeding op basis van de kantonrechtersformule voor 1 juli 2015 vaak ook al rekening met de dienstjaren van de werknemer in dienst van de gefailleerde onderneming, maar de rechtspraak was wisselend.¹⁴²

Met de inwerkingtreding van de Wwz zijn de door de doorstartende werkgever bij ontslag te betalen (transitie)vergoedingen vanaf 1 juli 2015 aanzienlijk hoger geworden. Weliswaar is de hoogte van de transitievergoeding lager dan de beëindigingsvergoeding die berekend werd conform de kantonrechtersformule, maar veel mkb-bedrijven betaalden voor 1 juli 2015 in de praktijk geen ontslagvergoedingen, omdat zij de arbeidsovereenkomsten meestal pleegden op te zeggen na een daartoe van het UWV verkregen ontslagvergunning. Sinds 1 juli 2015 is er echter ook bij ontslag via het UWV een transitievergoeding verschuldigd. Ook voor deze mkb-werkgevers worden de ontslagvergoedingen in de praktijk dus hoger, met dien verstande dat er tot 2020 overgangsregelingen gelden (zie hiervoor paragraaf 3).

6.5.2 *Jurisprudentie transitievergoeding en opvolgend werkgeverschap*

Ktr. Rb. Gelderland 15 januari 2016, JOR 2016/82 m.nt. Loesberg (Constar Plastics) (in hoger beroep vernietigd, zie Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juni 2016, JOR 2016/255).

Werkgever is op 28 mei 2014 failliet verklaard. De doorstartende werkgever heeft 23 van de 51 werknemers arbeidsovereenkomsten aangeboden. Wegens

142. Zie P.R.W. Schaik, ‘Arbeidsovereenkomst en Insolventie’, *Serie Recht en Praktijk Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, par. 13.6.

De gevolgen van de Wwz voor het insolventierecht

tegenvallende resultaten wil de doorstartende werkgever de arbeidsovereenkomsten beëindigen. De kantonrechter oordeelt dat de vraag of er sprake is van opvolgend werkgeverschap naar het recht van vóór 1 juli 2015 beoordeeld moet worden en dat aan beide criteria is voldaan. De gevorderde transitievergoedingen van € 248.015 worden (naast andere vorderingen) toegewezen.

Rb. Midden-Nederland 26 mei 2016, JOR 2016/293 (m.nt. Loesberg)

Werkgever wordt op 25 februari 2014 in staat van faillissement verklaard. Werknemer treedt op 24 maart 2014 voor 12 maanden bij de doorstartende werkgever in dienst. De overeenkomst wordt stilzwijgend verlengd tot 24 maart 2016 en daarna niet voortgezet. De kantonrechter oordeelt dat de doorstartende werkgever opvolgend werkgever is van de failliete werkgever in de zin van art. 7:673 lid 4 BW omdat werknemer dezelfde functie had gehouden en nagenoeg dezelfde werkzaamheden is blijven verrichten. Art. 7:673 lid 4 BW heeft in beginsel onmiddellijke werking. Het ‘zodanige-banden’-criterium is niet van belang. Bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding dient ook de duur van het dienstverband bij de failliete werkgever te worden meegenomen.

Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juni 2016, JOR 2016/255 m.nt. Kreikamp (Constar Plastics)

Het hof oordeelt dat de arbeidsovereenkomsten niet door de doorstartende werkgever zijn opgezegd, maar dat er sprake was van een aanzegging (als bedoeld in art. 7:668 BW). In verband met subsidiaire vorderingen oordeelt het hof dat de vraag of er sprake is van opvolgend werkgeverschap naar het recht van vóór 1 juli 2015 beoordeeld moet worden. Het hof toetst vervolgens aan het dubbele criterium en concludeert dat niet is voldaan aan het ‘zodanige-banden’-criterium, zodat er geen sprake was van opvolgend werkgeverschap. De arbeidsovereenkomsten hebben korter dan vierentwintig maanden geduurd en de werknemers hebben geen recht op de gevorderde transitievergoedingen (van € 248.015).

Rb. Oost-Brabant 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4849, RI 2016/112, (X/Pro Sports Holding BV)

Werknemer is op 14 juni 1996 in dienst getreden bij Pro Sport en per 1 februari 2010 bij Dolcis BV. Pro Sport en Dolcis maakten beide deel uit van Hoogenbosch Retail Group BV (HRG). HRG, Dolcis en Pro Sport zijn op 5 januari 2016 failliet verklaard. De curator van Dolcis heeft de arbeidsovereenkomst opgezegd. Werknemer heeft met de doorstartende werkgever een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gesloten tot 23 april 2016. De doorstartende werkgever heeft de activa van Pro Sport overgenomen, maar niet de activa van

Dolcis. Desondanks oordeelt de rechtbank dat de doorstartende werkgever ten aanzien van de verrichte arbeid als opvolgend werkgever van Dolcis moet worden beschouwd als bedoeld in art. 7:673 lid 4 sub b BW, omdat werknemer feitelijk had gewerkt voor HRG. Bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding diende te worden uitgegaan van 14 juni 1996.

Rb. Gelderland (ktr. Zutphen) 3 oktober 2016, JAR 2016/290 m.nt. J. van der Pijl.

Werknemer is op 23 maart 1998 in dienst getreden van werkgever. Op 7 oktober 2005 wordt werkgever failliet verklaard. Werknemer treedt op 11 oktober 2005 in dienst van de doorstartende werkgever. De kantonrechter oordeelt dat art. 7:673 lid 4 BW onmiddellijke werking heeft, dat het ‘zodanige banden’-criterium daarom geen rol speelt, dat er sprake is van opvolgend werkgeverschap en dat bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding uitgegaan moet worden van de aanvang van het dienstverband per 23 maart 1998.

Rb. Zeeland-West-Brabant 21 december 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8235; RI 2017/48.

Werknemer is in juli 1992 in dienst getreden van werkgever 1 en vervolgens bij werkgever 2 (vermoedelijk een opvolgend werkgever). Op 26 februari 2013 wordt werkgever 2 failliet verklaard. Werknemer treedt op 1 april 2013 in dienst van de doorstartende werkgever. Na verlening van een ontslagvergunning door het UWV heeft de doorstartende werkgever de arbeidsovereenkomst opgezegd tegen 1 augustus 2016. De rechtbank concludeert dat er sprake is van opvolgend werkgeverschap en houdt bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding rekening met juli 1992 als aanvangsdatum van het dienstverband.

Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2017, ECLI:NL:GHSE:2017:859; JOR 2017/144 m.nt. Loesberg.

Werknemer is op 1 mei 1996 in dienst getreden van werkgever. Op 8 augustus 2012 wordt werkgever failliet verklaard. Werknemer treedt met ingang van 20 augustus 2012 in dienst van de doorstartende werkgever. De doorstartende werkgever heeft de arbeidsovereenkomst opgezegd. Volgens het hof dient de vraag of de doorstartende werkgever opvolgend werkgever is te worden beantwoord op basis van het oude recht. Omdat volgens het hof aan beide criteria van het Wolters/Van Tuinen arrest was voldaan, diende bij de bereke-

De gevolgen van de Wwz voor het insolventierecht

ning van de transitievergoeding uit gegaan te worden van de aanvangsdatum van de arbeidsovereenkomst met de failliete werkgever.¹⁴³

Hof Arnhem-Leeuwarden 8 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:1984.

Of bij de berekening van de transitievergoeding de arbeidsperiode bij een eerdere werkgever mee dient te tellen, wordt door het hof beoordeeld aan de hand van het oude recht. Het hof verwijst hierbij naar haar eerdere arrest van 14 juni 2016 in de zaak Constar Plastics en toetst vervolgens aan het dubbele criterium uit het Van Tuinen-arrest.

Hof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3064; JAR 2017/217.

Volgens het hof ontbreekt het ten aanzien van art. 7:673 lid 4 BW aan specifiek overgangsrecht, hetgeen betekent dat art. 7:673 lid 4 BW met onmiddellijke ingang in werking is getreden. Volgens het hof was er sprake van opvolgend werkgeverschap en diende bij de berekening van de transitievergoeding uit te worden gegaan van de aanvang van de arbeidsovereenkomst met een eerdere werkgever in 1997.

Hof 's-Hertogenbosch 24 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3681.

De vraag of de doorstartende werkgever op 1 april 2013 viel aan te merken als opvolgend werkgever van de failliete werkgever dient volgens het hof beoordeeld te worden aan de hand van het oude recht. Voor de motivering van dit oordeel verwijst het hof naar haar arrest van 2 maart 2017¹⁴⁴ en naar het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 14 juni 2016.¹⁴⁵

Hoge Raad 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2905 (Constar Plastics)

Dit arrest is geweest na het sluiten van de kopijdatum en kan daarom helaas slechts summierlijk worden besproken. In dit arrest is het volgende overwogen. Bij beantwoording van de vraag of een op of na 1 juli 2015 eindigende arbeidsovereenkomst op grond van art. 7:668a BW (de ketenregeling) aangemerkt moet worden als te zijn aangegaan voor onbepaalde tijd, moet voor de toepassing van het tweede lid een werkgeverswisseling die heeft plaatsgevonden voor 1 juli 2015 nog worden beoordeeld naar de maatstaf van het arrest Van Tuinen/Wolters. Werkgeverswisselingen die hebben plaatsgevonden voor 1 juli

143. In zijn noot wijst Loesberg er op dat ingevolge art. XXII lid 8 Wwz bij het bepalen van het recht op en de hoogte van de transitievergoeding (art. 7:673 lid 4 sub b eerste zin BW) arbeidsovereenkomsten die voor 1 juli 2012 zijn geëindigd en elkaar met een onderbreking van meer dan drie maanden hebben opgevolgd, niet worden meegeteld. Met de periode gerekend vanaf 1 juli 2012 (tot 1 juli 2015) wordt aangesloten bij de toenmalige termijn van de ketenregeling van drie jaar. Zie *Kamerstukken* 2014/15, 34108, nr. 10.

144. Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:859.

145. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4977.

2015 moeten ook in het kader van de transitievergoeding beoordeeld worden aan de hand van de maatstaf van het arrest Van Tuinen/Wolters.

6.6.1 *Opzegtermijn en opvolgend werkgeverschap*

De (doorstartende) werkgever dient bij opzegging van de arbeidsovereenkomst van een bij de doorstart overgenomen werknemer in beginsel de door art. 7:672 lid 2 BW voorgeschreven opzegtermijn in acht te nemen.¹⁴⁶ Deze bepaling was vóór 1 juli 2015 ook van toepassing. De vraag luidt of het arbeidsverleden bij de failliete werkgever meetelt bij de bepaling van de duur van de arbeidsovereenkomst voor de vaststelling van de lengte van de opzegtermijn in art. 7:672 BW. Die vraag is relevant geworden, omdat de doorstartende werkgever sinds 1 juli 2015 in beginsel beschouwd dient te worden als opvolgend werkgever.

Voor de inwerkingtreding van de Wwz werd bij de berekening van de lengte van de opzegtermijn in beginsel geen rekening gehouden met voorafgaande arbeidsovereenkomsten. Indien een werknemer een reeks van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd met dezelfde of een opvolgende werkgever sloot, werd de opzegtermijn berekend op basis van enkel de duur van de laatste arbeidsovereenkomst. In beginsel stond elke arbeidsovereenkomst op zichzelf. De Centrale Raad van Beroep (CRvB) gaat hier vanuit bij de berekening van de fictieve opzegtermijn in het kader van art. 16 lid 3 WW.¹⁴⁷

In de parlementaire geschiedenis is over art. 7:672 lid 2 BW het volgende geschreven: “In principe wordt krachtens de nieuwe systematiek bij beëindiging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door opzegging, de opzegtermijn verwerkt. Een nieuwe en opvolgende arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd dient in beginsel dan ook als een afzonderlijke op zichzelf staande arbeidsrelatie te worden beschouwd.”¹⁴⁸

Anders dan bij de transitievergoeding,¹⁴⁹ de ketenregeling¹⁵⁰ en de proeftijd¹⁵¹ is er in art. 7:672 BW (opzegtermijn) geen artikellid opgenomen dat een

146. Deze bedraagt 1 maand indien de arbeidsovereenkomst korter dan 5 jaar heeft geduurd, 2 maanden bij overeenkomsten langer dan 5 maar korter dan 10 jaar, 3 maanden bij overeenkomsten langer dan 10 maar korter dan 15 jaar en 4 maanden en bij overeenkomsten langer dan 15 jaar.

147. CRvB 30 november 2011, *USZ* 2012/24 en *JIN* 2012/73 m.nt. Dominicus. Zie voorts CRvB 21 september 2011, *USZ* 2011/297.

148. *Kamerstukken II* 1998/99, 26257, nr. 7 p. 17.

149. Art. 7:673 lid 4 BW.

150. Art. 7:668 lid 2 BW.

151. Art. 7:652 lid 8 sub e BW.

De gevolgen van de Wwz voor het insolventierecht

regeling geeft voor opvolgend werkgeverschap. Uit de parlementaire geschiedenis bij de Wwz is nergens af te leiden dat eerder gesloten arbeidsovereenkomsten in het kader van opvolgend werkgeverschap mee gaan tellen bij de bepaling van de lengte van de opzegtermijn.

Naar mijn oordeel heeft de wetgever bij de invoering van de Wwz dan ook geen wijziging beoogd voor wat betreft de lengte van de opzegtermijn bij opvolgend werkgeverschap en is de lijn die is uitgezet door de CRvB nog steeds leidend. In essentie gaat het er om of de opzegtermijn bij beëindiging van een arbeidsovereenkomst is verbruikt.¹⁵² Indien een werknemer een reeks van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd met dezelfde of een opvolgende werkgever sluit, wordt de opzegtermijn berekend over de laatste arbeidsovereenkomst. In beginsel staat elke arbeidsovereenkomst op zichzelf.¹⁵³ Dat betekent dat het arbeidsverleden bij de failliete werkgever niet mee zou behoren te tellen bij de berekening van de lengte van de door de doorstartende werkgever op grond van art. 7:672 lid 2 BW in acht te nemen opzegtermijn.¹⁵⁴ Hierbij dient bedacht te worden dat de arbeidsovereenkomst die vooraf is gegaan aan de arbeidsovereenkomst met de doorstartende werkgever, normaal gesproken op de voet van art. 40 Fw door de curator zal zijn opgezegd, met inachtneming van de wettelijke¹⁵⁵ of de contractuele opzegtermijn, maar maximaal met een opzegtermijn van zes weken.

6.6.2 *Jurisprudentie opzegtermijn en opvolgend werkgeverschap*

Ktr. Rb. Gelderland 15 januari 2016, JOR 2016/82 m.nt. Loesberg (Constar Plastics)

De kantonrechter heeft de opzegtermijnen op de voet van art. 7:668a lid 4 BW berekend vanaf de eerste arbeidsovereenkomst in de keten en het arbeidsver-

152. Vgl. E. Verhulp, aant. 8 bij art. 672 BW, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, 9^e druk, Kluwer. In gelijke zin eerder al A.M. Luttmer-Kat aant. 6 bij art. 672 BW, *Tekst & Commentaar Arbeidsrecht*, 6^e druk, Kluwer.

153. Vgl. E.J.A. Franssen en P.H.E. Voûte in *SduCommentaar Arbeidsrecht 2015*, toel. C.2.3. bij art. 7:672 BW.

154. Anders: Hof Amsterdam 15 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:976 (*Braincap BV*). In deze zaak is het hof er vanuit gegaan dat er geen sprake is van beëindiging van de arbeidsovereenkomst. De curator in het betreffende faillissement heeft mij echter bevestigd dat hij de arbeidsovereenkomst had opgezegd, in welk geval de opzegtermijn dus zou zijn 'verbruikt'. Daarnaast achtte het hof – naar mijn oordeel ten onrechte – onvoldoende aanleiding om bij de beoordeling of sprake is van een geldige proeftijd, dan wel voor toepassing van de ketenregeling zoals geregeld in art. 7:668a BW, wél rekening te houden met opvolgend werkgeverschap, en voor de berekening van de opzegtermijn niet.

155. De wettelijke opzegtermijn kan de termijn zijn van art. 7:667 lid 4 BW, van art. 7:668a lid 4 BW of van 7:672 lid 2 BW.

Mr. drs. H.H. Kreikamp

leden bij de failliete werkgever meegeteld bij de berekening van de lengte van de opzegtermijnen conform art. 7:672 lid 2 BW.

Hof Amsterdam 15 maart 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:976 (Braincap)

Werkgever wordt op 22 mei 2012 failliet verklaard. De doorstartende werkgever biedt aan werknemer een nieuw dienstverband aan. De doorstartende werkgever zegt na verkregen toestemming van het UWV de arbeidsovereenkomst op met inachtneming van een opzegtermijn van een maand. De werknemer stelt zich op het standpunt dat er bij de berekening van de lengte van de opzegtermijn uitgegaan moest worden van de aanvang van zijn dienstverband bij de failliete werkgever in 1993. Volgens het hof was er ‘onmiskenbaar sprake van nauwe banden’ tussen de failliete werkgever en de doorstartende werkgever, was er sprake van opvolgend werkgeverschap. Vervolgens gaat het hof bij de berekening van de opzegtermijn uit van de aanvang van het dienstverband met de failliete werkgever.

Rb. Zeeland-West-Brabant 21 december 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8235; RI 2017/48.

Bij de berekening van de lengte van de opzegtermijn gaat de kantonrechter uit van de aanvangsdatum van de eerste arbeidsovereenkomst in juli 1992. Omdat de doorstartende werkgever een opzegtermijn van een maand in acht had genomen, moet de doorstartende werkgever van de kantonrechter een vergoeding wegens onregelmatige opzegging ex art. 7:672 lid 10 BW betalen.

Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2017, ECLI:NL:GHSE:2017:859; JOR 2017/144 m.nt. Loesberg.

Ten aanzien van de door de doorstartende werkgever in acht te nemen opzegtermijn gelden volgens het hof “artikel 7:668a lid 2 BW, dat in zoverre voor de onderhavige situatie onmiddellijke werking heeft, en artikel 7: 672 lid 2 BW, dat onmiddellijke werking heeft.” Volgens het hof was (bovendien) niet in geschil dat indien de doorstartende werkgever heeft te gelden als opvolgend werkgever, de opzegtermijn dient te worden berekend vanaf 1 mei 1996. Ingevolge art. 7:672 lid 2 aanhef en onder d BW diende daarom volgens het hof een termijn van 4 maanden in acht te worden genomen.

Hof 's-Hertogenbosch 24 augustus 2017, ECLI:NL:GSHE:2017:3681.

Volgens het hof moet ‘bij de financiële afwikkeling van de arbeidsovereenkomst mede worden gelet op de periode waarin de werknemer voor de failliete werkgever werkzaam was’.

6.7 Aanzegplicht (art. 7:668 BW)

De in paragraaf 2 kort besproken aanzegplicht geldt uiteraard ook voor de doorstartende werkgever. Zoals hierboven vermeld, kan een door de doorstartende werkgever aangeboden arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd converteren in een overeenkomst voor onbepaalde tijd. Het gevolg hiervan kan zijn dat de arbeidsovereenkomst converteert in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd en/of dat de in art. 7:673 lid 1 BW bedoelde termijn van 24 maanden wordt overschreden, in welk geval bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst een transitievergoeding verschuldigd is.

Maar voor het geval van conversie geen sprake is en er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van zes maanden of langer, geldt voor de doorstartende werkgever een aanzegplicht die hem verplicht de werknemer uiterlijk één maand voor afloop van die overeenkomst te informeren over het al dan niet voortzetten van die arbeidsovereenkomst, en, zo ja, onder welke voorwaarden die voortzetting plaatsvindt, een en ander op straffe van vergoeding van een bedrag gelijk aan maximaal een maandsalaris.¹⁵⁶

6.8 Proeftijd (art. 7:652 BW jo. art. 7:669 lid 7 en art. 7:676 BW)

In de praktijk zal de doorstartende werkgever in de arbeidsovereenkomst met overgenomen werknemers graag een proeftijd wil opnemen. Binnen de proeftijd kunnen beide partijen de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang opzeggen.¹⁵⁷

Een proeftijdbeding is nietig indien het is opgenomen in een opvolgende arbeidsovereenkomst tussen een werknemer en een andere werkgever die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moet worden de opvolger van de vorige werkgever te zijn.¹⁵⁸ Hiervan is sprake indien de nieuwe overeenkomst ‘wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden’ eist als de vorige overeenkomst, én er tussen de nieuwe en de vorige werkgever ‘zodanige banden’ bestaan, dat het inzicht – dat op grond van ervaringen is verkregen – van de oude werkgever in de hoedanigheden en geschiktheid van werknemer, in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.¹⁵⁹ Bij de uitleg van het begrip opvolgend werkgeverschap in

156. Art. 7:668 lid 1 t/m 3 BW.

157. Art. 7:676 lid 1 BW.

158. Art. 7:652 lid 8 sub e BW.

159. HR 24 oktober 1986, NJ 1987/293: (Slijkoord/Hekkema). Zie *SduCommentaar Arbeidsrecht* toel. C.4.2.2. bij art. 7:652 BW.

art. 7:652 lid 8 sub e BW blijft het ‘zodanige banden’-criterium uit het arrest Van Tuinen/Taxicentrale Wolters¹⁶⁰ ook na de inwerkingtreding van de Wwz van toepassing.¹⁶¹

Een proeftijdbeding is toegestaan indien de nieuwe overeenkomst duidelijk andere vaardigheden of verantwoordelijkheden eist waarover de ervaringen gedurende de vorige arbeidsovereenkomst onvoldoende inzicht hebben gegeven.¹⁶² De lagere rechtspraak over de vraag of is voldaan aan het ‘zodanige banden’-criterium is wisselend.

Wat door de invoering van de Wwz (wat de proeftijd betreft al sinds 1 januari 2015) wél is gewijzigd, is dat er alleen in arbeidsovereenkomsten met een duur van meer dan zes maanden een proeftijdbeding (van een maand) mag worden opgenomen.¹⁶³ Een proeftijd van twee maanden is alleen mogelijk bij een arbeidsovereenkomst van twee jaar of langer.¹⁶⁴ De doorstartende werkgever is door de inwerkingtreding van de Wwz beperkt in zijn mogelijkheden om met de overgenomen werknemers een proeftijdbeding overeen te komen.

Indien een rechtsgeldig proeftijdbeding is overeengekomen, kan de doorstartende werkgever de arbeidsovereenkomst met onmiddellijke ingang opzeggen. Indien de arbeidsovereenkomst echter 24 maanden of langer heeft geduurd, heeft de werknemer wel recht op een transitievergoeding (!). Zoals hiervoor vermeld, tellen bij de berekening van die transitievergoeding dan de dienstjaren bij de gefailleerde werkgever mee.

6.9 Concurrentiebeding (art. 7:653 BW)

Ook onder de Wwz blijft het uitgangspunt dat een faillissement van de onderneming de geldigheid van het concurrentiebeding niet aantast.¹⁶⁵ Na opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator blijft de werknemer (in beginsel) jegens de boedel gebonden aan het concurrentiebeding. De curator dient een zwaarwegend belang te hebben bij handhaving van het concurrentiebeding.

160. HR 11 mei 2002, *JAR* 2012/150 (*Van Tuinen/Taxicentrale Wolters*).

161. Zie voor een toepassing van het dubbele criterium Rb. Noord-Holland (Vzr.) 24 juli 2014, *JAR* 2014/233 (*faillissement Henk Wind Transport BV*). In deze zaak kwam de werknemer bij de nieuwe werkgever te werken in dezelfde functie en onder dezelfde leidinggevende.

162. HR 6 december 1985, *NJ* 1986, 230 (*Van der Leelie/Benton & Bowles*).

163. Art. 7:652 lid 4 BW.

164. Art. 7:652 lid 5 BW.

165. Zie voor een meer uitvoerige bespreking van het concurrentiebeding de bijdrage van E. Loesberg in deze bundel.

De gevolgen van de Wwz voor het insolventierecht

Een verandering als gevolg van de Wwz is dat een concurrentiebeding alleen geldig is bij een arbeidsovereenkomst voor *onbepaalde* tijd (art. 7:653 lid 1 sub a BW). Lid 2 van art. 7:653 BW biedt de mogelijkheid om hier van af te wijken en een concurrentiebeding op te nemen in een arbeidsovereenkomst voor *bepaalde* tijd. De voorwaarde die daaraan verbonden is, is dat bij het concurrentiebeding een schriftelijke motivering van de werkgever is opgenomen waaruit blijkt dat het concurrentiebeding noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.

Wij hebben gezien dat werknemers onder de Wwz bij de doorstartende werkgever eerder voor onbepaalde tijd in dienst zullen (blijken te) zijn. Als er door de doorstartende werkgever met de overgenomen werknemer in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd al rechtsgeldig een concurrentiebeding met motivering overeengekomen blijkt te zijn, is in afwachting van toekomstige jurisprudentie onzeker of dat beding geldig blijft indien die overeenkomst wordt voorgezet voor bepaalde tijd of wordt geconverteerd in een overeenkomst voor onbepaalde tijd.

7. Overgangsrecht opvolgend werkgeverschap

In het kader van de inwerkingtreding van de Wwz is per 1 juli 2015 de formulering van het begrip ‘opvolgend werkgeverschap’ gewijzigd in art. 7:667 lid 5 BW (de Ragetlie-regel), art. 7:668a lid 2 BW (de ketenregeling) en art. 15 lid 2 Ontslagregeling UWV 2015 (het afspiegelingsbeginsel). Art. 7:673 BW (transitievergoeding) is een geheel nieuwe bepaling en bevat in lid 4 sub b een bepaling over ‘opvolgend werkgeverschap’. De tweede voorwaarde voor ‘opvolgend werkgeverschap, het ‘zodanige-banden’ criterium, is als vereiste vervallen. Voor het aannemen van opvolgend werkgeverschap behoeft alleen sprake te zijn van ‘wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden’.

Indien doorstartende werkgevers na de doorstart arbeidsovereenkomsten met overgenomen werknemers willen beëindigen, is van groot belang of de oude formulering van opvolgend werkgeverschap (het dubbele criterium) van toepassing is of de nieuwe formulering (het enkele criterium). Helaas is er vanwege de maximale lengte van de bijdrage geen ruimte om hier uitgebreider op in te gaan en aandacht te besteden aan de hierover verschenen jurisprudentie. Ik volsta daarom met de volgende korte opmerkingen.

Als hoofdregel geldt dat de Wwz onmiddellijke werking heeft, tenzij er in het overgangsrecht een uitzondering wordt gemaakt. Onmiddellijke werking betekent dat de wet direct van toepassing is op nieuwe en bestaande rechtsposities

en verhoudingen. De Wwz geldt zowel voor arbeidsovereenkomsten die worden gesloten op of na de inwerkingtreding van de Wwz als voor arbeidsovereenkomsten die al bestaan op het moment dat de Wwz in werking treedt.¹⁶⁶ Door overgangsrecht kan het oude recht (tijdelijk) van toepassing blijven.¹⁶⁷ Uitzonderingen in het overgangsrecht zijn, voor zover in dit kader van belang, te vinden in art. XXII Wwz (transitievergoeding) en art. XXIII Wwz (ketenregeling).

Het belang van het overgangsrecht ten aanzien van art. 7:668a lid 2 BW is nagenoeg verdwenen, omdat er op 1 juli 2017 twee jaar zijn verstreken sinds de inwerkingtreding van de Wwz.

Voor wat betreft de transitievergoeding lijkt de lijn in de jurisprudentie te zijn dat art. 7:673 lid 4 sub b BW onmiddellijk werking heeft. Voor de vraag of een transitievergoeding verschuldigd is en voor de berekening van de hoogte daarvan, is ook de periode waarin een werknemer vóór 1 juli 2015 in dienst was bij de failliete werkgever van belang in geval van beëindiging van de arbeidsovereenkomst, indien de doorstartende werkgever opvolgend werkgever van de failliete werkgever is.

Wat betreft opvolgend werkgeverschap in het kader van het afspiegelingsbeginsel bepaalt art. 15 lid 4 Ontslagregeling UWV 2015: “Voor de toepassing van het eerste lid worden arbeidsovereenkomsten geacht elkaar te hebben opgevolgd, indien de werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers die, ongeacht of inzicht bestond in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, redelijkerwijze geacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkaars opvolger te zijn.” Ten aanzien van opvolgend werkgeverschap is er voor zover mij bekend geen overgangsrecht. Dat zou betekenen dat sprake is van onmiddellijke werking.

Hoewel diverse rechterlijke instanties hierover tot nu toe anders hebben geoordeeld, ben ik van mening dat de doorstartende werkgever het arbeidsverleden van zijn werknemer bij diens failliete werkgever niet mee hoeft te tellen bij de berekening van de lengte van de opzegtermijn.¹⁶⁸

166. Zie J.S. Engelsman en J.M. van Slooten, ‘Het overgangsrecht van de Wet werk en zekerheid: technisch en belangrijk!’, *TRA* 2015/3 en *TRA* 2015/13.

167. Er is sprake van eerbiedigende werking als het oude recht van toepassing blijft en van uitgestelde werking indien het oude recht tijdelijk van toepassing blijft.

168. Dat ligt anders voor de specifieke opzegtermijnen in art. 7:667 lid 4 BW (Ragelie-regel; de opzegtermijn die in acht genomen dient te worden bij opzegging van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die vooraf is gegaan door een overeenkomst voor onbepaalde tijd) en in art. 7:668a lid 4 BW (de opzegtermijn die van toepassing is indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd door de werking van de ketenregeling is geconverteerd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd).

8. Regeerakkoord 10 oktober 2017

Op 10 oktober 2017 is het regeerakkoord 2017-2021 ‘Vertrouwen in de toekomst’ gepubliceerd.¹⁶⁹ In dit regeerakkoord wordt een aantal wijzigingen in de Wwz aangekondigd. De volgende, aangekondigde wijzigingen zijn in dit verband relevant:

- Werknemers krijgen vanaf het begin van hun arbeidsovereenkomst recht op transitievergoeding in plaats van na twee jaar.
- Voor elk jaar in dienstverband gaat de transitievergoeding een derde maandsalaris bedragen, ook voor contractduren langer dan 10 jaar.
- De overgangsregeling voor 50-plussers wordt gehandhaafd.
- Geen transitievergoeding bij ontslag om bedrijfseconomische redenen als een cao-regeling van toepassing is.
- De criteria om in aanmerking te komen voor de overbruggingsregeling transitievergoeding voor kleine werkgevers wordt ruimer en eenvoudiger.
- Voor de situatie waarin een werkgever zijn bedrijf beëindigt wegens pensionering of ziekte, zal het kabinet met voorstellen komen om de transitievergoeding onder voorwaarden te compenseren.
- De periode waarna elkaar opeenvolgende tijdelijke contracten overgaan in een contract voor onbepaalde tijd, wordt verlengd van twee naar drie jaar.
- De mogelijkheden voor een langere proeftijd worden verruimd om het aangaan van een contract voor onbepaalde tijd aantrekkelijker te maken voor werkgevers. Indien een werkgever direct (als eerste contract) een contract voor onbepaalde tijd aanbiedt, wordt de proeftijd verruimd naar vijf maanden. Voor meerjaarscontracten (meer dan 2 jaar) wordt de proeftijd drie maanden. In overige gevallen blijft de proeftijd zoals deze nu is.

9. Conclusie

De ingrijpende wijzigingen die de Wwz heeft voor het arbeidsrecht, heeft ook belangrijke gevolgen voor het insolventierecht.

De overgangsregeling voor kleine werkgevers in een slechte financiële situatie (art. 7:673d BW) functioneert niet goed vanwege de te strenge voorwaarden. Hopelijk worden de criteria om in aanmerking te komen voor de overbruggingsregeling transitievergoeding voor kleine werkgevers inderdaad ruimer en eenvoudiger, zoals aangekondigd in het regeerakkoord. Voor wat betreft de

169. *Vertrouwen in de toekomst*, Regeerakkoord 2017-2021, VVD, CDA, D66 en ChristenUnie, 10 oktober 2017, par. 2.1. www.kabinetsformatie2017.nl/kabinetsformaties/k/kabinetsformatie-2017/documenten/publicaties/2017/10/10/regeerakkoord-vertrouwen-in-de-toekomst.

mogelijkheid om de transitievergoeding in termijnen te betalen indien de betaling leidt tot 'onaanvaardbare gevolgen voor de bedrijfsvoering' (art. 7:673c lid 2 BW) zouden duidelijke voorwaarden geformuleerd moeten worden en zou de rechtspositie van de werknemer versterkt dienen te worden.

Wat de gevolgen van de Wwz voor de onderneming in surseance betreft, springt het meest in het oog dat er in dat geval geen transitievergoeding verschuldigd is. Surseance van betaling kan als gevolg daarvan van voor werkgevers aantrekkelijker zijn geworden als route om boventallig personeel te ontslaan en loonkosten te beperken, maar dan zal onderneming wel over voldoende tijd en liquide middelen moeten kunnen beschikken. Dat het recht op een reeds verschuldigde transitievergoeding bij surseance (en bij faillissement) vervalt, is wat mij betreft een willekeurige en arbitraire inbreuk op het beginsel van gelijkheid van schuldeisers. Hiervoor is geen rechtvaardiging en wat mij betreft dient deze regeling te worden ingetrokken. Voor het vervallen van een reeds verschuldigde vergoeding wegens het niet nakomen van de aanzegplicht geldt hetzelfde.

De gevolgen van de Wwz voor reguliere faillissementen zijn beperkt. De gevolgen van de Wwz voor doorstartende werkgevers na faillissement zijn echter ingrijpend. Vooral de beperktere mogelijkheid om werknemers voor bepaalde tijd in dienst te nemen, het mee laten tellen van het arbeidsverleden bij de failliete werkgever bij de transitievergoeding, het afspiegelingsbeginsel en de opzegtermijn, zullen tot gevolg hebben dat er minder doorstarts plaatsvinden en/of dat daarbij aan minder werknemers een arbeidsovereenkomst wordt aangeboden of vooral aan werknemers met een kort arbeidsverleden bij hun vorige werkgevers. Zowel de werknemers als de crediteuren zijn hier niet bij gebaat. Inmiddels heeft ook het Smallsteps-arrest geleid tot onzekerheid onder potentieel doorstartende werkgevers. Dit onderstreept de urgentie om het klimaat voor (potentieel) doorstartende werkgevers te verbeteren.

De curator als werkgever

MR. P.R.W. SCHAIK¹

1. De arbeidsovereenkomst die van de werkgever ‘overgaat’ op de curator

Directie en personeel van een failliete onderneming zien de door de rechtbank benoemde curator bij zijn binnenkomst als de ‘nieuwe baas’, en daarmee ook als hun werkgever, zij het dat zij het tijdelijke karakter ervan beseffen. Ook de curator zelf zal het gewicht van de werkgeversrol op zijn schouders voelen, te beginnen wanneer hij (zij) op de zeepkist klimt, en nadat de bestuurder het spits heeft afgebeten, de verzamelde werknemers gaat toespreken. De kern van zijn boodschap is helaas dat het ontslag van allen niet alleen onvermijdelijk geworden is, maar ook noodzakelijk om de wettelijke loongarantieregeling in werking te laten treden die, geluk bij een ongeluk, in doorsnee een fraai en effectief vangnet biedt. Hij zal die rol te meer ervaren als hij vervolgens een gesprek aangaat met de ondernemingsraad en/of vakbonden ontvangt. Vanuit arbeidsrechtelijk perspectief lijkt de situatie bijzonder overzichtelijk: de curator treedt in alle rechten en verplichtingen van de werkgever, als neergelegd in de arbeidsovereenkomst, eventueel de cao, Boek 7 Titel 10 BW alsmede de aanpalende bijzondere arbeidswetgeving die dikwijls mede bestuursrechtelijke elementen bevat. Aldus lijkt de koers van de curator-werkgever bepaald.

Insolventierechtelijk gezien is de positie van de curator als werkgever veel minder eenduidig. Wetshistorisch gezien is het probleem dat het hele arbeidsrechtelijke ‘gebouw’ in faillissement rust op één pijler: art. 40 Fw. Vergeefs zal men in de Faillissementswet zoeken naar een bepaling die zegt dat de werkgeversrol als zodanig op de curator in zijn kwaliteit komt te rusten, of, anders gezegd, dat de arbeidsovereenkomsten, aan werkgeverszijde bezien, integraal op de curator overgaan. Artikel 40 Fw is in essentie vanaf 1893 tot heden niet gewijzigd: het handelt over de ontslagbevoegdheid van de curator, over een maximale opzegtermijn, en over loon als boedelschuld vanaf faillissementsdatum. *That’s it.* Het artikel bevat aldus slechts een rudimentaire regeling ten aanzien van de arbeidsovereenkomst als zodanig, tijdens faillissement. Artikel 40 FW is in het licht van de wetsgeschiedenis aangemerkt als een *lex specialis*

1. Mr. P.R.W. Schaik is advocaat bij FLORENT te Amsterdam.

ten opzichte van art. 37 Fw, dat als hoofdregel geldt ten aanzien van wederkerige overeenkomsten in faillissement. Anders dan art. 40 Fw dekt artikel 37 het geheel van rechten en verplichtingen uit wederkerige overeenkomsten zoals de curator die aantreft, zij het dat de curator niet tot nakoming ervan verplicht is maar mag ‘wanpresteren’.² Een aantal schrijvers wil het ‘gat’ dat artikel 40 laat vallen – althans, zo beschouw ik het – opvullen door het standpunt in te nemen dat het karakter van *lex specialis* van art. 40 Fw slechts ziet op het ontslagrechtelijke aspect (nu het artikel slechts dat aspect noemt) en niet op de overige aspecten van de arbeidsovereenkomst, die betrekking hebben, kort gezegd, op continueringaspecten. Deze zouden onder de werking van art. 37 Fw vallen. Aldus, in diverse bewoordingen: Grapperhaus,³ Wessels⁴, Loesberg⁵ en Verburg.⁶ Zo zal in deze visie de verplichting tot naleving van een geheimhoudingsbeding of een concurrentiebeding vervallen indien de curator een verzoek van de werknemer tot gestanddoening van de arbeidsovereenkomst niet honoreert, een en ander conform art. 37 Fw. Van Zanten daarentegen acht aannemelijk dat het de bedoeling van de wetgever van 1893 is geweest om de positie van de werknemer exclusief te laten beheersen door de regeling van art. 40 Fw.⁷ Hij gebruikt daarbij de formulering dat de arbeidsovereenkomst, zolang niet opgezegd, ‘doorloopt ten laste van de boedel’. Hij preciseert niet nader wat daaronder moet worden verstaan.

Van Zanten’s opvatting ten aanzien van de uitsluiting van art. 37 Fw waar het de arbeidsovereenkomst betreft is ook de mijne.⁸ Ik kan met zijn formulering ten aanzien van het ‘doorlopen ten laste van de boedel’ leven, ofschoon ik vermoed dat mijn invulling daarvan nog iets verder gaat dan de zijne. Bij deze wil ik enige woorden wijden aan de gedachte die bij mij daarachter steekt.⁹ De

2. Vgl. T.T. van Zanten, ‘De overeenkomst in het insolventierecht’, diss. 2012, serie *Recht en Praktijk – Insolventierecht*, nr. *InsR3*, Kluwer 2012, hfdst. 5.1, met verwijzing naar Verstijlen.
3. F.B.J. Grapperhaus, ‘Werknemersconcurrentie; beperkingen aan concurrerende activiteiten van de ex-werknemer ten opzicht van zijn voormalige werkgever’, diss. 1995, Deventer: Kluwer 1995, p. 234.
4. B. Wessels, ‘Gevolgen van de faillietverklaring (1)’, Serie *Wessels Insolventierecht* deel II, vierde druk, Deventer: Wolters Kluwer 2016, nr. 2533.
5. E. Loesberg, ‘De failliete werkgever en zijn werknemers’, *FIP* 2014 (8), 365, p. 51.
6. L.G. Verburg, ‘Het beëindigen van de relatie met de bestuurder en de commissarissen van een gefailleerde NV of BV’, in: N.E.D. Faber, J.J. van Hees, N.S.G.J. Vermunt (redactie), *Overeenkomsten en Insolventie*, serie Onderneming en Recht, deel 72, Deventer: Kluwer 2012, p. 166.
7. T.T. van Zanten, diss. 2012, p. 119 e.v.
8. P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*. 2^e druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017 (in volgende noten: “monografie Schaink”), par.2.2.1.
9. Vgl. monografie Schaink, par. 2.3.

arbeidsovereenkomst is een contract van een bijzondere, persoonlijke aard. In het faillissement van de werkgever krijgt de werknemer, die zijn dagelijks werk onder gezag en toezicht van de werkgever verrichtte, een van buitenaf gedropte curator als plaatsvervanger voor zich. Hij staat met deze niet in een formeel geregelde contractuele (gezags)verhouding, maar gaat wel voort met het in standhouden c.q. vermeerderen van de vermogenswaarden waarover die curator beheers- en beschikkingsmacht heeft, wat meebrengt dat hij ten aanzien daarvan, in het licht van art. 68 Fw, diens aanwijzingen heeft op te volgen. Deze situatie kan niet bestaan zonder dat de curator daarvoor de randvoorwaarden schept, c.q. de bestaande randvoorwaarden in stand houdt. Wie zou in die situatie de stelling willen verdedigen dat de curator zich niet jegens de werknemer conform art. 7:611 BW als ‘goed werkgever’ behoeft te gedragen; bijvoorbeeld, binnen in het arbeidsrecht aanvaarde grenzen, diens privacy niet behoeft te respecteren? Of geen boodschap hoeft te hebben aan de op de werkgever rustende zorgverplichting van art. 7:658 BW ten aanzien van veilige lokalen, werktuigen en gereedschappen, dan wel aan de re-integratie-verplichtingen jegens zieke werknemers ex art. 7:658a BW? Ik zou menen dat geen naar behoren functionerende curator – die mede opkomt voor maatschappelijke belangen – kan volhouden dat hij, bij voortdurende van dienstverbanden na aanvang van faillissement, zich van zodanige verplichtingen niets hoeft aan te trekken.

Hoe zou men deze opvatting nader kunnen kwalificeren? Waar het uitgangspunt is dat de curator in het algemeen dezelfde vermogensrechtelijke rechten en verplichtingen heeft als de schuldenaar voor diens faillissement,¹⁰ zou ik ten aanzien van de arbeidsovereenkomst verder willen gaan (voorbij de grenzen van het eigenlijke vermogensrecht) en willen stellen dat de arbeidsovereenkomst vanaf de datum van faillissement aan werkgeverszijde in haar geheel op de curator in diens kwaliteit ‘overgaat’. Men zou kunnen spreken van een bijzondere rechtsopvolging krachtens de wet (vergelijkbaar met die als bedoeld in art. 7:663 BW), besloten liggend in art. 40 Fw. Voor wat betreft de actiefzijde van deze rechtsovergang biedt de tekst van art. 40 Fw een duidelijk aanknopingspunt: het recht van de curator werknemers te ontslaan impliceert immers diens ultieme werkgeversbevoegdheid. Alle minder verstrekkende bevoegdheden kunnen worden geacht daarin te zijn begrepen. Voor wat betreft de passiefzijde, de verplichtingen van de curator, dient men in mijn visie te aanvaarden dat – naast de verplichting om loon vanaf faillissementsdatum als boedelschuld te voldoen – alle werkgeversplichten vanaf faillissementsdatum

10. F.M. Verstijlen, commentaar op art. 68 Fw in (blauwe) *T&C Insolventierecht* tiende druk, 2016.

zijn te beschouwen als ‘boedelverplichtingen’ waarop de curator in zijn kwaliteit aanspreekbaar is, en ten aanzien waarvan hij niet ‘straffeloos’ kan wanpresteren (op de wijze als in het kader van art. 37 Fw mogelijk is).

Wie de bovenstaande gedachtenconstructie inzake rechtsopvolging in het kader van art. 40 Fw een brug te ver vindt, zou er zijn toevlucht toe kunnen nemen te stellen dat werknemer en curator in een bijzondere, maar summier geregelde verhouding tot elkaar staan die wordt beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid (vgl. art. 6:2 BW), welke eisen er concreet op neerkomen dat zij zich jegens elkaar hebben te gedragen als waren zij elkaars werkgever c.q. werknemer. Genoemde eisen worden mede ingekleurd door de belangen van maatschappelijke aard die de curator bij zijn taakuitoefening behoort mee te wegen.¹¹ Schending van die eisen, mits van voldoende gewicht, kan een onrechtmatige daad opleveren.

Er is één situatie denkbaar waarin het niet nodig is een gedachtenconstructie als zojuist genoemd te gebruiken, en waarin de curator als ‘zuivere’ werkgever kan worden aangemerkt. Dat is de situatie waarin hij, na aanvang van het faillissement, nieuw personeel in dienst neemt. Men bedenke dat het de wettelijke taak van de curator is een ordelijke en gecontroleerde afwikkeling te bewerkstelligen van een geheel van rechten en verplichtingen (‘boedel’) zoals hij dat aantreft na de faillietverklaring. Daarom heeft naar mijn mening te gelden dat, als de curator ná de faillietverklaring ten behoeve van de boedel een werknemer in dienst neemt, noch het faillissementsrecht in het algemeen van toepassing is op hun contractuele relatie, noch art. 40 Fw in het bijzonder, maar het commune arbeidsovereenkomstenrecht, inclusief vereisten inzake opzegvergunning (wat het UWV vreemd zal doen opkijken) en ontslagverboden.¹² Ik zou niet zover willen gaan dit scenario gelijk te stellen aan de situatie waarin de curator een ten tijde van de faillietverklaring lopende arbeidsovereenkomst, na opzegging ex art. 40 Fw en na afloop van de opzegtermijn, op enigerlei wijze verlengt (veelal: in het kader van afwikkelingswerkzaamheden ten behoeve van de boedel). Die situatie heeft, om zo te zeggen, een duidelijke faillissementsrechtelijke ‘inbedding’ (zie hierna onder 4).

2. De met ontslagrechten overbedeelde curator-werkgever

Ook al gaat de arbeidsovereenkomst van de werkgever op de curator ‘over’, daarmee is niet gezegd, zeker niet in termen van ontslagrechtelijke bevoegd-

11. HR 24 februari 1995, *NJ* 1996/472, m.nt. Kleijn (*Sigmacon II*). Zie ook Rb. Rotterdam 21 juni 2017, *JOR* 2017/278; de belangen van de werknemers worden hier expliciet genoemd.

12. Anders: E. Loesberg, *FIP* 2014.

heden, dat er niets verandert. In tegendeel: de opzeggingsmogelijkheden voor de curator zijn ruimer geworden dan de werkgever voorheen had. Correspondierend daarmee zijn de rechten van de werknemers geringer geworden.¹³ Zo gelden voor de curator niet de (meeste van de) talrijke bijzondere opzegverboden van art. 7:670 BW die de werkgever tegen zich moet laten gelden.¹⁴ Hij mag verder in voorkomend geval kortere opzegtermijnen hanteren dan vastgelegd in art. 7:672 lid 2 BW. Ook mag de curator een contractueel niet tussentijds opzegbare arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd als bedoeld in art. 7:667 lid 3 BW zonder sanctie opzeggen, terwijl de werkgever in die situatie hetzij schadeplichtig is hetzij vernietiging van de opzegging door de kantonrechter riskeert, zie art. 7:677 lid 4 BW. Verder bevat de (in hoofdzaak) per 1 juli 2015 in werking getreden Wet werk en zekerheid (Wwz) voor de werkgever een verplichte ontslagroute, al naar gelang de ontslaggrond: in geval van verval van arbeidsplaatsen of langdurige ziekte van de werknemer loopt de route langs het UWV, in andere gevallen – denk bijvoorbeeld aan disfunctioneren – gaat zij langs de kantonrechter. Ik verdedig de stelling dat de route via de kantonrechter voor de curator, ongeacht de ontslaggrond, niet als verplichting geldt. Hiervoor kan (mede) steun gevonden worden in de parlementaire behandeling van reparatiewetgeving die volgde op de Wwz, en waarin Minister Asscher spreekt van “een zelfstandige opzegbevoegd [van de curator] op grond van art. 40 Fw, die niet wordt beheerst door de normale regels van het ontslagrecht”.¹⁵ Ook in het collectieve ontslagrecht, als neergelegd in de Wet Melding Collectief Ontslag (WMCO), zien we een grotere vrijheid voor de curator in vergelijking met de werkgever. De curator heeft geen meldingsplicht jegens het UWV ex art. 3 WMCO, tenzij het UWV daarom vraagt (en dat doet het UWV niet omdat het weet dat zijn rol als verlener van opzegvergunningen in faillissement niet aan de orde is). Ook hoeft de curator geen wachttijd ex art. 5a WMCO in acht te nemen. Kortom, als men wil spreken van de curator als werkgever, dan is hij, in ieder geval in termen van het ontslagrecht, een met versterkte bevoegdheden uitgeruste werkgever geworden.

-
13. Zie ook, in oudere literatuur: L.H. van den Heuvel, ‘Rechten van werknemers bij faillissement’, *Geschriften van de Vereniging voor Arbeidsrecht*, nr. 5, Samsom 1981, p. 22.
 14. Over de reikwijdte van de opzegverboden tijdens faillissement bestaat geen eenstemmigheid onder de schrijvers. Ter gelegenheid van een wijziging van de Faillissementswet in 1954 liet de regering weten dat de curator mag ontslaan “ook in geval van ziekte of militaire dienst van de arbeider”. Nadien is het aantal opzegverboden aanzienlijk uitgebreid. Zie over de verdeelde opvattingen: monografie Schaink, par. 3.4.1-3.4.4.
 15. Monografie Schaink, par. 3.2.1, met verdere verwijzingen.

3. De onderbetaalde werknemer en de curator-werkgever die niet wil bijspringen

Sinds 1 januari 2016 is een probleem gerezen waar het betreft hoger gesalarieerd personeel dat de curator wil laten doorwerken tijdens faillissement: maximering van de uit te betalen bedragen onder de loongarantieregeling. Sedert jaar en dag onderscheidde de Nederlandse ‘vangnetregeling’ zich van alle vergelijkbare buitenlandse regelingen in die zin dat zij geen afgrenzing aan de bovenzijde kende. Wie een salaris genoot van EUR 25.000 per maand kon aldus over maximaal 19 weken een bedrag van ruim boven een ton van het UWV incasseren. Dit terwijl slechts premie werd geheven over het wettelijke maximum premieloon. Eveneens sinds jaar en dag voorzag de desbetreffende EU richtlijn¹⁶ in de mogelijkheid tot maximering van de loongarantie, op nationaal niveau te bepalen. Bij een en ander kwam dat oorspronkelijk de kas van de loongarantieregeling werd gevuld uitsluitend met middelen afkomstig van werkgevers en werknemers, een situatie die al geruime tijd ontoereikend bleek voor de uitgaven, met als gevolg een noodzakelijke aanvulling uit de openbare middelen. Niet onbegrijpelijk is dan ook dat, in de *slipstream* van de Wwz, een begrenzing werd ingevoerd, vastgesteld op anderhalf maal het maximum premieloon (veelal ‘maximum dagloon’ genoemd) ex art. art. 17 Wet financiering sociale verzekeringen.¹⁷ Dit maximum geldt voor het loon met inbegrip van alle emolumenten zoals gratificaties, overwerkvergoeding, waarde privé gebruik dienstauto, en tevens met inbegrip van alle mogelijke kostenvergoedingen nu deze eveneens onder het loonbegrip als bedoeld in art. 67 WW vallen.¹⁸

Niettegenstaande deze begrenzing in de uitkerings sfeer blijft tussen curator-werkgever en werknemer het overeengekomen loon gelden. Is dit hoger dan het maximum dagloon, dan zal de curator bij wijze van preferente boedelschuld de door het UWV betaalde bedrag moeten aanvullen. Het is de werknemer niet verboden met minder genoegen te nemen maar hij staat in zijn recht als hij dat niet doet, en hij kan zelfs rechtsgeldig ontslag op staande voet nemen op grond van art. 7:679 lid 2 sub c BW (wegens het niet op tijd ontvangen van ‘het’ loon). Uiteraard wringt hier iets indien de werknemer uit hoofde van de loongarantie wel een groot deel van zijn salaris ontvangt. Wanneer de curator (vooralsnog, bij gebrek aan middelen) niet aanvult lijkt het voor de ‘onderbetaalde’ werknemer beter zijn boedelvordering voorlopig op te zouten – wellicht neemt het boedelactief in de loop der tijd nog toe – mede omdat hij, als hij

16. Richtlijn 80/987/EEG, *PbEG* 1980, L 283/23, zoals gewijzigd bij Richtlijn 2002/74/EG, *PbEG* 2002, L 270/10 e.v., en vervolgens gecodificeerd in Richtlijn 2008/94/EG (*PbEG* L 283, p.36);

17. Maximum premieloon in 2017: € 4.475 per maand.

18. Zie monografie Schaink, par. 8.10.1 en 8.10.5.

ontslag op staande voet neemt, vanaf dat tijdstip geen aanspraak meer heeft op enige loongarantie (iedere uitkering ter zake eindigt op de laatste dag van het dienstverband). Hij kan weliswaar een vordering tot (schade)vergoeding op de voet van art. 7:677 lid 3 BW tegen de curator instellen, maar in het licht van het arrest *Koot/Tideman*¹⁹ is het maar de vraag of die claim voor de curator een boedelschuld oplevert.

4. Werken voor de curator-werkgever voorbij de opzegtermijn

In het algemeen zal het voor de curator van belang zijn de door hem aangetroffen onderneming draaiende te houden. Het komt voor dat, als de situatie dreigt dat *key-employees* gaan ‘lopen’, hij ze een bonus aanbiedt om vooralsnog aan boord te blijven. Als dat van korte duur is en gegrond wordt op de bijzondere omstandigheden van het geval ligt daarin een rechtvaardiging ten opzichte van werknemers aan wie de bonus niet wordt aangeboden. Verdedigbaar dunkt mij zelfs dat het UWV in het kader van de loongarantieregeling de loonsverhoging (gedurende maximaal de zes weken opzegtermijn van art. 40 Fw) voor zijn rekening neemt.

Niet zelden heeft de de curator méér tijd nodig om met een aantal werknemers verder te gaan dan die zes weken. De curator kan dan, globaal gezien twee routes bewandelen: of hij maakt rechtstreeks nadere afspraken met de werknemers of hij schakelt een uitzendbureau in. Ik beperk me in dit artikel tot de eerste optie.²⁰ Doel voor de curator zal zijn te vermijden dat enige verlenging kwalificeert als arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die, opnieuw, moet worden opgezegd. Diverse varianten zijn denkbaar, afhankelijk van de concrete situatie. Variant (i): als de werknemer een arbeidscontract voor onbepaalde tijd had mag de curator dat, na zijn opzegging ex art. 40 Fw voor bepaalde tijd verlengen. Dit is het gevolg van de wat lastig leesbare maar aan arbeidsrechtjuristen overbekende ‘Ragetlieregel’ als verwoord in art. 7:667 lid 4 BW, waarin de Wwz-wetgever nu expliciet mede aan opzegging ex art. 40 WW heeft gerefereerd. Er begint dan zelfs een heel nieuwe ‘keten’ als bedoeld in de ketenregeling van art. 7:668a lid 2 BW. Variant (ii): het arbeidscontract bij de failliet was een contract voor bepaalde tijd waarvan de einddatum meer dan zes weken na faillissementsdatum ligt en dat door de curator reeds tussentijds op de voet van art. 40 Fw is opgezegd. Als contract voor bepaalde tijd kwalificeert het als schakel in de ketenregeling van art. 7:668a lid 1 BW. Het sluiten van een

19. HR 19 april 2013, *JOR* 2013/224, m.nt. Boekraad.

20. Zie voor beide routes tevens: monografie Schaink, par. 9.2 – 9.2.4. Voorts: P.R.W. Schaink, ‘Arbeidsrecht in opmars in het insolventierecht’, *TvI* 2017/2.

nieuw contract voor bepaalde tijd komt, indien aan de voorwaarden van art. 7:668a BW is voldaan, voor conversie in een contract voor onbepaalde tijd in aanmerking. Om dit te voorkomen is denkbaar dat de curator, hangende de opzegtermijn van art. 40 Fw, met de werknemer een verlenging van de opzegtermijn afspreekt. Deze constructie is (in ieder geval) in de faillissementen van DSB Bank en van V&D door de curatoren toegepast. Dat heeft niet tot complicaties geleid, noch van de kant van de betrokken werknemers (uit hoofde van het ontslagrecht), noch van de kant van het UWV (uit hoofde van aansluitende claims van werknemers op werkloosheidsuitkering). Variant (iii): er is een met de failliet gesloten arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die binnen zes weken na faillissementsdatum van rechtswege afloopt (weer een variant hierop: een afloop op basis van een reeds bestaande beëindigingsovereenkomst). In die situatie heeft een opzegging door de curator ex art. 40 Fw geen zin. Een oplossing kan hier zijn door middel van wijziging van de bestaande arbeidsovereenkomst een nieuwe einddatum af te spreken en vast te leggen. In een niet aan faillissement gerelateerde casus waren binnen vrij korte tijd drie opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tussen dezelfde partijen doorlopen. Kort voor het eind van het derde contract werd de duur van dit contract van zes in elf maanden gewijzigd. De vraag was of ondanks deze afspraak moest worden geoordeeld dat op de voet van art. 7:668a BW sprake was van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De voorzieningenrechter te Leeuwarden oordeelde,²¹ in de lijn van een arrest van het Hof Arnhem,²² kort samengevat, dat partijen in hun arbeidsovereenkomsten nadere afspraken mogen maken, ook als dat betreft een wijziging van de duur waarvoor een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is aangegaan. Als partijen dat bij herhaling doen kan, alle omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, goed werkgeverschap er toe leiden dat een dergelijke afspraak als onaanvaardbaar buiten toepassing moet blijven. De enkele omstandigheid dat partijen eenmaal de looptijd van de overeenkomst van zes in elf maanden hebben gewijzigd, leidt niet tot de conclusie dat van dergelijke onaanvaardbaarheid sprake is. Bij een en ander speelde voor de rechter mee dat niet was gebleken dat de werkgever misbruik van de omstandigheden had gemaakt. Een voorbeeld waarin geoordeeld werd dat de werkgever een brug te ver was gegaan is te vinden in een uitspraak van de Amsterdamse kantonrechter uit 2012.²³ Mij dunkt dat de uitspraak van de voorzieningenrechter te Leeuwarden goed past op een vergelijkbare eenmalige afspraak tussen een curator en een werknemer, en dit bovendien in een situatie waar het verkrijgen

21. Vزر. Rb. Noord-Nederland 21 februari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1252 (*werknemer/Tekenplus*).

22. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 juli 2012, ECLI:GHARN:2011:BR6498.

23. Vزر. Ktr. Amsterdam 11 mei 2012, *JAR* 2012/160.

door de werknemer van een arbeidscontract voor onbepaalde tijd een zinloze aangelegenheid is, nu de failliete werkgever bezig is op te houden te bestaan. Dat neemt overigens niet weg dat er schrijvers zijn die zich onder alle omstandigheden lijken te verzetten tegen een constructie die de ketenregeling “buiten spel” zet en “afbreuk [doet] aan de verplichtingen die Europa ons met Richtlijn 1999/70/EG oplegt”.²⁴

5. Een casus van repeterende ontslagverlening door de curator-werkgever

Laten wij nu stilstaan bij een denkbeeldige casus waarin de curator na opzegging door enige vorm van verlenging van een arbeidsovereenkomst onverhoopt/bij vergissing de rechtstoestand in het leven heeft geroepen dat hij ten tweede male moet opzeggen. Men dient dan een paar vragen onder ogen te zien:²⁵ (i) heeft de curator opnieuw toestemming nodig om te ontslaan, hetzij van het UWV hetzij van de rechter-commissaris? (ii) Gelden de ontslagverboden zoals die in het commune arbeidsovereenkomstenrecht van toepassing zijn? (iii) Mag de curator voor een tweede keer gebruik maken van de verkorte opzegtermijn van zes weken, ex art. 40 Fw? (iv) Kan het zijn dat na afloop van de verlengde overeenkomst de curator, in afwijking van art. 7:673c BW een transitievergoeding verschuldigd is?

Bedacht moet worden dat ten aanzien van bovenstaande vragen bij mijn weten geen literatuur of jurisprudentie bestaat. Mijn visie er op, bij wijze van vrije gedachtenoefening, is de volgende.

Ad (i): Ik meen dat er opnieuw toestemming nodig is voor de rechtshandeling van de ontslagverlening. De aanvankelijk door de rechter-commissaris aan ontslagverlening gegeven toestemming is dunkt mij in beginsel niet bedoeld voor een ‘repeterend’ ontslag. Vervolgens: het kan in de economie van het wettelijk stelsel niet de bedoeling zijn dat én preventieve toetsing van het UWV én die van de rechter-commissaris nodig is. Ik kies dan voor de machtiging als bedoeld in art. 68 lid 2 Fw, afkomstig van de rechter-commissaris als door de wet aangewezen toezichthouder op het faillissement. Deze keus sluit aan bij het antwoord van de zijde van het UWV waaraan de vraag door mij (informeel) is voorgelegd. De geschetste situatie is bij het UWV niet eerder voorgekomen, maar de ‘inschatting’ luidt dat men zich onbevoegd zou verklaren vanwege het faillissement.

24. A. R. Houweling, ‘Vaststellen dat de ketenregeling geen effect sorteert, sorteert geen effect’, *AR Updates annotaties AR_2013_0617*.

25. Vgl. Monografie Schaink, par. 9.2.

Ad (ii): de uitschakeling van opzegverboden in faillissement past m.i. zozeer in de noodzakelijke voortvarende afwikkeling van de faillissementsboedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers alsmede in de allerwegen erkende behoefte om het oplopen van boedelschulden tegen te gaan, dat ik meen dat er geen rechtvaardiging is deze uitschakeling enige tijd na aanvang van het faillissement weer ongedaan te maken.

Ad (iii): met enige aarzeling meen ik dat de ontheffing van het in acht nemen van de rechtens geldende opzegtermijnen, gelegen in de begrenzing op zes weken als bedoeld in art. 40 Fw, door de curator maar éénmaal mag worden gebruikt. Bij een 'repetierend' ontslag zou naar mijn inzicht de reguliere opzegtermijn krachtens het BW van toepassing behoren te zijn. Die kan nog weer aanmerkelijk verschillen, al naar gelang art. 7:667 lid 4 dan wel art. 7:668a lid 4 BW van toepassing is.

Ad (iv): een transitievergoeding ten laste van de boedel zou wat mij betreft pas aan de orde mogen komen als de door de curator verlengde arbeidsovereenkomst twee jaar heeft geduurd (kabinet 'Rutte III' is voornemens die termijn te laten vervallen, maar dat terzijde).

6. De curator als werkgever in de schaarse jurisprudentie

Wat zien wij in de rechtspraak terug van de gedachte dat de arbeidsovereenkomst na faillietverklaring van de werkgever op de curator 'overgaat'? Soms is die gedachte duidelijk te zien, soms is er niets van te merken. Mij is slechts één rechtbankuitspraak (sector bestuursrecht) bekend waarin de rechter zich hierover met zoveel woorden uitsprekt.²⁶ De overweging luidt "dat de curator na faillietverklaring volgens vaste jurisprudentie jegens de werknemers als werkgever fungeert". De casus betrof een curator die, naast enkele gedupeerde werknemers, in beroep ging tegen een vermeende, te kortstondige toepassing van de loongarantieregeling door (destijds nog) de bedrijfsvereniging. Hij werd niet ontvankelijk verklaard wegens onvoldoende eigen 'rechtstreeks betrokken belang', als bedoeld in art. 1 Algemene wet bestuursrecht. In oudere jurisprudentie was dit een werkgever al eens overkomen.²⁷ De rechtbank stelde in de geciteerde rechtsoverweging de curator met de werkgever op één lijn. Dit

26. Rb. Zwolle 30 juni 1998, *JOR* 1998/127.

27. Vgl. CRvB 26 november 1996, ECLI:NL:CRVB:1996:AB6551, m.nt. Pennings. Het betrof een werkgever die door een werknemer was gemachtigd diens WW uitkering te innen en die in bezwaar/beroep meende te kunnen gaan tegen een besluit tot weigering van uitkering aan de werknemer. Volgens de Centrale Raad was de werkgever niet ontvankelijk omdat zich tussen het besluit en het gestelde getroffen belang 'een contractuele relatie' bevond (te weten: een overeenkomst van volmacht), hetgeen een onvoldoende rechtstreeks belang van de werkgever met zich meebracht.

lichtte zij niet nader toe – misschien was het voor haar vanzelfsprekend – terwijl de verwijzing naar ‘vaste jurisprudentie’ bij mij helaas geen bel heeft doen rinkelen.

De curator mag op de voet van art. 92 Fw de (administratieve) bescheiden en gegevensdragers onder zich nemen. Daartoe behoort niet de privé-laptop van een werknemer, maar wel de op die laptop opgeslagen zakelijke bestanden die ten behoeve van de werkgever zijn aangemaakt. Deze veiligstelling van gegevens kan zo nodig zonder vertraging plaatsvinden, door kopiëring van de volledige ‘harde schijf’, gevolgd door deponering van die kopie onder een notaris; aldus een uitspraak van het Hof Den Bosch.²⁸ De uitspraak is uitsluitend gebaseerd op interpretatie van de Faillissementswet; het hof besteedt geen woorden aan de (potentiële) werkgever-werknemer-relatie die (mede) een invalshoek zou kunnen zijn voor zijn beslissing. Daarbij valt te denken aan de normen van goed werkgeverschap c.q. goed werknemerschap als neergelegd in art. 7:611 BW.

In een kort geding in 2011²⁹ gaf de voorzieningenrechter er geen blijk van de positie van de curator gelijk te willen stellen aan die van de werkgever. Hieraan moet onmiddellijk worden toegevoegd dat het een beweerde aansprakelijkheid van de curator betrof, ten aanzien waarvan goed verdedigbaar is dat de Faillissementswet een specifieke norm stelt, die afwijkt van wat het commune civiele recht bepaalt ten aanzien van de werkgever. Op de website van een gefailleerde werkgever was, naar aangenomen werd, door ‘het personeel’ een voor derden smadelijke publicatie geplaatst. Die publicatie was verzonden vanaf de bedrijfscomputer van de failliet, die krachtens art. 23 Fw onder beschikking en beheer van de curator viel. De derden wensten/eisten van de curator de NAW-gegevens van de personeelsleden om actie jegens hen te kunnen nemen. Die eis slaagde, maar niet op de primaire grondslag van eisers, te weten dat de curator voor deze verzending door “zijn personeel” verantwoordelijk was. De rechter oordeelde dat deze stelling faalde nu de beschikking en beheer over het vermogen van de failliet zich niet uitstreckte over feitelijke handelingen van personeelsleden van de failliet. Voor deze feitelijke handelingen bepaalt art. 24 Fw dat de boedel slechts aansprakelijk is voor zover deze tengevolge daarvan is gebaat. Aldus de voorzieningenrechter. Wat mij opvalt is dat hier iedere verwijzing ontbreekt (maar eerlijkheidshalve: ook niet door eisers gesteld) naar de bepalingen inzake werkgeversaansprakelijkheid voor fouten van werknemers, ex art. 6:170 BW.

28. Hof 's-Hertogenbosch 2 november 2010, *JOR* 2012/54.

29. V.zr. Rb. Breda 3 augustus 2011, *JOR* 2011/315.

Ik heb elders bepleit³⁰ dat de curator, hangende de opzegtermijn, bedrijfsauto's mag innemen van al dan niet op non-actief staande personeelsleden. Voorts dat daarbij moet worden bedacht dat, afhankelijk van wat in de arbeidsovereenkomst is bepaald, de auto dikwijls mede zal hebben te gelden als loon (boedelschuld) in natura. Als hij niettemin tot inname overgaat (waartoe hij uit de hem toebedeelde taak als beheerder en vereffenaar van de boedel bevoegd is) is een compenserende vergoeding (als boedelschuld) op haar plaats. Ook heb ik bepleit dat de curator op de voet van art. 7:656 BW aan de werknemers desgewenst een getuigschrift moet uitreiken. Rechtspraak aangaande een en ander is mij niet bekend.

Tot slot, in dit verband, een korte observatie over de vraag of de curator, als werkgever, werknemers mag verplichten opgebouwde vakantiedagen op te nemen. Het is niet gebruikelijk dat curatoren dat doen. Een werkgever dient de nogal uitvoerige voorschriften van art. 7:638 BW in acht te nemen. Veelal zal dat in de korte periode dat de curator als werkgever fungeert feitelijk niet mogelijk zijn. Bij de Hoge Raad was hieromtrent een prejudiciële vraag aanhangig, gesteld door de kantonrechter Den Haag (naast een vraag inzake het karakter van de verplichting van de curator niet genoten vakantiedagen uit te betalen: boedelschuld of niet).³¹ In haar conclusie van 6 oktober 2017 kwam de A-G Rank-Berenschot tot het oordeel “dat de curator, als zijnde gebonden aan art. 7:638 BW, geen opname van niet-genoten vakantie kan afdwingen maar slechts in zoverre opname van vakantie kan ‘verlangen’ dat hij de werknemer kan uitnodigen tot vaststelling van vakantie met inachtneming van de in art. 7:638 BW gegeven regels en beperkingen.” Opmerkelijk is het vanzelfsprekende gemak, zonder omhaal van woorden, waarmee de A-G concludeert dat de curator aan art. 7:638 BW gebonden is. Idem dito de Hoge Raad in zijn arrest van 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2907, ontvangen na afsluiting van deze kopij. Het past goed in mijn opvatting dat de arbeidsovereenkomst in zijn geheel van de werkgever op de curator overgaat. De Hoge Raad besliste verder – bevestiging van oude jurisprudentie – dat uitbetaling van vakantiedagen voor de curator boedelschuld is en blijft. Nader commentaar daarop moet in dit bestek achterwege blijven.

30. Monografie Schaink, par. 9.1.

31. Ktr. Rb. Den Haag 1 februari 2017, *JOR* 2017/143, m.nt. Loesberg; *JAR* 2017/78, m.nt. Schaink.

7. Toegift: inzage in het personeelsdossier dat de curator-werkgever onder zich houdt³²

Werknemers kunnen de curator verzoeken om inzage in hun ‘personeelsdossier’. Moet hij daaraan gevolg geven? Met betrekking tot de bescherming van persoonsgegevens van werknemer bestaat een Europese Richtlijn, de Privacyrichtlijn.³³ Deze is geïmplementeerd in de Wet Bescherming Persoonsgegevens (WBP), die overigens niet slechts op werkgever-werknemer-relaties betrekking heeft. De werkgever mag informatie aangaande de werknemers voor bepaalde doeleinden bewaren. De werknemer heeft op de voet van art. 35 WBP het recht om zich met “redelijke tussenpozen” tot de werkgever als “de verantwoordelijke” te wenden om informatie te krijgen omtrent hem betreffende persoonsgegevens. Hij hoeft daarvoor geen reden op te geven.³⁴ De werkgever moet daarop binnen vier weken aan de werknemer een (in beginsel volledig) overzicht geven; ik spreek verder over ‘inzage’. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft uitgemaakt dat de curator in het faillissement van de werkgever als ‘de verantwoordelijke’ moet worden aangemerkt.³⁵ Daar heeft het, net als de A-G hiervoor genoemd, niet veel woorden voor nodig. Op de curator rust derhalve een inzageverplichting. Art. 43 WBP bevat uitzonderingen op de inzageverplichting. Voor ons doel is art. 43 sub e van belang dat bepaalt dat de verantwoordelijke art. 35 buiten toepassing kan laten: “in het belang van de betrokkene of van de rechten en vrijheden van anderen”. Hoe bruikbaar is deze uitzondering? In de niet-arbeidsrechtelijke zaak van een van de cliënten van Dexia die op grote schaal inzage vroegen is aan de orde geweest in hoeverre een beroep op disproportionele administratieve lasten een reden kan zijn om inzage te weigeren.³⁶ De zaak spitste zich toe op transcripties van telefoongesprekken. De Hoge Raad overwoog:

“slechts indien de verantwoordelijke overeenkomstig art. 43, onder e, Wpb aannemelijk maakt dat de met het verstrekken van kopieën of transcripties van telefoongesprekken gemoeide administratieve lasten zodanig disproportioneel zijn, dat hij in een van zijn rechten en vrijheden wordt aangetast of dreigt te worden aangetast (*Kamerstukken II* 1997/98, 25892, nr. 3, p. 171), kan de verantwoordelijke weigeren om de verzochte kopieën en transcripties te verstrekken.”

32. Dit onderdeel wijkt niet af van par. 9.4 van mijn meergenoemde monografie.

33. Richtlijn 95/46/EG.

34. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3529.

35. Hof Arnhem-Leeuwarden 8 januari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ1829.

36. HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4663.

Het hof had inmiddels feitelijk vastgesteld dat er van disproportionaliteit geen sprake was. Daarbij speelde overigens mede een rol dat, in de specifieke sfeer van bankgegevens, het was toegestaan om een beperkte kostenvergoeding voor het verstrekken van gegevens te vragen.

In het faillissement van V&D zijn verzoeken om inzage in c.q. overhandiging van personeelsdossiers niet gehonoreerd. De administratieve rompslomp en het kostenaspect (ten laste van de gezamenlijke crediteuren) aangaande, potentieel, meer dan tienduizend mensen, hebben daarbij de doorslag gegeven. Er zijn geen rechtszaken uit voortgekomen. Zekerheid of aan het genoemde disproportionaliteitscriterium is voldaan bestaat dus niet. Tot slot: in bovengenoemde zaak van het Hof Arnhem-Leeuwarden (die niet een zaak betrof met grote aantallen werknemers) mocht het inzageverzoek van een werknemer worden geweigerd, maar daarbij waren bijzondere omstandigheden aan de orde, zoals een onderzoek van de curator naar mogelijk paulianeuze handelingen van betrokkene.

8. Afsluiting

Het is goed nog kort in grote lijn samen te vatten wat hiervoor werd betoogd. Behalve wanneer de curator zelf werknemers in dienst neemt, *is* hij niet de werkgever, maar een goede curator gedraagt zich wel alsof en dat behoort hij ook te doen. Ten aanzien hiervan heb ik de figuur van een bijzondere rechtsopvolging/rechtsovergang bepleit. Aldus het eerste onderdeel. Vervolgens bleek, onderdeel 2, dat dit geen statische overgang is, zoals het uitgangspunt is dat aan art. 37 Fw ten grondslag ligt. Er verandert nogal wat; het meest doet zich dit gelden in een vergroting van ontslagbevoegdheden van de curator-werkgever ten opzichte van de (pre-faillissements)werkgever. Corresponderend daarmee worden de rechten van de werknemer geringer. Dat blijkt ook her en der uit de daarna volgende onderwerpen. Daarbij heb ik nog niet eens genoemd de voor werknemers diep ingrijpende uitschakeling van het leerstuk ‘overgang van onderneming’, op de voet van art. 7:666 BW, wanneer de curator-werkgever de onderneming aan een opvolgend werkgever overdraagt, zij het dat de EU rechter in geval van een pre-pack aan die uitschakeling nu een halt heeft toegeroepen.³⁷ Het derde onderdeel, over de ‘onderbetaalde’ werknemer is niet veel meer dan een bagatel: het bespreekt de sinds 2016 bestaande mogelijkheid dat de loongarantieregeling niet meer het volledige salaris dekt, en dat de curator-werkgever moet bijspringen, maar daartoe mogelijk niet overgaat. In het vierde onderdeel ben ik ingegaan op de arbeidsrechtelijke modaliteiten die beschikbaar zijn wanneer de curator-werkgever, na omme-

37. HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489 (*Smallsteps*).

De curator als werkgever

komst van de opzegtermijn, werknemers op zijn *payroll* wil houden. Onderdeel vijf bouwt hierop voort in een denkbeeldige casus waarin de curator een werknemer voor de tweede maal zou moeten ontslaan, en stelt een aantal vragen aan de orde dat daarbij rijst. Het zesde onderdeel beoogde een toets te zijn van theorie aan de rechtspraak: is de gedachte dat de arbeidsovereenkomst op de curator 'overgaat' terug te vinden in de (schaarse) rechtspraak? Het antwoord daarop bleek wisselend: meestal wel, althans in mijn interpretatie, soms ook niet. Als dit wel het geval was, dan gebeurt dat met een vanzelfsprekend gemak, en zonder bekommering over (mogelijke) diepere grondslagen. Slotonderdeel 7, over inzagerecht in personeelsdossiers, was een toegift die hopelijk niettemin haar nut kan bewijzen. Al met leent de materie van 'de curator als werkgever' zich voor theoretische verdieping in uiteenlopende richtingen; intussen lijkt de (curatoren)praktijk nauwelijks op problematische tegenstellingen of spanningen te stuiten. Daarmee mag deze bijdrage worden afgesloten.

Concurrentie en aanverwante bedingen na faillietverklaring van de werkgever

MR. E. LOESBERG¹

1. Inleiding

Na de faillietverklaring zal de curator (veelal) trachten de onderneming van de failliete werkgever te verkopen en zo opbrengst ten behoeve van de schuldeisers te genereren. Daarbij dreigt het risico dat (voormalige) werknemers van de werkgever de curator (zolang de onderneming nog niet is verkocht) dan wel de koper (na de verkoop) concurrentie zullen aandoen. Deze (dreigende) concurrentie kan de waarde van de onderneming negatief beïnvloeden. Heeft de failliete werkgever geen contractuele afspraken met de werknemer met betrekking tot het verrichten van concurrerende activiteiten gemaakt, dan is de werknemer (in beginsel) vrij de curator of de koper concurrentie aan te doen.² Zijn wel afspraken gemaakt, dan kan de curator in beginsel (in rechte) nakoming van deze afspraken door de (voormalige) werknemers vorderen.³ Houweling en Loonstra onderscheiden het concurrentiebeding, het relatiebeding, het aftroggelbeding en het geheimhoudingsbeding.^{4, 5} Het concurrentiebeding (in enge zin) en het relatiebeding hebben een wettelijke regeling gevonden in art. 7:653 BW.⁶ De andere contractuele bedingen kennen geen wettelijke regeling. In het hiernavolgende zullen de werking van de contractuele bedingen na de faillietverklaring van de werkgever worden besproken. Daarna formuleer ik een aantal conclusies.

1. Mr. E. Loesberg is senior rechter in de Rechtbank Oost Brabant. Hij is werkzaam als voorzieningenrechter.
2. Veelal wordt aangenomen dat de voormalige werknemers onrechtmatig jegens de voormalige werkgever handelen als zij stelselmatig proberen het bedrijfsdebiets van de laatste af te breken. Dit staat echter niet in het arrest waarop meestal een beroep wordt gedaan. Zie: HR 9 december 1955, *NJ 1956/157 (Boogaard/Vesta)*. Zie: A.R. Houweling en C.J. Loonstra, *Het concurrentiebeding in de arbeidsovereenkomst*, Den Haag 2011, p. 272-280.
3. Art. 3:296 BW.
4. Zie: Houweling en Loonstra (2011), p. 12.
5. Zij noemen ook het belemmeringsbeding. Zie: Houweling en Loonstra (2011), p. 14-16. Aan dit beding ga ik voorbij.
6. Ik ga uit van de vigerende tekst van art. 7:653 BW, zoals die sinds 1 januari 2015 luidt. Op voor 1 januari 2015 overeengekomen concurrentiebedingen is oud recht van toepassing. Zie: art. XXIIc Wet Werk en Zekerheid. Vgl. Houweling en Loonstra (2011), p. 32-35.

2. Contractuele bedingen en de werknemer

Art. 7:653 lid 1 BW geeft de definitie van het concurrentiebeding (in ruime zin). Het concurrentiebeding (in ruime zin) is het beding “tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid om na het einde van de overeenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn”.⁷ Het concurrentiebeding (in ruime zin) betreft derhalve zowel het verbod bepaalde werkzaamheden al dan niet in loondienst te verrichten (het concurrentiebeding in enge zin) als het verbod voor de relaties van de werkgever (bepaalde) werkzaamheden te verrichten (het relatiebeding).

Het concurrentiebeding ex art. 7:653 BW vervalt niet door de faillietverklaring van de werkgever.⁸ De curator kan nakoming vorderen van het concurrentiebeding van de werknemer die op het moment van de faillietverklaring van de werkgever niet meer in zijn dienst is,⁹ tenzij het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.¹⁰ De curator kan vanzelfsprekend evenmin nakoming van het concurrentiebeding vorderen als de werkgever (of de curator zelf)

-
7. Houweling en Loonstra bespreken de geldigheidsvereisten voor het concurrentiebeding. Zie: Houweling en Loonstra (2011), p. 39-72.
 8. Vgl. E. Loesberg, ‘De failliete werkgever en zijn werknemers’, *FIP* 2014/365. In wetsvoorstel 28167 was de bepaling opgenomen dat het concurrentiebeding verviel door de faillietverklaring van de werkgever. Dit wetsvoorstel is door de Eerste Kamer verworpen. Vgl. Houweling en Loonstra (2011), p. 35-38. Schaink wijst erop dat de WWZ had kunnen bepalen dat het concurrentiebeding door de faillietverklaring van de werkgever vervalt, maar dat de wetgever daar blijkbaar geen trek in had. Zie: P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 154.
 9. Hij zal bij nakoming van het concurrentiebeding wel belang moeten hebben, bijvoorbeeld omdat hij de onderneming van de failliete werkgever (voorlopig) voortzet. Zie: art. 3:303 BW. Vgl. Houweling en Loonstra (2011), p. 151.
 10. Art. 7:653 lid 4 BW. Daarvan kan (bijvoorbeeld) sprake zijn als de werkgever de werknemer ex art. 7:677 jo 679 BW een dringende reden heeft geven om ontslag op staande voet te nemen. Voor 1 januari 2015 bepaalde art. 7:653 lid 4 BW: “Aan een beding als bedoeld in lid 1 kan de werkgever geen rechten ontfen, indien hij wegens de wijze waarop de overeenkomst is geëindigd, schadelijchtig is”. Omdat de wet de schadelijchtige beëindiging niet meer kent, is de tekst aangepast. Een inhoudelijke wijziging is daarmee mijns inziens niet beoogd. Zie: *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 91. Dit betekent dat de werkgever geen nakoming van het concurrentiebeding kan vorderen in het geval hij de werknemer een reden heeft geven voor ontslag op staande voet dan wel zonder de vereiste opzegtermijn de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd. Vgl. Houweling en Loonstra (2011), p. 183-207. Anders: van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, bewerkt door W.H.A.C.M. Bouwens en R.A.A. Duk, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 244-245.

van het concurrentiebeding afstand heeft gedaan.^{11, 12} Ook al lijkt de afdwingbaarheid – mede gelet op het faillissement en de gevolgen daarvan voor een werknemer – door een curator van een concurrentiebeding niet altijd redelijk, komt het in de praktijk voor. Het boedelbelang eist dan dat de boedel niet wordt geschaad door oud-werknemers en een doorstart niet wordt gefrustreerd door oud werknemers.

De werknemer die een nieuwe kans of mogelijkheid ziet, wilt het liefst zo snel mogelijk onder het concurrentiebeding uitkomen. Betaalt de curator ondanks sommaties van de werknemer bijvoorbeeld het loon structureel niet (op tijd), dan kan de werknemer wat mij betreft ontslag op staande voet nemen¹³ en kan de curator geen nakoming van het concurrentiebeding meer vorderen.¹⁴ Mijns inziens kan de werknemer ook ontslag op staande voet nemen (met het gevolg dat de curator geen nakoming van het concurrentiebeding meer kan vorderen) als de curator na sommatie door de werknemer niet zorgt voor betaling van het loon dat op het moment van de faillietverklaring van de werkgever opeisbaar was.¹⁵ De vraag rijst of de werknemer in plaats van ontslag op staande voet te nemen (hij is dan immers zijn baan kwijt, terwijl niet zeker is dat de rechter het ontslag op staande voet altijd in stand zal laten), ervoor kan kiezen de curator een termijn ex art. 37 Fw te stellen, in de hoop dat de curator de arbeidsovereenkomst niet gestand doet en daarvan vervolgens geen nakoming meer kan vorderen. Wat mij betreft ziet art. 40 Fw (vooral) op de discontinuïteit van de arbeidsrelatie¹⁶ en kan de werknemer zich op art. 37

11. Vgl. Vzr. Rb. Oost Brabant 31 januari 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:592.

12. De faillietverklaring van de werkgever leidt wat mij betreft er niet toe dat de werknemer meer beperkt wordt door het concurrentiebeding bij het vinden van een andere baan dan daarvoor het geval was. Het concurrentiebeding is dan ook door de faillietverklaring van de werkgever niet zwaarder gaan drukken in de zin van het arrest van de Hoge Raad van 9 maart 1979, *NJ* 1979/467 (*Brabant/Van Uffelen*). Vgl. Houweling en Loonstra (2011), p. 93-125.

13. Zie: art. 7:679 lid 2 onder c BW. De Hoge Raad heeft in zijn arresten van 9 januari 1914, *NJ* 1914, p. 361 (*Van der Zijl/Kestein*) en 4 maart 1927, *NJ* 1927, p. 703 (*Vogt/Lettergieterij "Amsterdam"*) uitgemaakt dat het niet tijdig betalen van loon niet altijd een dringende reden zal opleveren voor ontslag op staande voet door de werknemer. Wordt het loon na herhaalde sommatie niet (op tijd) betaald, dan kan de werknemer wat mij betreft ontslag op staande voet nemen. Dat het loon eventueel door het UWV ex art. 61 jo 64 WW dient te worden betaald, doet aan art. 7:679 lid 2 onder c BW mijns inziens niet af. Daar komt bij dat het UWV niet steeds het volledige loon hoeft te voldoen. Zie: art. 64 lid 4 WW.

14. Zie: art. 7:653 lid 4 BW.

15. Vgl. art. 7:40 BW.

16. Op grond van art. 40 Fw is het loon dat opeisbaar wordt na de faillietverklaring boedelschuld, ook als de werknemer geen werkzaamheden voor de boedel verricht. Art. 40 Fw leidt er, evenmin als art. 37 Fw, toe dat de werknemer zich niet op de →

Fw beroepen als de arbeidsovereenkomst nog niet is geëindigd.¹⁷ De arbeidsovereenkomst is immers een wederkerige overeenkomst¹⁸ en de arbeidsovereenkomst was op het moment van de faillietverklaring door beide partijen niet (volledig) nagekomen.¹⁹ Doet de curator de arbeidsovereenkomst niet gestand, dan kan de curator wat mij betreft geen nakoming van het concurrentiebeding meer vorderen.^{20,21} Tegen mijn standpunt kan (misschien) worden ingebracht dat de werknemer, als de curator de arbeidsovereenkomst niet gestand doet, zijn arbeid weliswaar niet meer hoeft te verrichten (omdat de betaling van het loon niet zeker is²²) maar dat de verplichtingen op grond van het concurrentiebeding geen direct verband houden met het door de curator te betalen loon en daarom het niet gestand doen van de arbeidsovereenkomst er niet toe leidt dat de curator geen nakoming van het concurrentiebeding meer kan vorderen. De Hoge Raad overweegt met betrekking tot art. 37 Fw immers onder andere: “Art. 37 Fw strekt ertoe, blijkens zijn inhoud en de daarop gegeven toelichting, de wederpartij van de gefailleerde te beschermen tegen het risico dat zij loopt doordat na de faillietverklaring jegens haar nakoming kan worden gevorderd van haar verplichtingen uit hoofde van de wederkerige overeenkomst, terwijl zij geen zekerheid heeft dat de boedel de daartegenoverstaande, aan haar verschuldigde prestaties zal verrichten”.²³ Daar kan tegen in worden gebracht dat de werknemer de kantonrechter²⁴ kan verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden als de curator de arbeidsovereenkomst niet gestand heeft gedaan en als gevolg daarvan geen nakoming van het concurrentiebeding meer kan worden gevorderd.²⁵

opschortingsrechten van art. 6:52, 6:262 en 6:263 BW kan beroepen. Zie: HR 16 oktober 1998, *JOR* 1999/17 (*Van der Hel q.q./Edon*). Zie: E. Loesberg, “De curator en de werknemer (DGA): vriend en/of vijand”, opgenomen in: *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 22.

17. Vgl. Loesberg (2014).

18. Zie: art. 6:261 BW. De werknemer moet volgens art. 7:610 BW arbeid verrichten, terwijl de werkgever loon moet betalen.

19. Vgl. HR 16 oktober 1998, *JOR* 1999/17 (*Van der Hel q.q./Edon*).

20. Zie: F.B.J. Grapperhaus, ‘Concurrentiebeding en faillissement’, *TvI* 1998, p. 69-73. Zie ook de bijdrage van T.T. van Zanten en I.M.A. Lintel in deze bundel.

21. Wat mij betreft brengen de recente arresten van de Hoge Raad m.b.t. art. 37 Fw geen verandering in deze analyse. Deze arresten zien (onder andere) op gevallen dat de latere failliet voor de faillietverklaring heeft gepresteerd en voor deze prestaties nog moet worden betaald. Zie: HR 2 december 2016, *JOR* 2017/239 (*X/Van Logtestijn q.q.*) en HR 2 december 2016, *JOR* 2017/240 (*X/Peters q.q.*).

22. Wat mij betreft biedt art. 40 Fw niet in alle gevallen voldoende zekerheid dat het loon betaald wordt. Is sprake van een negatieve boedel dan zal het loon mogelijk niet (volledig) worden betaald aan de werknemer op grond van art. 40 Fw of het UWV op grond van art. 66 WW.

23. Zie: HR 2 december 2016, *JOR* 2017/240 (*X/Peters q.q.*).

24. Art. 7:686 BW.

25. Art. 6:271 BW.

De Hoge Raad overweegt immers: “Indien de curator verklaart niet te zullen nakomen, verliest hij zijnerzijds het recht om nakoming te vorderen. Desgewenst kan de wederpartij in dat geval zich door middel van een gehele of gedeeltelijke ontbinding van de overeenkomst bevrijden van haar verplichting tot het verrichten van de harerzijds nog verschuldigde prestaties, dan wel aanspraak maken op vervangende schadevergoeding; in beide gevallen kan de wederpartij voorts eventueel aanspraak maken op aanvullende schadevergoeding.”²⁶

Is voortzetting van de arbeidsovereenkomst niet in het belang van de boedel, dan kan de curator de arbeidsovereenkomst op grond van art. 40 Fw opzeggen.²⁷ Ook door de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator vervalt het concurrentiebeding niet.²⁸ De curator kan nakoming van het concurrentiebeding door de door hem ontslagen werknemer vorderen als hij daarbij belang heeft.²⁹ De curator kan geen nakoming van het concurrentiebeding door de werknemer vorderen als het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de curator.³⁰ Dit is aan de orde als de curator de arbeidsovereenkomst onregelmatig opzegt, dan wel de werknemer een dringende reden geeft voor ontslag op staande voet.³¹

3. Wijze van afdwingbaarheid

Zoals aangegeven kan de curator enkel nakoming van het concurrentiebeding vorderen als hij daarbij belang heeft. De vraag rijst of door de curator dan wel door de koper van de onderneming een beroep op het concurrentiebeding kan worden gedaan nadat de onderneming door de curator is vervreemd.³² Is de

26. Zie: HR 2 december 2016, *JOR* 2017/240 (*X/Peters q.q.*).

27. HR 12 januari 1990, *NJ* 1990/662 (*Van Gelder Papier*). Vgl. E. Loesberg, ‘Enige opmerkingen over de Wet werk en zekerheid en de positie van de werknemer na faillietverklaring van dan wel verlening van (voorlopige) surseance van betaling aan zijn werkgever’, *FIP* 2015/313 (hierna: Loesberg 2015a).

28. Het concurrentiebeding vervalt evenmin door de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werknemer (tenzij de werknemer terecht op staande voet ontslag neemt).

29. Wat mij betreft is het verkrijgen van een zo hoog mogelijke prijs voor de onderneming van de failliet verklaarde werkgever een belang dat de vordering van de curator jegens de werknemer tot nakoming van het concurrentiebeding rechtvaardigt. Anders: Schaink (2017), p. 157.

30. Zie: noot 10.

31. Zie: noot 10.

32. Is de werkgever failliet verklaard, valt de onderneming in de boedel en wordt de onderneming van de curator gekocht, dan geldt art. 7:662-667 BW niet. Zie: art. 7:666 BW. De werknemers van de failliete werkgever treden dan ook niet van rechtswege in dienst van de verkrijger van de onderneming.

werknemer met de failliete werkgever overeengekomen dat hij de werkgever geen concurrentie zal aandoen, dan kan alleen de curator zich op het concurrentiebeding beroepen.³³ Na vervreemding van de onderneming, heeft de curator in beginsel echter geen belang meer bij nakoming van het concurrentiebeding. Is de werknemer met de failliete werkgever (maar in feite met de “onderneming”) een concurrentiebeding overeengekomen dan is een dergelijk beding een “voor overgang vatbaar recht [dat] in een zodanig verband met een aan de schuldeiser toebehorend goed [staat], dat hij bij dat recht slechts belang heeft, zolang hij het goed behoudt”³⁴ en gaan de rechten op grond van het concurrentiebeding over op de verkrijger van de onderneming.³⁵ In het laatste geval kan de verkrijger van de onderneming nakoming van het concurrentiebeding door de werknemer vorderen.³⁶ Wat mij betreft kunnen niet alleen het concurrentiebeding, maar ook het aftroggelbeding en het geheimhoudingsbeding, afhankelijk van de inhoud van deze bedingen, als kwalitatief recht worden geduid. Dit leidt ertoe dat de verkrijger van de onderneming zich eventueel op het aftroggelbeding en het geheimhoudingsbeding kan beroepen.³⁷ Wellicht doen de curator en verkrijger er goed aan om bepalingen op te nemen in de doorstartovereenkomst waarin ondubbelzinnig wordt afgesproken dat deze rechten over gaan op de verkrijger.

Zoals hiervoor is gebleken, kan de curator of de verkrijger van de onderneming in beginsel nakoming van het concurrentiebeding door de voormalige werknemer vorderen. Meent de (door de curator ontslagen) werknemer dat hij door het concurrentiebeding in zijn (verdere) carrière wordt belemmerd, dan zal hij in het geval de curator of de verkrijger van de onderneming nakoming van het concurrentiebeding kan vorderen, de curator

33. Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-III, 2014/546.

34. Art. 6:251 BW.

35. Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-III, 2014/543-546. In mijn opstel: “De curator en de werknemer (DGA): vriend en/of vijand”, opgenomen in: *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 15-32 (i.h.b. p. 25) heb ik deze “constructie” niet gezien. Schaik is aarzelend over de vraag of het concurrentiebeding op grond van art. 6:251 BW op de verkrijger overgaat. Zie: Schaik (2017), p. 155.

36. Omdat het concurrentiebeding ex art. 6:251 BW overgaat op de verkrijger en niet opnieuw wordt overeengekomen tussen de werknemer en de verkrijger, kan het geen grotere reikwijdte krijgen dan het had toen de werknemer nog in dienst was van de failliete werkgever. De overgang van rechtswege kan er toe leiden dat het concurrentiebeding zwaarder gaat drukken en daarom zijn geldigheid verliest. Vgl. Houweling en Loonstra (2011), p. 132-137. Treedt de door de curator ontslagen werknemer in dienst van de verkrijger, dan zal vanzelfsprekend tussen de werknemer en de verkrijger een schriftelijk concurrentiebeding overeen moeten worden gekomen. Vgl. Houweling en Loonstra (2011), p. 152.

37. Zoals eerder genoemd – zie noot 36 – heb ik eerder de “constructie” dat bedingen als kwalitatief recht kunnen worden geduid, niet gezien. Zie: E. Loesberg (2000), p. 26 alsmede E. Loesberg, ‘De Wet werk en zekerheid en insolventie van de werkgever’, *TAP* 2015/366 (hierna: Loesberg 2015b).

dan wel de verkrijger van de onderneming in rechte dienen te betrekken. De rechter kan op grond van art. 7:653 lid 3 BW het concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk vernietigen.³⁸ Vernietiging van een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is mogelijk indien het concurrentiebeding niet noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen.

In de Memorie van Toelichting bij Wetsvoorstel 33818 waarmee de WWZ is ingevoerd en dat tot het huidige art. 7:653 BW heeft geleid wordt met betrekking tot een concurrentiebeding in een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd betoogd: *“Indien bij het concurrentiebeding geen motivering is opgenomen, is het beding nietig. Het beding is geheel vernietigbaar; zo volgt uit het nieuwe derde lid, onderdeel b, indien (de rechter van oordeel is dat) het beding niet noodzakelijk is vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen. De noodzaak van het beding vanwege zwaarwegende bedrijfs- of dienstbelangen moet niet alleen bestaan op het moment van het aangaan van het beding, maar ook op het moment dat de werkgever zich op het beding beroept”*.³⁹ Concurrentiebedingen kunnen ook geheel of gedeeltelijk worden vernietigd, indien in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door dat beding onbillijk wordt benadeeld.⁴⁰ De faillietverklaring van de werkgever is wat mij betreft op zich geen reden om het concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk te vernietigen.⁴¹ De faillietverklaring van de werkgever zal in de meeste gevallen leiden tot het einde van de arbeidsovereenkomst.⁴² Had de werknemer in beginsel recht op een transitievergoeding,⁴³ dan vervalt dat recht door de faillietverklaring van de werkgever.⁴⁴ Houdt de curator echter de werknemer aan het concurrentiebeding, dan dient wat mij betreft bij de door de rechter te maken belangenafweging, met deze aan de faillietverklaring van de werkgever inherente gevolgen rekening te worden gehouden. Deze aspecten dienen er wat mij betreft toe te leiden dat het concurrentiebeding sneller in duur en/of bereik zal moeten worden beperkt,

38. Dat volgens de Hoge Raad in art. 40 Fw de belangen van de werknemer en de (overige) faillissementsschuldeisers in abstracto zijn gewogen, doet daar niet aan af. Zie: HR 12 januari 1990, NJ 1990/662 (*Van Gelder Papier*) en HR 14 januari 2011, JOR 2011/101 (*Aukema q.q./Uni-Invest*). De belangenafweging van art. 40 Fw betreft de opzegging van de arbeidsovereenkomst en niet de vraag of het concurrentiebeding al dan niet (gedeeltelijk) dient te worden vernietigd. Schaink heeft de (lagere) jurisprudentie in kaart gebracht. Zie: Schaink (2017), p. 157-163. Zie ook: Hof Den Haag 21 februari 2017, AR 2017/1461 (*Record Toegangstechniek*).

39. Zie: *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 91.

40. Vgl. Houweling en Loonstra (2011), p. 157-181.

41. Zie: E. Loesberg (2000), p. 25.

42. Is voortzetting niet in het belang van de boedel, dan kan de curator de arbeidsovereenkomst op grond van art. 40 Fw opzeggen. Vgl. Loesberg 2015a en Loesberg 2015b.

43. Art. 7:673 BW.

44. Art. 7:673c BW.

dan in het geval de werkgever niet failliet was verklaard. Deze aspecten zijn wat mij betreft ook van belang in het geval de verkrijger van de onderneming zich op het concurrentiebeding beroept. De verkrijger weet dan wel behoort immers te weten dat de positie van de werknemer na faillietverklaring van de werkgever slechter is en hij geen recht heeft op een transitievergoeding waarmee de redelijkheid in het gedrang komt. In het geval enerzijds de voormalige werknemer van de failliet verklaarde werkgever in zijn (verdere) carrière door het concurrentiebeding in belangrijke mate dreigt te worden belemmerd en anderzijds succesvolle voortzetting van de onderneming van de failliet verklaarde werkgever door de curator of de verkrijger daarvan zeer door concurrentie door de werknemer zou worden bedreigd, kan de rechter het concurrentiebeding geheel of gedeeltelijke vernietigen met toekenning van een vergoeding ex art. 7:653 lid 5 BW. In dat geval geldt mijns inziens als bodem het bedrag waarop de voormalige werknemer als transitievergoeding recht zou hebben gehad als de werkgever niet failliet was verklaard. Houdt de curator de voormalige werknemer aan het concurrentiebeding, dan dient een vergoeding op grond van art. 7:653 lid 5 BW als boedelschuld te worden gekwalificeerd omdat de curator wordt veroordeeld deze vergoeding te betalen⁴⁵ en hij de voormalige werknemer aan het concurrentiebeding wenst te houden.⁴⁶ Het feit dat de voormalige werknemer in dienst kan treden van de verkrijger van de onderneming, kan een argument ten gunste van de verkrijger zijn. Daarbij is van belang welke perspectieven in carrière en beloning de verkrijger de werknemer biedt.

4. Executie gerechtelijke uitspraak voor faillissement

Een curator kan een door de failliete werkgever ten laste van een (voormalige) werknemer verkregen rechterlijke uitspraak in beginsel executeren. Is de (voormalige) werknemer bijvoorbeeld onder verbeurte van een dwangsom veroordeeld niet bij een (specifieke) concurrent van de werkgever in dienst te treden en heeft hij dat voor de faillietverklaring van de werkgever wel gedaan, dan kan de curator na betekening van het faillissementsvonnis de verbeurde dwangsommen executeren.⁴⁷ Treedt hij na de faillietverklaring van de werkgever in dienst van de genoemde concurrent, dan kan de curator (de) dwangsom(men)

45. Anders: Schaink (2017), p. 78.

46. Zie: HR 19 april 2013, *JOR* 2013/224 (*Koot/Tideman q.q.*).

47. Art. 431a Rv. De werkgever zal het vonnis moeten hebben betekend en de daarna verbeurde dwangsommen moeten natuurlijk niet zijn verjaard. Art. 611g lid 1 Rv. De rechter mag echter niet ambtshalve het middel van verjaring toepassen. Art. 3:322 lid 1 BW.

executeren als hij nog belang heeft bij nakoming van de rechterlijke uitspraak door de (voormalige) werknemer, bijvoorbeeld omdat de curator de onderneming van de failliete werkgever (voorlopig) voortzet of aan een derde is verkocht. Is sprake van een algemeen geformuleerd dictum, dan zal dat dictum in het licht van de overwegingen moeten worden uitgelegd⁴⁸ en op die manier moeten worden bepaald of de werknemer in strijd met de rechterlijke uitspraak heeft gehandeld en (de) dwangsom(men) heeft verbeurd.

5. Slotsom

In beginsel kan de curator nakoming door de voormalige werknemers van de failliet verklaarde werkgever van het concurrentiebeding, het relatiebeding, het aftroggelbeding en het geheimhoudingsbeding vorderen. Betaalt de curator ondanks sommaties van de werknemer het loon structureel niet (op tijd), dan kan de werknemer ontslag op staande voet nemen en kan de curator geen nakoming van het concurrentiebeding meer vorderen. De werknemer kan ook ontslag op staande voet nemen (met het gevolg dat de curator geen nakoming van het concurrentiebeding meer kan vorderen) als de curator na sommatie door de werknemer niet zorgt voor betaling van het loon dat op het moment van de faillietverklaring van de werkgever opeisbaar was. Art. 40 Fw ziet (vooral) op de discontinuïteit van de arbeidsrelatie en de werknemer kan zich op art. 37 Fw beroepen als de arbeidsovereenkomst nog niet is geëindigd. Doet de curator de arbeidsovereenkomst niet gestand, dan kan de curator geen nakoming van het concurrentiebeding meer vorderen. Is de werknemer met de failliete werkgever overeengekomen dat hij de werkgever geen concurrentie zal aandoen, dan kan alleen de curator zich op het concurrentiebeding beroepen. Is de werknemer met de failliete werkgever overeengekomen dat hij bepaalde activiteiten niet zal verrichten of geen activiteiten zal verrichten voor de relaties van de failliete werkgever, kan de verkrijger van de onderneming nakoming van het concurrentiebeding door de werknemer vorderen. De faillietverklaring van de werkgever is op zich geen reden om het concurrentiebeding geheel of gedeeltelijk te vernietigen of buiten werking te doen stellen. Houdt de curator de werknemer aan het concurrentiebeding, dan dient bij de door de rechter te maken belangenafweging, rekening te worden gehouden met het feit dat de arbeidsovereenkomst met de werknemer na faillietverklaring van de werkgever meestal eindigt en de werknemer geen recht heeft op een transitievergoeding. Deze aspecten dienen er toe te leiden dat het concurrentiebeding sneller in duur en/of

48. Vgl. HR 3 januari 1964, *NJ* 1964/445 (*Lexington*); HR 5 april 2002, *NJ* 2003/356 (*Euromedica/Merck*); HR 19 januari 2007, *NJ* 2007/59 (*New Millennium Telecom Services/Aruba*).

bereik zal worden beperkt. Deze aspecten zijn ook van belang in het geval de verkrijger van de onderneming zich op het concurrentiebeding beroept. De verkrijger weet dan wel behoort immers te weten dat de positie van de werknemer na faillietverklaring van de werkgever slechts is en hij geen recht heeft op een transitievergoeding. In het geval enerzijds de voormalige werknemer van de failliet verklaarde werkgever in zijn (verdere) carrière door het concurrentiebeding in belangrijke mate dreigt te worden belemmerd en anderzijds succesvolle voortzetting van de onderneming van de failliet verklaarde werkgever door de curator of de verkrijger daarvan zeer door concurrentie door de werknemer zou worden bedreigd, kan de rechter het concurrentiebeding geheel of gedeeltelijke vernietigen met toekenning van een vergoeding ex art. 7:653 lid 5 BW met als bodem het bedrag waarop de voormalige werknemer als transitievergoeding recht zou hebben gehad als de werkgever niet failliet was verklaard. In het geval de curator de voormalige werknemer aan het concurrentiebeding houdt, dient een vergoeding als boedelschuld te worden gekwalificeerd omdat de curator wordt veroordeeld deze vergoeding te betalen en hij de voormalige werknemer aan het concurrentiebeding wenst te houden. Het feit dat de voormalige werknemer in dienst kan treden van de verkrijger van de onderneming, kan een argument ten gunste van de verkrijger zijn. Daarbij is van belang welke perspectieven in carrière en beloning de verkrijger de werknemer biedt.

Het karakter van de loongarantieregeling

MR. H. VAN STEENBERGEN¹

1. Inleiding

De verplichting van de werkgever om de werknemer loon te betalen is vastgelegd in het Burgerlijk Wetboek (BW). Artikel 7:616 BW bepaalt dat de werkgever verplicht is de werknemer zijn loon op de bepaalde tijd te voldoen. Als de werkgever daartoe vanwege schulden tijdelijk of blijvend niet meer in staat is, kan hij uitstel van betaling (surseance) of faillissement aanvragen (artikelen 214 respectievelijk 1 Faillissementswet (Fw)). De werknemer die zijn loonvorderingen niet betaald krijgt, omdat aan zijn werkgever uitstel van betaling is verleend of omdat hij failliet is verklaard of omdat hij anderszins verkeert in de blijvende toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, heeft recht op een 'uitkering'² op grond van hoofdstuk IV van de Werkloosheidswet (WW). Dat hoofdstuk, dat bekend staat als 'loongarantieregeling', bevat bepalingen omtrent 'overneming van uit de dienstbetrekking voortvloeiende verplichtingen bij onmacht van de werkgever te betalen'.

In deze bijdrage ga ik in op enkele 'nieuwe'³ inzichten met betrekking tot het karakter van de loongarantieregeling, de daarmee verband houdende juiste uitleg en uitvoering van die regeling en tot slot de vraag of en hoe deze inzichten tot wetswijzigingen zouden moeten leiden.

2. Regeling van loonbetaling in de Werkloosheidswet

Hoofdstuk IV van de WW bevat geen regels over het recht op een werkloosheidsuitkering, maar over het recht op uitbetaling van loon. Daarmee is het een vreemde eend in de bijt van de WW. Dat deze regeling, die beoogt te garanderen dat werknemers hun loon voor verrichte arbeid krijgen, ook als hun

-
1. Rik van Steenbergen is als beleidsadviseur arbeidsrecht en kwaliteit van de arbeid werkzaam bij de FNV.
 2. Hier en op andere plaatsen in dit artikel zet ik uitkering tussen aanhalingstekens om te benadrukken dat 'uitkering', zeker in de context van de WW, een misleidende term is, waar het in feite gaat om uitbetaling van *loonaanspraken*.
 3. 'Nieuw' is in dit verband een relatief begrip. Wat voor een uitvoerder, instantie, wetgever of rechter een nieuw inzicht is, kan voor een ander al (lang) duidelijk zijn.

Mr. H. van Steenbergen

werkgever dat loon niet meer kan betalen, in de WW is opgenomen, laat zich als volgt verklaren.

De toenmalige minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, Gerard Veldkamp, vroeg op 16 november 1966 advies aan de Sociaal-Economische Raad (SER) over het verschijnsel dat ondernemingen, die zich genoodzaakt zagen om tot sluiting over te gaan, niet in staat bleken het aan hun werknemers nog toekomstige loon of vakantiegeld te betalen.⁴ Daardoor kregen die werknemers niet meer het in het verleden verdiende inkomen aan hen uitbetaald. Deze omstandigheid heeft de vraag doen opkomen of en zo ja welke maatregelen getroffen zouden kunnen worden om dit nadeel voor de door sluiting van een onderneming getroffen werknemers op te vangen.

Behalve aan de mogelijkheid tot het treffen van maatregelen door het bedrijfsleven zelf, bijvoorbeeld door de instelling van een weerstandsfonds, zou ook gedacht kunnen worden, aldus de minister, aan een incidentele wijziging van de WW in die zin, dat de werknemer het hem nog toekomstige loon of vakantiegeld kan ontvangen van de bedrijfsvereniging, waarbij hij verzekerd is. Hoewel maatregelen binnen de sfeer van het bedrijfsleven van belang zijn, zou het volgens de minister niet gemakkelijk zijn daarmee over de gehele linie tot een sluitende regeling te geraken. Dat heeft de minister aanleiding gegeven een regeling in het kader van een reeds bestaande wet, in casu de WW, niet bij voorbaat uit te sluiten. Daarmee zou wel een element in die wet worden geïntroduceerd, dat daaraan tot dusverre vreemd is geweest.

In zijn op 22 februari 1967 uitgebrachte advies inzake maatregelen in geval van sluiting van ondernemingen,⁵ oordeelt de SER dat het begrip sluiting van de onderneming te weinig exact is als grondslag voor een regeling waaraan aanspraken kunnen worden ontleend. Voor de collectiviteit van de werknemers moet het uitbetalen van het verdiende loon achterwege blijven als gevolg van het feit dat de werkgever financieel niet in staat is deze verplichting uit de arbeidsovereenkomst na te leven; dit is het geval als de werkgever failliet wordt verklaard of als hem surseance van betaling wordt verleend. Omdat er enige tijd kan zitten tussen het intreden van de feitelijke situatie, dat geen middelen meer aanwezig zijn om tot loonbetaling over te gaan, en de formele faillietverklaring of verlening van surseance, moet ook een beroep op de regeling kunnen worden gedaan in gevallen waarin de werkgever in feite heeft opgehouden te betalen.

4. Bijlage bij het Advies inzake maatregelen in geval van sluiting van ondernemingen van de SER 22 februari 1967, nr. 1967/02.

5. Advies inzake maatregelen in geval van sluiting van ondernemingen van de SER 22 februari 1967, nr. 1967/02.

Het karakter van de loongarantieregeling

De SER laat zich ook uit over de hoogte van de 'uitkering'. Die zal naar zijn oordeel gelijk moeten zijn aan het achterstallige loon. Daarbij dient, gelet op het verschil in object van de onderhavige regeling en dat van de sociale verzekeringswetten, geen maximumgrens in acht genomen te worden, zoals het maximumdagloon in die wetten.

Voor wat betreft de uitvoering van de voorziening ziet de SER argumenten die ervoor pleiten deze op te dragen aan de organen die ook de WW uitvoeren: er moeten op korte termijn beslissingen kunnen worden genomen, de daartoe benodigde informatie vertoont overeenstemming met die welke voor beslissingen tot uitkering ingevolge de WW nodig is en in de overgrote meerderheid van de gevallen zal, na beëindiging van de uitkering krachtens deze voorziening, aanspraak bestaan op een WW-uitkering. Voorts is de SER van mening dat opnemng van de loongarantieregeling in de WW uit doelmatigheidsoverwegingen (uitvoering, financiering) de voorkeur verdient, zij het dat ten aanzien van die punten waarop het eigen object van de voorziening dit eist, van de bepalingen van de WW wordt afgeweken.

Kort na het uitbrengen van het advies van de SER is de loongarantieregeling dienovereenkomstig in de WW opgenomen⁶ en in grote lijnen ongewijzigd gebleven. De uitvoering geschiedt, na diverse wijzigingen in de organisatie daarvan, momenteel door het UWV.

3. De beknopte inhoud van de loongarantieregeling

De aanspraken van de werknemer op grond van de loongarantieregeling kunnen worden onderverdeeld in loon, vakantierechten en aan derden verschuldigde bedragen, zoals pensioenpremies. Dit is uitgewerkt in artikel 64 WW. De looncomponent kan geldend worden gemaakt over een periode van maximaal dertien weken voor ontslagaanzegging door de curator. Deze periode wordt verlengd met een overeenkomstig het bepaalde in artikel 40 Fw gelimiteerde opzegtermijn van maximaal zes weken. Overigens geldt de termijn van dertien weken ook indien de dienstbetrekking niet eindigt door opzegging, maar door ontbinding, met wederzijds goedvinden of van rechtswege.

Volgens vaste jurisprudentie van de CRvB mag van een curator in een faillissement worden verlangd dat hij er alles aan doet om een beroep op de loongarantieregeling zo veel mogelijk te beperken. Daartoe behoort een rechts-

6. Wet van 10 juli 1968, *Stb.* 1968, 375.

geldige opzegging tegen een zo vroeg mogelijk datum.⁷ Het UWV wordt geacht niet onjuist te handelen door bij de redelijkerwijs vast te stellen dag van opzegging als bedoeld in artikel 64 lid 2 WW in beginsel uit te gaan van de faillissementsdatum.

In een recente zaak, waarin de curator de werknemers op de dag na het faillissement ontslag aanzegde, kwam de rechtbank⁸ tot de conclusie dat toch geen sprake was van een rechtsgeldige opzegging op die dag. De curator had namelijk verzuimd melding te doen van collectief ontslag overeenkomstig het bepaalde in de Wet melding collectief ontslag (WMCO) en een werknemer van wie de arbeidsovereenkomst was opgezegd, beriep zich op de nietigheid van het ontslag overeenkomstig het bepaalde in artikel 7⁹ van die wet. Uit artikel 5a WMCO leidde de rechtbank af dat niet eerder kon worden opgezegd dan na raadpleging van de belanghebbende vakbonden. Daarbij beriep de rechtbank zich op de uitleg die het Europese Hof van Justitie heeft gegeven aan de Europese richtlijn betreffende collectief ontslag (98/59/EG).¹⁰

In 1998 besliste het Europese Hof van Justitie¹¹ dat indien een werkgever in die referentieperiode loonbetalingen heeft verricht, terwijl de werknemer nog daarvoor ontstane aanspraken op zijn werkgever had, bedoelde betalingen moeten worden toegerekend aan die eerdere aanspraken. De door de richtlijn 80/987/EG (zie hierover paragraaf 4) gewaarborgde minimumbescherming zou anders afhangen van de toevallige dan wel weloverwogen beslissing van de werkgever om al dan niet bestaande betalingen te verrichten gedurende de referentieperiode. Door deze uitspraak van het Hof beperken loonbetalingen in de referentieperiode van voor de referentieperiode ontstane loonaanspraken het recht op uitkering op grond van de loongarantieregeling niet. De uitspraak is gecodificeerd in het tiende lid van artikel 64.

7. Zie bijvoorbeeld CRvB 27 mei 2009, *USZ 2009/194*, in een zaak waarin hoger beroep was ingesteld tegen de faillietverklaring. Dat was geen goede reden om te concluderen dat de curator, vanuit de WW bezien, de opzegging van de dienstbetrekking achterwege had mogen laten. Dat de rechter-commissaris hiermee had ingestemd leidde niet tot een ander oordeel. Het UWV handelde niet onjuist door bij de redelijkerwijs vast te stellen dag van opzegging als bedoeld in artikel 64 lid 2 WW in beginsel uit te gaan van de faillissementsdatum.

8. Rb. Noord-Nederland 25 augustus 2017, nr. LEE 15/5192 (*Lukkes/UWV*), (nog) niet gepubliceerd.

9. Zoals dat tot 1 juli 2015 luidde. Tot die datum kon een buitengerechtelijk beroep op de nietigheid worden gedaan.

10. HvJ EG 27 januari 2005, nr. C-188/03: (*Junk/Kühnel*).

11. HvJ EG 14 juli 1998, nr. C-125/97: (*A.G.R. Regeling/BV Metaalnijverheid*).

Het karakter van de loongarantieregeling

De in artikel 67 WW gegeven definitie van loon is ruimer dan die in Boek 7 BW, waar het slechts gaat om de tegenprestatie voor de bedongen arbeid. Loon in de zin van de loongarantieregeling omvat 'al hetgeen de werkgever in verband met de dienstbetrekking aan de werknemer rechtens verschuldigd is'. Vrijwel alle soorten bijkomende vorderingen van werknemers op de werkgever worden hiermee gedekt.¹² De vakantiecomponent (vakantiegeld en vakantie-toeslag) en de pensioencomponent dekken een maximumperiode van een jaar, voorafgaand aan het eindtijdstip van de dienstbetrekking.

Werknemers doen er verstandig aan om al hun claims op de werkgever ook bij de curator in te dienen. Niet alle claims zullen (volledig) door de loongarantieregeling worden gedekt. Werknemers kunnen boedel- en faillissementscrediteur zijn. Als boedelcrediteur hebben zij een onmiddellijke vordering op de boedel. Boedelvorderingen ontstaan door of na het faillissement. Boedelvorderingen moeten worden voldaan voordat faillissementsvorderingen aan bod kunnen komen. Faillissementsvorderingen zijn alle vorderingen die voldoening van een verbintenis uit de boedel ten doel hebben. Anders dan boedelvorderingen, kunnen faillissementsvorderingen slechts worden geëffectueerd door aanmelding bij de curator ter verificatie.

Verschillende vorderingen van de werknemer zijn preferent in het faillissement op grond van artikel 3:288 onder e BW. Het gaat om 'al hetgeen de 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.' De reden voor het voorrecht van de werknemer is gelegen in het klemmende sociale argument dat de werknemer voor de zekerheid van zijn dagelijkse levensonderhoud en dat van zijn gezin doorgaans volkomen afhankelijk is van zijn inkomsten uit arbeid. Het niet betaalde loon en bijbehorende premies op grond waarvan de werknemer een vordering heeft, betrekking hebbend op de periode voorafgaand aan de faillietverklaring, zijn faillissementsschulden. De werknemer heeft op grond van artikel 3:288 onder e

12. Zoals diverse toeslagen (voor ploegendienst, overwerk, reizen), opgebouwde provisie, bedrijfsresultaatonafhankelijke gratificaties, eindejaarsuitkeringen, dertiende maand, tantièmes, voor de werkgever gemaakte onkosten, voor de werkgever gedane creditcardbetalingen, door de werkgever verschuldigde belastingbetaling voor privégebruik van de bedrijfsauto en ook atv-dagen en roostervrije dagen (mits de cao bepaalt dat deze in geld kunnen worden uitbetaald). Als de werkgever verplicht is het ziekgeld aan te vullen tot het normale loon of een bepaald percentage hiervan, dan neemt het UWV deze betaling gedurende de opzegtermijn over.

BW voorrang op de gewone, concurrente schuldeisers. Onder meer het UWV, de Belastingdienst en pandhouders gaan nog voor de werknemers.

Op grond van artikel 40 lid 2 Fw zijn het loon en de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden vanaf de dag der faillietverklaring boedelschulden. De curator zegt de arbeidsovereenkomst doorgaans op zodra de onderneming failliet is verklaard. Daarmee is het loon over de opzegtermijn een boedelvordering. Deze bedraagt het loon over maximaal zes weken (artikel 40 lid 1 Fw).

Om aanspraak te kunnen maken op de loongarantieregeling moet de werkgever in 'de blijvende toestand dat hij heeft opgehouden te betalen' verkeren (artikel 61 WW). In het geval de werkgever failliet is verklaard of aan hem surseance van betaling is verleend, wordt door de wet verondersteld, dat hij in een blijvende toestand verkeert van hebben opgehouden aan betalingsverplichtingen te voldoen. Het antwoord op de vraag of de werkgever anderszins onmachtig is, hangt af van de feitelijke omstandigheden. Naar vaste rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep (CRvB) is het in eerste instantie aan de werknemer om aannemelijk te maken dat de werkgever in een dergelijk geval in een blijvende toestand verkeert van opgehouden hebben te betalen. Op het UWV rust eerst de verplichting zelf aanvullend onderzoek te doen indien de door de werknemer verstrekte gegevens wijzen in de richting van betalingsonmacht.¹³ Er moet uitdrukkelijk sprake zijn van *onmacht*, niet van *onwil*.

Wanneer het UWV de betalingsverplichtingen op grond van de loongarantieregeling overneemt, treedt het UWV krachtens artikel 66 WW in de plaats van de werknemer ten aanzien van de rechten die hij heeft jegens de werkgever. Deze subrogatie houdt tevens de overgang in van eventuele zekerheids-, neven- en voorrechten. Het uitkeren van de loondoorbetaling is niet afhankelijk van het al dan niet toereikend zijn van de faillissementsboedel voor de overgenomen vorderingen.

In artikel 68 WW wordt een opsomming gegeven van de bepalingen in de paragrafen over het recht op uitkering, het geldend maken van het recht op

13. CRvB 13 april 1999, *RSV* 1999/184; CRvB 1 december 2010, *RSV* 2011/48; CRvB 20 november 2013, *USZ* 2013/390. Tot voor kort typeerde de CRvB het karakter van de loongarantieregeling als laatste redmiddel. Hij baseerde zijn uitspraken over de bewijslastverdeling (mede) op deze typering. Sinds 27 mei 2016 is de Raad echter om. Zie hierover paragraaf 5. Mijns inziens zal dat aan de bewijslastverdeling niets of nauwelijks iets veranderen: de werknemer zal, indien (nog) geen sprake is van surseance of betaling, gegevens moeten verstrekken die wijzen in de richting van betalingsonmacht en het UWV zal aanvullend onderzoek moeten doen.

Het karakter van de loongarantieregeling

uitkering en de betaling van het recht op uitkering, die *niet* van toepassing zijn op de loongarantieregeling. Dat betekent dat de overige bepalingen van deze paragrafen wel van toepassing worden geacht. Bij de bespreking van een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 27 mei 2016 kom ik hierop terug.

4. Richtlijn 2008/94/EG (insolventierichtlijn)

In 1980 werd de Europese richtlijn 80/987/EG betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der Lid-Statens inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever uitgevaardigd. Deze werd eerst nog gewijzigd bij Richtlijn 2002/74/EG en vervolgens gecodificeerd in Richtlijn 2008/94/EG. De Nederlandse wetgever zag geen noodzaak specifieke maatregelen te nemen ter implementatie van Richtlijn 80/987/EG. De van 1967 daterende loongarantieregeling werd geacht al de waarborgen te bieden die de richtlijn voorschrijft.¹⁴ Duidelijk is dat de loongarantieregeling sindsdien richtlijnconform moet worden uitgelegd.

De richtlijn is een van de drie sociaalrechtelijke richtlijnen die door de Raad van Ministers van de E(E)G ter uitvoering van het Sociaal Actieprogramma van 1974 zijn aangenomen. Net als de richtlijnen betreffende overgang van ondernemingen en collectief ontslag (eerder genoemd), is de insolventierichtlijn gebaseerd op artikel 94 EG-Verdrag (thans artikel 115 VwEU-Verdrag) en moet zij bijdragen aan een verbetering van de levensstandaard en arbeidsvoorwaarden in de Europese Unie. Meer specifiek beoogt de richtlijn werknemers bij insolventie van hun werkgever een minimum aan bescherming te bieden door de lidstaten te verplichten een fonds op te richten dat de honorering van de onvervulde loonafspraken waarborgt.¹⁵

De richtlijn verplicht de EU-lidstaten tot instelling van een waarborgfonds waarop werknemers een beroep kunnen doen indien hun werkgever vanwege insolventie niet aan zijn betalingsverplichtingen kan voldoen. Het gaat hierbij volgens artikel 3 van de richtlijn om de onvervulde aanspraken van de werknemers die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen, met inbegrip van de vergoeding wegens beëindiging van de arbeidsverhouding, indien de nationale wetgeving hierin voorziet.

14. Richtlijn 2002/74/EG heeft wel tot specifieke implementatiewetgeving geleid, zij het enkel ten aanzien van grensoverschrijdende gevallen. Dit heeft geleid tot het huidige artikel 62 lid 3 WW.

15. Zie voor het Europeesrechtelijke perspectief op de rechtspositie van werknemers bij insolventie de bijdrage van M.A. Broeders in deze bundel.

De richtlijn laat de lidstaten veel vrijheid waar het gaat om de vormgeving van het waarborgfonds. Het vermogen van dat fonds moet gescheiden zijn van het bedrijfskapitaal van de werkgevers, de werkgevers moeten in de financiering bijdragen (tenzij de overheid volledig financiert) en werknemersaanspraken moeten worden gehonoreerd ongeacht of de verplichtingen om bij te dragen zijn nagekomen (artikel 5).

Lidstaten kunnen een periode vaststellen waarover de onvervulde loonaanspraken worden gehonoreerd, mits deze niet korter is dan een periode die betrekking heeft op het loon over de laatste drie maanden van de arbeidsbetrekking voor en/of na de gekozen datum (artikel 4 lid 2). Afgezien van de mogelijkheid een plafond aan de uitkering te stellen (dat overigens niet lager mag zijn dan een minimum dat sociaal verenigbaar is met het sociale doel van de richtlijn: artikel 4 lid 3), laat de richtlijn slechts beperkingen toe in geval van een ‘bedriegelijke samenheuling’ tussen werkgever en werknemer, in het geval de werknemer in eigen persoon of samen met nauwe verwanten eigenaar was van een essentieel deel van de onderneming (of vestiging) van de werkgever en aanzienlijke invloed had op de activiteiten daarvan en meer in het algemeen om misbruik te voorkomen (artikel 12). Volgens het Hof van Justitie van de Europese Unie is slechts sprake van misbruik in geval van onrechtmatige praktijken die de waarborgfondsen schade berokkenen door een salarisaanspraak te figneren en aldus voor deze fondsen onrechtmatig een betalingsverplichting doen ontstaan.¹⁶

5. Recente ontwikkelingen en de relevantie voor de loongarantieregeling

Aanpassing van de uitvoeringspraktijk

Artikel 61 WW geeft de werknemer recht op een ‘uitkering’ volgens de bepalingen van de loongarantieregeling, indien de werkgever in staat van faillissement verkeert, surseance van betaling heeft verkregen of anderszins verkeert in ‘de blijvende toestand dat hij heeft opgehouden te betalen’. In de uitvoeringspraktijk van het UWV kwam het voor dat een uitkeringsverzoek werd geweigerd, indien de werknemer verzet aantekende tegen het faillissement. Daarmee kwam, zo was blijkbaar de gedachte, de toestand van blijvende betalingsonmacht op losse schroeven te staan.

Naar aanleiding van klachten hierover, heeft het UWV in 2016 haar werk-instructie voor het uitvoeringsapparaat verduidelijkt.

16. HvJ EG 11 september 2003, zaak C-201/01 (*Walcher*).

Het karakter van de loongarantieregeling

Als de rechter het faillissement uitspreekt, dan treedt het onmiddellijk in. Het faillissement wordt alleen uitgesproken, als de rechter van oordeel is dat de werkgever in een toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen. Een eventueel verzet tegen de faillietverklaring verandert daar niets aan. Het UWV mag dus niet wachten op de uitkomst van een ingediend verzet voordat het tot uitkering overgaat. Tot aan de uitspraak in het ingediende verzet, betaalt het UWV een voorschot over de vastgestelde termijnen. Indien de faillietverklaring wordt vernietigd, dan ontstaat de situatie dat de werkgever verplicht is het loon te betalen. Dat betekent niet automatisch, dat de werkgever daartoe in staat is. Het UWV zal moeten onderzoeken of ondanks de honorering van het verzet toch sprake is van blijvende betalingsonmacht. Blijkt daarvan geen sprake te zijn, dan vordert het UWV het verstrekte voorschot terug.

Artikel 64 WW bepaalt dat het recht op ‘uitkering’ het loon omvat over ten hoogste dertien weken, onmiddellijk voorafgaande aan de dag waarop de dienstbetrekking door ontbinding, met wederzijds goedvinden of van rechtswege eindigt of voorafgaande aan de dag van opzegging en gedurende de termijn van opzegging. Ingevolge artikel 61 WW heeft de werknemer echter ook recht op uitkering in geval van surseance van betaling en indien de werkgever anderszins in een blijvende toestand van betalingsonmacht verkeert, dus in gevallen waarin van beëindiging van de dienstbetrekking (nog) geen sprake is. De loongarantieregeling bepaalt niet over welke periode de werknemer recht op uitkering heeft in geval van betalingsonmacht bij surseance. Mede gelet op de waarborgen die de insolventierichtlijn biedt, ligt het in de rede om in artikel 64 WW vast te leggen dat de werknemer ook recht op uitkering op grond van de loongarantieregeling heeft over een periode van ten hoogste dertien weken voorafgaande aan de dag waarop aan de werkgever surseance van betaling is verleend.

In dit verband valt ook de ongelijkheid op tussen de overnameperiode die in geval van faillissement geldt voor werknemers van wie de dienstbetrekking eindigt door opzegging en de periode die geldt voor werknemers van wie de dienstbetrekking op een van de andere in artikel 64 lid 1 onder a genoemde wijzen eindigt. Voor de eerste categorie geldt een periode van maximaal dertien plus zes (opzegtermijn) is negentien¹⁷ weken en voor de overige slechts dertien weken, ook als de dag, waarop de dienstbetrekking als gevolg van een van die andere wijzen eindigt, gelegen is binnen zes weken na de dag van de

17. De termijn kan iets langer zijn – doorgaans niet meer dan een week – als de curator de arbeidsovereenkomsten niet onmiddellijk na de faillietverklaring opzegt (artikel 40 Fw jo. artikel 64 lid 2 WW).

faillietverklaring, dat is de dag waarop of waarop kort daarna de curator de arbeidsovereenkomsten doorgaans opzegt. Het ligt voor de hand om deze ongelijkheid te corrigeren.

Ook aan de artikelen 1 en 2 van de insolventierichtlijn en het arrest van het Europese Hof van Justitie in de zaak Rodriguez Cabalero¹⁸ valt een argument voor het opheffen van deze ongelijkheid te ontleen. Daaruit kan worden afgeleid dat voor de doeleinden van de insolventierichtlijn alle werknemers die worden geconfronteerd met een betalingsonmachtige werkgever aanspraak hebben op een vergelijkbare waarborg ongeacht de specifieke, juridisch-technische wijze waarop het dienstverband wordt beëindigd. Voor een verschil in behandeling moet een deugdelijke objectieve rechtvaardiging bestaan.

Aanpassing van de wet

Met de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid (WWZ) op 1 juli 2015 krijgen werknemers van wie de dienstbetrekking eindigt een *transitievergoeding*. De transitievergoeding is enerzijds bedoeld als compensatie voor het ontslag en anderzijds om de werknemer met behulp van de hiermee gemoeide financiële middelen in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken. In verband met de introductie van de transitievergoeding is het criterium of het ontslag redelijk is mede in het licht van de gevolgen van het ontslag voor de werknemer en de door de werkgever getroffen voorzieningen om deze gevolgen te verzachten, komen te vervallen. Hierin wordt immers voortaan voorzien door de transitievergoeding.¹⁹

Deze vergoeding is echter niet verschuldigd in de situatie van surseance van betaling of faillissement van de werkgever (artikel 7:673c lid 1 BW). Ter toelichting verwijst de regering naar een afspraak in het sociaal akkoord, die inhoudt dat het recht op een transitievergoeding niet geldt als de werkgever door het betalen daarvan in ernstige financiële problemen komt.²⁰ Dat heeft in relatie tot de loongarantieregeling tot gevolg dat de transitievergoeding buiten de loonovername door het UWV valt. Indien de betaling van de transitievergoeding tot onaantoonbare gevolgen voor de bedrijfsvoering van de werkgever leidt, kan die (onder bij ministeriële regeling te bepalen voorwaarden) ervoor

18. HvJ EG 12 december 2002, nr. C-442/00.

19. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 38.

20. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 42. In *Perspectief voor een sociaal én ondernemend land: uit de crisis, met goed werk, op weg naar 2020*, 11 april 2013, p. 29-30, is de volgende tekst opgenomen: "Met betrekking tot de hoogte van de transitievergoeding wordt geregeld: (...) een hardheidsclausule die inhoudt dat de verplichting tot betaling van een transitievergoeding kan worden verminderd dan wel op nul gesteld indien de betaling van de volledige vergoeding ertoe zou leiden dat de continuïteit van het bedrijf in gevaar komt."

Het karakter van de loongarantieregeling

kiezen de vergoeding in termijnen te betalen (artikel 7:673c lid 2 BW). Indien de werkgever die hiervoor kiest failliet gaat of als hem surseance van betaling wordt verleend, dan is het nog niet betaalde deel van de transitievergoeding niet langer verschuldigd.²¹

Op het niet langer verschuldigd zijn van het nog niet betaalde deel van de al wel verschuldigde transitievergoeding bij surseance en faillissement is mijns inziens terecht veel kritiek geleverd.²² De werkgever is in geval van faillissement of surseance ook niet in staat om andere schulden dan de transitievergoeding (geheel) te betalen en die komen ook niet te vervallen. Relevant acht ik ook dat de vordering tot betaling van een transitievergoeding in de regel een preferente vordering is, waarvan in geval van faillissement normaal gesproken een groter gedeelte betaald wordt dan van concurrente vorderingen. Surseance van betaling heeft geen werking ten aanzien van preferente vorderingen, waardoor de werknemer met een vordering tot betaling van een transitievergoeding in geval van surseance van betaling zonder artikel 7:673c BW betaling zou kunnen afdwingen. Hoe valt te rechtvaardigen dat de reeds verschuldigde transitievergoeding wel vervalt bij faillissement of surseance en alle andere vorderingen niet? Dit lijkt een willekeurige en arbitraire inbreuk op het beginsel van gelijkheid van schuldeisers. Normaal en wenselijk zou zijn dat vorderingen tot betaling van reeds verschuldigde transitievergoedingen in geval van faillissement op de gebruikelijk wijze ter verificatie bij de curator kunnen worden ingediend en in geval van surseance hun preferente status behouden. Al deze overwegingen zijn, voor zover valt na te gaan, bij de besprekingen over het sociaal akkoord niet ter sprake gekomen. Dat is niet verwonderlijk voor wie weet hoe zo'n akkoord tot stand komt. Ook zonder allerlei juridische bezwaren is het al moeilijk genoeg een akkoord te sluiten. Bovendien zal het ministerie bij de omzetting van de gemaakte afspraken in regelgeving minder kritisch zijn dan bij het opstellen van regelgeving op eigen initiatief.

De regeling nodigt ook uit tot misbruik. De werkgever kan in voorkomende gevallen een surseance gebruiken om de transitievergoedingen te doen vervallen. Vervolgens kan hij hetzij aan de andere (concurrente) crediteuren een akkoord aanbieden hetzij door hervatting van de betaling de surseance intrekken. Na intrekking van de surseance herleeft het recht van de werknemer op een

21. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 114.

22. Onder anderen: H.H. Kreikamp, 'Transitievergoeding werknemer vervalt bij faillissement en surseance: een nieuwe ontsnapingsroute voor werkgevers?', *FIP* 2015/226; E. Loesberg, 'De Wet werk en zekerheid en insolventie van de werkgever', *TAP* 2015/366; D.B.M. Pinedo en C.C.M. van Bracht, 'Insolventieontslag onder de Wet Werk en Zekerheid', *ArbeidsRecht* 2016/4.

transitievergoeding niet.²³ Overigens zijn mij geen gevallen van een dergelijk misbruik bekend. Naar de oorzaak hiervan laat zich raden. Het kan zijn, dat men van het bestaan van deze mogelijkheid nog te weinig op de hoogte is, maar het kan ook best zo zijn, dat men deze methode om van de transitievergoedingen af te komen toch te omslachtig vindt of dat men vermoedt dat de rechter het misbruik zal doorzien.

Al met al acht ik de argumenten tegen het bepaalde in artikel 7:673c BW sterker dan de argumenten voor.

Daar komt bij dat mijns inziens aan het bepaalde in artikel 3 van de insolventierichtlijn een argument kan worden ontleend om de transitievergoeding onder het loonbegrip van artikel 67 aanhef en onder a WW te brengen: loon is al hetgeen de werkgever in verband met de dienstbetrekking aan de werknemer rechtens verschuldigd is (met uitzondering van vakantiegeld en vakantiebijslag). De genoemde bepaling in de insolventierichtlijn houdt in dat de lidstaten de nodige maatregelen treffen opdat waarborgfondsen de onvervulde aanspraken van de werknemers honoreren die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen, met inbegrip van de vergoeding wegens beëindiging van de arbeidsverhouding, indien de nationale wetgeving hierin voorziet. De vraag die beantwoord moeten worden is dus: is de transitievergoeding een vergoeding wegens beëindiging van de arbeidsverhouding? Zo ja, dan voorziet onze nationale wetgeving daarin. Het lijkt me evident dat voor de vraag of de nationale wetgeving erin voorziet relevant is of het reguliere arbeidsrecht erin voorziet. Is dat het geval, dan is het maken van een wettelijke uitzondering voor gevallen van insolventie uiteraard onvoldoende om tot een andere conclusie te komen. Anders gezegd: het zou wel heel bizar zijn als een in de insolventierichtlijn opgenomen waarborg simpelweg omzeild zou kunnen worden door wettelijk te bepalen dat die waarborg niet geldt in geval van insolventie. Bijzonder in onze nationale wetgeving is ook dat het recht op een transitievergoeding rechtstreeks uit de wet voortvloeit (artikel 7:673 BW). Daarin verschilt de transitievergoeding van een vergoeding wegens beëindiging van de arbeidsverhouding die door de rechter is vastgesteld of die is overeengekomen. De hoogte van de transitievergoeding is bovendien wettelijk gekoppeld aan het loon.

Het lijkt me duidelijk dat de transitievergoeding een vergoeding wegens beëindiging van de arbeidsverhouding is. De vergoeding wordt opgebouwd tijdens de arbeidsverhouding en uitgekeerd wegens beëindiging daarvan. Zij

23. *Kamerstukken II 2013/14*, 33818, nr. 7, p. 84.

Het karakter van de loongarantieregeling

dient mede als compensatie voor het ontslag en om de gevolgen van het ontslag voor de werknemer te verzachten.

Met de inwerkingtreding van de WWZ is voor het eerst *de hoogte van de uit te keren bedragen gemaximeerd* (artikel 64 WW). Het loon dat door het UWV wordt overgenomen bedraagt maximaal 100/108^e maal anderhalf keer het maximumdagloon. Deze wijziging is op 1 januari 2016 ingegaan. Doel van de maximering is ‘om excessen te voorkomen’. Werknemers dragen hiermee zelf het risico over inkomen dat uitstijgt boven het gegarandeerde maximum. Volgens de regering fungeert de loongarantieregeling als een laatste redmiddel.²⁴

Met deze maximering wordt, zoals we hebben gezien, nadrukkelijk afstand genomen van de benadering van de SER in 1967. Bij de advisering door de SER is destijds de vraag gerezen of daarbij een maximumgrens in acht zou moeten worden genomen, zoals het maximumdagloon in de sociale-verzekeringswetten. De SER meende dat hiervoor, gelet op het verschil in object van de loongarantieregeling en dat van de overige sociale-verzekeringswetten, weinig reden toe is.

De zienswijze van de SER is ook de mijne. Als de regering van mening is dat het beslag op het fonds te groot is en dat dus een deel van het inkomensverlies niet ten laste van het fonds moet komen, dan ligt mijns inziens meer voor de hand om van werkgevers een (extra) bijdrage te vragen. De werknemers hebben immers hun bijdrage in de vorm van geleverde arbeid tegen het overeengekomen loon al geleverd. Dat sluit ook beter aan bij het oorspronkelijke doel van de loongarantieregeling, te weten waarborgen dat bij sluiting van ondernemingen de werknemers het door hen in het verleden verdiende loon ontvangen.

Overigens staat de insolventierichtlijn het vaststellen van een dergelijk plafond wel toe. Ingevolge artikel 4 lid 3 van de richtlijn mag dit evenwel niet lager zijn dan een minimum dat sociaal verenigbaar is met het sociale doel van de richtlijn. Je kunt je afvragen of dit het geval is in verband met een ander bezwaar van de SER destijds tegen maximering: bij het begrip “achterstallig loon” moeten componenten in aanmerking worden genomen die bij de bepaling van het dagloon buiten beschouwing blijven. Schaink noemt het voorbeeld van iemand die contractueel met zijn salaris ruim binnen de limiet van anderhalf keer het maximum dagloon blijft. De aan hem te vergoeden kosten (bijvoorbeeld reiskosten en kosten van stoffenmonsters die een inkoper van een modezaak voor zijn werkgever voorschiet) zijn van dien aard dat de optelsom

24. *Kamerstukken II* 2013/14, 33818, nr. 3, p. 61-62.

van een en ander ver boven de limiet uitschiet. In een dergelijk geval worden bij betalingsonmacht van de werkgever de verschillende tot het loon behorende elementen naar evenredigheid door het UWV betaald (artikel 64 lid 9 WW). Dit betekent dat de werknemer ten laste van zijn eigen salaris een deel van de reiskosten en de stoffenmonsters voor zijn rekening neemt.²⁵

Hoe over de verenigbaarheid van artikel 64 met het sociale doel van de richtlijn ook wordt gedacht, ik zou er voor willen pleiten om net als voorheen, in lijn met de opvattingen van de SER bij de totstandkoming van de loongarantieregeling, de onvervulde aanspraken van de werknemers (in hoogte, niet in duur) volledig te honoreren.

Uitspraak Centrale Raad van Beroep over het karakter van de loongarantieregeling

Op 27 mei 2016 heeft de Centrale Raad van Beroep (CRvB) een belangwekkende uitspraak gedaan:²⁶ het kenschetsen van de loongarantieregeling als laatste redmiddel is niet in overeenstemming met de minimumbescherming die de insolventierichtlijn de werknemers bij insolventie van de werkgever beoogt te bieden. De CRvB ging daarmee om. Tot dan gingen de wetgever, het UWV, de Nederlandse rechters en insolventiespecialisten ervan uit dat de loongarantieregeling wel als laatste redmiddel moest worden gekarakteriseerd. Wat betekent dit?

De CRvB kwam tot dit oordeel in een zaak, waarin een champignonkwekerij failliet ging. Na het faillissement vroegen werknemers die in dienst waren bij die champignonkwekerij bij het UWV een 'uitkering' op grond van de loongarantieregeling aan. Het UWV heeft deze uitkering deels geweigerd, omdat de werknemers niet voldoende voortvarend actie hadden ondernomen bij het aanspreken van hun werkgever op betaling van hun loon. Zodoende hadden zij volgens het UWV het Algemeen Werkloosheidsfonds benadeeld en daarmee een benadelingshandeling als bedoeld in artikel 24 lid 5 WW gepleegd. In artikel 68 lid 2 WW is bepaald dat de artikelen van de WW, voor zover niet anders is bepaald, van overeenkomstige toepassing zijn op het recht op uitkering, het geldend maken van het recht op uitkering en de betaling van de uitkering op grond van de loongarantieregeling in hoofdstuk IV van de WW. In het eerste lid van artikel 68 wordt een opsomming gegeven van artikelen die niet van toepassing zijn. Artikel 24 wordt daarin niet genoemd.

25. P.R.W. Schaik, 'De Loongarantieregeling bij faillissement en surseance: ontwikkelingen wegens de WWZ en andere nieuwigheid', *TAO* februari 2016.

26. CRvB 27 mei 2016, *JAR* 2016/165.

Het karakter van de loongarantieregeling

Eerder had, zoals gezegd, de CRvB de loongarantieregeling nog wel gekenschetst als een laatste redmiddel voor de werknemer om het niet betaalde loon door het UWV betaald te krijgen en geoordeeld dat de insolventierichtlijn er niet toe strekt aanspraken te honoreren als de werknemer van de werkgever betaling had kunnen verkrijgen (ECLI:NL:CRVB:2001:AD8032). Echter, in het licht van daarna ontwikkelde rechtspraak van het Europese Hof van Justitie over de toepassing van de insolventierichtlijn, komt de Raad nu tot een ander oordeel.

Het sociale doel van de insolventierichtlijn bestaat erin een minimum aan bescherming aan werknemers te garanderen in geval van insolventie van hun werkgever. Werknemers hebben recht op overname van hun niet betaalde loon door een waarborgfonds. Slechts bij wijze van uitzondering geeft de insolventierichtlijn een bevoegdheid om een betalingsverplichting van een waarborgfonds te beperken. Deze uitzonderingen zijn limitatief in de insolventierichtlijn opgesomd en dienen strikt te worden uitgelegd.

Op grond van artikel 12 van de insolventierichtlijn bestaat de bevoegdheid om maatregelen te treffen om misbruik te voorkomen. Het gaat dan om onrechtmatige praktijken, die de waarborgfondsen schade berokkenen door een salaris-aanspraak te fingeren. Het niet tijdig aanspreken van de werkgever op betaling van loon is op zichzelf genomen nog geen misbruik in de zin van de insolventierichtlijn. De door het UWV opgelegde maatregel is niet zozeer gericht op het voorkomen van misbruik, maar eerder op het voorkomen dan wel beperken van gebruik van het waarborgfonds. Voor het treffen van een dergelijke maatregel biedt artikel 12 van de insolventierichtlijn geen ruimte.

De opgelegde maatregel kan evenmin worden getroffen op grond van artikel 5 van de insolventierichtlijn, te weten de goede werking van de waarborgfondsen. Deze maatregel heeft niet zozeer de goede werking van het waarborgfonds op het oog, maar vooral de financiële bescherming van het waarborgfonds door werknemers uit te sluiten van de garantieregeling voor zover zij het loon nog op de werkgever hadden kunnen verhalen voordat hij in staat van insolventie kwam te verkeren. Het alsnog toestaan van deze maatregel op grond van artikel 5 van de insolventierichtlijn zou afbreuk doen aan het sociale doel van de insolventierichtlijn, dat erin bestaat een minimum aan bescherming aan werknemers te verzekeren. Bij gebreke aan regels hierover in de insolventierichtlijn zijn lidstaten vrij om nationale procedureregels te hanteren, mits deze voldoen aan de voorwaarden van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.

De benadelingshandeling is echter een materiële (maat)regel en geen procedureregulering. Het kenschetsen van de loongarantieregeling als laatste redmiddel is dus niet in overeenstemming met de minimumbescherming die de insolventierichtlijn aan werknemers beoogt te bieden. De insolventierichtlijn geeft geen bevoegdheid om maatregelen te treffen die het mogelijk maken om overname van loon te weigeren, alleen omdat een werknemer niet voldoende tijdig en adequaat actie jegens zijn werkgever heeft ondernomen om betaling van zijn loon te verkrijgen. Het UWV heeft de uitkeringen dan ook ten onrechte (deels) geweigerd. In het kader van de toepassing van de loongarantieregeling kan een richtlijnconforme interpretatie van artikel 24 lid 5 WW meebrengen, dat een maatregel als hier aan de orde wel mogelijk is, als het UWV aannemelijk maakt dat sprake is van misbruik in de zin van artikel 12 van de insolventierichtlijn.

Al eerder had het Europese Hof in de zaak Van Ardenne (17-11-2011, C-435/10) uitgesproken dat de op de reguliere WW-eisen geënte verplichting van de werknemer zich in te schrijven als werkzoekende strijdig is met de insolventierichtlijn als deze in de weg staat aan de aanspraak op een uitkering op grond van de loongarantieregeling.

De vraag rijst welke andere verplichtingen, die de loongarantieregeling oplegt aan de werknemer om aanspraak te kunnen maken op de overname van de onvervulde loonaanspraken door het UWV, niet door de beugel kunnen wegens strijd met (het karakter van) de insolventierichtlijn. Kort gezegd gaat het om verplichtingen tot het niet nemen van onverantwoorde risico's (artikel 63 lid 3 WW), het verkrijgen van passende arbeid (artikel 68 jo. artikel 24 WW), het verschaffen van inlichtingen die van belang zijn voor het recht op, de hoogte en duur alsmede het bedrag van de uitkering (artikel 68 jo. artikel 25 WW) en het doen van aangifte van het uitblijven van betaling (artikel 63 lid 1 WW).

Indien het de werknemer voor de totstandkoming van de dienstbetrekking of voor een wijziging in de arbeidsvoorwaarden tijdens de dienstbetrekking redelijkerwijs duidelijk moet zijn geweest dat in verband met een toestand van blijvende betalingsonmacht geen of slechts ten dele betaling zou plaatsvinden, is het UWV verplicht de 'uitkering' op grond van de loongarantieregeling tijdelijk of blijvend, geheel of gedeeltelijk te weigeren. Volgens Van der Mei²⁷ zou men in dit geval kunnen spreken van het figneren van een aanspraak op de loongarantieregeling en *dus* van misbruik in de zin van artikel 10 van de richtlijn. Mij gaat dit te ver. Hier wordt geen salaris-aanspraak

27. Van der Mei, 'De loongarantieregeling van hoofdstuk IV WW: recente ontwikkelingen en Europese perspectieven', *SMA* 4-2007.

Het karakter van de loongarantieregeling

gefingeerd. Ook kan men een werknemer moeilijk het verwijt maken dat hij bij dreigende betalingsonmacht instemt met een aanpassing van de arbeidsvoorwaarden. Mocht er echter sprake zijn van een opzetje van werkgever en werknemer met het doel om de werknemer een aanspraak op de loongarantieregeling te bezorgen, dan lijkt het me duidelijk dat sprake is van misbruik in de zin van artikel 12 van de insolventierichtlijn. Het gaat dan om het kunstmatig scheppen van voorwaarden om een uitkering op grond van de loongarantieregeling te verkrijgen (Walcher).

Ook het niet voldoen aan de voor het verkrijgen van een werkloosheidsuitkering bestaande verplichtingen tot het behouden en verkrijgen van passende arbeid kan mijns inziens niet beschouwd worden als het fingeren van een aanspraak op uitkering op grond van de loongarantieregeling of het anderszins onrechtmatig doen ontstaan van een betalingsverplichting voor het UWV.

Voorts laat mijns inziens de richtlijn niet toe dat aan het niet voldoen aan de verplichtingen tot het verschaffen van inlichtingen of het doen van aangifte de sanctie van het uitsluiten van een aanspraak op grond van de loongarantieregeling wordt verbonden. Van misbruik is hier in het geheel geen sprake.

Door genoemde uitspraken van het Europese Hof en de CRvB is vooral artikel 68 WW door haar vermenging van bepalingen over enerzijds loonaanspraken en anderzijds werkloosheidsuitkeringen een zeer ondoorzichtige bepaling geworden. Dit kan naar mijn mening alleen op een transparante wijze worden opgelost, die bovendien recht doet aan het uitzonderlijke karakter van hoofdstuk IV, door alle verwijzingen naar bepalingen in andere hoofdstukken van de WW te vervangen door bepalingen in de loongarantieregeling, die in overeenstemming zijn met het bepaalde in de insolventierichtlijn.

6. Richtlijnconformiteit

In de vorige paragraaf heb ik al het een en ander over richtlijnconformiteit opgemerkt. In dit kader verdient nog een uitspraak van het Europese Hof vermelding, waarin het niet gaat om toegestane maatregelen tegen misbruik, toegestane beperking van loonaanspraken op het waarborgfonds of verboden discriminatie, maar om de definitie van 'werknemer'. Deze uitspraak illustreert mijns inziens treffend het karakter en het sociale doel van de insolventierichtlijn.

De insolventierichtlijn verplicht de EU-lidstaten tot instelling van een waarborgfonds waarop 'werknemers' een beroep kunnen doen indien hun werkgever

vanwege insolventie niet aan zijn betalingsverplichtingen kan voldoen. De richtlijn definieert niet, en laat het in beginsel aan de lidstaten te bepalen, wie als werknemer moet worden beschouwd. Betekent dit dat een lidstaat als Nederland het begrip ‘werknemer’ zo mag invullen dat derdelanders zonder geldige verblijfstitel het recht op insolventie-uitkering wordt onthouden? Het Europese Hof heeft die vraag voor Nederland ontkennend beantwoord: dat mag niet, indien dergelijke derdelanders voor doeleinden van het reguliere arbeidsrecht wel als werknemer worden beschouwd, zoals in Nederland het geval is.²⁸

Hoewel de insolventierichtlijn niet zelf het begrip ‘werknemer’ omschrijft en in artikel 2 lid 2, eerste alinea, bepaalt dat zij, wat de definitie van deze term betreft, geen afbreuk doet aan het nationale recht, blijkt uit de artikelen 1, leden 2 en 3, en 2 lid 2, tweede alinea, van de richtlijn dat de beoordelingsmarge waarover de lidstaten krachtens de eerste alinea van laatstgenoemde bepaling beschikken om de term ‘werknemer’ te definiëren, niet onbeperkt is.

Om te beginnen sluiten noch artikel 1 lid 1 noch de andere bepalingen van de richtlijn derdelanders uit van de werkingssfeer van de richtlijn en staan zij evenmin uitdrukkelijk toe dat de lidstaten dat doen.

De richtlijn is volgens de bewoordingen van artikel 1 lid 1 bedoeld om te worden toegepast op de loonaanspraken van elke werknemer tegenover zijn werkgever. De bij artikel 1, leden 2 en 3, van die richtlijn aan de lidstaten geboden mogelijkheid om bepaalde categorieën werknemers van de werkingssfeer van deze richtlijn uit te sluiten, betreft echter enkel specifieke gevallen en is gebonden aan voorwaarden.

Bovendien stelt artikel 1 lid 2 van de richtlijn, op grond waarvan bij wijze van uitzondering bepaalde categorieën werknemers mogen worden uitgesloten op grond van het bestaan van andere waarborgen, de lidstaten niet vrij van elke verplichting om deze werknemers bescherming te bieden in geval van insolventie van hun werkgever, maar het vereist dat de betrokken werknemers eenzelfde mate van bescherming genieten als die welke de richtlijn biedt.

Het Nederlandse civiele recht merkt eenieder die door een arbeidsovereenkomst aan een werkgever is gebonden, aan als ‘werknemer’ die recht heeft op loon, ongeacht zijn nationaliteit of de legaliteit van zijn verblijf in die lidstaat. Daarentegen sluit artikel 3 lid 3 WW illegaal verblijvende derdelanders uit van het begrip ‘werknemer’ en dus van het recht op deze insolventie-uitkering. Gelet op het feit dat deze bepaling aan deze derdelanders niet dezelfde mate van

28. HvJ EU 5 november 2014, zaak C-311/13, (*Tümer/Raad van bestuur van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen*), ECLI:EU:C:2014:2237.

Het karakter van de loongarantieregeling

bescherming biedt als die insolventie-uitkering, blijkt zij niet te voldoen aan de voorwaarden waaronder bepaalde categorieën ‘werknemers’ krachtens artikel 1 lid 2 van de richtlijn mogen worden uitgesloten. Voorts staat vast dat die bepaling niet onder artikel 1 lid 3 van deze richtlijn valt.

Artikel 2 lid 2, eerste alinea, van de richtlijn moet volgens de rechtspraak van het Hof worden uitgelegd in het licht van het sociale doel ervan, dat erin bestaat alle werknemers bij insolventie van de werkgever een minimumbescherming op het niveau van de Europese Unie te waarborgen door de honorering van de onvervulde aanspraken uit arbeidsovereenkomsten of -verhoudingen die betrekking hebben op het loon over een bepaalde periode. De lidstaten kunnen het begrip ‘werknemer’ dus niet naar eigen inzicht definiëren op een wijze die het sociale doel van genoemde richtlijn in gevaar brengt. De beoordelingsmarge waarover de lidstaten krachtens die bepaling beschikken om de term ‘werknemer’ te definiëren, is aldus begrensd.

In dit verband moet, gelet op dat sociale doel en op de bewoordingen van artikel 1 lid 1 van de richtlijn, volgens welke deze van toepassing is ‘op uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen voortvloeiende aanspraken van werknemers’, worden vastgesteld dat de definitie van de term ‘werknemer’ noodzakelijkerwijs betrekking heeft op een arbeidsverhouding die een recht in het leven roept, tegenover de werkgever, om loon voor de verrichte arbeid te verlangen. Dat is in casu het geval voor de in het Nederlandse civiele recht opgenomen definitie van de term ‘werknemer’.

Het zou aldus in strijd zijn met het sociale doel, dat personen aan wie de nationale regeling in de regel de hoedanigheid van werknemer toekent en die krachtens die regeling tegenover hun werkgever loonaanspraken uit arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen hebben, als bedoeld in de artikelen 1 lid 1, en 3, eerste alinea, van de richtlijn, de bescherming wordt ontnomen die de richtlijn in geval van insolventie van de werkgever biedt.

Daaruit volgt dan weer dat de richtlijn in de weg staat aan een nationale regeling inzake de bescherming van werknemers bij insolventie van de werkgever, die een derdelander uitsluit van het recht om een insolventie-uitkering te ontvangen omdat zijn verblijf niet legaal is, terwijl deze derdelander krachtens het civiele recht van die lidstaat wordt aangemerkt als ‘werknemer’ en recht heeft op loon.

7. Samenvatting en conclusies

De loongarantieregeling is in de jaren zestig van de vorige eeuw tot stand gekomen. Aanleiding was het verschijnsel in die jaren dat ondernemingen, die

zich genoodzaakt zagen tot sluiting over te gaan, hun werknemers niet meer het loon of vakantiegeld konden betalen, waar zij nog recht op hadden. De vraag rees op welke manier kon worden gewaarborgd dat dit achterstallige loon of vakantiegeld alsnog bij de werknemers terecht kon komen, die dit hadden verdiend maar niet gekregen.

Om praktische redenen, zoekend naar een sluitende regeling en zoveel mogelijk aansluitend bij wat al bestond, is er toen voor gekozen dit loon te financieren uit het werkloosheidsfonds. Van meet af aan is men zich er van bewust geweest dat deze loongarantieregeling een wezensvreemd element in de WW was. Aan de regeling in hoofdstuk IV van de WW lag een unaniem advies van de SER ten grondslag. De SER was zich zeer bewust van het bijzondere karakter van de loongarantieregeling. De 'uitkering' behoorde gelijk te zijn aan het achterstallige loon, een maximumgrens behoorde daarbij niet. Voor een overname van de loonbetalingsverplichtingen moest niet sluiting maar betalingsonmacht het uitgangspunt zijn.

Hoewel in hoofdstuk IV bij die benadering is aangesloten, is het toch in verschillende opzichten verweven met de regelgeving in andere hoofdstukken van de WW met betrekking tot het recht op een werkloosheidsuitkering.

Toen in 1980 de eerste Europese insolventierichtlijn werd uitgevaardigd (80/987/EG) zag de Nederlandse wetgever geen noodzaak specifieke maatregelen te nemen ter implementatie. Ten onrechte. Vanaf dat moment moest de loongarantieregeling conform die richtlijn (thans 2008/94/EG) worden uitgelegd. Uit diverse uitspraken van de Europese en de Nederlandse rechter blijkt dat de loongarantieregeling niet beschouwd kan worden als laatste redmiddel. Zij dient te worden beschouwd als een waarborg voor werknemers, dat zij alsnog hun niet betaalde loon e.d. ontvangen. Dit sluit weer wel aan bij de visie van de SER bij de totstandkoming.

Als gevolg van de bedoelde uitspraken heeft het UWV haar uitvoeringspraktijk aangepast. Ook is op onderdelen de wet gewijzigd. De rechtszekerheid vergt echter dat de in hoofdstuk IV gegoten loongarantieregeling verder wordt aangepast aan het Europese recht en de daarop gebaseerde jurisprudentie. Mijns inziens dient, kort samengevat, het volgende wettelijk te worden geregeld met het oog op conformiteit met de insolventierichtlijn:

- In artikel 64 WW vastleggen dat de werknemer ook recht op uitkering op grond van de loongarantieregeling heeft over een periode van ten hoogste dertien weken voorafgaande aan de dag waarop aan de werkgever surseance van betaling is verleend.

Het karakter van de loongarantieregeling

- De ongelijkheid opheffen, die in artikel 64 WW bestaat tussen werknemers van wie de dienstbetrekking in geval van faillissement eindigt door opzegging en werknemers van wie de dienstbetrekking op een andere wijze eindigt, voor wat betreft de overnameperiode.
- Artikel 7:673c BW zodanig wijzigen dat de transitievergoeding verschuldigd blijft in geval van faillissement en surseance van betaling, zodat deze ook onder de loongarantieregeling valt.
- Op de reguliere WW-eisen geënte verplichtingen, die de artikelen 63²⁹ en 68³⁰ WW aan de werknemer opleggen om aanspraak te kunnen maken op de overname van onvervulde loonaanspraken door het UWV en die uitgaan van de loongarantieregeling als laatste redmiddel, vervangen door bepalingen die in overeenstemming zijn met het bepaalde in artikel 12 van de insolventierichtlijn (alleen geen aanspraak in geval van misbruik) en met het sociale doel van de richtlijn (recht op betaling van het niet betaalde loon).
- De loongarantieregeling ook van toepassing verklaren op derdelanders, ongeacht hun verblijfstatus.

Tot slot, niet omdat sprake is van strijd met de insolventierichtlijn, maar wel omdat dit zowel recht doet aan het oorspronkelijke uitgangspunt van de loongarantieregeling als aan het sociale doel van de richtlijn, bepleit ik het ongedaan maken van de per 1 januari 2016 ingegane maximering van de uit te keren bedragen. Die maximering kan tot gevolg hebben dat verdiend loon niet wordt uitbetaald. Verdiend loon uitbetalen kan mijns inziens nooit een excès zijn.

29. Doen van aangifte van het uitblijven van betaling; niet nemen van onverantwoorde risico's.

30. Registratie als werkzoekende; verkrijgen van passende arbeid; aanspreken werkgever op loonbetalingsplicht; verschaffen van inlichtingen die van belang zijn voor het recht op, de hoogte en duur alsmede het bedrag van de uitkering; andere vormen van handelen of nalaten die het fonds benadelen, maar geen misbruik opleveren in de zin van de insolventierichtlijn.

Over bezoldigde personen, in dienst van den gefailleerde: verleden, heden en toekomst van art. 40 Fw

MR. DR. T.T. VAN ZANTEN EN MR. I.M.A. LINTEL¹

1. Inleiding

De regeling van de arbeidsovereenkomst in art. 40 van onze Faillissementswet is al zo oud als die wet zelf. In de loop der tijd is weliswaar diverse malen aan de regeling gesleuteld,² maar in de basis is zij onveranderd gebleven. Reeds in het ontwerp van 1893 – dat op 1 september 1896 tot wet werd verheven – verschaftte zij zowel de curator als de “bezoldigde personen, in dienst van den gefailleerde” de mogelijkheid de overeenkomst op te zeggen met inachtneming van een termijn van maximaal zes weken en 125 jaar later bestaat die mogelijkheid voor curator en werknemer nog altijd. Aan de bepaling dat het loon vanaf de faillissementsdatum boedelschuld is, is in 1968 slechts toegevoegd dat hetzelfde geldt voor de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden,³ waarbij dient te worden gedacht aan schulden uit hoofde van sociale verzekeringen en pensioenen.⁴

Dat de fundamente van de regeling van art. 40 Fw zo lang overeind zijn gebleven – en nog altijd geen tekenen van verzakking vertonen – is om meerdere redenen opmerkelijk.

In de eerste plaats omdat het bestaan van een bijzondere voorziening voor het faillissement van de werkgever zoals opgenomen in art. 40 Fw niet vanzelfsprekend is. Reeds bij de introductie aan het einde van de 19^e eeuw werd betwijfeld of het noodzakelijk was om voor de huur van zaken (art. 39 Fw) en diensten (art. 40 Fw) een regeling in te voeren die afweek van het gemene recht en van de op de toepassing daarvan gestoelde algemene regeling van art. 37 Fw.⁵ In het voorontwerp Insolventiewet uit 2007 werden de

1. Thijs van Zanten en Ida Lintel zijn beiden cassatieadvocaat bij Wijn & Stael Advocaten te Utrecht.
2. Zie voor een overzicht: *Wessels Insolventierecht II* 2016/2529.
3. Zie S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Wetswijzigingen*, Serie Onderneming en Recht deel 2-III, p. 113.
4. Zie P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, tweede druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017, § 5.2.2.
5. Zie Van der Feltz I, p. 422-427. Zie voorts de weerslag van de debatten binnen de Commissie tot Herziening van het Wetboek van Koophandel, zoals opgenomen in § 2 hierna.

gevolgen die het faillissement van de werkgever voor de positie van de werknemer heeft, in de basis beheerst door de algemene regeling voor de afwikkeling van wederkerige overeenkomsten.⁶ Ook in de literatuur is daarvoor gepleit.⁷

Het voortbestaan van de regeling van art. 40 Fw in haar oorspronkelijke vorm is in de tweede plaats opmerkelijk te noemen tegen de achtergrond van de ontwikkelingen in het commune arbeidsrecht, dat met de invoering van de Wet op de arbeidsovereenkomst in 1907 en de talrijke daarop volgende wetswijzigingen fundamenteel is veranderd. In het bijzonder is de ontslagbescherming van de werknemers in de loop der tijd aanzienlijk aangescherpt. Waar de in art. 40 Fw neergelegde opzegtermijn in aanvang geen beperking maar juist een verruiming van de rechten van de werknemer opleverde, is die opzegtermijn in de loop van de 20^e eeuw meer en meer uit de pas gaan lopen met de steeds verder verruimde opzegtermijnen in het BW.⁸

In deze bijdrage nemen wij de regeling van art. 40 Fw onder de loep. Daarbij onderzoeken wij eerst wat de beweegredenen van de wetgever waren om een bijzondere regeling voor de hier bedoelde categorie overeenkomsten in de Faillissementswet op te nemen (§ 2) en bezien wij de aan art. 40 Fw ten grondslag liggende belangenafweging tegen de achtergrond van de relevante ontwikkelingen in het arbeidsrecht en het insolventierecht gedurende de afgelopen 125 jaar (§ 3). In § 4 gaan wij vervolgens in op een aantal onduidelijkheden bij de toepassing van art. 40 Fw. Daarbij wordt tevens aandacht besteed aan de verhouding van de bijzondere regeling van art. 40 Fw tot de algemene regeling van art. 37 Fw en tot haar – in de woorden van Schaink⁹ – “tweelingzusje” in art. 39 Fw, welke bepaling op de huur van goederen betrekking heeft.¹⁰ Tot besluit richten wij het vizier in § 5 op de toekomst.

-
6. Zie S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Voorontwerp Insolventiewet*, Serie Onderneming en Recht deel 2-IV, p. 240 e.v.
 7. Zie o.a. E. Loesberg, ‘Werknemers in het voorontwerp Insolventiewet’, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *De bewindvoerder; een octopus*, Serie Onderneming en Recht deel 44, p. 308.
 8. Zie ook A.M. Luttmer-Kat, ‘Opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens insolventie van de werkgever’, in: A.M. Luttmer-Kat e.a., *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, INSOLAD Jaarboek 1999, Deventer: Kluwer 2000, p. 1-8.
 9. Zie P.R.W. Schaink, ‘Arbeidsrecht in opmars in het insolventierecht’, *TvI* 2017/2, p. 12, § 8. Vgl. F.M.J. Verstijlen, noot onder HR 17 februari 2017, *NJ* 2017/142 (*Hansteen/Verwiel q.q.*), nr. 9, die art. 40 Fw aanmerkt als de “tweelingbepaling” van art. 39 Fw.
 10. Zie in dit verband HR 9 januari 2015, *JOR* 2015/122, m.nt. T.T. van Zanten (*Doka/Kalmijn q.q.*), waaruit volgt dat art. 39 Fw niet alleen op onroerende, maar ook op roerende zaken betrekking heeft. Het ligt in de rede dat hetzelfde geldt voor de huur van vermogensrechten.

2. Terug naar de oorsprong

Wat was nu de reden voor de invoering van een afwijkende regeling voor de situatie dat de huurder van zaken (art. 39 Fw) of diensten (art. 40 Fw) failliet gaat? Ten aanzien van art. 39 Fw wordt vaak met een beroep op de wetshistorie verdedigd dat de wetgever de invoering van art. 39 Fw noodzakelijk achtte, omdat hij ervan uitging dat de verhuurder met de aflevering van de zaak aan de huurder aan zijn verplichtingen had voldaan, zodat de regeling van art. 37 Fw – die betrekking heeft op de situatie dat *over en weer* nog verplichtingen openstaan – geen toepassing kon vinden.¹¹ Daarbij wordt gewezen op een vraag van de Commissie van Voorbereiding uit de Tweede Kamer “of, in geval de gehuurde zaak nog niet geleverd is, art. 37 dan wel art. 39 van toepassing is”, en het antwoord van de regering dat “[o]ok in geval de gehuurde zaak nog niet is geleverd, art. 39, als *lex specialis*, toepasselijk [is]”.¹² Naar onze mening mag hieruit niet worden afgeleid dat de wetgever ervan uitging dat de regeling van art. 37 Fw ten aanzien van huur met betrekking tot zaken niet kon worden toegepast omdat op de verhuurder na aflevering van de zaak geen verplichtingen meer zouden rusten.¹³ De achtergrond van de vraag van de Commissie leek veeleer te zijn dat de tekst van art. 39 Fw suggereert dat de bepaling alleen betrekking heeft op reeds “ingegane huur”, reden waarom Molengraaff het hiervoor geciteerde antwoord van de minister dat de bepaling tevens toepasselijk was indien de huur nog niet was “ingegaan”, ook onjuist achtte.¹⁴ De wetsgeschiedenis bij art. 39 Fw bevat ook overigens geen aanknopingspunten voor de stelling dat de wetgever de invoering van een afwijkende regeling noodzakelijk achtte omdat art. 37 Fw in geval van huur niet zou werken.¹⁵ Die

11. Zie J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 170-171, alsmede noot onder Pres. Rb. Arnhem 6 maart 1997, *JOR* 1997/56; W.J.M. van Andel, noot onder HR 13 mei 2005, *JOR* 2005/222 (*BaByXL*); A-G Rank-Berenschot, conclusie voor HR 14 januari 2011, *JOR* 2011/101 (*Aukema q.q./Uni-Invest*), nr. 2.5; R.J. Verschoof, ‘Het toezicht van de rechter-commissaris, in het bijzonder op overeenkomsten’, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Serie Onderneming en Recht deel 72, Deventer: Kluwer 2012, p.31, voetnoot 24.

12. Zie Van der Feltz I, p. 421-422.

13. Zie ook T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, p. 114, voetnoot 199.

14. Zie W.L.P.A. Molengraaff, *De Faillissementswet*, 1e druk, 's-Gravenhage: Gebr. Belinfante 1898, p. 181, noot 1.

15. Integendeel; tijdens de beraadslaging in de Eerste Kamer stelde het Kamerlid Vlieland Heine dat aan art. 39 Fw geen behoefte bestond, omdat de Minister “den verhuurder in art. 37 van zijn ontwerp [...] volkomen en afdoende [had] geholpen”; zie Van der Feltz I, p. 426. Zie ook C. van Nievelt, *De invloed van het faillissement op het voortbestaan van* →

stelling is ook niet verenigbaar met de memorie van toelichting bij art. 40 Fw, waar wordt opgemerkt dat voor een regeling van de huur van diensten dezelfde redenen pleiten als die voor artikel 39 Fw zijn aan te voeren. De situatie dat bij het ingaan van de overeenkomst niet langer sprake is van wederkerigheid speelt bij overeenkomsten waarbij geen zaak, maar een dienst wordt verhuurd immers in elk geval niet.¹⁶

Interessant in dit verband zijn de notulen van de 125e vergadering van de Commissie tot Herziening van het Wetboek van Koophandel, waarin de door Molengraaff ontworpen artikelen 37 en 38 – de voorlopers van de huidige artikelen 39 en 40 Fw – aan de orde kwamen:

“Nadat het artikel [art. 37; thans art. 39 Fw] eerst is goedgekeurd ontstaan er wederom langdurige debatten. Zoowel over dit artikel als het volgende [art. 38; thans art. 40 Fw]. Verschillende dubia worden geopperd. De heer Asser wil beide artikels laten vervallen, en in deze alles aan algemeene rechtsbeginselen overlaten, of anders artikel 34 [thans art. 37 Fw] ook op huur zoowel van zaken als diensten toepasselijk verklaren. De heer Molengraaff bestrijdt dit nadrukkelijk; hij acht eene regeling in den geest van de voorgestelde absoluut noodzakelijk en wijst erop dat onder de bestaande wet, die geene regeling inhoudt, bij elk faillissement de huurovereenkomsten tot steeds wederkerende moeilijkheden aanleiding geven. [...] De Voorzitter acht art. 38 [thans art. 40 Fw] bezwarend voor de boedel en het niet voldoende gerechtvaardigd de in dat artikel bedoelde personen in eene bevoorrechte positie te brengen door het na de faillietverklaring vervallende salaris ook als deze personen niet in dienst gehouden worden tot boedel-schuld te maken.

Na eene langdurige, warme discussie worden de artikelen 37 en 38 [thans art. 39 en 40 Fw] aangehouden.”¹⁷

In de 135e vergadering stonden de hiervoor bedoelde artikelen weer op de agenda en werden ze ogenschijnlijk zonder enige nadere discussie alsnog – na doorvoering van een aantal wijzigingen van ondergeschikte aard – unaniem

overeenkomsten (diss. Leiden), Leiden: Eduard IJdo 1907, p. 186: “[Art. 39] onttrekt slechts voor een bepaald geval de huurovereenkomst aan den regel van art. 37. Slechts voor het geval van faillissement van den huurder geldt de daarin gegeven bijzondere bepaling; voor dat van faillissement van den verhuurder zal de algemeene regel van kracht blijven.”

16. Overigens ook niet bij de huur van zaken. Reeds ten tijde van de invoering van de Faillissementswet rustte op grond van art. 7A:1586 (oud) BW op de verhuurder de voortdurende verplichting om huurgenot te verschaffen.

17. Notulen der Commissie tot Herziening van het Wetboek van Koophandel VI, p. 72-73. Deze notulen bevinden zich in de Juridische Bibliotheek van de Universiteit Utrecht.

Over bezoldigde personen, in dienst van den gefailleerde

goedgekeurd,¹⁸ hetgeen doet vermoeden dat Molengraaff in de tussenliggende periode enige diplomatie heeft betracht.

In de memorie van toelichting bij art. 39 Fw wordt de invoering gerechtvaardigd op dezelfde gronden als die waarop Molengraaff zijn ontwerp verdedigde:

“Zoo omtrent eenig onderwerp wettelijke voorziening noodig is gebleken, dan is het wel omtrent de rechten van den verhuurder in het faillissement van den huurder. Niettegenstaande in de vroegere stedelijke wetgevingen tal van voorbeelden eener meer of minder goed geslaagde regeling dezer quaestie zijn te vinden, heeft de wetgever van 1838 haar geheel met stilzwijgen voorbijgegaan. Van de groote, vrijwel onoplosbare moeilijkheden daaruit voor de praktijk geboren, weet ieder curator te spreken. Eene gevestigde jurisprudentie, eene algemeen gevolgde praktijk bestaat niet. In elk faillissement beslist de opvatting van den curator of van den rechter-commissaris. [...] De voorgestelde bepaling tracht hieraan een einde te maken door eene zeer eenvoudige regeling, die zoowel met de belangen van den boedel als met die van den verhuurder rekening houdt.”¹⁹

In het Regeeringsantwoord naar aanleiding van het Verslag van de Tweede Kamer werd zelfs nog een stapje verdergegaan:

“Eene regeling van dit onderwerp is in de praktijk dringend noodig gebleken, zozeer zelfs, dat iedere oplossing, die niet onbillijk is, aannemelijk moet worden geacht.”²⁰

Wat waren dan die vrijwel onoplosbare moeilijkheden die onder het oude recht bestonden en waarvoor de tevens in te voeren algemene regeling voor de afwikkeling van wederkerige overeenkomsten in art. 37 Fw kennelijk geen oplossing bood? Uit de wetsgeschiedenis wordt dit niet duidelijk. In 1907 schreef Van Nievelt dat de hier bedoelde onduidelijkheden betrekking hadden op de vraag welke rechten de verhuurder in het faillissement van de huurder kon doen gelden indien hij niet overging tot ontbinding van de huur en deze dus in stand liet. De opvattingen liepen daarbij volgens Van Nievelt uiteen van de verificatie van een vordering ten belope van alle nog resterende huurtermijnen,

18. Zie de Notulen der Commissie tot Herziening van het Wetboek van Koophandel VI, p. 263-264.

19. Zie Van der Feltz I, p. 419.

20. Zie Van der Feltz I, p. 421.

tot de verificatie van louter een vordering ter zake van de eerste termijn die ná de faillissementsdatum verviel.²¹ Hieraan kan nog worden toegevoegd de visie van De Marez Oyens, die meende dat de na de faillietverklaring verschenen huurtermijnen in het geheel niet verifieerbaar waren, maar een boedelschuld opleverden.²²

De beschouwingen van Van Nievelt en De Marez Oyens hadden betrekking op de positie van de verhuurder van zaken, maar een vergelijkbare onzekerheid bestond destijds kennelijk met betrekking tot de positie van de verhuurder van diensten (ook wel: dienstplichtige) in het faillissement van de huurder van diensten (ook wel: meester). In de memorie van toelichting bij art. 40 Fw wordt namelijk opgemerkt:

“Voor eene regeling van de huur van diensten pleiten dezelfde redenen, die voor artikel 39 zijn aan te voeren. Door de bestaande rechtsonzekerheid worden de belangen van hen, die meestal van hunne dienstbetrekkingen moeten leven, ten zeerste geschaad.”²³

Kortom, de positie van de verhuurder (van zaken en) diensten in het faillissement van diens huurder was onduidelijk en dát is de reden dat de wetgever in art. (39 en) 40 Fw een specifiek op die situatie toegesneden regeling heeft geïntroduceerd.

3. De aan art. 40 Fw ten grondslag liggende belangenafweging in het licht van de relevante ontwikkelingen in het arbeidsrecht en het insolventierecht

Aan de regeling van art. 40 Fw ligt een duidelijke belangenafweging ten grondslag. De navolgende, veel geciteerde, passage uit de memorie van toelichting illustreert deze:

“Artikel 40 waarborgt hun, dat zij althans gedurende zes weken hunne betrekkingen behouden, en verzekert den curator gedurende denzelfden tijd eene hulp, die hij misschien moeilijk zal kunnen missen. De termijn mocht niet ruimer genomen worden, om den boedel niet met een te hoog bedrag

21. Zie C. van Nievelt, *De invloed van het faillissement op het voortbestaan van overeenkomsten* (diss. Leiden), Leiden: Eduard IJdo 1907, p. 165-169, met diverse verwijzingen. Zie ook de vindplaatsen vermeld in de MvT bij art. 39 Fw, Van der Feltz I, p. 419, noot 3.

22. Zie J.C. de Marez Oyens, *De beginselen van het hedendaagsche faillietenrecht, naar aanleiding der "Konkursordnung für das Deutsche Reich" van 1 October 1879*, 's-Gravenhage: Gebrs. Belinfante 1883, p. 98-99.

23. Zie Van der Feltz I, p. 428.

Over bezoldigde personen, in dienst van den gefailleerde

aan salarissen te belasten voor het geval dat de curator de diensten der bedoelde personen kan ontberen.”²⁴

De gedachte was dus dat diegenen die in een dienstbetrekking tot de gefailleerde stonden, die dienstbetrekking ondanks het faillissement in elk geval nog een korte tijd behielden en daarmee aanspraak hadden op het daarmee verbonden loon. De wetgever hield voor mogelijk dat ook de boedel in voorkomende gevallen zou zijn gebaat bij het tijdelijk nog kunnen beschikken over personeel, maar beperkte met het oog op die gevallen waarin dat anders zou liggen, de door de curator in acht te nemen opzegtermijn tot zes weken. De regeling van art. 40 Fw was dus primair op de bescherming van de “bezoldigde personen, in dienst van den gefailleerde” gericht, waarmee de faillissementswetgever, zoals hierna nog aan de orde komt, in zekere zin zijn tijd vooruit was.

De regeling van art. 40 Fw is door de wetgever in de loop der tijd diverse malen onder ogen gezien in verband met wetswijzigingen in het commune arbeidsrecht, in het bijzonder betreffende de termijnen voor ontslag. Het debat ging daarbij vrijwel steeds over de vraag of die wijzigingen ook dienden door te werken in de regeling van art. 40 Fw. Een principieel debat over de houdbaarheid van de daaraan ten grondslag liggende uitgangspunten en de daarop gestoelde belangenafweging is echter nauwelijks gevoerd, laat staan dat nadrukkelijk is stilgestaan bij de vraag of handhaving van een bijzondere regeling voor het faillissement van de werkgever wenselijk is.²⁵ Dat is opmerkelijk te noemen, omdat die uitgangspunten inmiddels zodanig zijn gewijzigd dat die belangenafweging thans geheel anders uitpakt.²⁶

In de eerste plaats dient in dit verband te worden gewezen op de aanzienlijke versterking van de positie van de werknemer ten opzichte van diens werkgever, die sinds de inwerkingtreding van de Faillissementswet in het commune arbeidsrecht heeft plaatsgevonden. De aan het einde van de negentiende eeuw vigerende wettelijke regeling van de “huur van dienstboden en werklieden” bevatte slechts drie artikelen.²⁷ Bepaald was dat (i) de dienstbode zich niet dan voor een tijd of een bepaalde onderneming kon verbinden, waarmee een dienstbetrekking voor het leven werd uitgesloten; (ii) de ‘meester’ bij bepaalde geschillen met de dienstbode, bijvoorbeeld over de hoogte van het bedongen loon, op zijn woord werd geloofd; en (iii) de dienstbode die voortijdig het werk verliet het verdiende loon verbeurde, terwijl de meester bevoegd was om de

24. Zie Van der Feltz I, p. 428.

25. Zie S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet. Wetswijzigingen*, Serie Onderneming en Recht deel 2-III, p. 103-123.

26. Zie ook: F.M.J. Verstijlen, ‘De betrekkelijke continuïteit van het contract binnen faillissement’, Preadvies VBR 2006, p. 127-128.

27. Zie de artikelen 1637-1639 (oud) BW.

dienstbode te allen tijde, zonder het aanvoeren van redenen, weg te sturen. Deze uiterst summier regeling dient te worden begrepen tegen de achtergrond van de destijds heersende, liberale gedachte van de vrije markteconomie. De wetgever diende zich zoveel mogelijk afzijdig te houden en niet méér te regelen dan strikt noodzakelijk.²⁸ Het wettelijk ongeregelde, “vrije” dienstcontract heeft in de negentiende eeuw in de fabrieken en elders in het bedrijfsleven echter geleid tot wantoestanden, onzekerheid en willekeur.²⁹ In reactie hierop is in 1907 de Wet op de arbeidsovereenkomst in werking getreden, welke wet werd gekenmerkt door de – nieuwe – gedachte dat de betrokken partijen bij een dienstcontract niet gelijk zijn. Voor het eerst werd onderkend dat de dienstbode de economisch zwakkere partij is, wiens belangen in het maatschappelijk verkeer onaanvaardbaar in het gedrang kunnen komen.³⁰ De nieuwe wet kende meer dan tachtig artikelen en bood de noodzakelijke bescherming aan de werknemer, welke bescherming in de loop der tijd nader is vormgegeven in (eerst Boek 7A en thans) Boek 7 BW. Kort en goed: sinds de invoering van art. 40 Fw is de regeling van de arbeidsverhouding in het commune arbeidsrecht getransformeerd van een uiterst summier, in het voordeel van de huurder (thans: *werkgever*) geredigeerde regeling, in een zeer uitgebreide, juist nadrukkelijk op bescherming van de *werknemer* geënte regeling in de huidige titel 7.10. Kon de dienstplichtige aan het einde van de 19^e eeuw buiten faillissement nog te allen tijde en zonder opgaaf van redenen door zijn meester worden weggestuurd, thans wordt de werknemer een aanzienlijke mate van bescherming geboden tegen opzegging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever. Dat plaatst de met art. 40 Fw beoogde bescherming van de werknemer in een ander daglicht.

Een ontwikkeling in het insolventierecht die tevens van invloed is op de aan art. 40 Fw ten grondslag liggende belangenafweging is dat faillissementen waarin sprake is van een negatieve boedel tegenwoordig schering en inslag zijn. Een boedelschuld ter zake van het loon over de opzegtermijn biedt dan ook lang niet meer zo veel zekerheid van betaling als destijds.

Anderzijds zijn er ook omstandigheden die de positie van de werknemer juist hebben verstevigd. In dit kader achten wij van belang dat het loonbegrip in art. 40 Fw niet afwijkt van het loonbegrip in het burgerlijk wetboek, aldus de Hoge Raad in *LISV/Wilderink q.q.*,³¹ terwijl het loon van de werknemer in de

28. Zie A.R. Houweling (red.), G.W. van der Voet, J.H. Even & E. van Vliet, *Loonstra & Zondag, Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015, p. 84.

29. Zie E.P. de Jong, ‘Deze eeuw van feest naar feest’, *SMA* 2007/406.

30. Zie G.J.J. Heerma van Voss, *Ontslagrecht in Nederland en Japan, De spanning tussen zekerheid van de dienstbetrekking en flexibiliteit van de onderneming* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1992, p. 33.

31. Zie HR 3 december 1999, *JOR* 2000/17, m.nt. G.A.J. Boekraad.

zin van art. 7:610 BW niet zelden tal van elementen bevat die in het rechtsverkeer aan het einde van de negentiende eeuw nog geen rol van betekenis speelden; men denke hier bijvoorbeeld aan bonusregelingen, tantièmes en winstaandelen.

De positie van de werknemer in het faillissement van diens werkgever is sinds 1968 voorts aanzienlijk versterkt met de invoering van de Loongarantieregeling, die thans is neergelegd in de artikelen 61 e.v. WW.³² Welbeschouwd gaat het bij de toepassing van art. 40 Fw veelal en in hoofdzaak niet langer om een afweging tussen het boedelbelang en het belang van de werknemer, maar tussen het belang van de boedel en dat van het UWV, die in voorkomende gevallen in de rechten van de werknemer jegens de boedel wordt gesubrogeerd.

Dit alles noopt er naar onze mening in elk geval toe om bij de beoordeling van de positie van de werknemer en de curator van de werkgever anno 2018 aan de aan art. 40 Fw ten grondslag liggende belangenafweging niet langer (doorslaggevende) betekenis toe te kennen.

4. Onduidelijkheden omtrent de voortzetting en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst

Ondanks haar hoge leeftijd is de regeling van art. 40 Fw in haar toepassing nog altijd onduidelijk en (daarmee) voorwerp van debat. Dit betreft zowel de situatie bij de *voortzetting* van de arbeidsovereenkomst als die bij de *beëindiging* ervan. Hierna bespreken wij de belangrijkste vragen die in dit verband kunnen opkomen. Daarbij komt ook de regeling van art. 39 Fw aan de orde, niet alleen omdat die regeling vergelijkbare vragen oproept, maar ook omdat de tendens in de jurisprudentie van de Hoge Raad is dat vragen die spelen bij de toepassing van beide bepalingen op dezelfde wijze worden beantwoord en de Hoge Raad in de afgelopen jaren diverse malen zijn licht over de toepassing van art. 39 Fw heeft laten schijnen.

Voortzetting van de overeenkomst

Bij overeenkomsten die worden beheerst door de algemene regeling van art. 37 Fw is het systeem dat deze op zichzelf blijven voortbestaan, maar dat de curator er niet aan gebonden is zolang hij niet – uitdrukkelijk of stilzwijgend – voor gestanddoening kiest. Dit betekent dat de wederpartij bij gebreke daarvan in beginsel is aangewezen op indiening van haar aanspraken ter verificatie (art. 37a Fw). Opteert de curator – bij uitzondering – wel voor gestanddoening, dan verbindt hij met die keuze de boedel tot nakoming van alle uit het contract voortvloeiende verbintenissen, ook voor zover zij betrekking hebben op de

32. Zie nader *Wessels Insolventierecht II* 2016/2563 e.v.

periode vóór datum faillissement. Het is dan in wezen *business as usual*, met dien verstande dat de wet de curator in dit geval oplegt om voor nakoming zekerheid te stellen (art. 37 lid 2 Fw). In de praktijk blijft die zekerheidstelling in de regel achterwege.

In het faillissement van de huurder en de werkgever is de situatie minder duidelijk. De artikelen 39 en 40 Fw bieden beide partijen de bevoegdheid tot opzegging en bestempelen voorts de huur respectievelijk het loon en de daarmee samenhangende premieverplichtingen verschuldigd na de faillietverklaring tot boedelschuld. Hoe evenwel om te gaan met de *overige* verplichtingen die uit hoofde van de overeenkomst op de schuldenaar rusten?

Zo dient de huurder in de regel naast de huurprijs aan de verhuurder een bedrag aan *servicekosten* te betalen, die dan bijvoorbeeld betrekking hebben op de afname van nutsleveranties of van bepaalde diensten, zoals bijvoorbeeld die van de glazenwasser. Daarnaast is hij wettelijk verplicht zich als een goed huurder te gedragen (art. 7:213 BW), kleine herstellingen te verrichten (art. 7:217 BW) en kennis te geven van gebreken en stoornis door derden (art. 7:222 BW). In de praktijk worden daar standaard nog verschillende verplichtingen aan toegevoegd. Zo is de huurder van bedrijfsruimte in de zin van art. 7:230a BW op grond van de *ROZ-voorwaarden kantoorruimte en andere bedrijfsruimte in de zin van art. 7:230a BW 2015* bijvoorbeeld tevens verplicht het gehuurde te gebruiken en dit te voorzien van voldoende inrichting en inventaris (art. 5.1), op straffe van de verbeurte van een boete (art. 29). Indien in verband met de aard of uitoefening van het beroep of bedrijf van de huurder voor het gehuurde een hogere dan normale premie (brand)verzekering voor opstal of inventaris en goederen aan de verhuurder in rekening wordt gebracht, dient de huurder het meerdere boven die normale premie aan de verhuurder te vergoeden (art. 21.1). Ook is uiteraard denkbaar dat hiernaast maatwerkafspraken zijn gemaakt waaruit bijzondere verplichtingen van de huurder resulteren, zoals in een commerciële context geregeld voorkomt.

Bij de arbeidsovereenkomst dient natuurlijk in de eerste plaats te worden gedacht aan de verplichting van de werkgever zich als een goed werkgever te gedragen (art. 7:611 BW). In het verlengde daarvan ligt diens recentelijk geïntroduceerde scholingsplicht (art. 7:611a BW). Tevens kan worden gedacht aan de verplichting van de werkgever te zorgen voor een veilige werkomgeving (art. 7:658 lid 1 BW), aan verplichtingen uit hoofde van secundaire arbeidsvoorwaarden en op grond van een geldende cao.

Door diverse auteurs is het standpunt ingenomen dat de artikelen 39 en 40 Fw louter op de daarin uitdrukkelijk genoemde aspecten betrekking hebben en deze overeenkomsten voor het overige worden gereguleerd door de algemene regeling van art. 37 Fw. In die visie zou de curator over de boedelperiode niet van rechtswege aan de huur- of arbeidsovereenkomst gebonden zijn totdat deze

alsnog eindigt, maar slechts gehouden zijn de huur respectievelijk het loon na de faillietverklaring als boedelschuld te behandelen. Voor de verkrijging van nakoming van de *overige* verplichtingen die voor de schuldenaar uit de huur- of arbeidsovereenkomst voortvloeien dient de verhuurder resp. werknemer in kwestie dan terug te vallen op de algemene regeling van art. 37 Fw.³³

Uit de wetsgeschiedenis komt evenwel duidelijk naar voren dat de wetgever heeft beoogd de afwikkeling van de in art. 39 en 40 Fw bedoelde overeenkomsten uitsluitend door die bijzondere bepalingen te laten beheersen en dus geen ruimte heeft willen bieden voor toepassing van de algemene bepaling van art. 37 Fw.³⁴ Bij die stand van zaken ligt onzes inziens in de rede om aan te nemen dat bij de wetgever de bedoeling heeft voorgezeten dat de *gehele* huur- resp. arbeidsovereenkomst vanaf de faillissementsdatum ten laste van de boedel doorloopt, omdat een andere opvatting tot de weinig aannemelijke consequentie zou leiden dat de *overige* op de huurder resp. werkgever rustende verplichtingen tijdens het faillissement geheel in het luchtledige zouden komen te hangen.³⁵ In de wetsgeschiedenis is overigens nog wel meer *circumstantial evidence* te vinden dat in deze richting wijst. Zo wordt er in de memorie van toelichting bij art. 39 Fw van gerept dat “de huurovereenkomst met den boedel doorloopt”.³⁶ In § 3 kwam al even aan de orde dat in de toelichting op art. 40 Fw wordt opgemerkt dat de regeling de curator “verzekert” dat hij gedurende ten minste zes weken zal kunnen beschikken over “eene hulp, die hij misschien moeilijk zal kunnen missen”.³⁷ Van die hulp is de curator niet *verzekert* als hij zich niet houdt aan *alle* verplichtingen van de schuldenaar die na de faillissementsdatum uit hoofde van de arbeidsovereenkomst opkomen. In dat geval is immers denkbaar dat de werknemer zijn of haar verplichting tot het verrichten van de overeengekomen arbeid opschort. Tevens valt in dit kader te wijzen op enkele uitlatingen in de wetsgeschiedenis bij de Wet van 17 december 1953 en de Wet van 1 december 1988, waarbij ook de regeling van art. 40 Fw onder de loep is genomen en ervan wordt uitgegaan dat een ontslag op de voet van art. 40

33. Zie o.a. E. Loesberg, ‘De curator en de werknemer (DGA): vriend en/of vijand?’, in: A.M. Luttmmer-Kat e.a. (red.), *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, INSOLAD Jaarboek 1999, Deventer: Kluwer 2000, p. 18 en p. 22 en 23; E. Loesberg, noot onder Pres. Rb. Roermond 3 oktober 2001, *JOR* 2001/267, nr. 2.2; *Wessels Insolventierecht II* 2016/2533; L.G. Verburg, ‘Het beëindigen van de relatie met de bestuurder en commissaris van een gefailleerde NV of BV’, in: N.E.D. Faber e.a. (red.), *Overeenkomsten en insolventie*, Serie Onderneming en Recht deel 72, Deventer: Kluwer 2012, p. 166, voetnoot 47.

34. Zie T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, § 4.4.5.4 en 4.4.5.5.

35. Zie ook T.T. van Zanten, noot onder Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, *JOR* 2014/51, nr. 6.

36. Zie Van der Feltz I, p. 419.

37. Zie Van der Feltz I, p. 428.

Fw onder bijzondere omstandigheden als kennelijk onredelijk in de zin van art. 7A:1639s (oud) BW (thans art. 7:681 BW) kan worden aangemerkt.³⁸ Deze opvatting is door de Hoge Raad in het *Van Gelder Papier*-arrest onderschreven.³⁹ In een dergelijk geval is onder omstandigheden op grond van art. 7:682 lid 1 sub a BW ook mogelijk dat de curator wordt veroordeeld “de arbeids-overeenkomst te herstellen”. Dat impliceert dat de curator vanaf de faillissementsdatum aan de arbeidsovereenkomst gebonden is en niet slechts aan de daaruit voortvloeiende verplichting om loon te betalen.

Het voorgaande betekent naar onze mening dat als uitgangspunt dient te worden aanvaard dat *alle* voor de schuldenaar uit de huur- resp. arbeidsovereenkomst voortvloeiende verbintenissen ten laste van de boedel dienen te worden nagekomen zolang deze niet door opzegging ex art. 39 of 40 Fw, dan wel op een andere grondslag of vanwege het verstrijken van de termijn waarvoor het contract is aangegaan, is geëindigd.⁴⁰ Wel lijkt ons de vraag gerechtvaardigd of er aanleiding bestaat dit uitgangspunt van volledige binding van de boedel aan door de schuldenaar als huurder resp. werkgever gesloten huur- en arbeidsovereenkomsten te nuanceren. Aan de bedoelingen van de wetgever komt immers niet per se doorslaggevende betekenis toe, zeker niet waar die bedoelingen niet klip en klaar in de parlementaire stukken zijn verwoord, maar daaruit slechts met enige moeite kunnen worden gedestilleerd, zoals dat ten aanzien van de totstandkomingsgeschiedenis van de artikelen 39 en 40 Fw het geval is. Belangrijker nog is dat het juridische landschap dat de wetgever destijds voor ogen heeft gestaan en waarin de daaraan ten grondslag gelegde belangenafweging tot stand kwam, inmiddels drastisch is veranderd. Een deel van de hiervoor genoemde verplichtingen was aan het einde van de negentiende eeuw ook geen, althans zeker niet standaard, onderdeel van de huurovereenkomst. Dit geldt in het bijzonder ten aanzien van de huur van diensten, welke overeenkomst zoals in § 3 aan de orde kwam, destijds nagenoeg ongeregeld was. Onder het huidige arbeidsrecht worden met het aangaan van de arbeidsovereenkomst tal van verplichtingen in het leven geroepen, met name voor de werkgever.

Tegen de achtergrond hiervan is naar onze mening inderdaad enige nuanceering op het uitgangspunt van volledige binding van de boedel aan door de schuldenaar als huurder resp. werkgever gesloten huur- en arbeidsovereenkomsten op zijn plaats. In dit kader dient onzes inziens tussen twee situaties te worden onderscheiden: (i) het geval waarin de curator feitelijk *wel* en (ii) dat

38. Zie HR 12 januari 1990, *NJ* 1990/662, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Van Gelder Papier*), r.ov. 3.3, met verwijzingen.

39. Zie HR 12 januari 1990, *NJ* 1990/662, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Van Gelder Papier*).

40. Zie ook: P.R.W. Schaik, *Arbeidsovereenkomst en insolventierecht*, tweede druk, Deventer: Kluwer 2017, § 2.3.

Over bezoldigde personen, in dienst van den gefailleerde

waarin de curator *niet* van het gehuurde resp. de diensten van de werknemer gebruikmaakt.

Wél gebruik van het gehuurde resp. de diensten van de werknemer

In het eerstbedoelde geval bestaat naar onze mening onvoldoende grond om de binding van de boedel tot bepaalde uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen te beperken. Ook ten aanzien van *andere* overeenkomsten geldt immers dat de curator alleen kan beschikken over de prestaties van de wederpartij indien hij ook zijnerzijds alle contractuele verplichtingen van de schuldenaar nakomt. De regeling van de artikelen 39 en 40 Fw heeft voor de curator dan nog steeds het grote voordeel dat tijdelijk over de prestaties van de wederpartij kan worden beschikt zonder dat de curator genoodzaakt is de overeenkomst op de voet van art. 37 Fw gestand te doen, met als gevolg dat eventuele achterstanden van vóór faillissement tot boedelschuld worden gepromoveerd en het contract bovendien ook voor de periode daarna geheel moet worden uitgediend. Een nog verdere beperking van de verplichtingen van de curator jegens de werknemer in gevallen waarin hij aanstuurt op een (tijdelijke) voortzetting van de overeenkomst, zou bij de arbeidsovereenkomst naar onze mening bovendien op gespannen voet staan met het karakter van die overeenkomst en de daarmee verbonden werknemersbescherming. De curator die van het gehuurde resp. de diensten van een werknemer gebruikmaakt dient onzes inziens dus niet alleen de huur resp. het loon over de boedelperiode te voldoen, maar ook alle *andere* uit hoofde van de huur- resp. arbeidsverhouding op de schuldenaar rustende verplichtingen na te komen voor zover zij op die periode betrekking hebben. Een aardig voorbeeld geeft een recent arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden.⁴¹ De verhuurder had de huur ex art. 39 Fw opgezegd. In de huurovereenkomst was een verbod van onderhuur of ingebruikgeving aan derden opgenomen. Tijdens de opzegtermijn stelde de curator in strijd daarmee het gehuurde ter beschikking aan de koper van de onderneming. Het hof oordeelde onder meer – onzes inziens dus terecht – dat de curator daarmee was tekortgeschoten in de nakoming van de huurovereenkomst. In huurovereenkomsten is veelal bepaald dat de huurder bij overtreding van het onderhuurverbod een boete verschuldigd is. Die boete kan in een voorkomend geval dus op de boedel worden verhaald.

Géén gebruik van het gehuurde resp. de diensten van de werknemer

In het geval waarin de curator *niet* van het gehuurde resp. de diensten van de werknemer gebruikmaakt (en daarom logischerwijs kort na het uitspreken van

41. Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 14 maart 2017, *JOR* 2017/245, m.nt. F.B. Bosvelt.

het faillissement tot opzegging overgaat⁴²) liggen de kaarten wat ons betreft anders. Naar wij menen bestaat hier onvoldoende rechtvaardiging om de curator zonder meer aan alle tijdens de boedelperiode te verschijnen contractuele verplichtingen gebonden te achten.

De *eerste* beperking die naar onze mening in dit verband dient te worden aangelegd, is dat de curator niet verplicht kan worden van het gehuurde c.q. de diensten van de werknemer gebruik te maken. Dit betekent dat de curator van de huurder niet gebonden is aan een gebruiksverplichting zoals opgenomen in de ROZ-voorwaarden en in een voorkomend geval dus evenmin de daaraan verbonden boetes ten laste van de boedel verbeurt. In het faillissement van de werkgever kan de curator niet worden gedwongen de werknemer aan het werk te houden, daargelaten in hoeverre daarvoor buiten de context van een faillissement ruimte bestaat.⁴³

Een *tweede* beperking is dat het moet gaan om verplichtingen die onlosmakelijk met de huur- resp. arbeidsverhouding verbonden zijn. Is sprake van een zogeheten *gemengde* overeenkomst, zoals een gecombineerde arbeids- en opleidingsovereenkomst,⁴⁴ dan ligt in de rede dat de boedel niet ex art. 40 Fw gebonden is aan het deel van de overeenkomst dat niet als huur- resp. arbeidsovereenkomst kwalificeert. Bij een dergelijke gemengde overeenkomst menen wij dat art. 37 Fw ten aanzien van een deel van de overeenkomst wél een rol kan vervullen, namelijk dat deel dat niet de huur- resp. arbeidsverhouding reguleert.⁴⁵ Bij de huurovereenkomst kan in dit verband naar onze mening ook worden gedacht aan de *servicekosten*. Een redelijke uitleg van art. 39 Fw brengt onzes inziens mee dat indien de gefailleerde huurder bovenop de huurprijs een bedrag voor de levering van goederen of diensten, zoals gas, water en elektriciteit of het onderhoud van de tuin, verschuldigd is, de curator die kosten over de boedelperiode niet voor zijn rekening behoeft te nemen indien hij van het gehuurde geen gebruik maakt en daarmee evenmin van de hier bedoelde additionele prestaties profiteert.

Andere categorieën verplichtingen ten aanzien waarvan het gerechtvaardigd is om de curator daaraan niet gebonden te achten indien hij van het gehuurde resp. de diensten van de werknemer geen gebruik maakt, laten zich onzes inziens moeilijk omlijnen. De vraag naar de binding van de curator zal van geval tot geval en van verplichting tot verplichting moeten worden beoordeeld. Daarbij kan als uitgangspunt worden gehanteerd dat naar mate de desbetref-

42. Vgl. de MvT bij art. 39 Fw, Van der Feltz I, p. 419: “De niet-opzegging door den curator toont aan, dat deze de huur vooralsnog ten behoeve van den boedel wenscht aan te houden.”

43. Vgl. Hof Leeuwarden 29 november 2011, *JAR* 2012/14.

44. Vgl. Pres. Rb. Haarlem 25 februari 2000, *JOR* 2000/65.

45. Zie ook T.T. van Zanten, *De overeenkomst in het insolventierecht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, p. 121, voetnoot 233.

Over bezoldigde personen, in dienst van den gefailleerde

fende verplichting verder van de kern van de huur- resp. arbeidsrelatie afstaat, eerder aanleiding bestaat de curator daaraan niet gebonden te achten. Zo zal een werknemer die heeft bedongen jaarlijks een internationaal congres te mogen bezoeken dat binnen de opzegtermijn ergens in het buitenland plaatsvindt, daarop naar onze mening jegens de curator geen aanspraak kunnen maken. Indien naleving door de curator niet of nauwelijks ten laste van het boedelactief komt (dat wil zeggen: naast de tijd die de curator moet besteden geen *out of pocket*-kosten meebrengt), ligt onzes inziens in de rede de curator wel tot die naleving te verplichten. Zo zal ingeval de curator een gebrek aan het gehuurde ontdekt, een afweging van het belang van de boedel en dat van de verhuurder in de regel meebrengen dat de curator daarvan onverwijld aan de verhuurder kennisgeeft, bij gebreke waarvan de verhuurder de door de nalatigheid van de curator ontstane schade bij wege van boedelschuld kan verhalen (art. 7:222 BW). Tot het verrichten van kleine herstellingen (art. 7:217 BW) kan de curator die het gehuurde niet gebruikt naar onze mening daarentegen niet worden verplicht.

Men zij erop bedacht dat de hiervoor verdedigde beperkingen in de mate waarin de boedel aan de overeenkomst is gebonden er uiteraard niet aan in de weg staan dat de verhuurder of de werknemer in voorkomende gevallen aan die beperkte nakoming door de boedel consequenties verbindt, bijvoorbeeld door (voor zover mogelijk) de eigen prestaties (deels) op te schorten. De curator die geen belang heeft bij het gehuurde resp. de diensten van de werknemer kan bovendien meewerken aan een eerdere terbeschikkingstelling van het gehuurde resp. aan een eerdere uitdiensttreding door de werknemer, bijvoorbeeld met het oog op de verhuur aan een derde resp. een indiensttreding elders.

Beëindiging van de overeenkomst

De toepassing van de artikelen 39 en 40 Fw roept niet alleen vragen op ten aanzien van de *voortzetting* van de overeenkomst na de intrede van het faillissement. Ook bij een *beëindiging* van de huur- resp. arbeidsovereenkomst na de faillissementsdatum kunnen diverse vragen opkomen, in het bijzonder omtrent de aanspraken die de verhuurder resp. werknemer in een dergelijk geval resteren en de status daarvan in het faillissement. In de loop der tijd moest de Hoge Raad er dan ook verschillende malen aan te pas komen om ter zake knopen door te hakken.

Bekend is het hiervoor al even aangestipte arrest inzake *Van Gelder Papier* uit 1990.⁴⁶ In de zaak die leidde tot dit arrest stond de vraag centraal of een door de curator op de voet van art. 40 Fw ontslagen werknemer aanspraak had op een ontslagvergoeding uit hoofde van een tussen hem en diens werkgever

46. Zie HR 12 januari 1990, NJ 1990/662, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Van Gelder Papier*).

bestaand sociaal plan en op welke wijze een dergelijke aanspraak binnen het faillissement geldend kon worden gemaakt. In cassatie werd namens de werknemer betoogd dat hem ter zake een ter verificatie in te dienen preferente vordering toekwam. De Hoge Raad achtte die opvatting echter onverenigbaar met het stelsel van art. 40 Fw. Hij stelde daarbij onder meer voorop dat onder bijzondere omstandigheden denkbaar is dat een door de curator ex art. 40 Fw verleend ontslag kennelijk onredelijk is en de vergoeding waarop de werknemer in een zodanig geval aanspraak kan maken met analogische toepassing van art. 40 Fw als boedelschuld moet worden beschouwd (r.ov. 3.3, tweede alinea) en voorts dat in art. 40 Fw besloten ligt dat vorderingen die uit de arbeidsovereenkomst zijn ontstaan in de periode die met de dag van de faillietverklaring aanvangt, slechts – binnen de grenzen van wat dit artikel toelaat – boedelschulden kunnen opleveren, maar niet voor verificatie in het faillissement in aanmerking komen, terwijl dit wel het geval is met vorderingen die uit die overeenkomst zijn ontstaan in de periode vóór de dag van de faillietverklaring (r.ov. 3.3, derde alinea). De Hoge Raad oordeelt vervolgens in r.ov. 3.4:

“Het is met het hiervoor weergegeven, op de voormelde belangenafweging berustende stelsel van de wet niet verenigbaar dat het resultaat van die afweging zou kunnen worden doorbroken door een voor de faillietverklaring met de gefailleerde gesloten overeenkomst, *die de strekking heeft om, ook terzake van na de faillietverklaring door de curator gegeven ontslagen, aan de werknemers een vergoeding voor door hen als gevolg van het ontslag, en derhalve na de faillietverklaring, geleden nadeel toe te kennen, ook zonder dat is komen vast te staan dat het ontslag kennelijk onredelijk was in de zin van de wet of, zo dat wel het geval was, dat de vergoeding in overeenstemming is met hetgeen de rechter aan de hand van de wettelijke maatstaven zou hebben vastgesteld. Een dergelijke doorbreking kan dan ook niet worden aangenomen, zowel in die zin dat uit een dergelijke overeenkomst geen boedelschuld kan ontstaan, als in die zin dat de betreffende vordering niet voor verificatie in aanmerking komt.*” (cursive-ring TTvZ en IMAL)

Wat opvalt, is dat de Hoge Raad hier over de verifieerbaarheid van na datum faillissement uit hoofde van de arbeidsovereenkomst ontstane vorderingen van de werknemer een genuanceerder standpunt inneemt dan hij in zijn vooropstellingen doet. Dáár zegt de Hoge Raad immers nog heel in het algemeen dat in art. 40 Fw besloten ligt *dat vorderingen die uit de arbeidsovereenkomst zijn ontstaan in de periode die met de dag van de faillietverklaring aanvangt, slechts – binnen de grenzen van wat dit artikel toelaat – boedelschulden kunnen opleveren, maar niet voor verificatie in het faillissement in aanmerking komen.*

De Hoge Raad oordeelt vervolgens echter dat de aan art. 40 Fw ten grondslag liggende belangenafweging niet kan worden doorbroken door een voor faillissement met de gefailleerde gesloten overeenkomst *die de strekking heeft om ook terzake van na de faillietverklaring door de curator gegeven ontslagen, aan de werknemers een vergoeding voor door hen als gevolg van het ontslag, en derhalve na de faillietverklaring, geleden nadeel toe te kennen. Een uit een dergelijke overeenkomst voortvloeiende aanspraak* is volgens de Hoge Raad geen boedelschuld en *kan niet worden geverifieerd*.

Naar onze mening is de genuanceerde benadering beter. De aan art. 40 Fw ten grondslag liggende belangenafweging behoort onzes inziens in elk geval geen belemmering op te leveren voor de verificatie van vorderingen die *niet* een compensatie inhouden voor de gevolgen van het door de curator ex art. 40 Fw verleende ontslag. Men denke hier bijvoorbeeld aan de verplichting van een werkgever tot tijdsevenredige affinanciering van de backservice.⁴⁷ Met de toelating tot de verificatie van dergelijke vorderingen is van onverenigbaarheid met de belangenafweging die aan art. 40 Fw ten grondslag ligt, immers in elk geval geen sprake. In lijn hiermee oordeelde de Hoge Raad in *Koot Beheer/Tideman q.q.* uit 2013 dat een vordering tot vergoeding van zogeheten opleverschade die ontstaat bij het eindigen van de huurovereenkomst, voor verificatie in aanmerking komt, ook indien de huur door opzegging ex art. 39 Fw is geëindigd.⁴⁸ Ook een dergelijke aanspraak doorkruist immers niet de aan art. 39 Fw ten grondslag liggende belangenafweging, nu deze geen compensatie vormt voor het gemis aan huurpenningen als gevolg van de voortijdige beëindiging van de huur.

Maar ook bij de meer genuanceerde benadering die uitgaat van de strekking van de gemaakte afspraken hebben wij bedenkingen. Dat geldt *niet* voor zover die benadering inhoudt dat aan contractuele aanspraken die beogen compensatie te bieden voor het gemis aan loon in verband met een door de curator op de voet van art. 40 Fw verleend ontslag niet de status van *boedelschuld* wordt toegekend. In situaties waarin de curator van de diensten van de werknemer geen gebruik maakt, zou de toekenning van die status strijdig zijn met de gedachte van de wetgever om een beperkte opzegtermijn te hanteren teneinde de boedelschulden te beperken in “het geval dat de curator de diensten der bedoelde personen kan ontberen.”⁴⁹ Zonder de regeling van art. 40 Fw zou een dergelijke aanspraak onder deze omstandigheden bovendien evenmin een

47. Zie HR 12 november 1993, *NJ* 1994/229 m.nt. W.M. Kleijn (*Frima q.q./Blankers*). Een dergelijke verplichting is in dit arrest door de Hoge Raad als boedelschuld gekwalificeerd. Sinds *Koot Beheer/Tideman q.q.* ligt echter voor de hand dat dit een faillissementsschuld oplevert.

48. Zie HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

49. Zie Van der Feltz I, p. 428.

boedelschuld opleveren. Met betrekking tot de situatie waarin de curator de werknemer in kwestie wél werkzaamheden laat verrichten, is van belang dat in de memorie van toelichting is opgenomen dat art. 40 Fw de curator het voordeel biedt dat hij tijdelijk kan beschikken over “ene hulp die hij misschien moeilijk kan missen”, waarbij niet lijkt te passen dat indien de curator van die hulp inderdaad tijdelijk gebruikmaakt, hij daarmee additionele boedelschulden in het leven zou roepen op het moment dat de arbeidsovereenkomst op een later moment alsnog door opzegging ex art. 40 Fw eindigt.

Onze bedenkingen richten zich tegen de uitsluiting van de hier bedoelde aanspraken van *verificatie*. Anders dan de Hoge Raad menen wij dat niet de verificatie van die aanspraken, maar juist de uitsluiting daarvan strijdig is met de ratio van art. 40 Fw. In de zaak *Van Gelder Papier* had de werknemer in kwestie uit hoofde van het sociaal plan een vordering van NLG 59.500, wat naar moet worden aangenomen een veelvoud betrof van de zes weken loon waarop art. 40 Fw hem aanspraak gaf. In een dergelijke situatie is goed mogelijk dat verificatie gevolgd door een uitdeling op de aanspraak uit hoofde van het sociaal plan de werknemer meer oplevert dan diens boedelvordering over de opzegtermijn.⁵⁰ Uitsluiting van die aanspraak van verificatie heeft dan dus tot gevolg dat de door de wetgever primair met art. 40 Fw beoogde bescherming van de werknemer in zijn tegendeel komt te verkeren. De werknemer vindt in dat geval alleen dan nog bescherming in art. 40 Fw in die situaties waarin die bepaling hem per saldo meer rechten toekent dan afneemt. Die uitleg van art. 40 Fw achten wij onaannemelijk. Over eventuele additionele aanspraken die de werknemer in geval van een voortijdige beëindiging krijgt, zegt de regeling van art. 40 Fw noch de toelichting daarop iets, zodat onzes inziens in de rede ligt in zoverre voor de werknemer dezelfde regels te hanteren als voor willekeurig welke andere contractpartij. Dat betekent dat deze aanspraken als regel op de voet van art. 37a Fw en het arrest *Koot Beheer/Tideman q.q.* zouden moeten kunnen worden geverifieerd.⁵¹ Ook zouden zij moeten kunnen worden verrekend met een tegenvordering of kunnen worden verhaald krachtens een daarvoor gestelde zekerheid. Hiermee zou tevens de in de literatuur gesignaleerde onevenwichtigheid tussen de situatie dat een werknemer kort vóór faillissement wordt ontslagen en die waarin het ontslag op de voet van art. 40 Fw plaatsvindt,⁵² in zoverre zijn opgeheven. In beide gevallen kunnen de aan het sociaal plan te ontlene aanspraken dan ter verificatie worden ingediend.

50. Als wij het goed hebben, is inzake *Van Gelder Papier* uiteindelijk 100 % uitgekeerd.

51. Zie HR 19 april 2013, *NJ* 2013/291, m.nt. F.M.J. Verstijlen.

52. Zie bijv. P.R.W. Schaink, ‘De gevolgen van het arrest Koot/Tideman voor arbeidsrechtelijke casusposities’, *TvI* 2014/2.

Of de Hoge Raad dit anno 2018 toelaatbaar zal achten en dus bereid zal zijn op zijn beslissing inzake *Van Gelder Papier* terug te keren, kan evenwel worden betwijfeld indien men zijn visie op de werking van een contractueel beding dat de verhuurder bij faillissement van diens huurder recht geeft op schadevergoeding wegens gederfde huurinkomsten (leegstandschade), in de beschouwing betreft. In *Aukema q.q./Uni-Invest* uit 2011 overwoog de Hoge Raad dat een opzegging op de voet van art. 39 Fw een regelmatige wijze van beëindiging van de huurovereenkomst is die jegens de boedel geen recht doet ontstaan op schadevergoeding wegens gemis van de huur die verschuldigd zou zijn na de datum waartegen volgens dat artikel kan worden opgezegd, ook niet ingeval deze schadevergoeding contractueel is bedongen. Art. 39 Fw berust volgens de Hoge Raad blijkens zijn totstandkomingsgeschiedenis op een afweging van enerzijds het belang van de boedel bij voorkoming van het oplopen van schulden ter zake van niet langer gewenste huurverhoudingen en anderzijds het belang van de verhuurder bij betaling van de huurprijs. Het resultaat van deze afweging kan naar zijn oordeel niet worden ontgaan door een andersluidend beding.⁵³ In *Nieuwburen/Romania* uit 2013 heeft de Hoge Raad *Aukema q.q./Uni-Invest* verduidelijkt. Art. 39 Fw strekt naar zijn oordeel louter ter bescherming van de boedel en niet mede ter bescherming van de gefailleerde. Een contractueel schadevergoedingsbeding dat wordt geactiveerd door een beëindiging van de huur op de voet van art. 39 Fw is dan ook niet absoluut nietig, maar kan alleen niet jegens de boedel worden uitgeoefend. De schadevergoedingsvordering ontstaat in een voorkomend geval wel en kan bijvoorbeeld worden verhaald ten laste van een derde die zich voor deze schuld garant heeft gesteld, zij het dat die derde een daaruit eventueel resulterende regresvordering niet ten laste van de boedel mag verhalen.⁵⁴ In *Hansteen/Verwiel q.q.* uit 2017 heeft de Hoge Raad hieraan toegevoegd dat het geen verschil maakt op welke wijze verhaal op de boedel wordt gezocht; de aard van de vordering staat eraan in de weg dat deze ten laste van de boedel wordt gebracht.⁵⁵

Wat betekent dit nu voor de door ons bepleite mogelijkheid om vorderingen van de werknemer die ontstaan bij beëindiging op de voet van art. 40 Fw en ertoe strekken de werknemer te compenseren voor het gemis aan loon binnen het faillissement geldend te maken? In *Aukema q.q./Uni-Invest* overwoog de

53. Zie HR 14 januari 2011, *NJ* 2011/114, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Aukema q.q./Uni-Invest*). Tegelijkertijd overwoog de Hoge Raad – in lijn met HR 13 mei 2005, *NJ* 2005/406, m.nt. P. van Schilfgaarde (*BaByXL*) – dat niet bezwaarlijk is dat het ontstaan van een dergelijk recht wordt gekoppeld aan het eindigen van de huur op grond van een contractueel of ander wettelijk beëindigingsrecht, omdat de aan art. 39 Fw ten grondslag liggende belangenafweging dan geen rol speelt.

54. Zie HR 15 november 2013, *NJ* 2014/68, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Nieuwburen/Romania*).

55. Zie HR 17 februari 2017, *NJ* 2017/142, m.nt. F.M.J. Verstijlen (*Hansteen/Verwiel q.q.*).

Hoge Raad dat zijn oordeel dat de aan art. 39 Fw ten grondslag liggende belangenafweging niet kan 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 art. 39 Fw zou zijn beëindigd, “strookt” met zijn arrest inzake *Van Gelder Papier* “betreffende het op een soortgelijke belangenafweging berustende art. 40 F[w]” en ook in *Nieuwburen/Romania* kan een verwijzing naar het *Van Gelder Papier*-arrest worden aangetroffen. De conclusie lijkt dan ook te moeten zijn dat de Hoge Raad de hier bedoelde aanspraken in het kader van de arbeidsovereenkomst op dezelfde wijze zal bejegenen als bij huur. Dit zou betekenen dat de Hoge Raad weliswaar niet meegaat in de analyse van Van Schilfgaarde naar aanleiding van *Van Gelder Papier* dat in dat arrest besloten ligt dat ofwel de overeenkomst aldus moet worden uitgelegd dat deze in zoverre niet geldt bij ontslag in faillissement, ofwel de overeenkomst in zoverre nietig is,⁵⁶ maar nog altijd van oordeel is dat voor het verhaal van contractuele aanspraken die althans in zijn ogen de aan art. 40 Fw ten grondslag liggende belangenafweging doorkruisen, in de context van het faillissement géén plaats is.

Wij zouden dat anno 2018 een ongelukkige uitkomst vinden, om ten minste drie redenen. In de *eerste* plaats omdat de geschetste jurisprudentie inzake art. 39 Fw naar onze mening op drijfzand is gebaseerd. Blijkens het arrest *Aukema q.q./Uni-Invest* is deze geheel terug te voeren op één opmerking van de minister tijdens de parlementaire behandeling aan het einde van de 19^e eeuw.⁵⁷ In reactie op een vraag uit de Eerste Kamer of het niet beter was geweest om de verhuurder in art. 39 Fw voor het geval van een opzegging door de curator een recht op schadevergoeding toe te kennen, stelde hij onder verwijzing naar een drietal vonnissen van de Rechtbank Amsterdam dat de positie van de verhuurder naar het op dat moment geldende recht “veel ongunstiger” was dan zij volgens het ontwerp zou worden en dat “[d]aarom” ook “niet de minste reden” bestond “om den verhuurder ook nog een recht op schadevergoeding toe te kennen”.⁵⁸ Dat de positie van de verhuurder naar het op dat moment geldende recht “veel ongunstiger” was, staat echter geenszins vast. Het punt was veeleer dat die positie onduidelijk was. Blijkens de memorie van toelichting bij art. 39 Fw was van “[e]ene gevestigde jurisprudentie” of “eene algemeen gevolgde praktijk” geen sprake en werd met de voorgestelde regeling getracht aan die onduidelijkheid een einde te maken.⁵⁹ De vonnissen waarop de minister zich beriep – en waarin de verhuurder er in het faillissement van diens huurder

56. Zie diens noot onder HR 12 januari 1990, *NJ* 1990/662 (*Van Gelder Papier*), nr. 2.

57. Zie HR 14 januari 2011, *NJ* 2011/114, m.nt. P. van Schilfgaarde (*Aukema q.q./Uni-Invest*), r.ov. 3.5.2.

58. Zie Van der Feltz I, p. 423.

59. Zie Van der Feltz I, p. 419.

inderdaad bekaaid vanaf kwam – betroffen dus in ieder geval géén gevestigde jurisprudentie. Tijdens de beraadslagingen in de Eerste Kamer werd de minister er bovendien op gewezen dat één van die uitspraken evident onjuist was, nu de rechtbank daarin had aangenomen dat de verhuurder de overeenkomst niet kon ontbinden, omdat de curator van de huurder niet tot nakoming gehouden was.⁶⁰ Al met al een weinig solide basis – dunkt ons – om de uitsluiting op te gronden van schadevergoedingsaanspraken van de verhuurder die hun oorsprong vinden in de tussen partijen gemaakte afspraken, met potentieel grote financiële consequenties voor de verhuurder die wordt geconfronteerd met het faillissement van diens huurder. Dat geldt temeer 125 jaar later, in een tijd waarin de aan art. 39 Fw ten grondslag liggende belangenafweging sowieso heel anders uitpakt dan aan het einde van de negentiende eeuw,⁶¹ terwijl de wetgever *die* afweging sinds de introductie van art. 39 Fw nimmer meer onder ogen heeft gezien.

In de *tweede* plaats bestaan naar onze mening goede gronden om in dit opzicht tussen de regeling van art. 39 Fw en die van art. 40 Fw te onderscheiden. De huurovereenkomst met betrekking tot zaken en die met betrekking tot diensten zijn in de loop der tijd uit elkaar gegroeid. De maatschappelijke positie van de wederpartij bij die door de failliet gesloten overeenkomsten is anno 2018 niet langer vergelijkbaar. De verhuurder van zaken, in elk geval die van woonruimte en van bedrijfsruimte in de zin van art. 7:290 BW, is maatschappelijk gezien de *bovenliggende* partij, de verhuurder van diensten – de werknemer dus – daarentegen juist de *onderliggende* partij.⁶² In het verlengde daarvan kunnen de artikelen 39 en 40 Fw dan ook niet langer als tweelingzusjes worden beschouwd. Zelfs indien men met de Hoge Raad zou menen dat de wetshistorie ons ertoe dwingt de *verhuurder* bij een beëindiging ex art. 39 Fw een bedongen recht op schadevergoeding te onthouden, is dat dus nog geen reden om een dergelijk recht bij een beëindiging ex art. 40 Fw ook aan de *werknemer* te ontzeggen. Per slot van rekening bevat de wetsgeschiedenis van art. 40 Fw daarvoor geen enkele aanwijzing.

In de *derde* plaats is van belang dat meer recente uitingen van de wetgever – ditmaal in het kader van de Wet werk en zekerheid – uitdrukkelijk in een andere richting wijzen. In het onder de Wwz ingevoerde artikel 7:673c lid 1 BW is bepaald dat de transitievergoeding, bedoeld in de artikelen 7:673 lid 2 en 7:673a lid 1 BW, niet langer verschuldigd is indien de werkgever in staat van

60. Zie Van der Feltz I, p. 425-426.

61. Vgl. T.T. van Zanten & F.M.J. Verstijlen, 'Beëindiging van de huurovereenkomst in het faillissement van de huurder', *TvI* 2011/17, § 3, laatste alinea.

62. Zie ook T.T. van Zanten, noot onder Hof Arnhem-Leeuwarden 15 oktober 2013, *JOR* 2014/51, nr. 6; P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, tweede druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017, § 6.2.4.

faillissement is verklaard. Art. 7:673c lid 1 BW verwijst echter niet naar art. 7:673b BW, op grond waarvan géén transitievergoeding verschuldigd is indien in een cao een ‘gelijkwaardige voorziening’ is opgenomen. Dit roept de vraag op welke gevolgen het faillissement van de werkgever heeft voor een dergelijke bij cao overeengekomen voorziening. In dit verband is door de minister opgemerkt:

“In het geval een gelijkwaardige voorziening wordt opgenomen in een cao, geldt dat de werknemer op grond van een op basis van deze cao gecreëerde gelijkwaardige voorziening (fonds) aanspraak maakt op dit equivalent van de transitievergoeding. Cao-partijen kunnen in dat verband besluiten om de wettelijke regeling te volgen (waarbij bij faillissement of surseance van de werkgever een gelijkwaardige voorziening niet tot uitkering komt) of om voor de genoemde situaties een regeling bij cao te treffen op grond waarvan een werknemer bij faillissement of surseance van de werkgever niettemin aanspraak kan maken op voorzieningen als hier bedoeld. Aldus is het aan cao-partijen om te bepalen of gemaakte afspraken tevens inhouden dat een gelijkwaardige voorziening bij (of na) faillissement of surseance van betaling niet verschuldigd is.”⁶³

De minister gaat er dus van uit dat aanspraken uit hoofde van collectief overeengekomen afvloeiingsregelingen die als gelijkwaardige voorziening in de zin van art. 7:673b BW kunnen worden aangemerkt, in geval van faillissement van de werkgever verschuldigd zijn. Naar aanleiding hiervan schrijft Hufman dat de vraag is of dat de betreffende werknemers veel zal opleveren, omdat de vordering tot betaling van de gelijkwaardige voorziening mogelijk een niet-verifieerbare vordering zal opleveren op grond van *Van Gelder Papier*.⁶⁴ Wij menen echter dat het aannemen van niet-verifieerbaarheid niet zou stroken met de duidelijke bedoeling van de wetgever dat de werknemer in een voorkomend geval binnen de context van het faillissement aanspraak kan maken op de in cao getroffen regeling.⁶⁵ Het valt dan bovendien, zoals Schaink terecht opmerkt,⁶⁶ niet in te zien dat iets anders zou gelden voor een buiten cao

63. Zie MvA, *Kamerstukken I*, 2013-2014, 33 818, C, p. 99-100.

64. Zie P. Hufman, *Arbeidsrecht in insolventie: een rechtsvergelijking* (diss. UvA 2015), Den Haag: Sdu 2015, p. 70-71.

65. Vgl. H.A.C.M. Bouwens, W.L. Rozendaal en D.M.A. Bij de Vaate, *Werknemers en insolventie. Een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij insolventie van de werkgever* (maart 2015), door de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid aan de Tweede Kamer aangeboden bij brief van 16 augustus 2015, p. 32-33.

66. Zie P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, tweede druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017, § 6.2.4.

tussen werkgever en werknemer in de arbeidsovereenkomst getroffen schade-loosstellingsregeling voor zover deze het bedrag overtreft van de transitievergoeding die geacht moet worden erin te zijn verdisconteerd.

De conclusie luidt dat de laatste dagen van *Van Gelder Papier* lijken te zijn geteld.⁶⁷ Anno 2018 staat de regeling van art. 40 Fw niet in de weg aan de verificatie van aanspraken die na de faillissementsdatum in verband met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst ex art. 40 Fw ontstaan of opeisbaar worden, ongeacht of deze aanspraken al dan niet strijd opleveren met de in een ver verleden door de wetgever aan art. 40 Fw ten grondslag gelegde belangenafweging. Dergelijke aanspraken kunnen dan eveneens – het zal wel niet vaak voorkomen – binnen de grenzen van art. 53 Fw worden verrekend of verhaald krachtens een daarvoor gestelde zekerheid.

5. Is er nog een toekomst voor art. 40 Fw?

Een bijdrage over art. 40 Fw krijgt al snel een rechtshistorisch karakter. De regeling stamt uit een tijd waarin de arbeidsovereenkomst nog als een huurovereenkomst werd beschouwd, op grond waarvan de dienstbode zijn diensten verhuurde aan de meester, die hem op ieder gewenst moment en zonder opgaaf van redenen de deur kon wijzen. Met de invoering van een bijzondere regeling voor het faillissement van de (thans) werkgever in art. 40 Fw beoogden Molengraaff en in diens voetspoor de wetgever destijds niet meer dan duidelijkheid te verschaffen omtrent de op dat moment kennelijk weinig heldere positie van de (thans) werknemer in het faillissement van zijn (thans) werkgever en daarnaast om die werknemer nog een beetje loon toe te spelen, met als bijkomend voordeel voor de curator dat hij nog een tijdje over de diensten van die werknemer kon beschikken. De regeling moet echter functioneren in een tijd die in zekere zin als een parallel universum kan worden beschouwd, een tijd waarin de positie van de werknemer beschermenswaardig wordt geacht, stevig in de wet is verankerd en bovendien voortdurend aan verandering onderhevig is. Het onverkort vasthouden aan art. 40 Fw is dan vragen om moeilijkheden, zoals de onderhavige bijdrage illustreert.

De conclusie op basis van het voorafgaande kan naar onze mening geen andere zijn dan dat voor de regeling van art. 40 Fw in ons recht geen plaats meer is. De door de wetgever met die regeling nagestreefde duidelijkheid omtrent de positie van de werknemer in het faillissement van diens werkgever kan beter worden gecreëerd door als uitgangspunt te nemen dat de arbeidsovereenkomst in een faillissement van één van de daarbij betrokken partijen is

67. Vgl. P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, tweede druk, Deventer: Wolters Kluwer 2017, § 6.2.4.

Mr. dr. T.T. van Zanten en mr. I.M.A. Lintel

onderworpen aan dezelfde regels die gelden voor willekeurig welke andere wederkerige overeenkomst. Het wordt hoog tijd dat de wetgever die handschoen oppakt. Tot die tijd ligt het in de rede bij de toepassing van art. 40 Fw in elk geval niet langer aansluiting te zoeken bij de regeling voor de huur van goederen in art. 39 Fw, een bepaling die onzes inziens overigens eveneens haar langste tijd heeft gehad.