

Tijd voor conclusies

Tvl 2022/1

Forum

In de laatste weken van 2021 zijn er drie conclusies door advocaten-generaal genomen, die alle drie betrekking hebben op de positie van werknemers van (bijna) insolvente ondernemingen. Het meest in het oog springt de conclusie van A-G Pitruzzella in de bij het HvJ EU aanhangige *Heiploeg*-zaak,² maar ook de twee conclusies in de bij de Hoge Raad aanhangige zaken *FNV/Vleems*³ (van A-G Drijber) en *AHG/Pensioenfondsen H&C*⁴ (van A-G De Bock) verdienen aandacht.

Laat (ook) ik beginnen met een conclusie: het wordt er allemaal niet duidelijker op. In al deze zaken manifesteert zich opnieuw de forse kloof tussen de bescherming die werknemers 'buiten' en 'binnen' faillissement genieten. Buiten faillissement is dat beschermingsniveau nog altijd hoog en binnen faillissement juist laag, ook in vergelijking tot de landen om ons heen. Het is niet gewaagd te stellen dat door die kloof het al snel alles of niks wordt, ook voor de werknemers. Ofwel zij hebben de volle ontslagbescherming, met onder meer de grondige preventieve ontslagtoets door het UWV, objectieve selectiecriteria, opzegverboden bij ziekte en zwangerschap, recht op de transitievergoeding, ofwel zij hebben – als hun werkgever failliet gaat – niets van dat alles. Er is geen tussenweg. Dat zorgt voor een spanningsveld, want in de zgn. recovery-praktijk wordt uit alle macht gezocht naar maximale herstructureringsmogelijkheden, om ondernemingen een tweede kans te geven. Als werknemers dan buiten schot blijven, zoals we nu zien bij de WHOA, verkleint dat de kansen op succes. Of, zoals we zien bij de pre-pack, worden de grenzen opgezocht van wat er dan eventueel nog wel kan. Wat leren de drie recente adviezen van verschillende advocaten-generaal ons nu?

In de *Heiploeg*-zaak gaat het over de vraag⁵ in hoeverre de pre-packprocedure, waarbij een doorstart in stilte wordt voorbereid, onder toezicht van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris, voldoet aan de uitzonderingsvoorwaarden van artikel 5 lid 1 Richtlijn 2001/23/EG. Het antwoord op die vraag is beslissend voor de positie van de werknemers van de oorspronkelijke, failliete werkgever: gaan zij wel of niet van rechtswege mee over, met behoud van hun arbeidsvoorwaarden, naar de doorstarter? De kwestie leek door het HvJ EU beslecht met het arrest in *FNV/Smallsteps* uit 2017. Geparafraseerd: de Nederlandse pre-packprocedure heeft zozeer het oog op voortzetting van de insolvente onderneming, dat deze niet meer in hoofdzaak op liquidatie is gericht. Oftewel: de werknemers gaan bij een gepre-packte doorstart 'gewoon' mee over naar de verkrijger, net als bij reguliere, niet-insolventiegerelateerde overnames. De Hoge Raad constateerde in *Heiploeg* echter dat het HvJ EU in *FNV/Smallsteps* niet voldoende over het Nederlandse faillissementsrecht en het doel en de inrichting van de pre-pack was geïnformeerd, zodat dat hof een en ander niet in zijn oordeelsvorming had kunnen betrekken. De Hoge Raad overwoog daarom in zijn verwijzingsarrest dat – opnieuw: geparafraseerd – de Nederlandse faillissementsprocedure per definitie gericht is op liquidatie en dat de *going concern* verkoop van (onderdelen van) de onderneming een vorm van liquidatie is. Hij overweegt daarmee dat een gewone faillissementsdoorstart aldus altijd voldoet aan de uitzondering van de richtlijn, maar wenst via de gestelde prejudiciële vragen bovendien van het HvJ EU te vernemen of dit dan in het door de Hoge Raad geschetste kader niet toch ook

1 Gelieve dit artikel aan te halen als: J. van der Pijl, 'Tijd voor conclusies', *Tvl* 2022/1. Job van der Pijl is redacteur van dit tijdschrift.

2 Conclusie A-G Pitruzzella van 9 december 2021, zaaknummer C-237/20 (*FNV/Heiploeg*).

3 Conclusie A-G Drijber van 26 november 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1114 (*FNV/Vleems*).

4 Conclusie A-G De Bock van 6 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1152 (*AHG/Pensioenfondsen H&C*).

5 Het gaat om twee breed uitgesponnen prejudiciële vragen van de Hoge Raad, zie diens verwijzingsarrest van 29 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:954, in dit tijdschrift uitgebreid geannoteerd door T.T. van Zanten & I.M.A. Lintel, *Tvl* 2020/35.

geldt voor de pre-packprocedure. A-G Pitruzzella ziet dat laatste echter niet zo. In zijn vrij heldere uiteenzetting (die hier en daar het karakter heeft van “Ik leg het jullie in Nederland nog een keer uit”⁶) komt hij in feite tot een omgekeerd oordeel over het wezen van de pre-pack. Hij stelt vast dat de Nederlandse pre-packprocedure een voorbeeld is van een procedure die beide doelstellingen (liquidatie en voortzetting) nastreeft.⁷ De voornaamste doelstelling ervan is echter, aldus de A-G, de voortzetting van de ondernemingsactiviteiten en die voortzetting leidt ertoe dat de opbrengst voor de schuldeisers maximaal is.⁸ De A-G is van mening dat de pre-packprocedure, zoals de Hoge Raad deze in zijn verwijzingsarrest zo uitputtend heeft omschreven, een procedure is die niet voldoet aan de tweede voorwaarde van artikel 5 lid 1 van de richtlijn en dus is uitgesloten van de werkingssfeer van de daarin opgenomen uitzondering. Dit is overigens geheel in lijn met de eerdere conclusie van de Nederlandse A-G in *Heiploeg*.⁹ Het wachten is nu vanzelfsprekend op het arrest van het HvJ EU, wat – naar ik heb begrepen – momenteel al gauw zes tot negen maanden duurt.

Dat wachten geldt vervolgens indirect ook voor een aantal wetgevingsinitiatieven in Nederland die in afwachting van de *Heiploeg*-zaak zijn stilgelegd. De behandeling van de WCO-I is in 2019 ‘on hold’ gezet door de Eerste Kamer, nadat het wetsvoorstel nota bene al in 2016 door de Tweede Kamer met algemene stemmen was aangenomen. Het lot van de WCO-I en de verdere behandeling daarvan is verbonden aan een ander initiatief, het wetsontwerp Wet Overgang van onderneming in faillissement (WOVOF).¹⁰ Dat voorstel is baanbrekend, onder meer omdat daarmee alsnog, net als in veel van de ons omringende landen, gekozen wordt voor aanvaarding van de regels omtrent overgang van onderneming in geval van een faillissementsdoorstart. De uitzonderingsmogelijkheid in de richtlijn voor faillissementen wordt aldus losgelaten. In plaats daarvan zal dan echter een verlicht ontslagregime gelden voor de doorstarter die vanwege bedrijfseconomische redenen niet alle overgekomen werknemers in dienst kan houden. Verdere behandeling van de WOVOF is in afwachting van de uitkomsten in *Heiploeg* opgeschort. Voorts heeft in de zomer van 2021 een internetconsultatie met betrekking tot een novelle voor WCO-I plaatsgevonden, vanuit de gedachte dat deze WCO-I wel alvast in gemitigeerde vorm aangenomen zou kunnen worden voor ondernemingen met activiteiten van maatschappelijk belang, waarbij in eerste instantie vooral aan ziekenhuizen werd gedacht.¹¹ Ik kan me voorstellen dat het sommige lezers inmiddels begint te duizelen.

In de tussentijd dient de Hoge Raad zich ook te buigen over een situatie waarin een (gelieerde) doorstart heeft plaatsgevonden die, voorzichtig gezegd, schijnbaar in vergaande mate voorbereid was, maar níet plaatsvond door middel van een pre-pack: de zaak *FNV/Vleems*. A-G Drijber heeft in november 2021 tot verwerping van het cassatieberoep van FNV geconcludeerd. Hij benadert de problematiek casuïstischer dan zijn collega in Luxemburg. Wat hem betreft spitst de zaak zich toe op de vraag of het hoofddoel van deze specifieke *transactie* voortzetting van de onderneming was (en hij meent dat de overweging van het betreffende gerechtshof dat dit niet het geval was, niet onbegrijpelijk gemotiveerd is). De (Europese) A-G in *Heiploeg* en de Hoge Raad in zijn verwijzingsarrest in diezelfde zaak benaderen de situatie echter meer vanuit de vraag naar het doel van de betreffende *procedure* in het algemeen. Die laatste lijn doortrekkend, zal een doorstart die is voorbereid zonder de betrokkenheid van een beoogd curator en een beoogd rechter-commissaris in

6 Veelvuldig gebruikt hij termen als “Zoals het Hof meermaals [of herhaaldelijk] duidelijk heeft gemaakt”, “Ik herinner eraan, dat (...)” of woorden van gelijke strekking.

7 Conclusie A-G, punt 63.

8 Conclusie A-G, punt 64.

9 Conclusie A-G Drijber van 1 november 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1237.

10 *Kamerstukken I* 2018/2019, 34 218, I (brief Minister voor Rechtsbescherming aan de Eerste kamer van 29 mei 2019).

11 Over de (on)wenselijkheid van deze novelle verscheen in dit tijdschrift een zgn. ‘Pro & contra’ van de hand van respectievelijk M.R. van Zanten (*Tvl* 2021/29) en auteur dezes (*Tvl* 2021/30).

ieder geval volgens de Hoge Raad per definitie 'buutvrij' zijn, maar lijkt tevens met zich te brengen dat de Nederlandse pre-packprocedure dat níét is. Als het HvJ EU een arrest wijst in lijn met de conclusie van A-G Pitruzzella, zou dat vervolgens het failliet van de pre-pack kunnen betekenen en ertoe leiden dat de waardevolle aspecten aan de pre-pack – en die zijn er – ook verdwijnen.

Hiermee is de koek niet op, want ook van het WHOA-front zijn er belangwekkende ontwikkelingen te melden waar het de positie van werknemers betreft. De WHOA-wetgever heeft er, als bekend, voor gekozen de rechten van werknemers uit te zonderen van de betreffende akkoorden. Het is onduidelijk waarom de wetgever dat heeft gedaan – de MvT zegt er nauwelijks iets over – maar het is niet gewaagd te veronderstellen dat het idee hierachter simpelweg is geweest dat er na de *Smallsteps*- en *Heiploeg*-perikelen geen behoefte was aan nog meer 'werknemersgedoe'. Hier is kritisch op gereageerd,¹² zeker nu de Europese herstructureringsrichtlijn het wel mogelijk maakt dat ook rechten van werknemers (binnen bepaalde grenzen) meegenomen worden in dergelijke pre-insolventie herstructureringsakkoorden.¹³ Het roept bovendien vragen op, want vallen bijvoorbeeld vorderingen van een bedrijfstakpensioenfonds bestaande uit achterstallige pensioenpremies op grond van artikel 369 lid 4 Fw ("de WHOA is niet van toepassing op rechten van werknemers in dienst van de schuldenaar die voortvloeien uit arbeidsovereenkomsten in de zin van artikel 7:610 BW") buiten de reikwijdte van de WHOA? Die prejudiciële vraag is aan de Hoge Raad gesteld in een procedure tussen Amstel Hospitality Group en het betreffende pensioenfonds (voor de horeca & catering). A-G De Bock beantwoordt deze vraag in haar conclusie uit december 2021 bevestigend: onder verwijzing naar het zgn. *GOM*-arrest¹⁴ constateert zij dat weliswaar sprake is van een driehoeksverhouding werkgever-werknemer-pensioenfonds, maar dat daarbij (ook) sprake is van een rechtstreekse verplichting van de werkgever jegens de werknemer om premies af te dragen. Daar heeft de werknemer, aldus de A-G, ook een eigen belang bij, zij het indirect, omdat het niet-betalen van premies op termijn tot verlaging van pensioenuitkeringen kan leiden. In eerste commentaren wordt dit gezien als een forse (potentiële) tegenslag voor succesvolle herstructurering van ondernemingsschulden onder de WHOA.¹⁵ Als vorderingen van pensioenfondsen niet tevens geherstructureerd kunnen worden, komt de aantrekkingskracht van een akkoord in het geding. En als akkoorden minder goed gerealiseerd kunnen worden, leidt dat dan tot meer faillissementen, terwijl juist de herstructurering van levensvatbare ondernemingen beoogd wordt?

Het zijn alle drie nog 'maar' conclusies. Het HvJ EU en de Hoge Raad zullen mogelijk tot andere overwegingen en beslissingen komen, maar de schijnwerpers zijn hiermee wel op de kern van het probleem gericht: het ontbreken van adequate aansluiting tussen het arbeidsrecht en het insolventierecht. In deze mening sta ik niet alleen: A-G De Bock spreekt in de WHOA-zaak over het doorschuiven van de hete aardappel. Ze noemt het een fundamentele en rechtspolitieke vraag die om een oplossing vraagt, niet van de rechter, maar van de politiek. De politiek – toegegeven: een ruim begrip – gedraagt zich soms als het konijn dat stilzit, starend naar de koplampen van de naderende auto, die het HvJ EU (opnieuw) is.

12 N.W.A. Tollenaar, 'Aanpassing van het ontslagrecht in insolventie – slaan wij de juiste weg in?', *Tvl* 2019/20 en Ph.W. Schreurs, 'Denkbare verbetering in de positie van werknemers bij bedrijven in moeilijkheden en de Wet Continuïteit Ondernemingen II', *Ondernemingsrecht* 2016/34. Uitbreider hierover A-G De Bock in haar conclusie onder punt 4.22 e.v.

13 Richtlijn EU 2019/1023 van het Europees Parlement en de Raad van 20 juni 2019 betreffende preventieve herstructureringsstelsels, betreffende kwijtschelding van schuld en beroepsverboden, en betreffende maatregelen ter verhoging van de efficiëntie van procedures inzake herstructurering, insolventie en kwijtschelding van schuld, en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2017/1132 (Richtlijn betreffende herstructurering en insolventie).

14 HR 14 oktober 2016, ECLI:NL:HR:2016:2375 (*GOM/Bpf*).

15 Zie bijvoorbeeld een artikel in het *FD* van 9 december 2021 met de overigens vanwege het gebruik van de term 'doorstart' (terwijl het de WHOA betreft) tamelijk verwarrende titel: 'Noodlijdende bedrijven kunnen doorstart mogelijk vergeten'.

We kunnen op deze weg voortgaan, doorhobbelen van incident naar incident. Telkens bedenkt iemand wel weer een ad-hocoplossing: de novelle voor de WCO-I naar aanleiding van de ziekenhuisfaillissementen en het uitzonderen van werknemers onder de WHOA zijn daar voorbeelden van. Maar ik ben voor een fundamenteelere aanpak. Er zijn bovendien meer vragen. Waarom zijn werknemers met hun vorderingen eigenlijk nog bevoorrecht, terwijl de loongarantieregeling ze al zo goed beschermt in vergelijking tot andere schuldeisers? Waarom verliest een werknemer die niet mee overgaat bij een doorstart zijn aanspraak op de transitievergoeding bij surseance en faillissement, terwijl de werknemer die wel mee overgaat naar de doorstarter zijn anciënniteit voor de transitievergoeding meeneemt? Waarom is nergens geregeld hoe een curator om moet gaan met de opzegverboden? Voor het verkleinen van de kloof zou van beide kanten, het arbeidsrecht en het insolventierecht, toenadering gewenst zijn. Het arbeidsrecht heeft stappen gezet (de in 2015 ingevoerde transitievergoeding vormt een enorme besparing voor werkgevers ten opzichte van de oude kantonrechttersformule) en er wordt concreet aan een grondige herziening van het wettelijke stelsel gedacht, ook in het recente coalitieakkoord,¹⁶ dat aanknoopt bij de conclusies van de commissie-Borstlap¹⁷ en het SER-MLT-advies.¹⁸ Om de balans te vinden zou ook op het terrein van het insolventierecht een vernieuwing kunnen plaatsvinden. De WOVOF zou al een eerste, behoorlijk fundamentele stap in de goede richting zijn. Ja, het is even wennen, de gedachte dat alle werknemers in eerste instantie mee overgaan naar een doorstarter. Maar kennen we die koudwatervrees niet ook vanuit de jaren 70 van de vorige eeuw, toen de regels omtrent overgang van onderneming werden geïntroduceerd en een verkrijger na een overname ook 'opeens' het complete personeelsbestand cadeau kreeg? Dat was overigens net als nu een uitvloeisel van de sociale doelstelling van de richtlijn.¹⁹ Iedereen is daar inmiddels al decennialang aan gewend en het werkt prima. Hiermee wordt de pre-pack gered. Als tegelijkertijd ook de rechten van werknemers onder de reikwijdte van de WHOA worden gebracht, met bepaalde waarborgen (bijvoorbeeld met gehele of gedeeltelijke toepassing van de loongarantieregeling), ontstaan daarmee twee werkbare instrumenten die (bijna) insolvente ondernemingen én werknemers een tweede kans bieden. Bij de huidige stand van zaken is de kloof tussen de bescherming van werknemers binnen en buiten faillissement te groot. Daar zijn ook werknemers niet bij gebaat. Het is tijd voor een grondige aanpak, tijd voor conclusies, en dan bedoel ik – met alle respect – niet die van A-G's.

16 Coalitieakkoord 2021-2015, 'Omzien naar elkaar, vooruitkijken naar de toekomst', 15 december 2021, zie <https://www.kabinetsformatie2021.nl/documenten/publicaties/2021/12/15/coalitieakkoord-omzien-naar-elkaar-vooruitkijken-naar-de-toekomst>.

17 Eindrapport Commissie Regulering van werk (Commissie Borstlap), januari 2020, zie <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2020/01/23/rapport-in-wat-voor-land-willen-wij-werken>.

18 SER-advies voor de middellange termijn, 'Zekerheid voor mensen, een wendbare economie en herstel van de samenleving', juni 2021, zie <https://www.ser.nl/nl/Publicaties/advies-sociaal-economisch-beleid-2021-2025>.

19 Beltzer bracht in 2007 de eerste drie decennia van de Richtlijn overgang van onderneming in kaart en besteedde daarin aandacht aan de verschillende kritiekpunten die er bij invoering bestonden: R.M. Beltzer, 'Dertig jaar overgang van onderneming: een lijst van wensen', *SMA* 2007/62, p. 59-71.