

Werknemersrechten bij faillissement

Louise Niemeijer

Ilse Zaal

I.Zaal@uva.nl

H u g o S i n z h e i m e r

HSI

I n s t i t u u t

voor onderzoek van arbeid en recht

ISSN: 1872-1745

Discussion Paper 2006-02

Maart 2006

Serie DP-HSI

Board of Editors:

mr. Ronald Beltzer (R.M.Beltzer@uva.nl)

dr. Els Sol (C.C.A.M.Sol@uva.nl)

Editing:

Astrid Ornstein (A.Ornstein@uva.nl)

Bibliotheek informatie:

Zaal (Ilse) 2006: Werknemersrechten bij faillissement, Discussion Paper 2006-02.

Amsterdam, Universiteit van Amsterdam, Hugo Sinzheimer Instituut

In de tekst is informatie verzameld tot en met februari 2005.

Maart 2006

Zaal, Ilse, Amsterdam, maart 2006

This paper can be downloaded from:

<http://www.jur.uva.nl/hsi> (Publicaties – Discussion Papers)

SUMMARY

Employee rights under bankruptcy

Mr. L. Niemeijer

Mr. I. Zaal

Outside of bankruptcy, employees enjoy a high level of protection under labour law. If the employer is declared bankrupt, protection under labour law vanishes almost completely. In this paper, the authors investigate whether current bankruptcy legislation takes adequate account of the exceptional position in which employees find themselves in relation to the employer. This question is examined on the basis of a study into the position of employees in Belgium, Germany, France and the United Kingdom. The authors conclude that the position of employees under bankruptcy should be improved and put forward several recommendations as to how this could be achieved.

INHOUDSOPGAVE

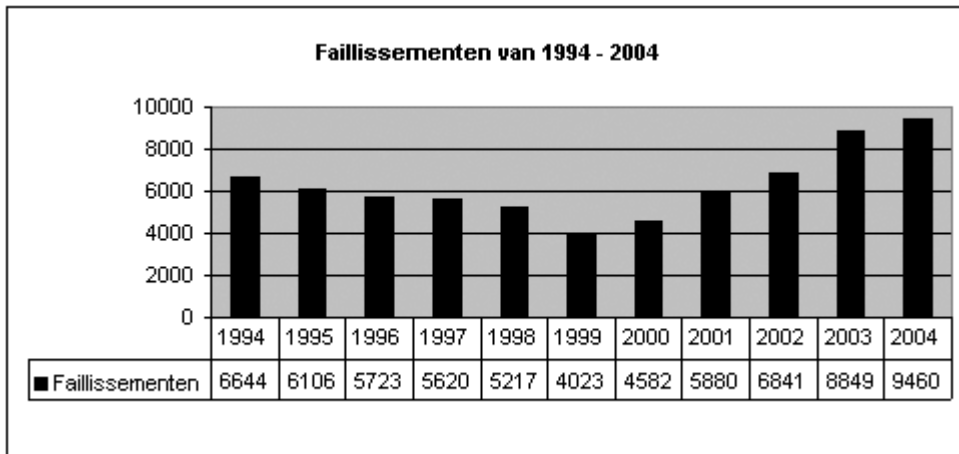
Summary	iii
1 Inleiding	1
2 Faillissementsrecht in vogelvlucht	4
2.1 Faillissementsrecht algemeen	4
2.2 De rechter-commissaris en de curator	5
2.3. De boedel	6
2.4 Verdeling	6
2.5 Einde faillissement	7
3 Gevolgen voor werknemers	9
3.1 Loonbetaling	9
3.1.1 De loonvordering	9
3.1.2 Het recht op uitkering op grond van de Werkloosheidswet	11
3.2 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst	14
3.2.1 Opzegging	14
3.2.2 Opzegtermijnen	16
3.2.3 Kennelijk onredelijke opzegging	18
3.2.4 Ontslag op staande voet	18
3.2.5 Collectief ontslag	18
3.2.6 Contractuele afvloeiingsregelingen	19
3.2.7 Ontbinding bij de kantonrechter	20
3.3 Wet overgang van ondernemingen	20
3.3.1 Wet overgang van ondernemingen tijdens faillissement	22
3.4 De werknemer en het concurrentiebeding	23
3.4.1 Concurrentiebeding in het algemeen	23
3.4.2 Wetsvoorstel 28 167	26
3.5 Medezeggenschap	28
3.5.1 De rol van de ondernemingsraad tijdens faillissement	29
3.5.2 Na datum van faillietverklaring	32
3.5.3 Art. 7:665a Burgerlijk Wetboek	33
3.5.4 Vakbonden	33
4 Doorstart en misbruik	35
4.1 Doorstart	35
4.2 Misbruik	38
4.2.1 Misbruikjurisprudentie: toekenningen	41
4.2.1.1 Ammerlaan	41
4.2.1.2 MTW/Vermaat FNV	42
4.2.1.3 De Boek/Van Gorp	42
4.2.2 Misbruikjurisprudentie: afwijzingen	43
4.2.2.1 Plaid Nederland BV	44
4.2.2.2 M + Input Services B.V.	44
4.2.2.3 Armada Imagement B.V.	44
4.2.2.4 Info Opleiders B.V.	45
4.2.2.5 Multin Design & Development B.V.	45

4.2.2.6	HRS Detachering B.V.	45
4.2.3	Misbruik of toch niet?	46
4.3	Andere mogelijkheden tegen faillissementsmisbruik	48
4.3.1	Kennelijk onbehoorlijk bestuur	48
4.3.2	Faillissementspauliana	50
4.3.3	Onrechtmatige daad	50
4.4	Nieuwe Faillissementswet	51
5	Rechtsvergelijking	52
5.1	Duitsland	52
5.1.1	Loonbetaling	52
5.1.2	Ontslag	53
5.1.3	Overname	55
5.1.4	Medezeggenschap	55
5.2	Engeland	56
5.2.2	Loonbetaling	56
5.2.2	Ontslag	58
5.2.3	Opzegtermijnen	59
5.2.4	Overname	59
5.2.5	Medezeggenschap	60
5.3	België	60
5.3.1	Loonbetaling	60
5.3.2	Ontslag	62
5.3.3	Overgang van onderneming	63
5.3.4	Medezeggenschap	65
5.4	Frankrijk	65
5.4.1	Loonbetaling	66
5.4.2	Ontslag	68
5.4.3	Overgang van onderneming	68
5.4.4	Medezeggenschap	69
5.5	Concluderend	69
5.5.1	Loonbetaling	70
5.5.2	Ontslag	70
5.5.3	Overgang van onderneming	71
5.5.4	Medezeggenschap	71
5.5.5	Concluderend	71
6	Maatregelen tegen faillissementsmisbruik – aanbevelingen ter verbetering van de positie van werknemers bij faillissement van zijn werkgever	72
6.1	Heroverweging art. 40 Faillissementswet	73
6.2	De rol van de curator	75
6.3	Wet overgang van onderneming	79
6.4	De rol van de rechter en de rechter-commissaris	82
6.5	Enquêterecht	84
6.6	Medezeggenschap	86
7	Ten slotte	88

List of Publications DP-Series	90
About the Hugo Sinzheimer Institute	91

1 Inleiding

In 2004 zijn 9460 bedrijven failliet gegaan. In 2003 waren dit er 8849. Dit houdt in dat het aantal faillissementen in 2004 gestegen is met 7 procent.



Faillissementen van bedrijven gaan vaak gepaard met het verlies van arbeidsplaatsen. In 2003 gingen 70.000 arbeidsplaatsen verloren door faillissement. Dit jaar is dat gestegen naar 75.000. De faillissementen lijken toch vooral voor te komen bij bedrijven waar weinig personeelsleden in dienst zijn.¹

Geen personeel	42,6 %
1 personeelslid	17,5 %
2-4 personeelsleden	16,7 %
5-9 personeelsleden	9,6 %
10-19 personeelsleden	7,4 %
20-49 personeelsleden	4,7 %
50 personeelsleden en meer	1,5 %

De laatste jaren is in het nieuws en de politiek ook veel aandacht voor faillissementen. Het lijkt steeds vaker voor te komen dat werkgevers hun eigen faillissement aanvragen met als doel snel van het personeel af te komen, omdat de bescherming van werknemers tijdens faillissement in Nederland aanzienlijk minder is.

In 1993 werd het faillissement van DAF aangevraagd zodat deze onderneming in afgeslankte vorm voortgezet kon worden. Dit ging ten koste van 2500 werknemers. Drie jaar later gebeurde hetzelfde bij Fokker. De levensvatbare onderdelen van

¹ <http://www.graydon.nl/html/nieuwstips/persbericht20041222.html>

Fokker gingen door in de nieuw opgerichte onderneming Fokker Aviation. Meer dan 5000 personeelsleden kregen hun ontslag aangezegd zodat het bedrijf in afgeslankte vorm, met 2500 werknemers, voortgezet kon worden. De laatste tijd is horeca-ondernemer Kooistra vaak in het nieuws met zijn doorstartpraktijken.

Kooistra verpacht ruim tachtig zaken inclusief inrichting en brouwerijcontract. De pachters moeten Kooistra echter zo veel betalen dat zij geregeld failliet gaan. Voor schuldeisers valt dan meestal niets meer te halen. Zodra een pachter failliet gaat, vervangt Kooistra die door een ander. De werknemers en schuldeisers blijven met lege handen achter.

Uit onderzoek blijkt dat bij één van de drie doorstarten het omzeilen van arbeidsrechtelijke bescherming een belangrijke reden is voor het aanvragen van het faillissement.² Richtlijn 2001/23 EG verplicht lidstaten de nodige maatregelen te treffen om misbruik van insolventieprocedures, met het doel werknemers hun rechten te ontnemen, te voorkomen. Uit cijfers blijkt dat een aanzienlijk aantal failliete ondernemingen een doorstart maakt. In een aantal gevallen wordt mogelijk misbruik gemaakt van het Nederlandse faillissementsrecht. Tijdens doorstart geldt de werknemersbescherming die geboden wordt door de Wet overgang van onderneming niet. Voldoet Nederland wel aan de verplichtingen die Richtlijn 2001/23 EG oplegt, of is de doorstart alsnog het middel om van werknemers af te komen?

Uit deze voorbeelden en onderzoeken blijkt dat er sprake lijkt te zijn van een situatie in Nederland waarbij werknemers in een zeer slechte positie verkeren omdat werkgevers veelvuldig gebruik maken van faillissement om de onderneming in afgeslankte vorm (zonder personeel) voort te zetten. In veel gevallen lijkt er echter niets onrechtmatig plaats te vinden. De wet biedt failliete werkgevers de mogelijkheden een dergelijke doorstart te realiseren. Voor veel mensen zal dit echter onrechtvaardig aanvoelen. Misschien moet er daarom iets in de wetgeving veranderen zodat het lastiger is zo'n situatie te creëren.

In dit onderzoek zullen wij bekijken wat de (juridische) positie van de werknemer daadwerkelijk is tijdens faillissement en hoe deze positie verbeterd kan worden. Dit doen we aan de hand van de volgende probleemstelling:

² R. Knegt, *Faillissement en selectief ontslag: een onderzoek naar oneigenlijk gebruik van de faillissementswet*. Amsterdam, HSI 1996

De werknemer neemt als crediteur, in het faillissement van zijn werkgever, een bijzondere positie in, omdat hij voor zijn bestaan afhankelijk is van het inkomen dat hij met zijn arbeid in dienst van de werkgever verdient. Wordt er in de Nederlandse wetgeving wel voldoende waarde gehecht aan de positie van de werknemers? Zo niet, wat kan er dan aan de positie van de werknemers verbeterd worden?

Het onderzoek zal aanvagen met een beschrijving van het faillissement en de positie van de werknemer daarin. Vervolgens zullen we een hoofdstuk schrijven over misbruik dat de werkgever van het faillissement kan maken en de huidige mogelijkheden voor de werknemer om hier iets tegen te doen. Het vijfde hoofdstuk bestaat uit een rechtsvergelijkend onderzoek, zodat we enig inzicht kunnen krijgen welke positie de werknemer in andere landen inneemt tijdens faillissement van de werkgever. In het zesde hoofdstuk zullen we aanbevelingen doen ter verbetering van de positie van de werknemer onder meer op basis van het rechtsvergelijkende onderzoek.

2 Faillissementsrecht in vogelvlucht

2.1 Faillissementsrecht algemeen

Een schuldenaar die in de toestand verkeert dat hij opgehouden is met betalen kan bij rechterlijk vonnis in staat van faillissement gesteld worden op grond van art.1 Faillissementswet (hierna FW). Het faillissement kan worden uitgesproken op vordering van de schuldenaar zelf, zijn crediteuren of het Openbaar Ministerie. Het Openbaar Ministerie kan het faillissement van een schuldenaar alleen verzoeken indien hiervoor redenen van openbaar belang zijn.

Wanneer sprake is van eigen aangifte dient de schuldenaar op grond van art. 4 FW het verzoek daartoe zelf in ter griffie. In het geval dat een schuldeiser het verzoek tot faillissement doet, moet bovendien blijken van een vorderingsrecht (art. 6 lid 3 FW). De aangifte tot faillietverklaring, of het verzoekschrift daartoe, wordt gedaan ter griffie bij de woonplaats van de schuldenaar(s). De aangifte of het verzoek tot faillietverklaring moet met de meeste spoed worden behandeld en wel in de raadkamer.

Voor de faillietverklaring op aangifte van schuldeisers is pluraliteit van schuldeisers noodzakelijk.³ Wanneer er slechts één crediteur is met een vordering op de schuldenaar, echter wel met meerdere vorderingen, dient een bijzondere executie plaats te vinden.⁴ De vordering van de schuldeiser die een verzoekschrift indient ter faillietverklaring van de schuldenaar moet opeisbaar zijn. Echter niet is vereist dat de vorderingen van de andere schuldeisers direct opeisbaar zijn.⁵ Ook het feit dat een vordering wordt betwist, behoeft er niet aan in de weg te staan dat zij als steunvorderingen aangemerkt kan worden.⁶

Of een schuldenaar verkeert in de toestand dat hij opgehouden heeft te betalen, hoeft niet volgens het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering te worden bewezen. Het is voldoende dat summierlijk blijkt van feiten of omstandigheden die aantonen, dat die toestand bestaat (art. 6 lid 3 FW).

3 N.J. Polak, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 12 en HR 22 maart 1985, *NJ* 1985, 548.

4 N.J. Polak, *Faillissementsrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 12 en HR 30 september 1955, *NJ* 1956, 319.

5 N.J. Polak, *Faillissementsrecht*, Deventer Kluwer 2002, p. 13. en HR 18 maart 1983, *NJ* 1983, 568.

6 N.J. Polak, *Faillissementsrecht*, Deventer Kluwer, 2002, p. 14 en HR 30 augustus 1991, *NJ* 1991, 781 en HR 24 juli 1995, *NJ* 1995, 733.

De faillietverklaring geschiedt bij vonnis, art. 6 FW. Op straffe van nietigheid behoort het vonnis ingevolge art. 121 Grondwet juncto art. 230 lid 1 onder e Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en art. 20 wet op de Rechterlijke Organisatie gemotiveerd te worden. Het vonnis dient zowel voor partijen als voor derden duidelijk en controleerbaar te zijn. De beschikking waarbij het verzoek tot faillietverklaring wordt afgewezen moet eveneens met redenen zijn omkleed, echter daaraan worden minder zware motiveringseisen gesteld.⁷ Het vonnis van faillietverklaring bewerkstelligt een algemeen beslag op de goederen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Door het faillissement wordt het vermogen van de schuldenaar gefixeerd. Het vonnis is een constitutief vonnis en is naar zijn aard geen voor tenuitvoerlegging vatbare titel. De executoriale fase treedt pas in na de verificatievergadering. Het faillissementbeslag berust op de boedel, dit is het gehele vermogen van de schuldenaar alsmede hetgeen hij gedurende het faillissement verwerft (art. 20 FW).

2.2 De rechter-commissaris en de curator

De gefailleerde verliest van rechtswege het beheer en de beschikking over zijn vermogen (art. 23 FW). Dit betekent dat hij zijn vermogen niet vrij van beslag kan vervreemden of bezwaren. De gefailleerde is echter niet beschikkingsonbevoegd; hij blijft bevoegd rechtshandelingen te verrichten. Vanaf het moment van faillietverklaring is de curator belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel (art. 68 FW). Volgens de memorie van toelichting moet de curator worden beschouwd als wettelijk vertegenwoordiger van de schuldeisers en tevens als vertegenwoordiger van de schuldenaar. Naast de belangen van schuldeisers en gefailleerde dient de curator rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard. Hiermee wordt bedoeld op zaken als de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid.⁸ De curator is bevoegd tot het voortzetten van de onderneming en kan indien hij dat noodzakelijk acht de werknemers ontslaan en eventueel aannemen (40 FW). Hiertoe heeft hij wel toestemming van de rechter-commissaris. De handelingen van de curator worden aan de boedel toegerekend. Het salaris van de curator wordt door de rechtbank vastgesteld en de rechtbank kan de curator te allen tijde ontslaan, art. 71 en 73 FW.

⁷ HR 28 januari 1983, *NJ* 1983, 545.

⁸ HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472.

De rechter-commissaris houdt toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel, art. 64 FW. Ingevolge art. 66 lid 1 FW is de curator bevoegd getuigen te horen of een onderzoek van deskundigen te bevelen. Tegen beschikkingen van de rechter-commissaris kan men op grond van art. 67 FW hoger beroep instellen gedurende vijf dagen, gerekend vanaf de dag waarop de beschikking is gegeven.

2.3 De boedel

De boedel is het gehele vermogen van de schuldenaar alsmede alles wat hij verwerft (art. 20 FW). Bij de boedel gaat het alleen om activa en niet om het gangbare begrip vermogen (het geheel van bezittingen en schulden).⁹ Voor na het vonnis der faillietverklaring door de schuldenaar verrichte rechtshandelingen is de boedel niet aansprakelijk. De boedel is echter wel aansprakelijk voor de rechtshandelingen verricht door de curator, deze vormen boedelschulden.

Boedelschulden zijn op de boedel verhaalbare verplichtingen die verband houden met de afwikkeling van de faillissementprocedure. De boedelschulden moeten als eerste worden voldaan; daarna volgt pas uitkering aan crediteuren.

Er zijn verschillende soorten boedelschulden:

- door de Faillissementswet aangeduide boedelschulden, bijvoorbeeld loon van werknemers;
- uitgaven ter inventarisering en beredding van de boedel gedurende de conservatoire fases van het faillissement, bijvoorbeeld taxatiekosten;
- kosten die gemaakt worden in verband met de tegeldemaking van de boedel;
- schulden die ontstaan doordat de curator rechtshandelingen verricht.

2.4 Verdeling

Uit de boedel worden eerst de boedelschulden voldaan; daarna zijn de crediteuren aan de beurt. De crediteuren moeten hun vordering ter verificatie indienen. De curator maakt vervolgens een lijst met schuldvorderingen en bepaalt een datum voor de verificatievergadering. Op de verificatievergadering wordt nog een poging gedaan om tot een akkoord te komen met de schuldeisers. Lukt dit niet, dan wordt overgegaan tot vereffening en het te gelde maken van de boedel.

⁹ J.B.Huizink, *Insolventie*, Deventer: Kluwer 2002, p. 54.

Het uitgangspunt bij verdeling van de boedel is dat alle schuldeisers een gelijk recht hebben uit de netto-opbrengst van de schuldenaar te worden voldaan. Dit is het beginsel van paritas creditorum, art. 3:277 Burgerlijk Wetboek (hierna BW). De wet heeft echter bepaalde soorten schuldeisers voorrang toegekend. Art. 3:378 BW bepaalt dat voorrang voortvloeit uit pand, hypotheek, voorrecht en uit andere in de wet aangegeven gronden. Ter onderscheiding van de concurrente schuldeisers noemen we de schuldeisers aan wier rechten voorrang is verbonden preferent. De pand- en hypotheekhouders nemen een bijzondere positie in ten aanzien van de andere schuldeisers, zij hebben het recht van parate executie. Dit betekent dat zij hun recht kunnen uitoefenen alsof er geen faillissement is. Het zijn separatisten, ze kunnen het faillissement negeren.

Voorrechten bestaan op bepaalde goederen maar ook op alle goederen. Een voorbeeld van een voorrecht op een bepaald goed is het voorrecht wegens kosten tot behoud van een goed, art. 3:284 BW. Werknemers hebben een voorrecht op alle goederen ingevolge art. 3:288 BW sub c. In de voorrechten is een bepaalde rangorde; de fiscus, bank en UWV komen hierbij als eerste voor betaling in aanmerking. In veel gevallen blijft er daarna zo weinig over dat de lagere preferente schuldeisers en concurrente schuldeisers hun vorderingen onvoldaan zien blijven.

2.5 Einde faillissement

Het faillissement kan op verschillende manieren beëindigd worden. Ten eerste kan dit door het in kracht van gewijsde gaan van de homologatie van een akkoord. Art. 138 FW bepaalt dat de schuldenaar zijn schuldeisers een akkoord kan aanbieden; zo kan hij proberen met zijn schuldeisers tot een betalingsregeling te komen. Gekeken wordt wat het optimaal haalbare is; dat wordt aan de schuldeisers aangeboden tegen volledige kwijting.

De schuldeisers kunnen onder bepaalde voorwaarden aan het akkoord worden gebonden zonder dat ze ermee ingestemd hebben. Dit is in gevallen wanneer sprake is van een dwangakkoord of gerechtelijk akkoord. Tijdens de verificatievergadering kan de gefailleerde het akkoord voorleggen. Wanneer een 2/3 meerderheid van de schuldeisers, die samen $\frac{3}{4}$ van de vorderingen vertegenwoordigen, voorstemt is het akkoord totstandgekomen (art. 145 FW). Een totstandgekomen akkoord moet gehomologeerd worden door de rechter. Geschiedt dit, dan is het akkoord bindend.

Het akkoord heeft slechts werking ten aanzien van de concurrente schuldeisers art. 157 FW. De schuldenaar kan wel met zijn preferente schuldeisers een regeling treffen, de bepalingen van het dwangakkoord zijn echter niet van toepassing. Zodra de homologatie van het akkoord in kracht van gewijsde is gegaan, eindigt het faillissement (art. 161 FW). De andere manier tot een einde van het faillissement te komen is vereffening. Indien op de verificatievergadering geen akkoord is aangeboden of homologatie is geweigerd, verkeert de boedel van rechtswege in staat van insolventie, art. 173 FW. Op dat moment gaat het faillissement van de conservatoire fase naar de executoriale fase. De boedel wordt vanaf dat moment vereffend en te gelde gemaakt. De goederen worden verkocht en de opbrengst wordt verdeeld onder de schuldeisers. Hierbij worden de regels van voorrang in aanmerking genomen. Een uitdelingslijst wordt door de curator gemaakt die aan de goedkeuring van de rechter-commissaris wordt onderworpen (art. 180 FW). Wanneer de slotuitdelingslijst verbindend is geworden en de schuldeisers hun vordering uitgekeerd hebben gekregen eindigt het faillissement (art. 193 FW). De meeste faillissementen eindigen door opheffing. Ingevolge art. 16 FW kan de rechtbank op voordracht van de curator opheffing van het faillissement bevelen indien niet voldoende baten beschikbaar zijn voor de voldoening van de faillissementskosten en de overige boedelschulden. Door de opheffing herkrijgt de schuldenaar de beschikking en het beheer over zijn vermogen.

De laatste manier waarop een faillissement kan eindigen is de vereenvoudigde afwikkeling van het faillissement (art. 137a e.v. FW). Wanneer aannemelijk is dat het boedelactief een zodanige omvang heeft dat de concurrente crediteuren geen uitkering zullen ontvangen kan de rechter-commissaris op verzoek van de curator of ambtshalve bepalen dat de afhandeling van concurrente vorderingen achterwege blijft en dat geen verificatievergadering wordt gehouden. Het faillissement wordt dan vereenvoudigd afgewikkeld. Geïnventariseerd wordt welke vorderingen bevoorrecht zijn en vervolgens gaat de curator over tot tegeldemaking van de boedel. De staat van insolventie treedt dan in.

3 Gevolgen voor werknemers

In dit hoofdstuk zetten we uiteen wat gebeurt met de rechten van de werknemers tijdens faillissement van hun werkgever. We zullen achtereenvolgens behandelen: loonbetaling, einde van de arbeidsovereenkomst, overgang van onderneming, concurrentiebeding en medezeggenschap. Wanneer een (natuurlijk of rechts-) persoon failliet verklaard wordt heeft dit grote gevolgen voor deze persoon en zijn schuldeisers. Als deze persoon een onderneming in stand houdt zijn echter vaak ook werknemers bij het faillissement betrokken. Een faillissement levert voor de werknemers tal van onzekerheden op: zullen zij hun baan behouden, hun loon wel betaald krijgen etc?

In dit hoofdstuk zetten we uiteen wat gebeurt met de rechten van de werknemers tijdens faillissement van hun werkgever. We zullen achtereenvolgens behandelen: loonbetaling, einde van de arbeidsovereenkomst, overgang van onderneming, concurrentiebeding en medezeggenschap.

3.1 Loonbetaling

Het (aankomende) faillissement van een werkgever zal grote gevolgen meebrengen voor zijn loonbetalingsplicht, de werkgever is immers opgehouden met betalen en zal niet aan zijn verplichtingen kunnen voldoen. Dit heeft grote gevolgen voor de werknemers omdat die in hun bestaanszekerheid in de meeste gevallen afhankelijk zijn van inkomsten uit arbeid. In deze paragraaf wordt uiteengezet wat de gevolgen voor de werknemer zijn met betrekking tot zijn inkomsten uit arbeid bij de werkgever wanneer de werkgever in staat van insolventie verkeert.

3.1.1. De loonvordering

Wanneer een onderneming in staat van insolventie verkeert, betekent dit dat de werkgever in de meeste gevallen niet meer in staat is het loon van zijn werknemers te voldoen. Loon is vanaf de dag van faillietverklaring, ingevolge art. 40 lid 2 FW, boedelschuld. Loonvorderingen, pensioenvorderingen en schadevergoeding met betrekking tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomst na faillissement behoeven niet ter verificatie ingediend te worden. Vakantiedagen en pensioenpremies zijn ook

boedelschuld.¹⁰ Boedelschuld is de schuld die is ontstaan na de datum waarop faillissement wordt uitgesproken. Boedelschuld ontstaat door toedoen van de curator, door schulden die door de gefailleerde zijn aangegaan waardoor de boedel gebaat is en wanneer de wet het bepaalt. De wet heeft bepaald dat loon boedelschuld is, art. 40 lid 2 FW. Tot betaling van de loonvordering, de termijn van pensioen of schadevergoeding kan de werknemer de curator aanspreken. Zijn er onvoldoende middelen in de boedel, dan is de voornoemde vordering van de werknemer preferent, art. 3:288 lid 1 sub e BW.

Vorderingen van de werknemer ontstaan vóór het faillissement zijn bevoorrecht op alle roerende en onroerende goederen, indien een direct verband bestaat tussen de vordering en de arbeidsovereenkomst. Gelet op art. 3:288 onder e BW valt hier in ieder geval onder: “Al hetgeen een werknemer over het lopende en het voorafgaande kalenderjaar in geld op grond van de arbeidsovereenkomst van zijn werkgever te vorderen heeft, alsmede de bedragen door de werkgever aan de werknemer in verband met de beëindiging van de arbeidsovereenkomst verschuldigd uit hoofde van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek betreffende de arbeidsovereenkomst.”

Loonvorderingen die betrekking hebben op arbeidsverrichting vóór het uitspreken van faillissement zijn geen boedelschuld en verificatie hiervan is derhalve noodzakelijk. Er moet een direct verband zijn tussen de vordering en de arbeidsovereenkomst. Pensioenvorderingen vallen hier ook onder, art. 3:288 onder c BW. Deze vorderingen mogen echter niet ouder zijn dan één jaar.

Voor een werknemer zijn de loonvorderingen die zijn ontstaan na het uitspreken van het faillissement het gunstigst. Deze vorderingen worden beschouwd als boedelschulden die bij voorrang voldaan moeten worden. Boedelschulden worden betaald voor de faillissementschulden.¹¹ Voor de curator is het op deze wijze makkelijker de onderneming voort te zetten, en de opbrengst in de boedel eventueel te verhogen, omdat werknemers eerder bereid zijn arbeid te blijven verrichten voor de failliete onderneming als de loonbetaling een relatief hogere prioriteit heeft. Wanneer echter sprake is van een negatieve boedel, zijn de loonvorderingen

¹⁰ HR 12 november 1993, NJ 1994, 229.

¹¹ W.P.J.M Fase e.a., *Werknemersrechten in faillissement: een rechtsvergelijkende beschouwing*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 5.

preferent, net als de loonvorderingen in de prefaillissementsfase.¹² De kans is dan een stuk geringer dat er voldoende middelen zijn om tot uitbetaling over te gaan, omdat de Belastingdienst, de bank en het UWV als eerst voor uitbetaling in aanmerking komen.

3.1.2 Het recht op uitkering op grond van de Werkloosheidswet

Wanneer er loonbetalingsonmacht is bij de werkgever, zowel in situaties voor als tijdens faillissement, zal het UWV in bepaalde gevallen de loonbetalingsverplichting van de werkgever tijdelijk overnemen.

In de hierna volgende gevallen kan de werknemer bij het UWV een uitkering op grond van art. 61 lid 1 Werkloosheidswet, (hierna WW) aanvragen:

- indien de werkgever failliet verklaard is;
- indien aan werkgever surséance van betaling is verleend;
- indien voor de werkgever de schuldsaneringsregeling voor natuurlijke personen van toepassing is;
- indien de werkgever heeft opgehouden het loon of vakantiegeld te betalen, of indien de werknemer vakantiebijslag te vorderen heeft;
- indien werknemer geldelijk nadeel ondervindt doordat werkgever bedragen die hij in verband met dienstbetrekking met de werknemer aan derden is verschuldigd niet heeft betaald.

De werknemer moet, om in aanmerking te komen op het recht van uitkering ingevolge art. 63 WW, binnen één week melden aan het UWV dat zijn werkgever in gebreke is loon, vakantiegeld of vakantiebijslag te betalen, gerekend vanaf de dag waarop hij normaal gesproken zijn loon ontvangen had, of binnen één week vanaf de dag dat het de werknemer redelijkerwijs duidelijk had moeten zijn geweest dat de werkgever in een situatie verkeert als bedoeld in art. 61 lid 1 WW. Het UWV heeft de discretionaire bevoegdheid in het geval dat de werknemer niet binnen voornoemde termijn melding maakt aan het UWV, de uitkering tijdelijk, blijvend geheel of gedeeltelijk te weigeren. Uit rechtspraak blijkt dat indien het UWV niet werkelijk in zijn belang is geschaad een redelijke termijnoverschrijding de werknemer niet mag worden tegengeworpen.¹³ Ook een werknemer die in dienst treedt bij een failliete

¹² W.P.J.M Fase e.a., *Werknemersrechten in faillissement: een rechtsvergelijkende beschouwing*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000 p. 6 en HR 28 september 1990, NJ 1991, 305.

¹³ R.M. Beltzer, 'De rechtspositie van werknemers bij surseance van betaling en faillissement' in: L.G. Verburg, W.A. Zondag (red), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2003, p. 225.

werkgever maar daarvan geen weet had kan een beroep doen op het UWV voor een uitkering op grond van art. 61 WW.

Geen recht op uitkering is er voor de werknemer die uit dienst is getreden voordat de werkgever in betalingsonmacht kwam te verkeren als bedoeld in art. 61 lid 1 WW. Hierop zijn twee uitzonderingen ingevolge art. 62 WW. De eerste uitzondering is de situatie dat de beëindiging van de arbeidsovereenkomst samenhangt met de situatie van betalingsonmacht van de werkgever als bedoeld in art. 61 lid 1 WW. De tweede uitzondering is het geval waarin de werknemer zijn loonvordering niet geldend kan maken vanwege de betalingsonmacht van de werkgever, en deze vordering niet in verband staat met de betalingsonmacht waarin de werkgever verkeert. Voor het aannemen van deze voornoemde uitzonderingen gelden zeer strikte eisen.¹⁴

Overigens heeft de werknemer alleen recht op uitkering wanneer sprake is van arbeidsurenverlies én de werknemer zich beschikbaar houdt voor arbeid of voorzover hij arbeid blijft verrichten voor de werkgever. Wanneer de werknemer door ziekte, gebreken, zwangerschap of bevalling niet in staat is arbeid te verrichten of op een andere wijze een uitkering op grond van hoofdstuk 3 van de Wet Arbeid en Zorg¹⁵ ontvangt, hoeft niet aan de voorwaarde voldaan te worden dat werknemer zich beschikbaar moeten houden voor arbeid (art. 61 lid 2 WW). Heeft de werknemer daarnaast altijd arbeid verricht in een andere functie, en daar loon voor ontvangen, dan wordt dit niet in mindering gebracht op de uitkering. Dit gebeurt wel op het moment dat de werknemer inkomsten uit arbeid krijgt vanaf het moment dat het recht op uitkering ontstaat, art. 65 WW.

Het recht op uitkering omvat op grond van art. 64 WW:

- het loon over ten hoogste dertien weken, onmiddellijk voorafgaand aan de dag van opzegging van de dienstbetrekking, en indien de arbeidsovereenkomst niet is beëindigd, onmiddellijk voorafgaand aan de dag waarop volgens het UWV had moeten worden opgezegd;
- het loon over de geldende opzegtermijn waarbij de termijn van art. 40 FW als maximum geldt, ongeacht of de betalingsonmacht door het faillissement is veroorzaakt;

¹⁴ CRvB 30 juli 2003, 01/951 WW USZ 2003/270.

¹⁵ Dit zijn uitkeringen met betrekking tot verloven in verband met zwangerschap, bevalling, adoptie en pleegzorg.

- het vakantiegeld, vakantiebijslag en de bedragen die de werkgever in verband met de dienstbetrekking aan derden verschuldigd is.

Onder loon wordt op grond van art. 67 WW verstaan al hetgeen de werkgever in verband met de dienstbetrekking aan de werknemer rechtens verschuldigd is met uitzondering van vakantiegeld en vakantiebijslag. Uit de wet en de rechtspraak blijkt dat het loonbegrip ruim moet worden uitgelegd.¹⁶ Alles wat de werkgever in verband met de dienstbetrekking aan de werknemer verschuldigd is, bijvoorbeeld een dertiende maand, tantièmes, gratificaties en onkostenvergoedingen, valt onder het loonbegrip. Een schadevergoeding wegens onregelmatige opzegging valt wel onder het loonbegrip voorzover het in de periode genoemd in art. 64 WW past, de vergoeding wegens kennelijke onredelijke beëindiging echter niet. De regels van het maximumdagloon van de Coördinatiewet Sociale Verzekeringen zijn voor deze uitkering niet van toepassing. Alles wordt wel pro rata parte berekend. Het waarborgfonds wordt gefinancierd uit premies betaald door werkgevers én werknemers.

Wij zijn van mening dat het systeem van loondoorbetaling bij insolventie een goed systeem is. Echter de toets, dat een werknemer binnen een week of wanneer hij er redelijkerwijs achter komt dat zijn werkgever in betalingsonmacht verkeerd moet melden, vinden wij te zwaar. Het UWV dient zich er goed van bewust te zijn dat een werknemer niet direct het UWV belt omdat zijn werkgever zijn loon niet betaalt. In beginsel heerst namelijk een basis van goed vertrouwen tussen werkgever en werknemer. Hij zal zijn werkgever niet snel in diskrediet durven brengen daar hij afhankelijk is van zijn inkomsten uit arbeid en wellicht in dienst blijft bij deze werkgever. De regeling geldt namelijk ook wanneer alleen sprake is van betalingsonmacht, de staat van insolventie hoeft nog niet te zijn ingetreden. Redelijkerwijs erachter komen blijft een vaag begrip, en is vatbaar voor verschillende interpretaties bij de verschillende UWV-vestigingen. Wanneer een termijn van aangehouden zou worden, valt een grotere groep al binnen deze termijn van een maand en zal minder rechtsongelijkheid ontstaan. Voorop staat dat de werknemer de dupe is van een situatie waarin zijn werkgever in betalingsonmacht verkeert. Het UWV moet dan ook goed overwegen waarom een recht op uitkering niet geheel wordt uitgekeerd. Hij moet een belangenafweging maken of hij wil overgaan tot niet of verminderde toekenning van de uitkering van de werknemer.

16 R.M. Beltzer, 'De rechtspositie van werknemers bij surseance van betaling en faillissement' in: L.G. Verburg, W.A. Zondag (red), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2003, p. 224.

3.2 Beëindiging van de arbeidsovereenkomst

Wanneer een werkgever failliet verklaard wordt heeft dit vaak tot gevolg dat de werkgever geen loon meer kan betalen aan zijn werknemers. Loon is boedelschuld en de curator wil de boedelschulden niet te hoog laten oplopen. De curator zal om deze reden vaak overgaan tot de beëindiging van de arbeidsovereenkomsten met de werknemers van de failliete onderneming. In het Nederlandse arbeidsrecht wordt de werknemer in de normale situatie sterk beschermd tegen ontslag, tijdens faillissement is dit echter anders.

3.2.1 Opzegging

In een situatie buiten faillissement behoeft de werkgever toestemming van de CWI om de arbeidsovereenkomst met zijn werknemer op te zeggen. Dit volgt uit art. 6 van het BBA. Heeft de werkgever geen toestemming gevraagd dan is het ontslag nietig. Naast dit algemene opzegverbod moet de werkgever nog rekening houden met de bijzondere opzegverboden van art. 7:670 BW, hij mag de arbeidsovereenkomst van werknemers die bijvoorbeeld ziek zijn niet opzeggen. Vervolgens moet nog een opzegtermijn in acht genomen worden die kan oplopen tot vier maanden (art. 7:672 BW). Als de werkgever de opzegtermijn niet in acht neemt is het ontslag onregelmatig en is de werkgever schadeplichtig. Tijdens faillissement geldt veel van deze bescherming niet. Ten eerste bepaalt art. 6 lid 2 sub c van het BBA dat de curator geen toestemming van de CWI behoeft tijdens faillissement. Het idee hierachter is dat de curator de belangenafweging, of de arbeidsovereenkomst al dan niet moet doorlopen, moet maken en niet de CWI.¹⁷ De curator kan de werknemers dus ontslaan zonder toestemming van de CWI; dit heeft tot gevolg dat het ontslag niet nietig kan zijn wegens het ontbreken van toestemming. Deze regel roept twee vragen op. Ten eerste de vraag of de curator ook geen toestemming nodig heeft als hij de onderneming eerst een tijdje voortgezet heeft en daarna de werknemer ontslaat, ten tweede is onduidelijk of art. 6 BBA ook van toepassing is als een werknemer in dienst komt na de datum van faillietverklaring. Onzes inziens is het ontslag aanzeggen zonder toestemming van de CWI een bijzondere bevoegdheid. Indien de curator de onderneming gedurende enige periode voortzet kan hij slechts van deze bevoegdheid de werknemer zonder ontslagvergunning op te zeggen

¹⁷ Kamerstukken II 1986/87, 19810 nr 3, p 2-3.

gebruik maken indien sprake is van zwaarwegende omstandigheden. Hierbij denken wij bijvoorbeeld aan de situatie waarin intensieve onderhandelingen met een serieuze overnamekandidaat hebben plaatsgevonden, die uiteindelijk toch stukgelopen zijn. Alleen de bijzondere bevoegdheid erkennen, wanneer sprake is van een zwaarwegend belang, voorkomt onzekerheid bij werknemers; zij zullen minder snel geneigd zijn direct op zoek te gaan naar een andere werkgever.

Wanneer de curator na faillietverklaring een werknemer in dienst neemt, kan hij onzes inziens géén aanspraak maken op zijn bijzondere bevoegdheid de werknemer te ontslaan zonder ontslagvergunning van de CWI. De bijzondere bevoegdheid is de curator toegekend om de boedelschulden niet te hoog op te laten lopen. De curator acht de boedel voldoende om een arbeidsovereenkomst aan te gaan. De grondslag van de bijzondere bevoegdheid, de boedelschuld niet te hoog te laten oplopen, geldt in dit geval niet meer. Wanneer de curator toch aanspraak maakt op zijn bijzondere bevoegdheid is onzes inziens sprake van détournement de pouvoir. De bevoegdheid wordt immers gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij verleend is.

De curator heeft wel machtiging nodig van de rechter-commissaris voor het opzeggen van de arbeidsovereenkomsten van werknemers. Deze machtiging wordt in de meeste gevallen wel gegeven omdat het voortzetten van de arbeidsovereenkomsten kan leiden tot benadeling van de schuldeisers.

Het is nog niet echt duidelijk of de bijzondere opzegverboden gelden tijdens faillissement. Noch in het BW, noch in de Faillissementswet staat expliciet dat de opzegverboden niet gelden tijdens faillissement. In veel gevallen zullen ze echter geen rol spelen omdat art. 7:670b BW bepaalt dat de opzegverboden niet van toepassing zijn wanneer de werkzaamheden van de onderneming of een onderdeel daarvan beëindigd worden. De werkzaamheden worden echter niet altijd beëindigd, bij voortzetting van het bedrijf of bij doorstart is het derhalve mogelijk dat de opzegverboden van toepassing zijn. In de literatuur is er onenigheid over de vraag of de bijzondere opzegverboden al dan niet van toepassing zijn. De heersende leer¹⁸ is, op grond van de memorie van antwoord, dat de bijzondere opzegverboden niet van toepassing zijn. Echter, in 1954 was de situatie anders, de sanctie op overtreding van de opzegverboden was toen schadeplichtigheid en niet vernietigbaarheid. Dit bracht

18 Zie bijvoorbeeld Loesberg, 'De werknemer en zijn insolvente werkgever (I)', *Tijdschrift voor insolventie* 1998/4 p. 69-75.

mee dat de wetgever ook eenvoudigweg kon stellen dat de curator, ondanks het bestaan van de opzegverboden, de arbeidsovereenkomsten in ieder geval met een termijn van zes weken diende op te zeggen: de schadeplichtigheid van de curator wegens overtreding van de opzegverboden zou immers vrijwel altijd eenzelfde bedrag vertegenwoordigen als het bedrag dat hij de werknemer toch al tijdens de opzegtermijn moest betalen.¹⁹ Enkele rechters hebben in het verleden ook bepaald dat de opzegverboden wel van toepassing zijn tijdens faillissement en surséance.

Ondanks dat art. 7:670b BW niet bepaalt dat bijzondere opzegverboden niet gelden tijdens faillissement zijn wij van mening dat er gedurende faillissement niet te zwaar getild moet worden aan de bijzondere opzegverboden. Gedurende faillissement zou het zeer onwenselijk zijn wanneer de curator bijvoorbeeld zieke werknemers niet zou kunnen ontslaan. Werknemers zouden dan namelijk in de verleiding kunnen komen na de aanvraag van het faillissement zich massaal ziek te melden. Hij zal in gevallen proberen de onderneming draaiende te houden, en wanneer de curator het loon bij ziekte moet blijven doorbetalen en deze mensen niet kan opzeggen zal dit een stuk lastiger worden. Vindt een doorstart plaats, dan dienen de bijzondere opzegverboden wel in acht genomen te worden, omdat bij doorstart een selectieproces van werknemers gaat plaatsvinden en werknemers die onder het bijzondere opzegverbod vallen enigszins beschermd dienen te worden. Dit blijkt ook uit de wet, omdat de opzegverboden volgens art. 7:670b BW alleen niet gelden indien de activiteiten van de onderneming of van een onderdeel van de onderneming in het geheel beëindigd worden. Bij een doorstart worden de activiteiten voortgezet dus is art. 7:670b BW onzes inziens niet van toepassing.

3.2.2 Opzegtermijnen

Tijdens faillissement gelden in beginsel de gewone opzegtermijnen, deze zijn echter gemaximaliseerd. Art. 40 FW bepaalt dat de curator de arbeidsovereenkomst kan opzeggen met inachtneming van de wettelijke opzegtermijnen, met dien verstande dat de arbeidsovereenkomst in ieder geval opgezegd kan worden met een termijn van zes weken. De regel dat er tegen het einde van de maand moet worden opgezegd geldt alleen als de termijn van zes weken daarmee niet wordt

19 R.M. Beltzer, 'De rechtspositie van werknemers bij surseance van betaling en faillissement' in: L.G. Verburg, W.A. Zondag (red), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2003, p. 229.

overschreden.²⁰ De vraag is of de curator zich ook nog op art. 40 FW kan beroepen als hij de onderneming gedurende lange tijd heeft voortgezet en of er inhoudelijke eisen gesteld mogen worden aan het gebruik van art. 40 FW. Art. 40 FW bestaat sinds de totstandkoming van de Faillissementswet in 1893. Buiten het faillissement is de ontslagbescherming van de werknemers sinds 1893 aanzienlijk uitgebreid terwijl de zes-weken termijn van art. 40 FW nog steeds bestaat. De Faillissementswet is niet meegegaan met de verruiming van de ontslagbescherming waardoor de werknemer tijdens faillissement in een onevenredig slechte positie verkeert. In 1981 is er al in een preadvies van de Vereniging voor Arbeidsrecht onderzocht of art. 40 FW nog wel wenselijk is.²¹ Helaas voor de werknemers met een failliete werkgever is nog steeds niets veranderd. De korte opzegtermijn is onzes inziens, in vergelijking met het arbeidsrecht buiten faillissement, niet redelijk meer. In het laatste hoofdstuk zullen we onderzoeken of art. 40 FW veranderd kan worden in het voordeel van de werknemer.

De bevoegdheid de arbeidsovereenkomst binnen zeer korte termijn op te zeggen, is een bijzondere bevoegdheid. Van deze bevoegdheid mag de curator alleen in bijzondere situaties gebruik maken. De curator moet daarom binnen redelijke termijn gebruik maken van deze bevoegdheid en mag de werknemers niet lange tijd in onzekerheid laten zitten. In onze optiek dient de curator wanneer hij zijn taken krijgt toebedeeld, het geval te beoordelen en binnen redelijke termijn een keuze te maken tussen welke werknemers hij wel en welke werknemers hij niet in dienst wil houden. De werknemers die hij niet wil houden kan hij opzeggen met de bijzondere bevoegdheid die hij heeft. Daarnaast zijn wij van mening dat het de bijzondere bevoegdheid tot opzegging ook niet mag gelden in de gevallen dat de curator een persoon buiten de organisatie in dienst neemt. Deze persoon was nog geen werknemer van de onderneming toen het bedrijf failliet ging, en valt in onze ogen buiten de beoogde kring. Logischerwijs zou je een ontslagvergunning voor deze personen moeten aanvragen bij de CWI, want het ontslag is niet ten gevolge van het faillissement (art. 6 lid 2 sub c BBA) juist zijn aanstelling is dat. Met betrekking tot de opzegtermijnen heeft het overigens niet veel consequenties voor de werknemer of deze nu wordt opgezegd met de bijzondere bevoegdheid van de curator of met inachtneming van titel 10 van Boek 7 BW. Ingevolge art. 7:672 lid 2 sub a BW is de

²⁰ HR 22 mei 1970, NJ 1970, 419.

²¹ L.H. van den Heuvel, *Rechten van werknemers bij faillissement*, Alphen aan de Rijn: Samsom Uitgeverij 1981.

opzegtermijn namelijk één maand bij werknemers die korter dan vijf jaar werkzaam zijn in de onderneming en de termijn van art. 40 FW bedraagt zes weken.

3.2.3 Kennelijk onredelijke opzegging

In 1953 heeft de regering bij wijziging van het ontslagrecht te kennen gegeven van mening te zijn dat art. 40 FW onderhevig is aan de kennelijkonredelijkheidstoetsing.²²

In 1990 heeft de Hoge Raad, in het Van Gelder/Papier arrest,²³ echter bepaald dat een opzegging slechts in uitzonderingsgevallen kennelijk onredelijk kan zijn.

Hierbij moet worden gedacht aan ontslag door de curator van slechts een deel van de werknemers, terwijl hij met het oog op de voortzetting van het bedrijf de overigen in dienst houdt en hij bij de keuze van degenen die hij ontslaat een kennelijk onredelijke maatstaf hanteert. Als sprake is van een kennelijk onredelijk ontslag door de curator dan wordt de schadevergoeding boedelschuld.

3.2.4 Ontslag op staande voet

De werkgever kan de arbeidsovereenkomst met een werknemer onverwijld opzeggen als hij daarvoor een dringende reden heeft (art. 7:677 BW)²⁴. Dit artikel geldt tevens tijdens faillissement. De curator kan de werknemers dus ontslaan op staande voet wanneer daarvoor een dringende reden aanwezig is. De curator zal waarschijnlijk geen gebruik maken van deze bevoegdheid omdat de opzegtermijnen tijdens faillissement al ontzettend kort zijn.

3.2.5 Collectief ontslag

In 1973 heeft de Europese Commissie de richtlijn collectief ontslag aangenomen. Deze richtlijn bepaalt dat een collectief ontslag geen effect heeft voordat een wachttijd van dertig dagen in acht is genomen. Deze richtlijn is in Nederland geïmplementeerd in de Wet melding collectief ontslag. De originele richtlijn bepaalde dat de richtlijn niet van toepassing is in een situatie van sluiting van de onderneming op grond van een rechterlijke uitspraak. De richtlijn is echter geamendeerd door Richtlijn 92/56 die bepaalt dat de richtlijn wel van toepassing is in insolventiesituaties. De lidstaten mogen echter wel twee beperkingen aanbrengen:

²² Memorie van antwoord bij wetsvoorstel 881 p. 19.

²³ HR 12 januari 1990, *NJ* 1990, 662.

²⁴ Mr. E. Loesberg, 'De werknemer en zijn insolvente werkgever (I)', *Tijdschrift voor Insolventie* 1998/4 p. 69-75.

- De lidstaten mogen bepalen dat er alleen melding gedaan moet worden aan de bevoegde autoriteit (in Nederland de CWI) als die autoriteit erom vraagt.
- De lidstaten mogen bepalen dat de dertig dagen niet in acht genomen moeten worden.

Nederland heeft van beide mogelijkheden gebruik gemaakt.

Art. 3 lid 1 van de WMCO bepaalt dat een werkgever die voornemens is de dienstbetrekking van ten minste twintig werknemers te beëindigen binnen drie maanden, hiervan melding moet doen aan de belanghebbende vakbonden. Daarnaast moet er melding gedaan worden aan de CWI.

Art. 2 lid 1 WMCO bepaalt echter dat de wet niet van toepassing is op het eindigen van een dienstbetrekking waarvoor geen ontslagvergunning nodig is. Dit betekent dat de Wet melding collectief ontslag niet geldt tijdens faillissement, omdat art. 6 lid 2 sub c BBA bepaalt dat tijdens faillissement geen ontslagvergunning nodig is. Art. 2 lid 3 BBA bepaalt echter wel dat indien ten gevolge van faillissement het genoemde voornemen tot opzegging bestaat, dit aan de vakbonden gemeld dient te worden.

3.2.6 Contractuele afvloeiingsregelingen

Aan een vooraf overeengekomen ontslagvergoeding (bijvoorbeeld in een sociaal plan) kunnen geen rechten worden ontleend indien het ontslag tijdens faillissement plaatsvindt. Dit bepaalde de Hoge Raad ook in het van Gelder/Papier arrest.²⁵ Een vordering op grond van een afvloeiingsregeling levert noch een boedelschuld, noch een te verifiëren vordering op. Is de arbeidsovereenkomst al voor de datum van faillissement beëindigd, dan levert de vergoeding een preferente vordering op. In de praktijk komen we vaak tegen dat de werkgever eerst geprobeerd heeft het personeel door middel van een sociaal plan te laten afvloeien.²⁶ Indien dit niet gelukt is, wordt het faillissement aangevraagd. Doordat de werknemers dan geen rechten meer kunnen ontlenen aan het sociaal plan komt de werkgever op een zeer eenvoudige wijze van zijn personeel af. Op deze grond zou je van mening zijn dat het sociaal plan toch moet gelden daar dit een ongewenste situatie is. Anderzijds, wanneer een sociaal plan wel geldt tijdens faillissement, kan dit enorm gaan drukken op de boedel.

²⁵ HR 12 januari 1990, NJ 1990, 662.

²⁶ R. Knegt e.a., *Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en de mogelijkheden van bestrijding*. Mededelingen nr. 13. Amsterdam: HSI, 2005.

Wij zijn van mening dat in beginsel een sociaal plan niet zou moeten gelden gedurende faillissement omdat het te zwaar zal gaan drukken op de boedel. Dat neemt niet weg dat er een bepaling moet komen om misbruik tegen te gaan. Wanneer eerder al geprobeerd is middels een sociaal plan mensen te laten afvloeien, en dit niet is gelukt moet er nader gekeken worden wanneer vervolgens het faillissement wordt aangevraagd. Zeker wanneer een doorstart beoogd wordt, heeft het alle schijn dat de werknemers afgevloeid moesten worden en het faillissement daarvoor gebruikt wordt. Dit dient te worden tegengegaan door de curator.

3.2.7 Ontbinding bij de kantonrechter

Tijdens faillissement heeft de curator de mogelijkheid de kantonrechter te verzoeken de arbeidsovereenkomst te ontbinden. Dit verklaarde de regering in 1953 bij wijziging van het ontslagrecht.²⁷ Ontbinding zal echter niet snel door de curator gekozen worden omdat relatief makkelijk de arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd (geen toestemming van de CWI nodig, verkorte opzegtermijnen). Daarnaast loopt de curator bij ontbinding het risico een hoge ontslagvergoeding te moeten betalen. De ontbindingsprocedure kan wel een rol spelen als de curator een arbeidsovereenkomst wil beëindigen waarvoor een opzegverbod geldt. De ontslagvergoeding zal dan gematigd worden doordat de werkgever insolvent is. De ontslagvergoeding is boedelschuld.²⁸ Voor de werknemer kan beëindiging van de arbeidsovereenkomst door ontbinding bij de kantonrechter wel interessant zijn. Dit is namelijk de enige manier nog iets van materiële genoegdoening te verkrijgen, nu contractuele afvloeiingsregelingen niet gelden tijdens faillissement en een beroep op kennelijk onredelijk ontslag zelden zal slagen. Ook hierbij geldt echter dat de kantonrechter de vergoeding zal matigen wegens de habe-nichts exceptie.²⁹

3.3 Wet overgang van ondernemingen

Het komt geregeld voor dat de curator de onderneming verkoopt aan een derde om zo een hogere boedelopbrengst te verkrijgen, waardoor meer schuldeisers voldaan kunnen worden. In zo'n geval is sprake van een overgang van onderneming. Buiten faillissement worden de rechten van werknemers bij overgang van onderneming

²⁷ Memorie van antwoord bij wetsvoorstel 881.

²⁸ Ktr. Eindhoven 14 oktober 1983, NJ 1984, 626.

²⁹ R.M. Beltzer, 'De rechtspositie van werknemers bij surseance van betaling en faillissement' in: L.G. Verburg, W.A. Zondag (red), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2003, p.239.

beschermd op grond van richtlijn 2001/23, geïmplementeerd in de wet overgang van ondernemingen (Boek 7 titel 10 afdeling 8).³⁰

De richtlijn 77/187 EEG inzake het behoud van rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen ervan is tot stand gekomen op 14 februari 1977.³¹ Deze richtlijn is vervangen door richtlijn 2001/23³² De reden van totstandkoming was dat de uitbouw van de Europese Gemeenschappen in de jaren zestig en zeventig leidde tot een toevloed van concentraties en fusies van ondernemingen. De Europese wetgever was bang dat hierdoor de positie van de werknemers in het gedrang zou komen en wilde daarom het concentratieproces via richtlijnen reguleren.³³

De richtlijn streeft twee doelen na. Ten eerste beoogt de richtlijn het behoud van rechten (en verplichtingen) van werknemers en de bescherming tegen ontslag bij overgang van onderneming te waarborgen. Het tweede doel is het vergemakkelijken van het vestigen van ondernemingen in andere lidstaten. Voor toepassing van de richtlijn moet sprake zijn van overgang van een economische entiteit middels een overeenkomst én moet men als werknemer beschermd worden. Tevens moet sprake zijn van behoud van identiteit. Doordat richtlijn 77/187 deze begrippen niet uitlegde, ontstond er veel onduidelijkheid over de reikwijdte. Het Europese Hof van Justitie heeft vele uitspraken gedaan over de uitleg van deze begrippen.³⁴ In 1998 is deze jurisprudentie opgenomen in de vervangende richtlijn 98/50.³⁵ Wanneer de richtlijn van toepassing is, bepaalt art. 3 dat de rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking over gaan op de verkrijger.³⁶ Art. 4 bepaalt dat de overgang van de onderneming geen reden mag zijn voor ontslag. De werknemer geniet buiten faillissement dus veel bescherming door middel van de wet overgang van ondernemingen. Zodra de werkgever echter in faillissement verkeert, is deze situatie anders.

30 Deze wet is in werking getreden op 27 juli 1981, Staatsblad 1981, 400.

31 PbEG 5 maart 1977, L 61/26.

32 PbEG 22 maart 2001, L 82/16.

33 R.M Beltzer, *Overgang van ondernemingen*, Den Haag: Sdu uitgevers 2003, p.7.

34 Meer hierover : L.G. Verburg, W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisaties* Deventer: Kluwer 2003 hst. 6.

35 PbEG 17 juli 1998, L 201/88.

36 Overigens gelden ten aanzien van pensioen- en spaarregelingen bijzondere bepalingen, net als voor de overgang van algemeen verbindend verklaarde collectieve arbeidsvoorwaarden.

3.3.1 Wet overgang van ondernemingen tijdens faillissement

In 1977 bepaalde de richtlijn niets over de toepasselijkheid gedurende faillissement. Hierover ontstond discussie. Toepassing van de Wet overgang van onderneming tijdens faillissement stuitte op een aantal bezwaren. Ten eerste zouden potentiële overnemers afgeschrikt kunnen worden doordat ze alle werknemers in dienst bij die onderneming moeten overnemen. Ten tweede is de verkrijger volgens art. 7:663 BW aansprakelijk voor alle schulden die de vervreemder aan diens werknemers moet voldoen, ongeacht of die schulden voor of na de overgang zijn ontstaan. In 1985 gaf het Hof van Justitie in het arrest Abels³⁷ duidelijkheid. Het Hof van Justitie bepaalde dat de richtlijn wel van toepassing is tijdens surséance van betaling maar niet tijdens faillissement. Volgens het Hof kan de strekking van de richtlijn niet uitsluitend op basis van een letterlijke uitlegging worden beoordeeld. Bij het zoeken van de betekenis moet worden gelet op het doel van de richtlijn en haar plaats ten opzichte van het gemeenschappelijke faillissementsrecht. Het Hof overweegt dat als de richtlijn ook van toepassing zou zijn tijdens faillissementsprocedures de richtlijn hiervoor wel een aparte bepaling zou bevatten. Dit wordt versterkt door het feit, dat veel onzekerheid bestaat over het antwoord op de vraag welke invloed de overgang van onderneming bij insolventie van de werkgever op de arbeidsmarkt heeft en welke de juiste maatregelen zijn om de belangen van de werknemers zoveel mogelijk veilig te stellen, in aanmerking nemende dat het doel van de richtlijn nu juist is door deze bescherming te bieden verbetering van de levensstandaard en van de arbeidsvoorwaarden van de werknemer te bevorderen. Het Hof bepaalt wel dat het de lidstaten vrij staat de werkingssfeer in nationale wetgeving te verruimen. In de richtlijn van 1998 is deze jurisprudentie van het Hof opgenomen in art. 5. Dit artikel bepaalt dat tenzij de lidstaten anders bepalen de artikelen 3 en 4 niet van toepassing zijn op een overgang van een onderneming of vestiging wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure. De lidstaten kunnen bepalen dat de gehele richtlijn van toepassing is in een situatie van insolventie, maar ze kunnen ook een tussenpositie innemen. Dit houdt in dat geen sprake is van automatische overgang van werknemers bij een overgang van onderneming maar wanneer er eenmaal werknemers overgaan, ze wel hun rechten behouden. De Nederlandse wetgever heeft geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid de werkingssfeer te verruimen. In 1987 heeft de Hoge Raad bepaald dat de Wet overgang van

³⁷ HvJ 7 februari 1985 *NJ* 1985, 500.

onderneming niet van toepassing is tijdens faillissement.³⁸ Ook de Centrale Raad van Beroep bepaalde in 1986 dat de richtlijn toepassing mist.³⁹ Deze rechtspraak is in 1997 gecodificeerd in art. 7:666 BW.

Dat de Wet overgang van onderneming niet van toepassing is tijdens faillissement heeft tot gevolg dat bij overdracht van de onderneming door de curator, de verkrijger de werknemers en hun rechten en plichten niet hoeft over te nemen. Het voordeel van niet-toepasselijkheid tijdens faillissement is dat de onderneming in afgeslankte vorm kan worden voortgezet (alleen dan zal een doorstart slagen). Daarnaast wordt de verkrijger nu niet geconfronteerd met oude schulden van de vervreemder.⁴⁰ Dit komt de werkgelegenheid in het algemeen en de economie ten goede. De keerzijde is dat individuele werknemers hun baan kwijt raken terwijl de onderneming gewoon doorstart. Als er geen andere mogelijkheden zijn is dit niet zo erg. Het belang van de individuele werknemer moet dan wijken voor het algemeen belang van werkgelegenheid. Als er echter van te voren een doorstart via faillissement beraamd wordt met het doel werknemers van hun arbeidsrechtelijke bescherming te ontdoen, is de niet-toepasselijkheid onwenselijk. We komen hierop terug in hoofdstuk 4.

3.4 De werknemer en het concurrentiebeding

3.4.1 Concurrentiebeding in het algemeen

Een concurrentiebeding is ingevolge art. 7:653 BW een beding tussen de werkgever en de werknemer waarbij deze laatste wordt beperkt in zijn bevoegdheid na het einde van de overeenkomst op zekere wijze werkzaam te zijn.

In de meeste gevallen wordt een concurrentiebeding afgesloten omdat de werkgever wil voorkomen dat de werknemer belangrijke bedrijfsgegevens, knowhow of klanten meeneemt naar een nieuwe werkgever of voor zichzelf begint. Tegenover deze belangen van de werkgever staat het recht van de werknemer na het einde van de arbeidsovereenkomst werkzaam te zijn op de wijze die hij zelf voor ogen heeft. De werknemer heeft voor een bepaald soort functie gekozen en zal vaak in een zelfde soort functie na beëindiging van de arbeidsovereenkomst willen blijven werken.

³⁸ HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988,191.

³⁹ CRvB 29 april 1986, *RSV* 1986,171.

⁴⁰ Artikel 7:663 BW bepaalt namelijk dat de verkrijger nog gedurende een jaar na de overgang hoofdelijk verbonden is voor de nakoming van de verplichtingen uit arbeidsovereenkomst die zijn ontstaan vóór dat tijdstip.

Naast deze individuele rechten en belangen kan het concurrentiebeding ook op een hoger niveau van invloed zijn, bijvoorbeeld op het niveau van de concurrentie tussen bedrijven.

Het concurrentiebeding dient schriftelijk in de arbeidsovereenkomst te zijn neergelegd en te zijn aangegaan met een meerderjarige werknemer, wil het in beginsel rechtsgeldig zijn, art. 7:653 lid 1 BW.

Wanneer een werkgever schadeplichtig is dankzij de wijze waarop hij de arbeidsovereenkomst heeft beëindigd, kan hij geen beroep meer doen op het concurrentiebeding. In het geval dat er met inachtneming van een opzegtermijn en met een CWI-vergunning wordt opgezegd, behoudt het concurrentiebeding wel zijn geldigheid, indien ook voldaan wordt aan de eisen gesteld aan het concurrentiebeding in wetgeving en jurisprudentie. In art. 7:653 BW staat dat de beperking die het concurrentiebeding behelst ziet op een “op zekere wijze werkzaam zijn”. Hieruit kan worden opgemaakt dat het concurrentiebeding in ieder geval moet aangeven welke activiteiten hieronder vallen. Met betrekking tot de geldigheidsduur als de geografische reikwijdte zijn er geen voorschriften in art. 7:653 BW te vinden. Een concurrentiebeding dient wel billijk te zijn. Wordt een concurrentiebeding in rechte getoetst dan dient de rechter een belangenafweging te maken. Onbillijke benadeling van de werknemer door het concurrentiebeding in verhouding tot het belang dat de werkgever hierbij heeft, kan bij rechterlijk vonnis leiden tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van het concurrentiebeding, art. 7:653 lid 2 BW. De rechter zal een concurrentiebeding bijvoorbeeld vernietigen indien een werknemer een concurrentiebeding bij aangaan van een bepaalde functie tekent en hij daarna van functie verandert waardoor het concurrentiebeding onredelijk bezwarend op de werknemer zal drukken.⁴¹ Het concurrentiebeding kan ook onbillijk zijn in het geval dat de werkgever een concurrentiebeding opstelt waarin de werknemer op geen enkele wijze werkzaam mag zijn, of wanneer het te ruim geformuleerd is. In het geval dat het concurrentiebeding een oneindige of onbillijke geldigheidsduur heeft kan de rechter het beding (gedeeltelijk) vernietigen of beperken. Dit geldt overigens ook voor de geografische reikwijdte. Deze kan ook beperkt of (gedeeltelijk) vernietigd worden ingeval deze onbillijk is.

⁴¹ HR 9 maart 1979, NJ 1979, 467.

Wanneer het concurrentiebeding de werknemer in belangrijke mate belemmert anders dan in dienst van de werkgever werkzaam te zijn, kan de rechter bepalen dat voor de duur van de beperking aan de werknemer een vergoeding dient te worden betaald. Deze vergoeding wordt naar billijkheid vastgesteld, art. 7:653 lid 4 BW.

Bij overgang van onderneming gaan, volgens art. 7:663 BW, alle rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en de daar werkzame werknemer van rechtswege over op de verkrijger. Dit geldt ook voor het concurrentiebeding.⁴² De Hoge Raad heeft echter wel uitgemaakt dat de verkrijger niet altijd met een succes een beroep kan doen op het concurrentiebeding. Dit is in het geval dat de werknemer bij het ondertekenen van het beding heeft gedwaald ten aanzien van de aanstaande overgang van en onderneming, en hij dus onder andere omstandigheden gewild heeft te tekenen.⁴³

In de Faillissementswet is op dit moment geen bijzondere regel met betrekking tot het concurrentiebeding opgenomen. Dit brengt mee dat de meerderjarige werknemer in beginsel, wanneer er geen schadeplichtige opzegging plaatsvindt en het concurrentiebeding op juiste wijze is geformuleerd, verplicht is het concurrentiebeding na te komen. Wanneer de werknemer de geldigheid wil beperken of (gedeeltelijk) wil vernietigen dient hij naar de rechter te gaan. De rechter toetst per geval welk belang zwaarwegender is. Hieronder volgen een paar voorbeelden⁴⁴ hoe de kantonrechter in deze gevallen toetst:

De kantonrechter te Amsterdam⁴⁵ heeft het belang van de curator erkend bij handhaving van het concurrentiebeding. Bedoeling was namelijk het bedrijf of onderdelen ervan te verkopen. De kopers stonden erop toe dat het concurrentiebeding gehandhaafd bleef, en boden de werknemers van de failliet ook een arbeidsovereenkomst aan.

In een ander geval,⁴⁶ waar geen sprake was van een mogelijkheid tot verkoop van het failliete bedrijf, was de curator slechts bereid de werknemers te helpen van het

42 HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 235.

43 HR 24 april 1987, *NJ* 1987, 793 bron MDW.

44 P.R.W. Schaik, *Faillissementstrends* (2), *ArbeidsRecht* 2002/6/7, p. 39.

45 Ktr. Amsterdam 29 april 1998, *JOR* 2000, 131.

46 Ktr. Utrecht 12 september 2000, *JOR* 2000, 248.

concurrentiebeding af te komen indien zij daarvoor een zekere vergoeding betaalden. Dit werd niet goedgekeurd, omdat er onvoldoende gewicht was de werknemers tegen te houden.

De kantonrechter te 's-Gravenhage,⁴⁷ oordeelde in een andere zaak dat het schrijnend is dat werknemers in geval van faillissement niet alleen hun baan verliezen, maar ook door het concurrentiebeding beperkt blijven in hun mogelijkheden ergens anders een baan te vinden. In casu stond voldoende vast dat de curator een belang bij de handhaving had, nu een aantal activiteiten geheel of ten dele zijn overgegaan naar een doorstartende onderneming. De curator wilde kennelijk in het belang van de crediteuren voorkomen dat eisers vanuit een andere onderneming de klanten die de doorstartende onderneming van de failliete onderneming heeft overgenomen, benaderen en uitspannen. De kantonrechter rekende het de werknemers in kwestie aan dat zij niet bij de doorstartende onderneming in dienst wilden treden.

Met betrekking tot de doorstarter zelf oordeelde de Rechtbank Roermond, dat de doorstarter zelf geen rechten kan ontlenen aan het concurrentiebeding.⁴⁸ De Hoge Raad heeft hierover beslist dat de verkrijger in faillissement een nieuw concurrentiebeding dient aan te gaan met de overgenomen werknemer.⁴⁹

3.4.2 Wetsvoorstel 28 167

In het kader van het project Marktwerking Deregulering & Wetgevingskwaliteit is er een werkgroep ingesteld die de consequenties van het concurrentiebeding op de flexibiliteit en mobiliteit van werknemer heeft onderzocht. Uit het eindrapport van de MDW-werkgroep⁵⁰ blijkt dat concurrentiebedingen vaak een te ruim bereik hebben en, mede omdat werknemers het beding vaak klakkeloos ondertekenen, dit een belemmering is voor de arbeidsmobiliteit. De MDW-werkgroep heeft een aantal aanbevelingen gedaan en het merendeel hiervan is door de regering overgenomen in het nieuwe voorstel van wet.⁵¹ Dit wetsvoorstel strekt er daarnaast toe nakoming van

47 Ktr 's-Gravenhage 12 december 2001 *JOR* 2001, 42.

48 Rechtbank Roermond 30 oktober 2001 *JOR* 2001/267 en S.A. Tan en R.M.L. Keunen, 'Het concurrentiebeding in faillissement' *ArbeidsRecht* 2003/5 p.18.

49 HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 234.

50 Eindrapport MDW-werkgroep Concurrentiebeding d.d. 21 mei 1997.

51 Wetsvoorstel 28 167.

een concurrentiebeding te verhinderen in een situatie het bedrijf van de werkgever failliet is verklaard, wanneer het belang van de werknemer zwaarwegender is.⁵²

Het wetsvoorstel⁵³ beoogt art. 7:653 BW zo te wijzigen dat een concurrentiebeding alleen geldig kan zijn in het geval de (ex-)werkgever zich verbindt een billijke vergoeding te betalen voor iedere maand dat de beperking voortduurt. De duur van de beperking mag niet langer dan één jaar zijn. Daarnaast beoogt het wetsvoorstel in art. 7:653 BW als voorwaarde de geografische reikwijdte neer te leggen. Het concurrentiebeding verliest niet alleen zijn werking in het geval de werkgever schadeplichtig is naar de werknemer op grond van art. 7:677 lid 1 en 3 BW, maar ook in de gevallen dat de werkgever opzegt in de proeftijd en wanneer de werkgever in staat van faillissement is verklaard. Bij amendement⁵⁴ is voorgesteld een regeling op grond waarvan een werkgever eenzijdig kan afzien van zijn rechten uit hoofde van het beding te treffen. Afzien geldt alleen in een bepaald aantal gevallen. Dit amendement is bij stemming in de Tweede Kamer, net als het wetsvoorstel, aangenomen op 5 oktober 2004. Het ligt nu op goedkeuring te wachten bij de Eerste Kamer.

Gaat de onderneming van de werkgever failliet dan wordt niet meer door de rechter getoetst of het concurrentiebeding al dan niet zijn geldigheid behoudt, maar vervalt het van rechtswege. Dit kan grote gevolgen hebben voor de failliete onderneming die een doorstart wil maken. Een verkrijger wil natuurlijk ook dat de goodwill van een organisatie meegaat. Wanneer bijvoorbeeld sprake is van een kleine specialistische branche en de ex-werknemers van de doorgestarte onderneming kunnen de nieuwe verkrijger direct beconcurreren dan kan de koop helemaal niet rendabel zijn voor de verkrijger. Het gevolg kan zijn dat de koop niet doorgaat en alle werknemers in beginsel, in plaats van alleen de werknemers die niet zijn overgegaan tijdens de doorstart, hun baan zullen verliezen.

Schaink⁵⁵ is van mening dat het concurrentiebeding buiten werking stellen in geval van faillissement veel te ruim is. Kantonrechtters kunnen zelf per geval beoordelen hoe er gehandeld moet worden met betrekking tot het concurrentiebeding. Hij vindt

52 S.A. Tan en R.M.L. Keunen, 'Het concurrentiebeding in faillissement' *ArbeidsRecht* 2003/5 p. 16.

53 Wetsvoorstel 28 167 Wijziging van titel 7.10 (arbeidsovereenkomst) van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het concurrentiebeding. 17 december 2001 Tweede Kamer, vergaderjaar 2001–2002, 28 167, nrs. 1–2.

54 28 167 Wijziging van titel 7.10 van het BW, nummer 26 gewijzigd amendement van de leden Weekers en Jan de Vries ter vervanging van nummer 25.

55 P.R.W. Schaink *Faillissementstrends* (II), *ArbeidsRecht* 2002/6/7 p. 39.

het wetsvoorstel niet evenwichtig omdat uit de rechtspraak blijkt dat kantonrechters nooit het beding volledig schrappen, ook al hebben verschillende kantonrechters verschillende visies.

Onzes inziens heeft de werknemer tijdens faillissement al niet zoveel rechten en wanneer hij een nieuwe baan zoekt mag het concurrentiebeding niet onredelijk bezwarend op hem drukken. De keerzijde is de leegloop van de onderneming terwijl die voortgezet dient te worden om eventueel een doorstart te effectueren, maar die weegt, volgens ons, niet op tegen het recht te kiezen waar de werknemer wil werken nadat de onderneming waar de werknemer gewerkt heeft hem heeft opgezegd wegens het faillissement van zijn werkgever.⁵⁶ Bij een wijziging door de tweede kamer is bepaald dat de nieuwe wet niet geldt ten aanzien van een relatiebeding. Het verschil tussen een concurrentie- en een relatiebeding is niet erg groot. De doorstarter zou daarom met de werknemers een relatiebeding af kunnen spreken in plaats van een concurrentiebeding. Deze behoudt haar geldigheid tijdens faillissement. De vraag is natuurlijk of dit dan geen misbruik van bevoegdheid zal opleveren.

3.5 Medezeggenschap

In sommige gevallen hebben werknemers het recht invloed uit te oefenen op de beslissingen van de ondernemer. Dit kan via een ondernemingsraad (personeelsvertegenwoordiging) of via vakbonden.

Elke onderneming met meer dan vijftig werknemers in dienst is verplicht tot instelling van een ondernemingsraad, art. 2 Wet op de Ondernemingsraden (hierna WOR). De ondernemingsraad wordt gekozen uit het personeel van de onderneming en behartigt de collectieve belangen van de werknemers tegenover de ondernemer. De ondernemingsraad overlegt met de ondernemer op de overlegvergadering art. 23 WOR. Op deze bijeenkomst worden de ondernemingsaangelegenheden besproken waarover overleg wettelijk verplicht is, dan wel door ondernemer of ondernemingsraad wenselijk wordt geacht. De ondernemingsraad heeft een aantal rechten, de belangrijkste drie zijn:

⁵⁶ Zie: R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2000.

- Recht op informatie ex art. 31-31c WOR. De ondernemer is verplicht op verschillende momenten informatie te verschaffen aan de ondernemingsraad. De ondernemingsraad kan ook verzoeken om de informatie.
- Adviesrecht ex art. 25 WOR. Voor sommige beslissingen, bijvoorbeeld overdracht van zeggenschap over de onderneming, is de ondernemer verplicht advies te vragen aan de ondernemingsraad. Als dit advies niet gevraagd wordt of niet wordt nageleefd kan de ondernemingsraad daartegen beroep in stellen bij de ondernemingskamer op grond van art. 26 WOR. Er moet dan echter wel eerst advies worden ingewonnen bij de bedrijfscommissie.
- Instemmingsrecht art. 27 WOR. Voor sommige beslissingen, vooral op het gebied van sociaal beleid, heeft de ondernemer de instemming van de ondernemingsraad nodig.

3.5.1 De rol van de ondernemingsraad tijdens faillissement

De faillissementsaanvraag.

Een faillissement kan aangevraagd worden door de schuldeisers of door de ondernemer zelf. Wanneer een faillissement aangevraagd wordt door de schuldeisers speelt de ondernemingsraad daarbij geen rol, de schuldeisers zijn immers geen ondernemer in de zin van art. 1 lid 1 sub c van de WOR.

Een ondernemer in de zin van die wet is de natuurlijke of rechtspersoon die een onderneming in stand houdt (art. 1 sub d WOR). Vraagt de ondernemer zelf het faillissement aan, is de situatie anders, het gaat dan wél om een besluit van de ondernemer in de zin van de WOR en het besluit kan wellicht onderworpen worden aan het adviesrecht van de ondernemingsraad op grond van art. 25 lid 1 sub c WOR. De werkzaamheden van de onderneming worden immers beëindigd, tenzij de curator de onderneming voortzet en de ondernemer verliest van rechtswege de beschikking over de onderneming.

Noch de WOR noch de Faillissementswet bevatten een bepaling met betrekking tot de rechten van de ondernemingsraad tijdens faillissement. Er bestaat hierdoor onduidelijkheid over de vraag wat de rechten van de ondernemingsraad zijn bij het aanvragen van het faillissement door de ondernemer. Deze onduidelijkheid heeft geleid tot discussie in literatuur en jurisprudentie.

In 1980 oordeelde de Rechtbank 's Hertogenbosch dat de strekking, geschiedenis of tekst van de WOR geen steun geven voor de stelling dat de ondernemingsraad adviesrecht heeft tijdens faillissement. Het wel toekennen van adviesrecht zou volgens de rechtbank het ongewenste gevolg hebben dat er ook beroep ex art. 26 WOR openstaat tegen het aanvragen van het faillissement. De ondernemingskamer moet dan het besluit van de rechtbank gaan heroverwegen, dit vond de rechtbank onwenselijk.⁵⁷

In 2001 heeft de Hoge Raad in de zaak YVC/Ysselwerff⁵⁸ duidelijkheid verschaft, met betrekking tot adviesrecht van de ondernemingsraad in geval van surséance van betaling van de ondernemer. In dit geval is de ondernemingsraad van mening dat het aanvragen van surséance van betaling door de ondernemer een adviesplichtig besluit is, omdat sprake is van een besluit tot beëindiging van de activiteiten van de vennootschap. De Ondernemingskamer van het Amsterdamse Gerechtshof oordeelde dat inderdaad advies gevraagd had moeten worden aan de ondernemingsraad, omdat er een belangrijke wijziging plaatsvond in de bevoegdheidsverdeling door de benoeming van de bewindvoerder. De ondernemer ging in cassatie en de Hoge Raad stelde hem in het gelijk. Het besluit surséance aan te vragen strekt er niet toe een belangrijke wijziging aan te brengen in de organisatie van een onderneming dan wel in de verdeling van de werkzaamheden binnen de onderneming en de surséance tast de organisatie van de onderneming niet aan. De benoeming van een bewindvoerder brengt geen verandering in de interne verdeling van de bevoegdheden, doch beperkt de bevoegdheden van degenen die daden van beheer en beschikking mogen verrichten. De Advocaat-Generaal ging in op de parlementaire discussie over de adviesplichtigheid van besluiten tot het aanvragen van faillissement en daaruit blijkt dat de wetgever het faillissementsrecht en de WOR strikt gescheiden heeft willen houden. De ondernemingsraad heeft dus geen adviesrecht ten aanzien van het besluit tot aanvraag van de surséance. Uit dit arrest kan worden afgeleid dat het aanvragen van het eigen faillissement niet adviesplichtig is omdat, net als bij het aanvragen van surséance van betaling, de werkgever ook zelf zijn faillissement kan aanvragen. Deze uitspraak van de Advocaat-Generaal is in de literatuur als regel aangenomen en wordt er vanuit gegaan dat de ondernemingsraad geen adviesrecht heeft bij het aanvragen van het faillissement. Onzes inziens is de opvatting van de Advocaat-Generaal echter niet geheel juist. Er

57 HR 19 april 1980, NJ 1980, 546.

58 HR 6 juni 2001, NJ 2001, 477 (YVC/Ysselwerff).

is een groot verschil tussen het aanvragen van faillissement en het aanvragen van surséance van betaling. Bij faillissement vindt namelijk verandering van bevoegdheidsverdeling plaats. De ondernemer verliest het beheer en de beschikking over de onderneming en de curator verkrijgt dit. Bij surséance van betaling behoudt de ondernemer het beheer en de beschikking in beginsel. Voor bepaalde handelingen heeft hij echter toestemming nodig van de bewindvoerder. Toch lijkt ons het geheel van toepassing zijn van het adviesrecht niet wenselijk omdat dit onredelijke vertraging met zich mee kan brengen. Wij zijn wel van mening dat de ondernemingsraad betrokken dient te zijn bij het aanvragen van het faillissement. Hierover meer in hoofdstuk 6.

Overigens kan de ondernemingsraad verzet aantekenen tegen het uitgesproken faillissement op grond van art. 10 FW. Dit artikel bepaalt dat elke belanghebbende binnen acht dagen verzet kan aantekenen tegen de uitspraak tot faillissement.

De zaak RWSW/Taak is een voorbeeld waar verzet aangetekend werd tegen het faillissement van de onderneming.⁵⁹ Volgens de ondernemingsraad en de betrokken vakbond was de onderneming ten onrechte failliet verklaard. De Arnhemse rechtbank oordeelde echter dat het faillissement terecht was uitgesproken en liet het derhalve in stand. Slaagt het verzet niet, dan kan de ondernemingsraad nog proberen het faillissement te vernietigen.

Op dit moment is er een voorstel tot nieuwe medezeggenschapswetgeving. Uit het advies van de SER⁶⁰ ten aanzien van de Wet medezeggenschap werknemers blijkt dat een deel van de raad van mening is dat de ondernemingsraad betrokken moet worden bij de aanvraag tot faillissement door de ondernemer zelf. Dit is in hun ogen noodzakelijk omdat er door faillietverklaring vaak ingrijpende beslissingen op de stapel liggen. Het is van belang dat de ondernemingsraad zich over het faillissement moet kunnen uitspreken voordat de rechter dit doet. Een deel van de raad stelt voor dat de rechter bij behandeling van het verzoek om faillietverklaring de ondernemingsraad hoort.⁶¹ Het andere deel van de SER vindt uitbreiding van de bevoegdheden van de ondernemingsraad bij aanvraag van het faillissement niet nodig omdat er genoeg andere middelen ter beschikking gesteld worden aan de

59 OK 13 januari 2004, *JAR* 2004, 46.

60 SER advies Wet op de ondernemingsraden 19 december 2003 nr. 03/12.

61 SER advies Wet op de Ondernemingsraden 19 december 2003 nr 03/12.

ondernemingsraad. Dit deel van de raad vindt het ook onwenselijk dat, doordat de ondernemingsraad betrokken moet worden, ruchtbaarheid aan het faillissement wordt gegeven voordat het uitgesproken is.⁶² In het uiteindelijke wetsvoorstel worden de bevoegdheden van de ondernemingsraad niet uitgebreid ten aanzien van het aanvragen van het eigen faillissement door de werkgever. In onze ogen was dit een goede maatregel geweest. Bij het aanvragen van het faillissement wordt er vooral gekeken naar de belangen van de crediteuren in het algemeen. De werknemer is echter een bijzondere crediteur en verdient daarom meer bescherming. Het betrekken van de ondernemingsraad bij de aanvraag van het faillissement zorgt ervoor dat er in ieder geval rekening gehouden wordt met de bijzondere belangen van de werknemer. Wij zijn aldus van mening dat de ondernemingsraad meer bevoegdheden moet krijgen voor of tijdens het faillissement van de werkgever. In hoofdstuk zes zullen we gaan kijken hoe deze bevoegdheden invulling moeten krijgen.

De ondernemingsraad heeft een beperkte vorm van zeggenschap bij structuurvennootschappen,⁶³ namelijk via de Raad van Commissarissen. De Raad van Commissarissen moet namelijk goedkeuring verlenen aan het besluit van het bestuur tot aangifte van faillissement op grond van art. 2:164/2:274 sub i BW. Voor eenderde van de commissarissen mag de ondernemingsraad een bindende voordracht doen, art. 2:158/2:268 lid 6 BW. De ondernemingsraad heeft dus een beperkte mogelijkheid tot het uitoefenen van invloed. Het is maar de vraag of de 'ondernemingsraad'-commissaris stemt in overeenstemming met de wensen van de ondernemingsraad. De ondernemingsraad kan hem geen verplichtingen opleggen.

3.5.2 Na datum van faillietverklaring

Nadat de onderneming failliet is verklaard, blijven de medezeggenschapsregels een rol spelen. Als de curator de onderneming wil voortzetten zal hij als ondernemer in de zin van de WOR worden aangemerkt, hij is namelijk de natuurlijke persoon die de onderneming in stand houdt. De ondernemingsraad vindt zijn bestaansrecht namelijk niet in het bestaan van de, al dan niet failliete, onderneming maar in het bestaan van de vennootschap.⁶⁴ Als de curator een besluit in de zin van art. 25 WOR neemt zal hij gewoon advies moeten inwinnen bij de ondernemingsraad. Door de bijzondere

⁶² SER advies Wet op de Ondernemingsraden 19 december 2003 nr. 03/12.

⁶³ Grotere BV's en NV's die verplicht of vrijwillig het structuurregime hebben ingesteld.

⁶⁴ M.F.H Broekman, De ondernemingsraad en faillissement, *Arbeidrecht* 1999/4 p. 10.

situatie zal hij wel van de ondernemingsraad mogen eisen dat deze sneller met een advies komt en zal hij zijn besluiten niet zo uitdrukkelijk hoeven te motiveren.

3.5.3 Art. 7:665a Burgerlijk Wetboek

Art. 7:665a BW bepaalt dat wanneer geen ondernemingsraad of personeelsvertegenwoordiging is ingesteld, de werkgever de werknemers die betrokken zijn bij de overgang van onderneming in kennis stelt van:

- het voorgenomen besluit tot overgang;
- de voorgenomen datum van overgang;
- de reden van overgang;
- de juridische, economische en sociale gevolgen van de overgang voor de werknemers;
- de ten aanzien van de werknemers overwogen maatregelen.

Art. 7:666 BW bepaalt dat de artikelen 7:662 tot en met 7:665 BW niet van toepassing zijn tijdens faillissement, art. 7:665a BW geldt dus wel. Dit betekent dat als de failliete werkgever de onderneming wil overdragen hij informatie moet geven aan de betrokken werknemers.

3.5.4 Vakbonden

Ook de vakbonden kunnen verzet aantekenen tegen een faillietverklaring. In de zaak RWSW/Taak was de vakbond AbvaKabo ook betrokken bij de procedure. De vakbond kan zeggenschap uitoefenen via de SER fusie gedragsregels.⁶⁵ In deze regeling wordt onder een fusie verstaan verkrijging of overdracht van de zeggenschap over een onderneming of een onderdeel ervan, alsmede de vorming van een samenstel van ondernemingen (art. 1 lid 1 sub d SER fusie gedragsregels). Bij faillissement wordt de zeggenschap overgedragen, er is derhalve sprake van een fusie in de zin van de SER-fusiegedragsregels. De SER-fusiecode is ook van toepassing tijdens insolventie van de werkgever. De voormalige Commissie van fusieaangelegenheden heeft dit meerdere malen aangegeven. De fusie moet worden gemeld en de vakbonden moeten in de gelegenheid gesteld worden hun mening te geven. De bonden hebben echter geen goedkeuringsrecht. De melding moet worden gedaan indien bij de fusie minimaal een onderneming is betrokken waarbij vijftig mensen werkzaam zijn (art. 2 SER fusie gedragsregels). De bij de fusie betrokken partijen dienen de bonden onder meer inzicht te geven in de beweegredenen van de fusie en

⁶⁵ Deze regels zijn tot stand gekomen door een SER-besluit in 1975.

de gevolgen voor de werknemers.⁶⁶ De vakbonden kunnen ook gebruik maken van het enquêterecht.⁶⁷ In de zaak Ysselwerff besliste de Ondernemingskamer niet alleen dat de WOR van toepassing was, maar wees ook het verzoek tot een enquêteprocedure toe.⁶⁸

66 R.M Beltzer, 'De rechtspositie van werknemers bij surséance van betaling en faillissement', in: L.G. Verburg, W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2003, p. 253.

67 J.H.M Willems, 'De richtlijn overgang van ondernemingen en oneigenlijke faillissementen en surséance', *Nederlands tijdschrift voor sociaal recht* 2000-7/98, p 198-206.

68 OK 21 oktober 1999, JOR 1999/228.

4 Doorstart en misbruik

4.1 Doorstart

Krijgt een bedrijf te maken met teruglopende bedrijfsresultaten, dan zal het genoodzaakt worden tot reorganisaties om de kosten te beperken. Een van de hoogste kosten van een onderneming zijn namelijk de personeelskosten. Reorganisaties en de afvloeiing van het personeel kunnen een onderneming veel geld kosten. Zo moet hierbij het anciënniteitsbeginsel worden gehanteerd, terwijl de werknemers die het langst in dienst zijn misschien juist na reorganisatie wel niet meer nodig zijn. Een veel goedkopere manier om personeelsmutaties te realiseren is te zorgen dat het faillissement wordt aangevraagd om vervolgens in een nieuwe vorm, met alleen de werknemers die daadwerkelijk nodig zijn, door te starten. Onder een doorstart wordt verstaan het (laten) afsterven van de onderneming door middel van het faillissement om vervolgens (onderdelen van) dezelfde onderneming in een nieuwe rechtsvorm voort te zetten.⁶⁹ Door het vrijwel ontbreken van arbeidsrechtelijke bescherming is doorstarten een aantrekkelijk middel voor reorganisatie. Tijdens faillissement geldt art. 6 lid 2 c BBA niet, waardoor geen toestemming voor ontslag aangevraagd hoeft te worden bij de CWI. De curator heeft de bevoegdheid de arbeidsovereenkomst op te zeggen. De bijzondere opzegtermijn van art. 40 FW is van toepassing, waardoor het mogelijk is dat de opzegtermijn korter is dan buiten het faillissement.

Daarnaast zijn de regels van overgang van onderneming niet van toepassing bij de doorstart (art. 7:666 BW) hetgeen meebrengt dat de verkrijger geen verplichtingen heeft de werknemers in de onderneming over te nemen. Wil hij toch werknemers uit de failliete organisatie overnemen, kan hij vrijelijk onderhandelen over loon en andere arbeidsvoorwaarden. Wordt hij als een opvolgend werkgever beschouwd, dan mag hij niet opnieuw een proeftijd bedingen, gaat de werknemer echter andere werkzaamheden verrichten dan mag het wel.

69 R.M. Beltzer, 'De rechtspositie van werknemers bij surséance van betaling en faillissement' in: L.G. Verburg, W.A. Zondag (red), *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisatie*, Deventer: Kluwer 2003 p. 243.

Een doorstart (overname) kan op twee manieren gerealiseerd worden. De eerste manier om de overname van een failliete onderneming te realiseren is een bedrijfsfusie. Bij een bedrijfsfusie neemt één van de fusiepartners de ander over, dit gebeurt door middel van een activa/passiva transactie.⁷⁰ De overnemende onderneming koopt alle bedrijfsonderdelen van de failliete onderneming en kan de onderneming vervolgens in afgeslankte vorm voortzetten. De overnemende onderneming kan zelf kiezen welke bedrijfsonderdelen hij al dan niet overneemt, op deze manier kan er een drastische sanering tot stand komen waarbij veel kosten bespaard worden.⁷¹ De commerciële schade is bij een bedrijfsfusie echter zeer groot. Het vertrouwen van leveranciers, financiers, afnemers en andere betrokkenen in de onderneming is geschonden. De voortzettende ondernemer zal moeten investeren om het vertrouwen te herstellen.⁷²

De tweede manier om een doorstart te realiseren is door middel van een aandelenfusie. De overnemende onderneming koopt dan alle aandelen van de failliete onderneming zodat die een dochter wordt van de overnemende onderneming. De rechten en plichten blijven bij de failliete onderneming, zij krijgt slechts een andere aandeelhouder. De situatie van insolventie bestaat dus nog steeds bij de onderneming, de nieuwe aandeelhouder zal aldus middelen ter beschikking moeten stellen om de onderneming te saneren. Het voordeel van aandelenfusie boven bedrijfsfusie is wel dat niet alle bedrijfsonderdelen apart overgenomen moeten worden en de duurovereenkomsten gewoon kunnen worden voortgezet. De compensabele verliezen kunnen worden gebruikt om een belastingparing te realiseren⁷³.

Doorstarten heeft veel voordelen maar de ondernemer loopt wel een bepaald risico. De volgende valkuilen zijn er bij het realiseren van een doorstart:

- de gezonde onderdelen van de onderneming blijken achteraf niet gezond te zijn;
- de curator vecht de doorstart aan omdat schuldeisers benadeeld zijn;

70 Buiten faillissement zijn drie mogelijkheden om tot een overname van een onderneming te komen maar de juridische fusie kan niet gebruikt worden als een van de fuserende ondernemingen failliet is 2:308 lid 6 BW. Doorstarten door middel van juridische splitsing is daarentegen wel mogelijk.

71 H.B. Oosthout, 'De weging van doorstartscenario's en de betekenis van de fiscale verliezen daarin', *TvI* 2001-4.

72 H.B. Oosthout, *De doorstart van een insolvente onderneming niks of phoenix*, Deventer: Kluwer 1998.

73 H.B. Oosthout, 'De weging van doorstartscenario's en de betekenis van fiscale verliezen daarin', *TvI* 2001-4.

- de ondernemer wordt aansprakelijk gesteld op grond van bestuurders-aansprakelijkheid;
- de doorstart heeft uiteindelijk te veel geld gekost.

Daarnaast is het lastig een doorstart te laten financieren. De bank is bij faillissement meestal de grootste schuldeiser en zal dus niet direct instemmen met een doorstart, omdat zij wellicht niet al haar vorderingen voldaan ziet worden. Voor de doorstart zullen dus nieuwe financiers gevonden moeten worden hetgeen erg moeilijk kan zijn voor een insolvente onderneming.⁷⁴

Wanneer een doorstart gerealiseerd wordt, zal de curator in sommige gevallen met de verkrijgende onderneming (doorstarter) afspreken dat deze het personeel een nieuwe arbeidsovereenkomst zal aanbieden. Hierdoor kan de curator enerzijds de werkgelegenheid behouden en anderzijds belemmert hij de doorstarter niet al te veel. De Hoge Raad heeft in het Taxicentrale arrest⁷⁵ bepaald dat deze overeenkomst tussen curator en doorstarter beschouwd moet worden als een derdenbeding. In dit arrest ging een taxicentrale failliet. De curator had met de koper afgesproken dat alle werknemers een nieuw arbeidscontract aangeboden kregen. Een werkneemster kreeg echter een contract aangeboden dat veel minder uren inhield dan het contract bij de failliete ondernemer. De rechtbank oordeelde dat er sprake is van een derdenbeding en dat de werknemers daardoor nakoming ervan kunnen vorderen. Hiernaast bepaalde de rechtbank dat er in redelijkheid niets anders bedoeld kan zijn dan dat de werknemers hun werk zouden behouden. De werkneemster in kwestie mocht aldus verwachten dat de aan haar aan te bieden arbeidsovereenkomst in aard en omvang in grote lijnen overeen zal komen met de arbeidsovereenkomst die zij had bij de failliete onderneming. De Hoge Raad liet deze uitspraak in stand. Deze uitspraak lijkt in eerste instantie zeer positief voor de werknemers. Het kan echter tot gevolg hebben dat curator en doorstarter niets meer samen afspreken omdat de werknemers rechten kunnen ontlenen aan het derdenbeding jegens de doorstarter. Dit is ten nadele van de werknemers.

Wordt het faillissement alleen aangevraagd om een doorstart te realiseren dan spreken we van een technisch faillissement. Na het faillissement worden uit de failliete boedel de gezonde onderdelen overgenomen en daarmee wordt het bedrijf voortgezet.

⁷⁴ <http://www.kvk.nl/artikel/artikel.asp?artikelID=43758&SectieID=2>.

⁷⁵ HR 1 oktober 2004, JAR 2004, 257.

In 1996 is door het Hugo Sinzheimer Instituut onderzoek gedaan naar doorstarten in opdracht van het Ministerie van Justitie. Aanleiding van het onderzoek waren vragen van de kamerleden Vreeman en Rosenmöller over de praktijk van het doorstarten, nadat vanuit de vakbeweging was gesignaleerd dat ondernemingen in toenemende mate gebruik zouden maken van het middel van faillissement om arbeidsrechtelijke bescherming te omzeilen. Uit dit onderzoek bleek dat in tweederde van de onderzochte gevallen (een deel van) de onderneming werd verkocht. In vijftien procent van deze gevallen werden de bedrijfsactiviteiten ook daadwerkelijk voortgezet.

Om van doorstart te kunnen spreken moeten banden bestaan tussen de vervreemder en de verkrijger. In meer dan de helft van de gevallen was sprake van een dergelijk verband. In veertig procent van de gevallen is geprobeerd een doorstart tot stand te brengen. In één op de vijf gevallen van een doorstart was ontslag van personeel een belangrijke reden geweest voor het aanvragen van het faillissement.⁷⁶ Het ministerie heeft vervolgens geen dieper onderzoek gedaan naar misbruik van faillissement. Het lijkt erop dat de minister meende dat de art. 10 en 11 van de FW voldoende waarborgen boden.⁷⁷

4.1 Misbruik

Halverwege de jaren '90 kwam het idee op dat een doorstart oneigenlijk faillissementsgebruik kan opleveren.⁷⁸ De faillissementsprocedure kan namelijk gebruikt worden om het arbeidsrecht te omzeilen. Het oorspronkelijke doel van het faillissement:

-vereffenen en liquideren- wordt niet bereikt omdat de onderneming feitelijk voortgezet wordt. Het faillissement wordt alleen maar aangewend als middel om van overtollig personeel af te komen. In dit geval is er sprake van détournement de pouvoir. Noch de richtlijn noch de Nederlandse wet geven aan wanneer sprake is van misbruik van faillissementsrecht.

⁷⁶ R. Knegt, *Faillissement en selectief ontslag een onderzoek naar oneigenlijk gebruik van de faillissement*, Amsterdam: HSI 1996.

⁷⁷ R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2000 p. 159.

⁷⁸ R.M Beltzer 'Doorstart en misbruik van faillissementsrecht' in: L.G. Verburg, W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke aspecten van reorganisaties*, Deventer: Kluwer 2003, p. 244.

Op grond van art. 3:13 BW kan iemand een bevoegdheid niet invoeren voorzover hij haar misbruikt. Dit is een handvat om te beoordelen of misbruik gemaakt wordt van het faillissementsrecht. Het tweede lid van art. 3:13 BW bepaalt dat een bevoegdheid kan worden misbruikt op de volgende wijzen:

- door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden;
- door haar uit te oefenen met een ander doel dan waarvoor ze is verleend;
- indien men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot uitoefening had kunnen komen.

Wanneer het faillissement wordt aangewend zonder dat het doel vereffenen van de boedel is kan aangevoerd worden dat een misbruiksituatie ontstaat.

Toepassing van het leerstuk misbruik van recht in het faillissementsrecht werd aanvaard in het arrest van de Hoge Raad 7 oktober 1983.⁷⁹ Het ging in dit geval om een aanvraag door schuldeisers. In het geval geen oogmerk bestaat de onderneming in afgeslankte versie voort te zetten wordt misbruik van faillissementsrecht om werknemers buiten spel te zetten niet aannemelijk geacht.⁸⁰ In de zaak Ammerlaan vernietigde de Hoge Raad voor het eerst een faillissement wegens misbruik van bevoegdheid. Op dat moment had de werknemer hier echter nog niets aan omdat het ontslag geldig bleef op grond van 13 FW. Echter met de komst van Richtlijn 98/50 werden lidstaten verplicht, op grond van art. 5 lid 4, de nodige maatregelen te treffen frauduleuze insolventieprocedures, met het doel de werknemers van de in de richtlijn bedoelde rechten te beroven, te voorkomen. Deze bepaling is door de Nederlandse wetgever onder andere geïmplementeerd in art. 13a FW.

Artikel 13a FW bepaalt:

“Indien de faillietverklaring wordt vernietigd wordt de opzegging van de arbeidsovereenkomst door een curator, in afwijking van art. 13 FW met terugwerkende kracht beheerst door de wettelijke overeengekomen regels die van toepassing zijn buiten faillissement, met dien verstande dat de termijnen bedoeld in art. 7:683 lid 1 en 2 BW en in art. 9 lid 3 BBA aanvragen op het tijdstip waarop het faillissement wordt vernietigd.”

⁷⁹ HR 7 oktober 1983, *NJ* 1984, 74.

⁸⁰ Hof 's Gravenhage 9 juli 2002, *JAR* 2002/204.

Gevolg hiervan is dat de ontslagen werknemer, na vernietiging van het faillissement, het gegeven ontslag kan vernietigen op grond van art. 9 juncto 6 BBA. De curator heeft namelijk geen toestemming gevraagd aan de CWI om de werknemer te ontslaan, dit was immers niet nodig tijdens faillissement. Aangezien zonder ontslagvergunning is ontslagen kan de werknemer pleiten dat de arbeidsovereenkomst nooit is opgezegd en hij nog in dienst is bij de werkgever.

Een andere mogelijkheid voor de ontslagen werknemer is een schadevergoeding vorderen wegens onregelmatige opzegging wanneer de verkorte opzegtermijn van art. 40 FW is toegepast. Ten slotte kan de werknemer zich beroepen op de kennelijke onredelijkheid van de opzegging en een schadevergoeding vorderen. Is sprake van overgang van onderneming tijdens het faillissement, dan kan de werknemer zich ook nog beroepen op de Wet overgang van onderneming. Werknemer is, wanneer sprake is van een overgang van onderneming als bedoeld in art. 7:662 BW, in dienst getreden bij de verkrijger. Een beroep kan gedaan worden op het opzegverbod wegens overgang van onderneming, art. 7:670 lid 8 BW. De overdracht aan de verkrijger blijft in stand na vernietiging van het faillissement.⁸¹

De Nederlandse wetgever is met de implementatie van de richtlijn overgang van ondernemingen overigens verder gegaan dan dat de richtlijn voorschreef. De richtlijn verplicht namelijk lidstaten maatregelen te nemen om te voorkomen dat de arbeidsrechtelijke bescherming omzeild wordt in het kader van overgang van onderneming, terwijl de Nederlandse regeling ook geldt in het geval geen overgang is. Art. 13a FW spreekt namelijk over elke faillietverklaring. Het gebruik maken van misbruik van bevoegdheid in combinatie met art. 13a FW is dus een uitstekend middel om het omzeilen van arbeidsrechtelijke bescherming door het aanvragen van het faillissement te redresseren. De vraag die hierbij ontstaat is echter wanneer sprake is van misbruik van bevoegdheid.

De wetsbepaling biedt an sich weinig aanknopingspunten om vast te stellen wanneer er misbruik gemaakt wordt van het aanvragen van het eigen faillissement. Aan de hand van rechtspraak zal daarom een norm geformuleerd moeten worden. De rechter heeft al een aantal keren moeten oordelen over de vraag of een werkgever misbruik maakt van zijn bevoegdheid door het faillissement aan te vragen. Wij zullen

⁸¹ Kamerstukken II vergaderjaar 2000/2001 26469 nr. 3 p.17.

een overzicht geven van deze jurisprudentie en aan de hand daarvan proberen te formuleren wanneer sprake is van misbruik van bevoegdheid.

4.2.1 Misbruikjurisprudentie: toekenningen

In de hiernavolgende uitspraken werd misbruik van bevoegdheid aannemelijk geacht..

4.2.1.1 Ammerlaan

De rechter kwam op 10 januari 1996 in de zaak Ammerlaan⁸² tot een oplossing voor het groeiende aantal “technische faillissementen” die aangevraagd werden om de arbeidsrechtelijke bescherming te omzeilen.

Ammerlaan was een bedrijf dat zich bezig hield met bouwen van kassen in het Westland. Het bedrijf was een eenmanszaak dat het juridisch karakter had van een concern. Het omvatte tientallen rechtspersonen overkoepeld door een houdermaatschappij. Toen het slecht ging met het bedrijf werd besloten een aantal medewerkers van een dochtermaatschappij te ontslaan. Bij de kantonrechter werd ontbinding aangevraagd voor deze arbeidsovereenkomsten. De kantonrechter wees deze vordering echter niet toe omdat hij eerst meer informatie wilde. Toen de ontbinding niet lukte besloot de werkgever het op een andere wijze te proberen en het faillissement aan te vragen. Het faillissement werd verleend en de curator maakte gebruik van zijn bevoegdheid de werknemers, op relatief simpele wijze, te ontslaan. De werknemers kwamen in verzet tegen de faillissementsuitspraak, zij stelden dat het faillissement louter erop gericht was hen te ontslaan. De rechtbank gaf de werknemers ongelijk, maar in beroep bij het

Hof ‘s-Gravenhage werden de werknemers alsnog in het gelijk gesteld. Het Hof oordeelde “dat geïntimeerde haar eigen faillissement heeft aangevraagd met het vooropgezette doel afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming waarop appellanten aanspraak hebben.” Dit levert volgens het Hof misbruik van bevoegdheid op en de faillissementsbeschikking werd vernietigd. De werknemers hadden echter weinig aan deze uitspraak omdat art. 13 FW bepaalt dat de ontslagen geldig blijven (en art. 13a FW toen nog niet bestond). Om toch nog iets van genoegdoening te verkrijgen daagden de werknemers het concern en Ammerlaan op persoonlijke titel in

⁸² Hof ‘s Gravenhage 10 januari 1996, *NJ* 1997, 15.

kort-geding voor de rechtbank. Een schadevergoeding van fl 150.000,- werd aan betrokken werknemers toegekend wegens de onrechtmatige daad die tegen hen was gepleegd.

4.2.1.2 MTW/Vermaat FNV

Misbruik van bevoegdheid door het eigen faillissement aan te vragen is met het arrest van 29 juni 2001 door de Hoge Raad wederom aangenomen in de zaak MTW/Vermaat FNV.⁸³ In 1995 beëindigde MTW haar bedrijfsactiviteiten. Middels een sociaal plan met FNV en CNV was afgesproken dat MTW in stand zou blijven voor de afwikkeling van de sociale problemen van de werknemers. In 2000 was voor vier werknemers nog steeds geen oplossing gevonden. MTW vroeg vervolgens op 23 november 2000 haar eigen faillissement aan. De werknemers kwamen in verzet hiertegen waarop de rechtbank dit verzet gegrond heeft verklaard. De rechtbank achtte aannemelijk dat het besluit het faillissement aan te vragen in direct verband stond met de door de betrokken werknemers genoten arbeidsrechtelijke bescherming en de daaraan verbonden consequenties. Het hof bekrachtigde dit vonnis. Volgens het hof had de vennootschap haar bevoegdheid tot het doen van aangifte tot faillietverklaring uitgeoefend met een ander doel dan waarvoor deze verleend was, namelijk om door deze aangifte haar verplichtingen tegenover haar werknemers te omzeilen. MTW ging in cassatie, echter de gronden in cassatie werden door de Hoge Raad verworpen. De Hoge Raad was van mening dat bij de beoordeling van de vraag of een bevoegdheid is misbruikt geen belangenafweging hoeft plaats te vinden.

4.2.1.3 De Boek/Van Gorp

Een recent arrest van de Hoge Raad betreffende misbruik van faillissementsrecht is het arrest van 28 mei 2004, De Boek/Van Gorp.⁸⁴ Werknemer Van Gorp was sinds 1997 in dienst bij de drukkerij van Van der Schoot Destil BV. Omstreeks maart 1997 vroeg de directeur van Van der Schoot Destil BV of hij mee over wilde gaan naar de door De Boek op te richten nieuwe drukkerij (Digicolor). Na aarzeling stemde van Gorp hiermee in. Vervolgens verzocht De Boek een paar maanden later bij de kantonrechter ontbinding van de arbeidsovereenkomst van Van Gorp wegens onbekwaamheid en vertrouwensbreuk. Het verzoek wordt afgewezen. Hieropvolgend

⁸³ HR 29 juni 2001, *JOR* 2001, 169.

⁸⁴ HR 28 mei 2004, *JOL* 2004, 281.

vroeg Digicolor zelf zijn faillissement aan, en een week later startte de zoon van De Boek in samenwerking met Chardimar BV een nieuwe V.O.F.

Chardimar BV kreeg een winstaandeel van 80%. De Boek was enig bestuurder van Chardimar BV (net als van Digicolor). De V.O.F. exploiteerde de drukkerij in een van Disco Onroerend Goed B.V. gehuurd pand. Disco Onroerend Goed B.V. had als enig bestuurder De Boek en Chardimar BV is indirect aandeelhouder ervan. Van Gorp stelde zich op het standpunt dat de Boek onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld, aangezien hij enig werknemer was en De Boek volgens hem als enig doel had van de arbeidsovereenkomst met Van Gorp af te komen. De Rechtbank was van mening dat dit onvoldoende was komen vast te staan. Het Hof had echter een andere mening.

Aangezien in de nieuwe VOF dezelfde activiteiten plaatsvonden was het Hof van mening dat het faillissement was aangevraagd met het vooropgestelde doel van de werknemer af te komen, zeker omdat hij enig werknemer was. De Boek werd veroordeeld schadevergoeding te betalen aan Van Gorp, die werd vastgesteld aan de hand van de kantonrechtersformule, inclusief de periode dat hij in dienst was bij Van der Schoot Destil BV. De Hoge Raad was van mening dat geen sprake is van een onjuiste rechtsopvatting van het Hof.

De Hoge Raad acht hier De Boek als bestuurder tevens persoonlijk aansprakelijk wegens onrechtmatige daad. De Boek had met het faillissement het vooropgezette doel te bewerkstelligen dat de activiteiten ook zonder van Gorp konden worden voortgezet. Naast vernietiging van het faillissement bestaat dus de mogelijkheid de bestuurder aansprakelijk te stellen.

4.2.2 Misbruikjurisprudentie: afwijzingen

In de navolgende uitspraken werd geoordeeld dat geen sprake was van misbruik van bevoegdheid.

4.2.2.1 Plaid Nederland B.V.⁸⁵

Plaid US besloot financiering aan Plaid Nederland te staken, hierdoor was Plaid Nederland genoodzaakt haar eigen faillissement aan te vragen. De rechtbank Rotterdam oordeelde dat er sprake is geweest van misbruik van bevoegdheid omdat de aanvraag het directe gevolg is van het stopzetten van de financiering. Plaid US mag bij de verandering in de organisatie van de producten in Europa niet voorbijgaan aan de belangen van de werknemers. Het Hof vernietigde dit vonnis. Het hof oordeelde dat er geen misbruik van bevoegdheid is omdat Plaid Nederland en Plaid US niet met elkaar vereenzelvigd mogen worden. Plaid US was gerechtigd de voorschotten te staken en het hof achtte het van belang dat Plaid US voornemens is de distributiecentra in Europa te sluiten.

4.2.2.2 M + Input Services B.V.⁸⁶

M+ input werd door de Rechtbank 's-Gravenhage op eigen verzoek failliet verklaard. In het daartegen ingestelde hoger beroep oordeelde het Hof dat M+ geen misbruik heeft gemaakt van haar bevoegdheid. Volgens het hof was voldoende aannemelijk geworden dat M+ een doorstart zou maken , waarbij de activiteiten van de onderneming zouden worden voortgezet met zes werknemers. Het Hof oordeelde dat M+ hierbij geen misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt omdat niet kan worden gezegd dat M+ haar faillissement heeft aangevraagd met geen ander doel dan om een deel van haar werknemers te benadelen, omdat de faillissementsaanvraag mede ten doel had de belangen van haar moedermaatschappij, haar directeur en enige andere werknemers te dienen.

4.2.2.3 Armada Imagement B.V.

Armada Imagement BV vraagt haar eigen faillissement aan. De werknemers gaan in verzet tegen de eigen aanvraag. Het hof overweegde dat de Faillissementswet geen voorschriften kent voor welke doeleinden een faillissementsaanvraag mag worden gebruikt. Indien de aanvrager verkeert in een toestand dat hij heeft opgehouden te betalen, komt hem de (discretionaire) bevoegdheid toe zijn faillissement aan te vragen, zodat langs die weg een ordelijke afwikkeling jegens de crediteuren kan worden verkregen. Het hof achtte het niet uitgesloten dat een faillissementsaanvraag

⁸⁵ Rb. Rotterdam 31 mei 2002, *JAR* 2002, 150, Hof 's Gravenhage 9 juli 2002, *JAR* 2002, 204.

⁸⁶ Hof 's-Gravenhage 26 november 2002, *JOR* 2003, 47.

die mede ten doel heeft gehad de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers te ondergraven, misbruik van bevoegdheid kan opleveren. Dit is hier niet het geval omdat er verschillende pogingen zijn gedaan een reorganisatie op een andere manier te bewerkstelligen. Er is geen misbruik van bevoegdheid volgens het hof en de werknemers zijn ook niet op onevenredige wijze geschaad in hun belangen.

4.2.2.4 Info Opleiders B.V.⁸⁷

De moedermaatschappij van Info Opleiders, Content Beheer, besloot tot intrekken van haar gedeponeerde 403-verklaring in. Acht dagen later vroeg dochtermaatschappij haar eigen faillissement aan. De werknemers gaan in verzet maar krijgen geen gelijk van de rechtbank. De rechtbank overwoog dat Info Opleiders ten tijde van het intrekken van de 403-verklaring niet meer in staat was de salarissen te betalen of een sociaal plan te financieren. De verplichting een volledig onrendabele dochter in stand te houden kan volgens de rechtbank niet in de 403-verklaring worden gelezen.

4.2.2.5 Multin Design & Development B.V.⁸⁸

Ondernemer had de kantonrechter verzocht de arbeidsovereenkomsten van negen werknemers te ontbinden. De kantonrechter wees dit verzoek af wegens schending van het anciënniteitsbeginsel. Later vroeg Multin Design haar eigen faillissement aan. De rechtbank oordeelde in de verzetprocedure dat er geen sprake was van misbruik van bevoegdheid. Multin was in ernstige betalingsmoeilijkheden komen te verkeren en heeft aannemelijk gemaakt dat het aanvragen van het faillissement de enige uitweg was. Van Multin kon niet verwacht worden dat zij zou doorgaan met werknemers die minder goed in de gereorganiseerde bedrijfsvorm zouden passen, terwijl ze de werknemers waarvoor dat niet gold zou ontslaan.

4.2.2.6 HRS Detachering B.V.⁸⁹

Tussen werknemer en HRS was sprake van een arbeidsconflict. HRS vraagt faillissement aan. Een werknemer komt in verzet. HRS had advies ingewonnen over de vraag of het zinvol is de B.V. te laten faillieren in het verband met het arbeidsconflict. Het advies was negatief maar HRS vraagt toch haar eigen faillissement aan. Volgens de rechtbank is er geen sprake van misbruik omdat niet is vast komen te

87 Rb. 's-Gravenhage 14 mei 2003, *JOR* 2003, 215

88 Rb. 's-Gravenhage 3 juni 2004, *JOR* 2004, 217.

89 Hof Leeuwarden 25 augustus 2004, LJV AR 2549.

staan dat de handelingen van HRS uitsluitend dan wel met het voornaamste doel zijn verricht met het oogmerk om de werknemer zijn arbeidsrechtelijke bescherming te ontnemen.

4.2.3 Misbruik of toch niet?

Het is niet eenvoudig aan de hand van deze rechtspraak eenduidig vast te stellen wanneer er sprake is van misbruik van bevoegdheid. In de literatuur is al enige tijd een discussie gaande over de vraag of het afbreuk doen aan arbeidsrechtelijke bescherming de enige reden voor aanvraag van het faillissement moet zijn of dat het ook voldoende is dat het de voornaamste reden is. In de literatuur wordt onder andere door Kortmann⁹⁰, Vriesendorp,⁹¹ Van der Grinten, Faber en Van Eeghen een zeer beperkte werking aangehangen. Volgens hen is slechts sprake van misbruik indien afbreuk doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers het enige doel van de faillissementsaanvraag is.

Beltzer,⁹² Jacobs⁹³ en Van der Voet⁹⁴ zijn daarentegen van mening dat ook sprake van misbruik van faillissement kan zijn als het afbreuk doen aan de bescherming van werknemers niet het enige vooropgezette doel is voor het aanvragen van het faillissement.⁹⁵ Zij zijn van mening dat een faillissementsaanvraag misbruik van bevoegdheid oplevert als ze hoofdzakelijk gebruikt wordt om de werknemersbescherming te omzeilen. Oosthout⁹⁶ is van mening dat sprake is van oneigenlijk gebruik van faillissement indien het 'lozen van de werknemers' de doorslaggevende reden voor de faillissementsaanvraag is geweest terwijl de financiële toestand van de vennootschap op het moment van de faillissementsaanvraag zodanig was dat zij een sanering van het werknemersbestand buiten faillissement inclusief doorlooptijd en sociaal plan had kunnen dragen zonder dat de continuïteit in gevaar zou komen. Advocaat-Generaal Langemeijer schrijft in zijn conclusie bij het arrest MTW/Vermaat: "zou voor het aannemen van oneigenlijk gebruik de eis worden gesteld dat de faillissementsaanvraag enkel en uitsluitend geschiedt met het doel de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers te ontgaan, dan is dat slechts zeer moeilijk aan te tonen. De rechter doet er dus verstandig aan alle omstandigheden van het

90 Noot bij Ammerlaan, Hof den Bosch 10 januari 1996, *JOR* 1996,16.

91 R.D. Vriesendorp, 'Doorstarten en onbehoorlijk bestuur', in: *onbehoorlijk bestuur in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer 1997, p. 77.

92 R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector*, Deventer: Kluwer 2000, p. 61.

93 A.T.J.M. Jacobs, 'Misbruik van het faillissementsrecht om werknemers te kort te doen', *SMA* 2002, p. 63.

94 Van der Voet, *Misbruik van faillissementsrecht bij overgang van onderneming* p. 37-45.

95 A.T.J.M Jacobs 'Misbruik van faillissement om werknemers te kort te doen', *SMA* juni 2002 nr 6 p. 61.

96 H.B. Oosthout, *De doorstart van een insolvente onderneming niks of phoenix*, Deventer: kluwer 1998 p. 89.

geval in aanmerking te nemen. Wanneer hij tot het oordeel komt dat de faillissementsaanvraag uitsluitend of hoofdzakelijk is geschied teneinde daarmee de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers te omzeilen heeft de rechter m.i. de vrijheid te oordelen dat de aanvrager van het faillissement misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt.” In de literatuur is men het niet eens. Kan dan uit de rechtspraak opgemaakt worden of het de enige reden of een belangrijke reden moet zijn om te toetsen wanneer sprake van misbruik is?

Ook in de rechtspraak wordt er verschillend over gedacht. In HRS bepaalt de rechter namelijk dat niet vaststaat dat de handelingen van HRS uitsluitend dan wel met het enige doel zijn verricht om de arbeidsrechtelijke bescherming te omzeilen. Blijkbaar hangt het Hof Leeuwarden de ruime leer aan. Het Hof 's-Gravenhage bepaalt echter in M+ Input dat niet kan worden gezegd dat M+ haar faillissement heeft aangevraagd met geen ander doel dan een deel van haar werknemers te benadelen. Dit Hof lijkt dus weer voor de beperkte leer te gaan. Andere rechters geven hier geen expliciet oordeel over. De lagere rechters kunnen dus ook geen duidelijk antwoord geven op de vraag. In Digicolor oordeelde het hof dat het faillissement was aangevraagd met het vooropgesteld doel van de werknemer af te komen. Hieruit valt dus ook niets op te maken. De vraag of er sprake moet zijn van het enige doel of het voornaamste doel kan dus niet aan de hand van literatuur of rechtspraak beantwoord worden.

Wij zijn van mening dat het omzeilen van arbeidsrechtelijke bescherming niet het enige doel hoeft te zijn voor het aanvragen van faillissement, het aanvragen van faillissement zal namelijk nooit op grond van één overweging worden gedaan er spelen altijd meer oorzaken en doelen mee. Het moet ons inziens echter wel een zeer belangrijke reden zijn. Uit de rechtspraak valt niet te concluderen of sprake moet zijn van de enige reden of de voornaamste reden. Uit dit jurisprudentieoverzicht kunnen echter wel andere conclusies getrokken worden.

Allereerst kan de conclusie worden getrokken dat handelen van de moedermaatschappij niet snel misbruik oplevert in het faillissement van de dochter.⁹⁷ Ten tweede lijkt de rechter er weinig waarde aan te hechten aan eerdere pogingen die zijn ondernomen om de werknemer(s) te ontslaan. In een aantal gevallen was namelijk gepoogd eerst de werknemer op een andere wijze te ontslaan. Ons inziens

97 P.R.W. Schaink, H. Smolders, 'Faillissementstrends' (3), *Arbeidsrecht* 2005/1 p. 15-25.

zou de rechter hier wel meer gewicht mogen toekennen aan het oordeel van de CWI of de kantonrechter.

Een algemene conclusie die wij in ieder geval trekken is dat het niet makkelijk is om het faillissement te laten vernietigen wegens misbruik van bevoegdheid. Hierna zullen wij daarom onderzoeken hoe de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer gehandhaafd kan worden.

4.3 Andere mogelijkheden tegen faillissementsmisbruik

4.3.1 Kennelijk onbehoorlijk bestuur

Het bestuur van een rechtspersoon is gehouden zijn taak behoorlijk te vervullen (2:9 BW). De vraag is of het initiëren van een doorstart te beschouwen is als behoorlijk bestuur. Voor faillissementssituaties is er een speciale bestuurdersaansprakelijkheidsbepaling. Art. 2:138/2:148 BW bepaalt dat het bestuur persoonlijk aansprakelijk is jegens de schuldeisers voor het tekort van de boedel, als de onbehoorlijke taakvervulling een oorzaak is van het faillissement.

De Hoge Raad heeft bepaald dat sprake is van onbehoorlijk bestuur wanneer het bestuur een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Hierbij spelen alle omstandigheden van het geval een rol.⁹⁸ Ook bij doorstart zal het van de omstandigheden afhangen of sprake is van onbehoorlijk bestuur. Voorbeelden van onbehoorlijk bestuur uit de wet en jurisprudentie zijn:

- wanbeleid, art. 2:9 BW;
- het niet voeren van een behoorlijke boekhouding, art. 2:138/2:248 BW;
- het niet voldoen aan de verplichting tot tijdige deponering van de jaarrekening, art. 2:138/2:248 BW;
- het aangaan van verplichtingen namens de vennootschap wanneer vaststaat dat die verplichtingen niet kunnen worden voldaan.⁹⁹

Bij doorstart leveren de volgende gedragingen onzes inziens kennelijk onbehoorlijk bestuur op:

⁹⁸ HR 10 januari 1997 *NJ* 1997, 360.

⁹⁹ HR 6 oktober 1989, *NJ* 1990, 286 (Belkamel).

- het onttrekken van materiële activa aan de vennootschap in het zicht van faillissement
- het leeghalen van de vennootschap en het overhevelen van activa naar een andere.

Heeft een bestuurder geen behoorlijke boekhouding gevoerd of de jaarrekening niet tijdig gedeponereerd, dan wordt de curator geholpen door een rechtsvermoeden. In dit geval staat onweerlegbaar vast dat sprake is van onbehoorlijk bestuur en wordt vermoed dat dit onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Bij de meeste faillissementen zal de administratie echter ontbreken en zullen de jaarrekeningen niet tijdig gedeponereerd worden.¹⁰⁰ In de meeste gevallen valt bij de bestuurder ook niets te halen en zal de curator daarom geen kennelijk onbehoorlijk bestuur-vordering instellen.

Onzes inziens is bij een doorstart sprake van misbruik in het geval dat het bestuur met vooropgezet doel het faillissement heeft aangevraagd om werknemers en of crediteuren te benadelen en heeft gezinspeeld op een doorstart. Heeft een onderneming het faillissement aangevraagd en de curator ziet als overlevingskans een doorstart, dan zal in beginsel geen sprake zijn van kennelijk onbehoorlijk bestuur met de doorstart als vooropgezet doel. Als sprake is van onbehoorlijk bestuur kan de werknemer de failliete werkgever echter niet zelf aansprakelijk stellen. De curator bepaalt of hij een vordering al dan niet instelt en daarin is hij geheel vrij. De curator dient daarin actief te handelen. Hierover meer in onze aanbevelingen (hoofdstuk 6).

Het bestuur kan de bestuurdersaansprakelijkheid voorkomen door de vergadering van aandeelhouders de beslissing tot faillissementsaanvraag en doorstart te laten nemen. Het bestuur voert dan alleen de beslissing van de algemene vergadering uit en kan op deze manier de bestuurdersaansprakelijkheid voorkomen. Dit betekent echter wel dat de algemene vergadering haar taak dan onbehoorlijk kan vervullen en daarvoor aansprakelijk kan zijn op grond van onrechtmatige daad.¹⁰¹

In beginsel is de procedure van onbehoorlijk bestuur niet geschreven ter bescherming van de werknemer. Het is een vennootschapsrechtelijk instrument ten behoeve van de gezamenlijke crediteuren. De werknemer is echter ook een crediteur

¹⁰⁰ Dit blijkt uit dossieronderzoek verricht voor onderzoek faillissementfraude door het Hugo Sinzheimer Instituut. De resultaten zijn nog niet gepubliceerd.

¹⁰¹ R.D. Vriesendorp, 'Doorstarten en onbehoorlijk bestuur in: *Onbehoorlijk bestuur in het insolventierecht*, Deventer: Kluwer 1997.

en in sommige gevallen kan de werknemer voordeel behalen uit het feit dat de curator een procedure van kennelijk onbehoorlijk bestuur begint. De werknemer kan de curator ook wijzen op het feit dat er misschien sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Het blijft echter altijd de keuze van de curator al dan niet een procedure te starten.

4.3.2 Faillissementspauliana

De actio pauliana in faillissement biedt de crediteuren bescherming tegen benadeling. Art. 40 FW bepaalt dat de curator ten behoeve van de boedel elke rechtshandeling die de schuldenaar onverplicht verricht en waarvan hij wist dat het zou leiden tot benadeling van schuldeisers door middel van een buitengerechtelijke verklaring kan vernietigen. Deze actie kan een rol spelen indien een doorstart al voor het faillissement was beraamd en de failliet een overeenkomst had gesloten met de aspirant-koper. Ook hier geldt echter weer dat de werknemer afhankelijk is van de actie van de curator. Veel baat heeft een werknemer hier ook niet bij, doordat in veel gevallen zijn loon doorbetaald wordt door het UWV. Echter de loondoorbetalingsgarantie kent beperkingen (vakantiegeld wordt bijvoorbeeld niet uitgekeerd) in die gevallen kan de werknemer gebruik maken van de faillissementspauliana,

4.3.3 Onrechtmatige daad

Individuele crediteuren kunnen een vordering uit onrechtmatige daad jegens de bestuurders van de vennootschap instellen in geval er een transactie is aangegaan namens de insolvente vennootschap en deze niet aan haar verplichtingen voldoet. De bestuurder is aansprakelijk indien hij namens de vennootschap een overeenkomst aangaat en hij bij het aangaan van die overeenkomst wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat de vennootschap niet binnen redelijke termijn aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal zou bieden voor de schade die de wederpartij van de vennootschap ten gevolge van die wanprestatie zou leiden.

Het is maar de vraag of de werknemer hier iets mee kan. Ten eerste zal de werkgever bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst nog niet hebben kunnen weten dat de onderneming failliet zou gaan. Ten tweede geldt ook hier weer dat de werknemer hier slechts een beroep op kan doen indien het loon niet (volledig) gegarandeerd wordt door het UWV.

4.4 Nieuwe Faillissementswet

De Nederlandse regering erkent het probleem van doorstart en is daarom overgegaan tot wijziging van de Faillissementswet. De wijzigingen van de Faillissementswet hebben vooral betrekking op surséance van betaling. De wetgever wil het onderscheid tussen surséance van betaling en faillissement verduidelijken. Het faillissement is gericht op liquidatie; de boedel wordt vereffend en verdeeld onder de schuldeisers. Surséance van betaling is gericht op instandhouding van de onderneming na sanering.¹⁰² Faillissement is in tegenstelling tot surséance van betaling bedoeld voor ondernemingen die geen overlevingskansen meer hebben. Op dit moment wordt faillissement teveel gebruikt voor reorganisaties terwijl dat niet de bedoeling is van het faillissement. De boedel wordt juridisch wel vereffend maar maatschappelijk en economisch gezien is sprake van een doorstart. Surséance wordt juist niet voor reorganisatie gebruikt maar eindigt bijna altijd in faillissement. Door het instituut surséance te veranderen hoopt de wetgever deze problemen op te lossen.

¹⁰² Memorie van Toelichting bij wetsvoorstel 27244, 1999-2000 nr. 3.

5 Rechtsvergelijking

In het tweede hoofdstuk hebben we uiteengezet wat de positie van de Nederlandse werknemer is gedurende faillissement. De conclusie hiervan is dat de positie van de Nederlandse werknemer sterk is in de situatie dat de werkgever solvent is. Echter wanneer de werkgever failliet verklaard wordt is zijn positie een stuk zwakker. In dit hoofdstuk gaan we bekijken hoe die positie van werknemers is tijdens insolventie van de werkgever in andere landen, te weten: Duitsland, Groot-Britannië, België en Frankrijk. Na deze beschouwing zullen we de verschillen analyseren. Tevens zal aandacht besteed worden aan de internationale wetgeving met betrekking tot werknemersbescherming gedurende faillissement.

5.1 Duitsland

Een rechtspersoon of natuurlijk persoon kan in Duitsland bij rechterlijk vonnis failliet verklaard worden. Dit kan op eigen verzoek of op verzoek van meerdere schuldeisers. De rechtbank stelt een Insolvenzverwalter aan die het beheer over de boedel verkrijgt. Duitsland is in 1999 overgegaan tot herziening van het faillissementsrecht, de meeste arbeidsrechtelijke bepalingen van deze nieuwe Insolvenzordnung (hierna InsO) zijn echter al voor de oude Bundesländer van kracht geworden per 1 oktober 1996.

5.1.1 Loonbetaling

De loonvorderingen na de faillietverklaring zijn boedelschuld. In Duitsland zijn binnen de categorie boedelschuld verschillende rangen. De loonvordering van de werknemer neemt een redelijk hoge positie in. Voor 1 oktober 1996/1 januari 1999¹⁰³ waren loonvorderingen daterend van zes maanden voor het faillissement ook boedelschuld maar dit is op vornoemde datum veranderd. Het nieuwe Duitse stelsel kent geen preferenties meer voor pre-faillissementsvorderingen. Dit betekent dat de werknemer gelijk staat met alle andere crediteuren. Dit lijkt op het eerste gezicht een nadelige positie, echter de Duitse werknemer weet in ieder geval dat hij iets van zijn vordering

¹⁰³ Dit is het moment waarop de nieuwe Insolvenzverordnung ingevoerd werd.

voldaan ziet, er zijn namelijk geen pre-faillissementscrediteuren met een hogere rang.

De Duitse werknemer heeft recht op Insolvenzgeld van een waarborgfonds. Deze regeling is te vinden in boek III van het Sozialgesetzbuch (hierna SGB). Wil men aanspraak maken op Insolvenzgeld dan moet dit aangemeld worden bij het (regionaal) arbeidsbureau (Bundesanstalt für Arbeit). De loonvorderingen van maximaal drie maanden voorafgaand aan de inleiding van het faillissement worden voldaan, ingevolge §183 SGB III. Ook vakantiegeld en onkosten/reisvergoedingen worden uitgekeerd. De aanspraken van de werknemers gaan over op de Bundesanstalt für Arbeit. Het waarborgfonds wordt gefinancierd door premies betaald door de werkgever. Een sociaal plan dat bij aanvraag tot opening van de insolventieprocedure nog geen drie maanden oud is, kan eenzijdig worden opgezegd door de bewindvoerder en door de ondernemingsraad (§124 lid 1 InsO). Is een plan meer dan drie maanden oud dan worden de loonvorderingen gelijkgesteld met gewone vorderingen op de failliet.¹⁰⁴

5.1.2 Ontslag

Faillietverklaring leidt in Duitsland niet automatisch tot het einde van de arbeidsovereenkomst en het is geen reden voor ontslag op staande voet. Een werkgever is verplicht voor elk ontslag de Betriebsrat (ondernemingsraad) te horen, laat hij dit na dan is het ontslag nietig, § 1 Abs. 1 Betriebsverfassungsgesetz (hierna BetrVG) Deze regel geldt ook tijdens faillissement. De ondernemer moet de Betriebsrat een week geven eventuele bezwaren kenbaar te maken. De Betriebsrat heeft een week de tijd om bezwaren schriftelijk aan de werkgever kenbaar te maken. Indien de curator echter tot een volledige stillegging van de onderneming besluit en aan de Betriebsrat mededeelt dat alle werknemers gezamenlijk met de wettelijke opzegtermijn wegens bedrijfsstillegging ontslagen worden, dan moet de Betriebsrat daarmee akkoord gaan. Wanneer een zogenaamde Interessenausgleich¹⁰⁵ tot stand is gekomen, die een lijst bevat met de namen van de werknemers die om bedrijfsmatige redenen ontslagen worden, wordt ervan uitgegaan dat het ontslag

104 A.M. Luttmer-Kat, 'Een blik over de grenzen' in: A.M. Luttmer-Kat (red), *Werknemers en insolventie van de werkgever: Is de balans in evenwicht*, Deventer: Kluwer 2000 p.82.

105 De Interessenausgleich heeft betrekking op de economische beslissing, De ondernemer en de ondernemingsraad moeten het eens worden over de geplande bedrijfswijziging. Er wordt gekeken of de bedrijfswijziging wel doorgevoerd moet worden en of de gevolgen voor de werknemers niet verminderd kunnen worden door bijvoorbeeld de reorganisatie over een langere periode uit te smeren. Bij de Interessenausgleich wordt ook een sociaal plan (Sozial Plan) opgesteld.

rechtsgeldig is (§ 125 InsO). Bij ontslag van het totale personeel is de Duitse curator dus veel vrijer dan bij selectief ontslag. Doordat in Duitsland het reguliere ontslagrecht geldt, is het mogelijk na opzegging door de curator het ontslag aan te vechten bij het Arbeitsgericht. Gesteld kan worden dat het ontslag niet sociaal gerechtvaardigd is. Bij totale bedrijfsstillegging heeft de curator niet erg veel te vrezen omdat bij dringende bedrijfsmatige redenen het ontslag gerechtvaardigd wordt geacht. Ook wanneer er een Interessenausgleich is wordt vermoed dat het ontslag sociaal gerechtvaardigd is. Indien er geen Betriebsrat is of als na drie weken nog geen Interessenausgleich tot stand is gekomen kan de curator het Arbeitsgericht vragen de bedrijfswijzigingen toch door te voeren en vast te stellen dat het ontslag sociaal gerechtvaardigd is.

Duitsland kent bijzondere opzegverboden die in beginsel gelden tijdens faillissement. Er zijn onder andere opzegverboden voor zwangere vrouwen (§9 par. 1 Mutterschutzgesetz), gehandicapte werknemers die tenminste 50% arbeidsongeschikt zijn (§ 19 Schwerbehindertengesetz) en werknemers die lid zijn van een ondernemingsraad of werkgeversvertegenwoordiging tot een jaar na beëindiging van hun lidmaatschap (§ 15 Kündigungsgesetz). Tevens geldt het bijzondere opzegverbod bij bedrijfsovername (§ 613 Abs. 4 BGB).

De opzegtermijn die de Duitse curator in acht moet nemen is korter dan de opzegtermijnen die gelden buiten faillissement (§113 lid 1 InsO). De opzegtermijn is gemaximaliseerd op drie maanden voorzover geen kortere opzegtermijn krachtens wet of collectieve arbeidsovereenkomst van toepassing is. Buiten faillissement kan de opzegtermijn oplopen tot zeven maanden wanneer iemand twintig jaar in dienst is, §622 BGB. De werknemer kan wel een schadevergoeding vorderen wegens inkorting van de reguliere opzegtermijn, dit is dan een concurrente vordering. Bij collectieve ontslagen geldt in beginsel gewoon de normale dertig dagen wachttijd. De wachttijd gaat lopen na melding aan het Arbeitsamt.¹⁰⁶ Binnen de wachttijd kan wel al opgezegd worden zodat de opzegtermijnen al gaan lopen. Als het Landesarbeitsamt toestemming geeft werknemers te ontslaan kan een uitzondering gemaakt worden op de dertig dagen.

¹⁰⁶ Uitvoeringsorgaan zoals in Nederland het UWV.

De Duitse werknemers kunnen genoegdoening krijgen door middel van een sociaal plan. Als het sociaal plan na het faillissement tot stand is gekomen, zijn de aanspraken daaruit boedelschuld.¹⁰⁷ De aanspraken zijn echter gemaximaliseerd tot tweeënhalf maandsalaris en mogen niet meer bedragen dan een derde van de totale boedel. Sociale plannen die gemaakt zijn binnen drie maanden voor het faillissement kunnen door de curator en ondernemingsraad opgezegd worden.

5.1.3 Overname

Reeds voor de totstandkoming van Richtlijn 77/187 kende Duitsland een bepaling waarin was vastgelegd dat rechten en plichten voortvloeiend uit arbeidsovereenkomst over gaan op de verkrijger, zie §613a BGB. In Duitsland rees de vraag of deze bepaling ook van toepassing was tijdens faillissement. Het Bundes Arbeitsgericht bepaalde dat §613a BGB ook van toepassing was op overnames uit faillissementen maar voegde daaraan wel een aansprakelijkheidsbeperking aan toe.¹⁰⁸ De verkrijger is slechts aansprakelijk voor schulden die ontstaan zijn na faillissement. Het bleek echter dat failliete bedrijven zeer moeilijk verkoopbaar waren, daarom heeft de Duitse werkgever bij de invoering van de nieuwe Insolvenzordnung een verzwakking van de ontslagbescherming bij bedrijfsovername tijdens faillissement opgenomen. Deze ontslagbescherming houdt in dat als de werknemer overgegaan is op de verkrijger het vermoeden geldt dat het ontslag niet in het kader van bedrijfsovergang is (128 InsO).

5.1.4 Medezeggenschap

De informatie en raadpleging van de eigen faillissementsaanvraag vallen onder het algemene recht op consultatie van de Betriebsrat krachtens de Duitse Betriebsverfassungsgesetz. De rol van de Betriebsrat op beslissingen van de curator is groot. Bij collectief ontslag moet de ondernemer de Betriebsrat schriftelijk informeren over de mogelijkheden ontslag te voorkomen dan wel het aantal te verminderen en de gevolgen zo veel mogelijk te voorkomen. De Betriebsrat heeft informatie- en adviesrecht in economische aangelegenheden, hieronder valt doorgaans ook een bedrijfsovergang. Bij faillissement worden sinds de nieuwe wetgeving de procedures wel enigszins vereenvoudigd. Als bijvoorbeeld na drie weken onderhandelen nog

¹⁰⁷ Mr. R. Blanpain, *Employee rights in bankruptcy a comparative law assessment*, Bulletin of comparative labour relations nr. 46, Den Haag: Kluwer International Law 2002.

¹⁰⁸ BAG 17.1.1980, AP nr. 18.

geen Interessenausgleich tot stand is gekomen, mag ter bespoediging van de gang van zaken de arbitragepoging worden overgeslagen en mag de curator onmiddellijk het Arbeitsgericht vragen de veranderingen door te voeren (122 InsO).

5.2 Engeland

Wanneer in Engeland een natuurlijk of rechtspersoon failliet gaat krijgt de curator, in Engeland de receiver/liquidator of administrator genoemd, het beheer en de beschikking over de boedel. Afhankelijk of het gaat om een natuurlijk persoon of een rechtspersoon zijn er verschillende rechtsprocedures. Ziet de procedure op faillissement van de rechtspersoon, dan is de “winding-up by the court”-procedure het meest te vergelijken met insolventie van de rechtspersoon zoals wij dat in Nederland kennen.¹⁰⁹

5.2.1 Loonbetaling

In Engeland zijn de loonvorderingen die betrekking hebben op arbeid verricht na het uitspreken van het faillissement geen boedelschuld. Wanneer sprake is van een winding up procedure is de receiver niet gebonden aan bestaande arbeids-overeenkomsten. Hij zet in het belang van de zekerheidsgerechtigden de onderneming voort.¹¹⁰ Op dat moment kiest hij er zelf voor werknemers in dienst te houden, en is dan alleen voor de loonbetaling van díé werknemers persoonlijk aansprakelijk ingevolge section 44 Insolvency Act. Claims moeten volgens deze section ingediend worden binnen drie maanden na de tweede vergadering van de crediteuren. Loonvorderingen van vóór en na faillietverklaring zijn faillissementsschulden. Goederen die belast zijn met zekerheidsrechten op een onroerende of roerende zaak¹¹¹ vormen in Engeland geen verhaalsobject dan voor diegene die het zekerheidsrecht heeft. Wanneer hier liquide middelen uit over zijn, schuiven deze door naar de preferente schuldeisers. De preferente schuldvorderingen zijn achtereenvolgens:

- belastingvorderingen
- socialezekerheidspremievorderingen
- pensioenpremievorderingen

109 W.P.J.M Fase, e.a., 'Werknemersrechten in faillissement: een rechtsvergelijkende beschouwing', Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000 p. 4.

110 W.P.J.M Fase e.a., 'Werknemersrechten in faillissement: een rechtsvergelijkende beschouwing', Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000 p. 7.

111 Zekerheidsrechten zoals wij in Nederland pand en hypoteek kennen.

- loonvorderingen van de afgelopen vier maanden vóór het uitspreken van faillissement. Dit loonbegrip omvat mede vakantiegeldvorderingen en de wettelijke voorziening van loondoorbetaling bij niet gepresteerde arbeid en betaald verlof.¹¹²

De overige loonvorderingen van werknemers, met inbegrip van aanspraken op loon over de opzegtermijn, zijn concurrente vorderingen.

Na deze vorderingen zijn de concurrente vorderingen aan de beurt, waaronder ook andere loonvorderingen vallen. Wanneer een insolvente werkgever zijn werknemers het loon niet kan doorbetalen, kan de werknemer aanspraak maken op het waarborgfonds. Hij dient hiervoor wel een schriftelijke aanvraag in te dienen bij de Secretary of State, section 182 Employments Rights Act (hierna ERA). De vergoeding uitbetaald door het waarborgfonds houdt ingevolge section 184 ERA in:

- loonvorderingen van één of meer weken, met een maximum van acht weken,
- betalingen in verband met section 86,
- vakantierechten van de werknemer in het afgelopen jaar gespaard, met een maximum, geldelijke uitkering van zes weken,
- vorderingen op grond van onredelijk ontslag,
- redelijke bedragen en premies die door een leerling of bediende zijn betaald.

In 1975 is in Engeland een waarborgfonds in het leven geroepen om de onbetaalde loonvorderingen van werknemers over te nemen, op dit moment is deze regeling opgenomen in sections 188-190 ERA. Vanuit het National Insurance Fund worden de aanspraken betaald, de werknemer gaat hiervoor naar de Secretary of State for Employment.¹¹³ Het fonds wordt gefinancierd door werkgevers. Ingevolge section 189 ERA kan de Secretary of State for Employment regres nemen op de failliete werkgever.

112 W.P.J.M Fase, e.a. 'Werknemersrechten in faillissement: een rechtsvergelijkende beschouwing', Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000 p. 10.

113 W.P.J.M Fase, e.a., 'Werknemersrechten in faillissement: een rechtsvergelijkende beschouwing', Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000 p. 15.

5.2.2 Ontslag

Op grond van section 94 ERA mag een werknemer niet “unfairly dismissed” worden door zijn werkgever. Sprake van een unfair dismissal is wanneer ten gevolge van zwangerschap of bevalling een werkneemster wordt ontslagen, section 95 ERA. Ook opzegging wegens het tijdelijk arbeidsongeschikt zijn kan een unfair dismissal opleveren, net als werkzaam zijn bij een werknemersorganisatie, section 100 ERA en section 103 ERA. Is er sprake van een unfair dismissal, dan kan de werknemer op grond van section 111 ERA een klacht indienen bij het Industrial Tribunal. Dit moet binnen 3 maanden na de datum van opzegging, of binnen de periode dat het Industrial Tribunal dit redelijk acht.

Wanneer een werkgever failliet gaat en sprake is van een winding up-procedure, is de receiver niet gebonden aan bestaande arbeidsovereenkomsten. De benoeming van de receiver leidt automatisch tot opzegging van de arbeidsovereenkomst.¹¹⁴ Wanneer de receiver ervoor kiest bepaalde arbeidsovereenkomsten te laten doorlopen, dient hij dit expliciet te kennen te geven aan de werknemer. Indien hij alsnog een van deze werknemers moet ontslaan is sprake van verkleining van het personeelsbestand. Deze redundancy is in beginsel geoorloofd op grond van chapter 18 ERA, en leidt niet tot unfair dismissal. Wanneer sprake is van alleen een gedeeltelijke afvloeiing van het personeel kan betoogd worden dat er sprake is van een unfair dismissal wanneer het de schijn heeft dat de werknemer afgevloed is vanwege bijvoorbeeld ziekte of zwangerschap. Wanneer hier met succes een beroep op wordt gedaan, staat het National Insurance Fund garant voor de betaling van het basisgedeelte van de vergoeding.¹¹⁵ De hoogte van de vergoeding wanneer een werknemer wordt ontslagen wegens redundancy is op grond van section 162 ERA afhankelijk van de leeftijd van de werknemer. Per dienstjaar varieert dit van een half weekloon tot en met anderhalf weekloon.

114 W.P.J.M Fase e.a., *Werknemersrechten in faillissement: een rechtsvergelijkende beschouwing*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000 p.24.

115 W.P.J.M Fase e.a., *Werknemersrechten in faillissement: een rechtsvergelijkende beschouwing*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000 p. 33.

5.2.3 Opzegtermijnen

In Engeland geldt tijdens faillissement het normale systeem van opzegtermijnen, hetgeen inhoudt dat de opzegtermijn minimaal één week is bij een arbeidsovereenkomst tot twee jaar. Heeft een werknemer een arbeidsovereenkomst van langer dan twee jaren dan dient aan de hand van de dienstjaren bezien te worden hoelang de opzegtermijn is. Per dienstjaar wordt een week gerekend, met een maximum van twaalf weken (section 86 ERA). Van section 86 ERA kan bij arbeidsovereenkomst of CAO worden afgeweken, echter de receivers zijn hier niet aan gebonden.¹¹⁶

De Richtlijn collectief ontslag geldt tijdens insolventie van de werkgever.¹¹⁷ Het staat de lidstaten echter vrij tijdens faillissement enkele beperkingen aan te brengen. De Engelse werkgever die in staat van faillissement is, moet melding maken van het collectief ontslag bij de Secretary of State for employment. De dertig dagen wachttijd moeten in acht genomen worden alhoewel de termijn al begint te lopen in de consultatieperiode. Als in Engeland meer dan honderd werknemers worden ontslagen is de periode verlengd tot negentig dagen.¹¹⁸ Bij ontslag wegens beperking van het personeel (redundancy) heeft de Engelse werknemer recht op een ontslagvergoeding. Deze vergoeding kan oplopen tot 6300 pond. De werknemer kan hier recht op hebben in een situatie van faillissement op grond van section 386 Insolvency act.¹¹⁹

5.2.4 Overname

Op grond van de Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations 1981 (TUPE) gaan de rechten en plichten voortvloeiende uit de arbeidsovereenkomst bij overgang van onderneming over van de vervreemder op de verkrijger. TUPE is de implementatie van Richtlijn 77/187. Op grond van section 8 TUPE is ontslag wegens bedrijfsovergang niet toegestaan. In een situatie van faillissement kan de verkrijger

116 W.P.J.M Fase, e.a., *Werknemersrechten in faillissement: een rechtsvergelijkende beschouwing*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000 p. 35.

117 Richtlijn 92/56.

118 R. Blanpain, *Employee rights in bankruptcy a comparative law assessment*, bulletin of comparative labour relations nr. 46, Den Haag: Kluwer International Law 2002 p. 35.

119 Mr. R. Blanpain, *'Employee rights in bankruptcy a comparative law assessment'*, Bulletin of comparative labour relations nr. 46, Den Haag: Kluwer International Law p.36.

zelf bepalen of hij de werknemers al dan niet overneemt, maar indien hij besluit de werknemers over te nemen, zal hij ook de rechten en plichten van die werknemers moeten respecteren.¹²⁰

5.2.5 Medezeggenschap

In Engeland is de medezeggenschap maar mager geregeld. Alleen ingeval EG-richtlijnen medezeggenschap voorschrijven, is dit uiteindelijk in de eigen wetgeving geïmplementeerd. Deze bepalingen betreffen regels met betrekking tot collectief ontslag en bedrijfsvergang. Zo geldt de procedure van sections 188-198 TULR(C)A indien een werkgever voornemens is, wegens overtolligheid (redundancy) binnen een periode van negentig dagen of minder tenminste twintig werknemers te ontslaan. In een consultatieperiode wordt overleg gevoerd met de vakbonden om het aantal ontslagen te voorkomen, anders te verminderen en het collectief ontslag voorzover dit mogelijk is te verzachten. De werkgever dient de vakbonden voldoende te informeren met betrekking tot de reden van het voornoemde collectieve ontslag, en de reden te geven waarom bepaalde werknemers wel en bepaalde niet in het collectief ontslag vallen. Tijdens faillissement geldt deze procedure ook voor de receiver/administrator/liquidator.

5.3 België

Ook in België kan een schuldenaar die heeft opgehouden te betalen bij rechterlijk vonnis failliet verklaard worden. De procedure wordt aanhangig gemaakt op aangifte van de gefailleerde, op dagvaarding van schuldeisers, op dagvaarding van het Openbaar Ministerie of op dagvaarding van de voorlopige bewindvoerder (art. 6 Faillissementswet, hierna FW).¹²¹

5.3.1 Loonbetaling

Loonvorderingen die betrekking hebben op arbeid verricht na datum van faillietverklaring zijn boedelschuld.¹²² Dit kunnen alleen loonaanspraken zijn van werknemers van wie de curator bewust besloten heeft de arbeidsovereenkomst voort

120 W.P.J.M Fase e.a., *Werknemersrechten in faillissement: een rechtsvergelijkende beschouwing*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000 p. 52.

121 Het vernieuwde faillissementsrecht, Interview met Herman Cousy, <http://www.law.kuleuven.ac.be/jura/34n2/icousy.htm> p. 3.

122 W.P.J.M Fase, e.a., *Werknemersrechten in faillissement: een rechtsvergelijkende beschouwing*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000 p.5.

te zetten. Ontslaat de curator de werknemer, of neemt hij geen besluit waardoor de arbeidsovereenkomst vijftien dagen na het uitspreken van het faillissement moet zijn geacht opgezegd, dan wordt de laatste loonaanspraak over de opzegtermijn beschouwd als faillissementschuld.¹²³ De loonvordering met betrekking tot arbeid verricht voor de datum van faillietverklaring zijn faillissementschulden. De loonvordering is wel preferent in de pre-faillissementsfase. Ingevolge art. 19 Hypotheekwet, is dit de rangorde met betrekking tot de vorderingen die eerst uitgekeerd dienen te worden, waarvan de bovenste het meest preferent is:

1. gerechtskosten;
2. begrafenkosten;
3. kosten van de laatste ziekte gedurende één jaar;
4. loonvorderingen;
5. vorderingen van het sluitingsfonds;
6. vakantiegeldvorderingen over het lopende en afgelopen dienstjaar;
7. schuldvorderingen uit arbeidsongevallen;
8. sociale zekerheidspremies;
9. overige preferente vorderingen;
10. concurrente vorderingen.

Deze rangorde geldt ook ten aanzien van boedelschulden indien er sprake is van een negatieve boedel. De preferente loonvordering kan tot een bepaald maximum uitgekeerd worden. Wanneer de loonvordering hoger is dan het maximum bedrag is de rest van de vordering een concurrente vordering.

Als extra bescherming van werknemer kent België al sinds 1966 een Sluitingswet¹²⁴, die de werknemers een wettelijk recht op een “sluitingsvergoeding” toekent indien de onderneming waarin zij werkzaam zijn sluit. Deze wet is in 1976 geïmplementeerd door de “Sluitingswet 1967”¹²⁵, deze wet voorziet in het betalen van een vergoeding indien de sluitende ondernemer zijn verplichtingen niet nakomt. De verplichtingen worden overgenomen door het “Fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting van ondernemingen ontslagen werknemers”(Sluitingsfonds). Een besluit van 6 juli 1967¹²⁶ bepaalt in concreto wat de vergoedingen zijn.

123 W.P.J.M Fase e.a., *Werknemersrechten in faillissement: een rechtsvergelijkende beschouwing*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000 p.8.

124 BS 2-7-1966.

125 BS 13-7 1967.

126 BS, 13-7-1967.

Op grond van art. 2 § 1 Sluitingswet '67 staat het Sluitingsfonds garant voor de voor de volgende vorderingen:

- het gemaximaliseerd achterstallig loon over ten hoogste twee maanden;
- het loon van de werknemers die in faillissement blijven doorwerken tot een latere overname;
- het gemaximaliseerde loon over de opzegtermijn;
- het vakantiegeld voor bedienden;
- de gemaximaliseerde opzeggingsvergoedingen;
- de overige vergoeding en voordelen op grond van CAO;
- aanvullende vergoedingen voor bejaarde werknemers inzake brugpensioenen;
- de sluitingsuitkering.

5.3.2 Ontslag

Op grond van art. 46 FW moet de curator binnen vijftien dagen beslissen of hij de arbeidsovereenkomsten met de werknemers wil voortzetten. Gedurende deze termijn kan hij de arbeidsovereenkomsten opzeggen. Laat hij de termijn verlopen dan eindigen de arbeidsovereenkomsten automatisch. België kent op grond van art. 63 Wet op de Arbeidsovereenkomsten een repressieve toetsingsmogelijkheid bij ontslag van werknemers indien dat ontslag 'willekeurig' zou zijn. Bij 'bedienden' bestaat deze mogelijkheid als sprake zou zijn van 'misbruik van recht'. Tijdens faillissement zijn de bijzondere opzegverboden, zoals ontslag als direct gevolg van zwangerschap en dergelijke niet van toepassing, de reden van opzegging ligt namelijk niet in hetgeen het opzegverbod beschermt maar in het faillissement.

In België gelden tijdens faillissement de normale opzegtermijnen. Onderscheid wordt in België gemaakt tussen werklieden en bedienden. Werklieden zijn werknemers die met de handen werken, bedienden verrichten kantoorwerk.

Voor werklieden is de lengte van de opzegtermijn vastgesteld op vier weken. Deze termijn wordt verdubbeld voor de werklieden die ten minste twintig jaren onderbroken bij dezelfde werkgever in dienst zijn geweest ingevolge art. 59 Wet op de

arbeidsovereenkomsten.¹²⁷ Bij nationale CAO¹²⁸ is er echter van deze regeling afgeweken door langere opzeggingstermijnen te bepalen voor werklieden.¹²⁹ De opzegtermijn is op grond van

art. 2 van NAR-CAO 75 vastgesteld op:

- 35 dagen voor werklieden die tussen de zes maanden en minder dan vijf jaar in de onderneming werkzaam zijn;
- 42 dagen voor werklieden die vijf tot tien jaar werkzaam in de onderneming zijn geweest;
- 56 dagen voor werklieden die tien tot vijftien jaar werkzaam in de onderneming zijn geweest;
- 84 dagen voor werklieden die vijftien tot twintig jaar werkzaam in de onderneming zijn geweest;
- 112 dagen voor werklieden die twintig jaar of meer werkzaam in de onderneming zijn geweest;

Voor bedienden verschilt de duur van de opzegtermijn al naar gelang hun anciënniteit en hun jaarlijkse brutoloon. Ligt het jaarlijks loon lager dan € 16.250 (de 'lagere bedienden'), dan is de opzegtermijn ten minste drie maanden, verhoogd met drie maanden voor elke periode van vijf jaren in dienst bij deze werkgever; bedraagt het jaarlijks loon hoger dan €16.250 (de 'hogere bedienden'), dan wordt de opzeggingstermijn vastgesteld bij overeenkomst, de anciënniteit daarbij in acht genomen. Een soort standaardformule voor de berekening van deze opzeggingstermijn kan gevonden worden in de formule "Claeys", een door rechtsgeleerden aan de hand van bestaande uitspraken vastgestelde formule. De lengte van opzegtermijnen voor hogere bedienden ambtenaren mag niet bij CAO worden bepaald.

5.3.3 Overgang van onderneming

In België bestond voor de totstandkoming van Richtlijn 77/187 nog geen wetgeving op het gebied van overgang van onderneming. De Richtlijn is geïmplementeerd in een CAO, gesloten in de nationale arbeidsraad en vervolgens algemeen verbindend verklaard.¹³⁰ Deze CAO stelt de rechten van de werknemers veilig ingeval een

¹²⁷ Wet op de arbeidsovereenkomsten in werking getreden op 3 juli 1978 www.cass.be dossiernummer 1978-07-03/01.

¹²⁸ In België worden er door de Nationale Arbeidsraad (NAR) nationale CAO's gesloten die voor alle werknemers gelden. De NAR is een orgaan bestaande uit leden van werknemers- en werkgeversorganisaties www.nar.be.

¹²⁹ NAR-CAO nummer 75 betreffende opzegtermijnen van werklieden.

¹³⁰ NAR-CAO nr. 32bis, algemeen verbindend verklaard bij KB van 25 juli 1985 (BS, 9-8-1985).

wijziging optreedt in de natuurlijke of rechtspersoon die de onderneming drijft. Art. 7 van de CAO bepaalt dat de rechten en plichten uit arbeidsovereenkomst overgaan op de verkrijger. De CAO kent een apart hoofdstuk over faillissement.¹³¹ Dit hoofdstuk is van toepassing bij een overname die geschiedt binnen zes maanden na de datum van faillissement. Als uitgangspunt tijdens faillissement geldt dat de werkgever vrij is te bepalen welke werknemers hij al dan niet overneemt (art. 12). Er is dus geen sprake van automatische overgang zoals dat buiten faillissement het geval is. Wanneer de verkrijger echter de werknemers wel overneemt gaan al hun rechten en plichten wel op hem over. De verkrijger moet ingevolge art. 13 van de CAO de arbeidsvoorwaarden van de overgenomen werknemers respecteren zoals die waren bij de vervreemder.

De verkrijger is aldus verplicht:

- de collectief bedongen of collectief toegepaste arbeidsvoorwaarden van de failliete werkgever toe te passen, tenzij hij daarvan afwijkt in een akkoord met de vakbonden;
- van de individuele bedongen arbeidsvoorwaarden in elk geval de anciënniteit toe te passen met het oog op opzegtermijnen en opzegvergoedingen.

De overgenomen werknemers kunnen hiernaast aanspraak maken op een overbruggingsvergoeding krachtens de Wet van 12 april 1985 voor de tijd dat de tewerkstelling is onderbroken.¹³² Deze vergoeding dient ter vervanging van het over periode gederfde inkomen en komt ten laste van het sluitingsfonds.

Om als werknemers aanspraak te maken op deze vergoeding moet men aan twee voorwaarden voldoen. Ten eerste moet de werknemer op de datum van het faillissement verbonden zijn door een arbeids- of leerovereenkomst, of ontslagen zijn in de maand daaraan voorafgaand en recht hebben op een opzeggingsvergoeding die op deze datum niet of slechts gedeeltelijk werd uitbetaald. Ten tweede moet de werknemer overgenomen zijn op het ogenblik van overnemen van de activa of binnen zes maanden daarna (art. 11). De hoogte van de overbruggingsvergoeding is gelijk aan het (gemaximaliseerde) brutoloon dat de werknemer voorheen ontving en wordt uitgekeerd gedurende de onderbreking. De werknemer heeft geen recht op een overbruggingsvergoeding, wanneer hij geen gebruik maakt van de geboden

¹³¹ Hoofdstuk III, de rechten van de werknemers, die overgenomen worden in geval van overname van activa na faillissement.

¹³² Wet waarbij het fonds tot vergoeding van de in geval van sluiting der onderneming ontslagen werknemers belast worden met de uitbetaling van een overbruggingsvergoeding.

gelegenheid in dienst te treden van de verkrijger of als hij betaalde arbeid verricht bij de curator of een derde. Wanneer het sluitingsfonds een beëindigingsvergoeding heeft uitgekeerd heeft de werknemer ook geen recht op een overbruggingsvergoeding. De beëindigingsvergoeding en de overbruggingsvergoeding kunnen namelijk niet cumuleren.

5.3.4 Medezeggenschap

Een Belgische ondernemer die opgehouden heeft met betalen moet, volgens art. 8 FW hiervan aangifte doen ter griffie van de rechtbank van koophandel. Uiterlijk op het moment van deze aangifte moet de aangifte tezamen met de gegevens tot staving van het faillissement medegedeeld worden aan de ondernemingsraad of comité voor preventie en bescherming op het werk. De bedoeling van deze raadpleging is het bespreken van de aangifte en redenen daartoe met de werknemersvertegenwoordiging. De raadpleging mag echter geen vertraging veroorzaken en de besprekingen met de ondernemingsraad kunnen in beginsel geen invloed hebben op de faillissementsaangifte.

Als de curator na faillietverklaring beslissingen neemt die onder het informatie- of adviesrecht van de ondernemingsraad vallen zal de ondernemingsraad van deze rechten gebruik kunnen maken. De curator moet ook de beslissing de onderneming voort te zetten voorleggen aan de ondernemingsraad. Op grond van NAR-CAO nummer 24 zal de curator bij collectief ontslag de ondernemingsraad moeten raadplegen. De curator kan dan pas overgaan tot collectief ontslag als hij aan deze verplichtingen heeft voldaan.¹³³

5.4 Frankrijk

De Franse faillissementswetgeving is rigoreus veranderd met de inwerkingtreding van de faillissementswet van 1 januari 1985¹³⁴ op 1 januari 1986. Deze wetgeving gaat ervan uit dat de bestaande schuldenlast van de ondernemer niet aan het

¹³³ NAR-CAO nr. 24, betreffende de procedure van inlichting en raadpleging van de werknemersvertegenwoordigers met betrekking tot het collectief ontslag, gewijzigd door de collectieve arbeidsovereenkomsten nr. 24 bis van 6 december 1983, nr. 24 ter van 8 oktober 1985 en nr. 24 quater van 21 december 1993 (geratificeerd door de KB's van 21 januari 1976, 3 februari 1984, 20 december 1985 en 28 februari 1994, gepubliceerd in het BS van 17 februari 1976, 22 februari 1984, 15 januari 1986 en 15 maart 1994).

¹³⁴ L. 1985-98 'relative au redressement et à la liquidation judiciaires' in combinatie met de wet betreffende het statuut van bewindvoerders, vertegenwoordigers van crediteuren en andere functionarissen in de faillissementsprocedure welke ook is inwerking is getreden op 1 januari 1986 (L. 1985 – 99 'relative aux administrateurs judiciaires, mandataires judiciaires et experts en diagnostic d'entreprise).

behoud en voortzetting van de onderneming in de weg mag staan.¹³⁵ De wet ziet op reorganisatie van de onderneming. Dit brengt met zich dat vereffening van de boedel niet het primaire doel is van het faillissement, wanneer dit ten koste gaat van het behoud en continuering van de onderneming. Wanneer een ondernemer in de toestand verkeert dat hij is opgehouden te betalen, kan op verzoekschrift van de ondernemer, van zijn crediteuren, op vordering van het Openbaar Ministerie of bij ambtshalve gegeven uitspraak van de rechtbank het faillissement worden aangevraagd (art. 3 L. 1985-98 'relative au redressement et à la liquidation judiciaires').

Wanneer sprake is van een levensvatbare onderneming, wordt de gerechtelijke reorganisatieprocedure in werking gesteld, beginnende met een observatieperiode. In deze periode van 6 maanden worden alle rechten van crediteuren opgeschort (algemeen moratorium) waarbij derden kunnen worden verplicht tot doorlevering en doorfinanciering, ook al weten zij dat de ondernemer in staat van insolventie verkeert. Dit geldt ook voor schulden van na het instellen van de faillissementsprocedure.¹³⁶ Op deze wijze kan de rechtbank beoordelen, naar aanleiding van het plan van de bewindvoerder, of en op welke wijze de onderneming kan worden voortgezet, op eigen kracht of door middel van een doorstart. In het eerste geval wordt de onderneming gesaneerd en voortgezet door de ondernemer zelf, bij het tweede geval worden gelden van het verkopen van de onderneming gebruikt om crediteuren te betalen waarna het faillissement eindigt. In Frankrijk is een vergaande betrokkenheid van de rechter bij aanvang van het faillissement. Ziet de rechter geen heil in het plan van de bewindvoerder, dan begint de vereffeningprocedure direct.

5.4.1 Loonbetaling

In Frankrijk zijn de vorderingen van de werknemers "superpreferent". Ze gaan boven alle andere voorrechten; zelfs boven die van de fiscus. Het voorrecht heeft betrekking op:

- het niet betaalde salaris over de laatste zestig werkdagen
- de vaste ontslagvergoeding wegens het eindigen van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd
- vergoeding wegens onregelmatige opzegging

¹³⁵ p. 50.

¹³⁶ E.P.M Joossen, *Overdracht van ondernemingen uit faillissement*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 134.

- vergoeding wegens niet genoten vakantiedagen.

Het bedrag dat door het voorrecht wordt gedekt wordt wel gemaximaliseerd, het heeft betrekking op twee keer het maximale maandloon waarover premies sociale zekerheid worden geheven.

In Frankrijk is in 1973 een verplichte verzekering ingevoerd tegen het risico van niet-betaling van door insolvente werkgevers van werknemersvorderingen.¹³⁷ Deze verzekering speelt een rol als de boedel ontoereikend is de vorderingen van de werknemers te voldoen. De werkgevers op wie de insolventiewetgeving van toepassing is (dit is een zeer ruime kring van verzekerden) zijn verplicht hun werknemers te verzekeren tegen het risico van niet-betaling (L. 143-11-1 Code du Travail). Deze verzekering omvat:

- al hetgeen de werknemers op grond van de arbeidsovereenkomst te vorderen hebben op de ingangsdatum van de insolventieprocedure
- de ontslagvergoedingen die verschuldigd zijn bij ontslag tijdens de observatieprocedure. De observatieprocedure is de periode tot vaststelling van een herstelplan of een liquidatiebeslissing.
- het salaris tijdens de observatieprocedure, tijdens de eerste veertien dagen na de liquidatiebeslissing tijdens de periode waarin de activiteiten met rechterlijke toestemming worden voortgezet. Dit geldt alleen in het geval van een liquidatiebeslissing. Er geldt een maximum van anderhalf maandsalaris met als absolute bovengrens van drie maal het maximum maandloon waarover premies voor de sociale verzekeringen moeten worden betaald (D. 143-4 CdT).¹³⁸

De uitkering van de verzekering bedraagt ten hoogste dertien maal het maximum maandloon waarover werkloosheidspremies worden geheven. Om het maximum te ontvangen moet aan bepaalde voorwaarden zijn voldaan.

- De vorderingen zijn concreet te berekenen op grond van de wet of de CAO.
- De arbeidsovereenkomst bestaat al meer dan zes maanden op het moment waarop de werkgever failliet wordt verklaard.

Als niet aan deze voorwaarden wordt voldaan is het maximum vier maal het maximum maandloon. De Association pour la Gestion du régime d'assurances des

137 A.M. Luttmer-Kat, 'Een blik over de grenzen' in: A.M. Luttmer-Kat (red), *Werknemers en insolventie van de werkgever: Is de balans in evenwicht*, Deventer: Kluwer 2000 p.87.

138 A.M. Luttmer-Kat, 'Een blik over de grenzen' in: A.M. Luttmer-Kat (red), *Werknemers en insolventie van de werkgever: Is de balans in evenwicht*, Deventer: Kluwer 2000 p.88.

créances d'origine Salariée (A.G.S) is belast met de uitvoering van de verzekering (art. L. 143-11-4 CdT). De feitelijke uitvoering wordt echter overgelaten aan de uitvoeringsorganen van de Werkloosheidswet.

5.4.2 Ontslag

De staat van insolventie van de werkgever leidt in beginsel in Frankrijk niet tot collectief ontslag van de werknemers. Voortzetting van de onderneming is het doel van de procedure en natuurlijk heeft een onderneming alleen levensvatbaarheid wanneer arbeid wordt verricht. Tijdens de observatieprocedure de bewindvoerder na raadpleging van de rechter-commissaris, alleen toestemming verlenen voor ontslagen wegens economische redenen. Wanneer dit collectief ontslag betreft dient de bewindvoerder ook de schuldenaar en de ondernemingsraad of eventueel de personeelsvertegenwoordiging te raadplegen. Deze toestemming wordt alleen verleend als de ontslagen dringend, onvermijdelijk en beslist noodzakelijk zijn. De bewindvoerder moet aan de rechter-commissaris het advies van de ondernemingsraad overleggen en aangeven wat hij heeft gedaan om de ontslagen te voorkomen of de gevolgen financieel te verzachten. De ontslagen moeten aan de overheid gemeld worden. Als er een plan is de onderneming voort te zetten of over te dragen waaruit ontslagen blijken, kan het plan pas worden vastgesteld door het Tribunal de Commerce na informatie en raadpleging van de werknemersvertegenwoordigers. In het plan moet het aantal ontslagen worden vermeld waartoe binnen een maand na de vaststelling van het plan wordt overgegaan. In deze maand kan de bewindvoerder de arbeidsovereenkomsten opzeggen met inachtneming van de wettelijke of CAO-opzegtermijn. Als de werknemer het niet eens is met het tijdens de observatieprocedure gegeven ontslag, kan hij zich tot de arbeidsrechter wenden.¹³⁹

5.4.3 Overgang van Onderneming

Vanaf de aanvang van de faillissementsprocedure kan een ieder, behalve directieleden van de onderneming en naaste familie daarvan, schriftelijk bij de bewindvoerder een bod uitbrengen op de onderneming, art. 21 Wet 1985. Het bod dient erop gericht te zijn dat in ieder geval een gedeelte van de onderneming wordt behouden. Een reëel bod wordt toegevoegd aan het plan van de bewindvoerder dat naar de rechtbank gaat. Wordt het plan door de rechtbank aanvaard en er is een

¹³⁹ A.M. Luttmer-Kat, 'Een blik over de grenzen' in: A.M. Luttmer-Kat (red), *Werknemers en insolventie van de werkgever: Is de balans in evenwicht*, Deventer: Kluwer 2000 p.90.

keuze gemaakt welk bod het wordt (ingeval er meerdere boden gedaan zijn) dan is de bieder verplicht tot afname van de onderneming.¹⁴⁰ Uitgegaan wordt van een integrale overgang van onderneming, dit geldt ook voor de arbeidsovereenkomsten, (art. 122-12 CdT). Alle opgebouwde rechten (en plichten) van de werknemer gaan over op de verkrijger. De verkrijger kan echter voorzover de rechten al zijn opgebouwd voor de overgang van onderneming, het recht uitoefenen om het daaraan gerelateerde gedeelte van de kosten te verhalen op de boedel. De vordering van de werknemer gaat zo middels subrogatie over op de verkrijger.¹⁴¹ Deze Franse regeling is in die zin bijzonder daar Richtlijn 770/187 niet geldt tijdens faillissement, en in Frankrijk de werknemersrechten juist wel gewaarborgd blijven.

5.4.4 Medezeggenschap

Voordat het Tribunal de Commerce de insolventieprocedure opent moet de ondernemingsraad en/of het Comité d'entreprise worden opgeroepen. De ondernemingsraad moet een speciale werknemersvertegenwoordiger aanwijzen, die de lijsten van vorderingen moet verifiëren die door de vertegenwoordiger van de schuldeisers zijn opgesteld. De werknemersvertegenwoordigers zijn nauw betrokken bij ontslagen tijdens faillissement. Ze moeten worden geraadpleegd en geïnformeerd over ontslagen wegens economische redenen.¹⁴²

5.5 Concluderend

In Nederland genieten werknemers in een situatie buiten faillissement veel arbeidsrechtelijke bescherming. Wordt de werkgever echter in staat van faillissement verklaard, dan verandert de arbeidsrechtelijke positie van de werknemer. Zijn ontslagbescherming wordt minder, de opzegtermijnen korter en de medezeggenschap wordt minder. Om de situatie van de Nederlandse werknemer in een perspectief te kunnen plaatsen, hebben wij in dit hoofdstuk bekeken wat de arbeidsrechtelijke positie van werknemers in België, Duitsland, Engeland en Frankrijk is. Hieruit blijkt het volgende.

140 E.P.M. Joossen, *Overdracht van ondernemingen uit faillissement*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p.170.

141 E.P.M. Joossen, *Overdracht van ondernemingen uit faillissement*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998 p. 201.

142 A.M. Luttmer-Kat, 'Een blik over de grenzen' in: A.M. Luttmer-Kat (red), *Werknemers en insolventie van de werkgever: Is de balans in evenwicht*, Deventer: Kluwer 2000 p.89.

5.5.1 Loonbetaling

In alle onderzochte landen behalve Engeland zijn de loonvorderingen na datum faillietverklaring boedelschuld. De loonvorderingen zijn in Engeland geen boedelschuld maar bij voortzetting van de onderneming is de receiver persoonlijk aansprakelijk voor deze vorderingen. Hij kan hiervoor een indemnity uit de boedel verkrijgen die voorrang heeft. De situatie wat omgang met loonvorderingen in de besproken landen betreft is navenant gelijk.

De loonvorderingen ontstaan na datum van faillietverklaringen nemen in elk land een andere rang in. Uit vergelijking volgt dat de werknemer in Nederland hierbij de slechtste positie heeft. De Franse loonvordering heeft de hoogste rang, die gaat namelijk voor alle andere vorderingen. De Nederlandse werknemer neemt wel een redelijk goede positie in bij voldoening door het waarborgfonds. Nederland en Duitsland hebben een loonbetalinggarantie voor drie maanden terwijl in België en Engeland de termijn gelimiteerd is tot twee maanden. Het waarborgfonds wordt in Engeland, België en Duitsland gefinancierd door de werkgevers terwijl in Nederland de werknemers ook de helft van de premies opbrengen. Frankrijk kent geen loonbetalingovername door een waarborgfonds maar heeft een stelsel van verplichte verzekering. Deze verzekering omvat een zeer ruim loonbegrip waardoor de Franse werknemer erg veel voldaan ziet worden. De Franse werknemers krijgt ook over een veel langere periode zijn loon doorbetaald, namelijk dertien maanden.

5.5.2 Ontslag

In alle onderzochte landen is er weinig ontslagbescherming gedurende insolventie. In Frankrijk en Duitsland genieten de werknemers meer bescherming omdat daar de ondernemingsraad gehoord moet worden alvorens tot ontslag mag worden overgegaan. In Frankrijk is daarnaast ontslag alleen mogelijk wanneer het onvermijdelijk, dringend en noodzakelijk is. De positie van de Nederlandse werknemer is wel beter dan van de Engelse of Belgische werknemer omdat in deze landen de arbeidsovereenkomst van rechtswege kan eindigen. De opzegtermijnen zijn in Nederland en Engeland het kortst. In Engeland zijn de opzegtermijnen echter in de reguliere situatie ook erg kort. In Frankrijk, België en Engeland gelden de opzegtermijnen die ook gelden buiten faillissement. De Duitse opzegtermijnen zijn net als de Nederlandse gemaximaliseerd, echter in Duitsland is de maximale opzegtermijn drie maanden terwijl deze in Nederland zes weken is.

5.5.3 Overgang van onderneming

Ook met betrekking tot overgang van onderneming verkeert de Nederlandse werknemer in een slechte positie in vergelijking met de werknemers uit andere landen. In België, Frankrijk en Engeland staat het de verkrijger, net als in Nederland, wel vrij te bepalen welke werknemers hij wil overnemen, maar wanneer hij ze overneemt gaan ook al hun rechten uit arbeidsovereenkomst mee over. In Nederland is dit niet het geval daar de regelgeving met betrekking tot overgang van onderneming niet geldt tijdens faillissement. In Duitsland is de Richtlijn van toepassing tijdens insolventie. Om te voorkomen dat failliete ondernemingen niet te verkopen zijn geniet de werknemer wel minder ontslagbescherming. De Belgische werknemer heeft zelfs nog recht op een overbruggingsvergoeding.

5.5.4 Medezeggenschap

In Frankrijk en Duitsland wordt de werknemer betrokken bij aanvraag van het faillissement en bij eventueel ontslag van werknemers. De Belgische werkgever moet melding doen van aangifte van het faillissement aan de werknemer. Na faillietverklaring gelden in alle landen de reguliere rechten van de ondernemingsraad, omdat de curator gezien wordt als ondernemer.

In Engeland is buiten faillissement bijna geen medezeggenschap, tijdens faillissement is deze situatie niet anders. Alleen wanneer internationale regelgeving dit voorschrijft zijn er af en toe zaken waarbij de ondernemingsraad betrokken wordt.

5.5.5 Concluderend

De Nederlandse werknemer heeft zeker geen goede arbeidsrechtelijke positie tijdens faillissement. Uit ons rechtsvergelijkend onderzoek blijkt dat in omliggende landen werknemers meer beschermd worden tegen de gevolgen van het faillissement. De Nederlandse wetgever zou in meerdere opzichten een voorbeeld kunnen nemen aan andere landen.

6 Maatregelen tegen faillissementsmisbruik – Aanbeveling tot verbetering van de positie van werknemers bij faillissement van zijn werkgever

Aan de hand van het onderzoek naar de positie van de werknemer in Nederland en het rechtsvergelijkende onderzoek, kunnen wij de probleemstelling beantwoorden. Er wordt in de wetgeving onvoldoende rekening gehouden met de bijzondere positie van de werknemer. De werknemer verliest een groot gedeelte van zijn arbeidsrechtelijke bescherming ten behoeve van de schuldeisers. Wij vinden deze situatie zeer onwenselijk en zullen in dit hoofdstuk daarom enkele aanbevelingen doen ter verbetering van de positie van de werknemer.

Faillissement lijkt steeds meer een alternatieve route te worden om van het personeel af te komen, doordat de bescherming zo ver beperkt wordt in Nederland. Dit is ongewenst. Rechtsvergelijking laat zien dat minder vergaande beperking van bescherming niet irreëel is. Omdat faillissement vaak een hoop ellende meebrengt voor de werknemer, dient gekeken te worden of mogelijk de pijn enigszins verzacht kan worden middels passende wetgeving.

Op het terrein van het faillissementsrecht moet de wetgever veel belangen afwegen alvorens een keuze gemaakt kan worden of wetgeving al dan niet dient te wijzigen. De belangen tussen debiteuren en crediteuren moet tegen elkaar afgewogen worden. Daarnaast kunnen belangen tussen debiteuren of crediteuren onderling ook verschillen. De werknemer is bijvoorbeeld meer gebaat bij een eventuele doorstart wanneer hij in de onderneming arbeid kan blijven verrichten, terwijl voor het bestuur van de onderneming de verkoop van de onderneming al voldoende is, en zijn de werknemersbelangen ondergeschikt.

Faillissementen zijn in die zin een groot probleem, daar een groot deel van het inkomen van werknemers afhankelijk is van het verrichten van arbeid. Wanneer deze werknemers geen aanspraak meer kunnen maken op loon van de werkgever moeten zij aanspraak maken op de WW, en wanneer daar geen aanspraak op gemaakt kan worden op de Bijstand. Het faillissement heeft grote gevolgen voor werknemers, en

daarom zijn wij van mening dat de wetgeving op dit moment onvoldoende houvast biedt. Er bestaat een te grote discrepantie tussen de werknemersbescherming voor en tijdens faillissement. Onze aanbevelingen zullen dan ook gericht zijn op de verbetering van de positie van de werknemer gedurende insolventie, maar wel met inachtneming de belangen van de andere partijen.

6.1 Heroverweging art. 40 Faillissementswet

De huidige Faillissementswet is ingevoerd in 1893. Op dat moment was op het gebied van arbeidsrecht nog zeer weinig geregeld. Dit gebeurde pas in 1907 bij de invoering van de Wet op de Arbeidsovereenkomst.¹⁴³

Art. 40 FW luidde in 1893:

“Alle bezoldigde personen, in dienst van den gefailleerde, kunnen hunne betrekking opzeggen en hun kan wederkerig door den curator hunne opzegging 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. Van den dag der faillietverklaring is loon boedelschuld.”

Het huidige art. 40 FW luidt:

Lid 1. Werknemers in dienst van de gefailleerde kunnen de arbeidsovereenkomst opzeggen en hun kan wederkerig door de curator de arbeidsovereenkomst worden opgezegd, en wel met inachtneming van de overeengekomen of wettelijke termijnen, met dien verstande echter dat in elk geval de arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd met een termijn van zes weken.

Lid 2. Van de dag der faillietverklaring af zijn het loon en de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden boedelschuld.

Als we deze twee artikelen met elkaar vergelijken valt op dat nagenoeg geen verschillen bestaan. De verschillen die bestaan zijn slechts van tekstuele aard. Art. 40 FW is dus in meer dan een eeuw praktisch ongewijzigd gebleven terwijl het arbeidsrecht buiten faillissement allerlei veranderingen heeft doorgemaakt.

¹⁴³ Wet op de arbeidsovereenkomst van 13 juli 1907. Bakels, *Schets van het Nederlandse Arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 49.

In 1893 heeft een belangenafweging plaatsgevonden tussen de belangen van schuldeisers, schuldenaar en werknemers. Deze belangenafweging is niet meer van deze tijd doordat het arbeidsrecht en de opvattingen omtrent bescherming van werknemers in de loop van de tijd sterk veranderd zijn. De Faillissementwet zoals die nu bestaat, dient vooral het belang van de schuldeisers terwijl de schuldeisers in de meeste gevallen niet afhankelijk zijn van één debiteur en mogelijkheden hebben op andere manieren in hun zekerheid te voorzien door bijvoorbeeld het risico te spreiden. Een werknemer is daarentegen afhankelijk in zijn bestaanszekerheid van één werkgever en heeft weinig mogelijkheden op een andere manier in zijn zekerheid te voorzien.

Als we kijken naar de mogelijkheden tot beëindiging van een andere duurovereenkomst, de huurovereenkomst, dan zien we dat daarvoor een maximum opzegtermijn van drie maanden geldt (art. 39 FW). De verhuurder wordt dus door de Faillissementswet beter beschermd dan de werknemer, terwijl een verhuurder buiten faillissement veel minder beschermd wordt dan een werknemer. Tijdens de wijziging van het ontslagrecht in 1953 werd in de memorie van toelichting gesproken over een eventuele wijziging van art. 40 FW.

De memorie van toelichting meldde hierover dat geen aanleiding bestaat de opzegtermijn van art. 40 FW te wijzigen. De curator moet in de gelegenheid worden gesteld vrij de personeelsuitgaven te beëindigen wanneer het bedrijf wordt stilgelegd. Verlenging zou meebrengen dat de arbeiders nog vrij lange tijd op kosten van crediteuren betaling zouden hebben ontvangen, terwijl doorgaans geen arbeid meer valt te verrichten.¹⁴⁴ In 1968 is bij de behandeling van wetsontwerp 9010 door Wiebenga van de PSP gepleit voor integrale toepassing van de burgerrechtelijke opzegtermijnen bij opzegging bij faillissement.¹⁴⁵ Uiteindelijk heeft hij geen amendement ingediend en ook bij wetsontwerp 9510 is het niet gelukt de burgerrechtelijke opzegtermijn ook bij faillissement van toepassing te verklaren. Ondanks een aantal pogingen is dus nooit verandering gekomen in de gemaximaliseerde opzegtermijn van zes weken.

Uit ons rechtsvergelijkende onderzoek blijkt dat in de andere onderzochte landen de opzegtermijnen veel langer zijn. In Frankrijk, België en Engeland gelden zelfs de

144 L.H. van den Heuvel, *Rechten van werknemers bij faillissement*, Alphen aan de Rijn: Samsom Uitgeverij 1981, p. 21.

145 L.H. van den Heuvel, *Rechten van werknemers bij faillissement*, Alphen aan de Rijn: Samsom Uitgeverij 1981, p.45.

opzegtermijnen van buiten faillissement zonder maximum. In Duitsland is wel een maximum maar die is gesteld op drie maanden.

Wij zouden graag zien dat art. 40 FW heroverwogen wordt en aangepast wordt aan de beschermingsgedachte van deze tijd. De maximale wettelijke opzegtermijn buiten faillissement is vier maanden bij een dienstverband van vijftien jaar of meer. In CAO's of individuele arbeidsovereenkomsten kunnen natuurlijk nog langere opzegtermijnen overeengekomen worden. Doordat de opzegtermijnen in Nederland zeer lang kunnen zijn, lijkt het ons niet goed om de burgerlijke opzegtermijnen in het geheel van toepassing te laten zijn in faillissement. Wij willen aldus voorstellen een maximum opzegtermijn in de wet op te nemen die langer is dan zes weken. Een opzegtermijn van drie maanden zoals in Duitsland geldt, lijkt ons een redelijke opzegtermijn. De werknemer heeft dan iets meer tijd een andere baan te vinden en de boedel wordt niet onredelijk benadeeld. Van den Heuvel stelt voor de curator gewoon gebonden te achten aan wat wettelijk en bij CAO is vastgesteld. In beginsel zou volgens hem hetzelfde moeten gelden voor wat individueel is vastgesteld, maar dan zou een matigingsrecht voor de rechter kunnen worden geregeld.

De rechter bij de opzegtermijnen betrekken lijkt ons echter geen goed idee, omdat het in faillissement juist allemaal snel moet gaan en de rechter in Nederland al overbelast is, en dit het proces alleen maar onnodig zal vertragen. Verlenging van de opzegtermijn betekent wel dat de loondoorbetalingsgarantie van het UWV ook langer moet gaan duren. Dit weegt ons inziens echter niet op tegen de belangen die de werknemer heeft bij een langere opzegtermijn.

6.2 De rol van de curator

De curator vervult een centrale rol in het faillissement. Artikel 68 FW omschrijft de taak van de curator als volgt: "De curator is belast met het beheer en de vereffening van de failliete boedel." Uit de Faillissementswet en de memorie van toelichting bij art. 25 FW blijkt dat de primaire taak van de curator is het realiseren van een zo hoog mogelijke opbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De curator is er dus om de belangen van de schuldeisers te behartigen. Hij moet de boedel zo beheren en vereffenen dat de opbrengst voor de schuldeisers zo hoog mogelijk is. Nergens in de Faillissementswet staat dat de curator ook rekening moet houden met andere belangen. Uit de praktijk en jurisprudentie blijkt echter dat er wel rekening

gehouden wordt respectievelijk moet worden met maatschappelijke belangen zoals werkgelegenheid. Deze opvatting sluit echter niet meer aan bij de huidige praktijk en rechtspraak. In de praktijk valt bij de afwikkeling van faillissementen een ontwikkeling te signaleren die inhoudt dat curatoren de opbrengst van de boedel min of meer opofferen voor de werkgelegenheid.¹⁴⁶ Wanneer meerdere gegadigden geïnteresseerd zijn in een overname kiest de curator voor degene die een lager bedrag biedt maar meer werknemers overneemt.

Ook de Hoge Raad heeft bepaald dat de curator niet alleen rekening heeft te houden met de belangen van de schuldeisers. In de arresten Sigmacon I¹⁴⁷ en Sigmacon II¹⁴⁸ heeft de Hoge Raad bepaald dat de curator naast de belangen van de crediteuren rekening moet houden met belangen van maatschappelijke aard waaronder continuïteit van de onderneming en werkgelegenheid. In het arrest Leidsche Wolspinnerij¹⁴⁹ bevestigt de Hoge Raad dit en voegt toe dat aan het belang van werkgelegenheid voorrang kan worden toegekend boven de belangen van individuele schuldeisers. De Hoge Raad overweegt in dit arrest:

“De curator moet bij de uitoefening van zijn taak uiteenlopende, soms tegenstrijdig belangen behartigen en behoort bij het nemen van zijn beslissingen – die vaak geen uitstel kunnen lijden – óók rekening te houden met belangen van maatschappelijke aard.”

In de literatuur ontstond de discussie wat deze uitspraken (Leidsche Wolspinnerij en Sigmacon II) voor gevolgen konden hebben met betrekking tot het functioneren van de curator. Twee benaderingen konden in deze discussie onderscheiden worden, de schuldeisersbenadering en de forumbenadering. De eerste benadering blijft uitgaan van het oorspronkelijke doel van de Faillissementswet, namelijk vereffening van de boedel, terwijl in de forumbenadering men ervan uit gaat dat de uitspraken van de Hoge Raad een forum creëren waarop de belangen van de verschillende partijen gedurende faillissement worden beoordeeld en gewogen. Net als Beltzer en Knecht¹⁵⁰ zijn wij van mening dat de forumbenadering het meest in de lijn van de rechtspraak

146 S.H. de Ranitz, 'Crediteurenbelangen versus 'andere belangen', in: *De curator een octopus*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 187.

147 HR 12 mei 1989, *NJ* 1990, 130.

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

149 HR 19 april 1996, *NJ* 1996, 727.

150 R.M. Beltzer en R. Knecht, 'Faillissementen en het afvloeien van personeel- over misbruik van het faillissementrecht', *Justitiële verkenningen*, jaargang 26 nummer 2 2000 p. 53.

is. De curator moet dus bij afwikkeling van het faillissement steeds de verschillende belangen met elkaar afwegen. Dit zal best lastig zijn omdat de Faillissementswet hier niet op gericht is. Als de curator de belangen van de werknemers laat prevaleren boven de belangen van de schuldeisers handelt hij in strijd met de Faillissementswet. Wij willen daarom aanbevelen dat een duidelijke taakomschrijving in de Faillissementswet wordt opgenomen waarin staat dat ook rekening gehouden moet worden met de maatschappelijke belangen. Hierdoor wordt het duidelijk voor de curator wat hij moet doen met de maatschappelijke belangen en kunnen schuldeisers hem niet aansprakelijk stellen omdat hij de belangen van de werknemers heeft laten prevaleren.

Naast de eventuele wijziging van de Faillissementswet dienen onze inziens richtlijnen opgesteld te worden door het Ministerie van Justitie, zodat rechtsongelijkheid voorkomen kan worden. De curator krijgt al snel te maken met belangenafweging. De eerste belangenafweging die hij moet maken is of hij de onderneming al dan niet wil voortzetten. Hij kan hierbij gebruik maken van de afkoelingsperiode van art. 63a FW zodat de kredietverschaffers niet meteen hun zekerheden komen opeisen. Het al dan niet voortzetten van de onderneming hoeft geen lastige afweging te zijn omdat het “going concern” verkopen van de onderneming ook in het voordeel van de gezamenlijke crediteuren kan zijn. Als echter niet heel duidelijk is of het voortzetten van het bedrijf meer boedelopbrengst kan opleveren zal de curator in een lastige positie kunnen verkeren. De schuldeisers zullen druk op hem gaan uitoefenen en dreigen met persoonlijke aansprakelijkheid. Dezelfde problemen kunnen zich voortdoen bij het ontslag van personeel en een eventuele verkoop van de onderneming.

In het geval dat sprake is van een technisch faillissement wordt de curator ook in een lastige positie gedwongen. Het technische faillissement is namelijk van te voren al geregisseerd en voor de curator valt dus niet veel meer te doen. De overnemer is in beginsel al bekend. Toch zal de curator ons inziens toch nog de verschillende belangen moeten afwegen en eventueel naar een andere koper op zoek moeten gaan die bijvoorbeeld meer personeel over wil nemen voor een lagere prijs.¹⁵¹ Als eenmaal een overnemer bekend is moet hij kijken of al het personeel ontslagen moet worden of dat misschien de mogelijkheid bestaat dat een deel van het personeel op

¹⁵¹ zie ook F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, Deventer: Tjeenk Willink 1998 p. 161.

de verkrijger kan overgaan. De curator moet dan ook ruimdenkend zijn en niet alleen de plannen beoordelen van de doorstarter. Wanneer de expertise niet ligt bij de curator dient hij advies in te winnen. Het bedrag van het advies gaat wel op de boedel drukken, hetgeen nadelig is omdat het de taak van de curator is de kosten zo laag mogelijk te houden, echter als dit tot gevolg heeft dat meer werknemers arbeid kunnen blijven verrichten in de onderneming zonder dat de onderneming daardoor in betalingsnood komt dient dit voorrang te hebben. Gezocht moet worden naar de mogelijkheid waarin de doorstart zo in elkaar steekt, dat de kennis en know how van de onderneming niet verloren gaat en de werknemersbelangen niet te erg worden geschaad. Dit is alleen haalbaar wanneer de bestaande schuldenlast niet in de weg staat aan de voortzetting van de onderneming; hierbij kunnen wij een voorbeeld nemen aan Frankrijk. Ook de observatieregeling lijkt ons zinvol. Aan de hand daarvan kan beoordeeld worden of de onderneming gesaneerd of doorgezet dient te worden. Voorwaarde is wel dat in ieder geval voor de crediteuren die verplicht worden tot doorlevering een verzekering bestaat waarop zij inkomstenschade kunnen verhalen. De premies hiervoor zouden collectief bij alle werkgevers dienen te liggen. Afhankelijk van de branche en de grootte van de onderneming dient de premie vastgesteld te worden.

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de curator naast de belangen van de schuldeisers andere belangen, zoals werkgelegenheid, moet behartigen. De curator is dus niet geheel vrij in de wijze waarop hij de op grond van de Faillissementswet aan hem toegekende bevoegdheden kan uitoefenen. Daarom bevelen wij ook aan dat een duidelijke taakomschrijving in de Faillissementswet moet komen en dat het Ministerie van Justitie richtlijnen op dient te stellen die de curator helpen de juiste belangenafweging te maken.

In gevallen kan de curator ook een onrechtmatige daad verweten worden of persoonlijk aansprakelijk gesteld worden.

Indien de curator niet voldoende rekening houdt met het belang van een betrokkene kan hem een onrechtmatige daad verweten worden. In sommige gevallen zal een onrechtmatige daad van de curator aan de boedel kunnen worden toegerekend. Dit zal ons inziens het geval zijn als de onrechtmatige daad in het maatschappelijke verkeer te gelden heeft als een gedraging van de failliete onderneming. Dit ontnemen wij aan de toerekening van onrechtmatige gedragingen van bestuurders aan de

rechtspersoon.¹⁵² De Hoge Raad heeft in het kleuterschool Babbel-arrest¹⁵³ namelijk bepaald dat een gedraging van een bestuurder als onrechtmatige gedraging van de rechtspersoon geldt, indien deze gedraging in het maatschappelijke verkeer heeft te gelden als een gedraging van de rechtspersoon. Als de onrechtmatige gedraging van de curator aan de boedel kan worden toegerekend, ontstaat een boedelschuld.

Naast aansprakelijkheid van de boedel door een onrechtmatige gedraging van de curator kan de curator persoonlijk aansprakelijk gesteld worden wegens een onrechtmatige daad. Dit doet zich voor indien de curator een persoonlijke rechtsplicht heeft geschonden.¹⁵⁴ De curator is pas van de aansprakelijkheid gevrijwaard, indien hij de hem toevertrouwde belangen naar behoren heeft waargenomen.¹⁵⁵ In het arrest Leidsche Wolspinnerij heeft de Hoge Raad een zorgvuldigheidsnorm voor de curator geformuleerd.¹⁵⁶ Deze luidt: “Een curator behoort te handelen zoals in redelijkheid mag worden verlangd van een over voldoende inzicht en ervaring beschikkende curator die zijn taak met nauwgezetheid en inzet verricht.” Handelt een curator niet volgens deze norm, dan is hij in beginsel persoonlijk aansprakelijk.

Wij zijn echter van mening dat een curator niet al te snel persoonlijk aansprakelijk moet worden gehouden. De curator moet in een korte tijd verschillende belangrijke beslissingen nemen en alle belangen afwegen. Alleen in het geval dat de curator meewerkt aan het opzetten van een doorstart en weet dat daarbij de rechten van werknemers onredelijk geschonden worden, kan naar onze mening sprake zijn van persoonlijke aansprakelijkheid van de curator. De werknemer kan deze vordering instellen jegens de curator op grond van art. 6:162 BW.

6.3 Wet overgang van onderneming

De Wet overgang van onderneming is gedurende faillissement niet van toepassing, zo heeft het Hof van Justitie in het arrest Abels bepaald.¹⁵⁷ Dit arrest is in de Nederlandse wetgeving gecodificeerd in art. 7:666 BW. De vraag kan gesteld worden of de Wet overgang van onderneming juist wél van toepassing moet zijn als sprake is

¹⁵² De curator is namelijk gelijk te stellen als de bestuurder van een rechtspersoon, omdat hij degene is die de onderneming in stand houdt. Voor de Wet op de Ondernemingsraad wordt hij ook als bestuurder/ondernemer gezien.

¹⁵³ HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34.

¹⁵⁴ S.C.J.J. Kortmann, *De curator als octopus*, Zwoller: Tjeenk Willink 1996, p. 177.

¹⁵⁵ HR 26 mei 1933, *NJ* 1933, 870.

¹⁵⁶ HR 19 april 1996, *JOR* 1996, 48.

¹⁵⁷ Hof van Justitie 7 februari 1985, *NJ* 1985, 500.

van oneigenlijk gebruik van faillissement door middel van een doorstart. In dit geval wordt de onderneming namelijk, net als bij surséance van betaling, voortgezet. En hierbij is de Wet overgang van onderneming wel van toepassing.

Het Hof van Justitie heeft in de uitspraken d'Urso¹⁵⁸ en Fiat bepaald dat het antwoord op de vraag of de richtlijn van toepassing is, beantwoord moet worden aan de hand van het doel van de procedure. Als het doel van de procedure liquidatie en vereffening is, dan is de richtlijn niet van toepassing. Wanneer het doel van de procedure echter voortzetting van de onderneming is, dan is de richtlijn wel van toepassing. In deze arresten lijkt het erop dat het door het hof gestelde criterium van voortzetting van de onderneming vooral een formeel criterium is. Het moet gaan om het formele doel van de desbetreffende procedure. Het formele doel van faillissement is liquidatie en vereffening. De arresten D'Urso en Fiat brengen in beginsel dus geen verandering mee in de opvatting dat de richtlijn niet van toepassing is tijdens faillissement. Na het arrest Dethier/Dassy ontstaan er echter meer redenen tot twijfelen. Ook in dit arrest stelt het hof voorop dat het beslissende criterium het doel is dat met de betrokken procedure wordt beoogd. Hieraan voegde het hof echter toe dat ook rekening moet worden gehouden met de modaliteiten van de procedure, met name de vraag in hoeverre de werkzaamheid van de onderneming wordt voortgezet dan wel wordt gestaakt, alsook met de doelstellingen van de richtlijn. In casu was het formele doel van de Belgische procedure niet duidelijk en daarom moet worden gekeken naar de modaliteiten van de procedure. Uit dit arrest kan geconcludeerd worden dat het formele doel van de procedure niet meer als enige van doorslaggevende betekenis is. De modaliteiten gaan echter slechts een rol spelen indien het doel van de faillissementprocedure niet duidelijk is.

De vraag die nu ontstaat is of deze uitspraak gevolgen heeft voor de toepasselijkheid van art. 7:666 BW bij faillissement. Het formele doel van de Nederlandse faillissementprocedure is het liquideren en vereffenen van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Dit lijkt op het eerste gezicht een duidelijk doel en op grond van Dethier/Dassy zouden we dan niet eens toekomen aan de modaliteiten van de procedure. Door een aantal uitspraken van de Hoge Raad is echter verwarring ontstaan over het doel van de faillissementprocedure. In de arresten Sigmacon I, Sigmacon II en de Leidse

158 HvJ 15 juli 1991, *NJ* 1994,168.

Wolspinnerij heeft de Hoge Raad namelijk bepaald dat naast de belangen van de schuldeisers ook rekening gehouden moet worden met belangen van maatschappelijke aard zoals werkgelegenheid. Blijkbaar vindt de Hoge Raad dat het doel van faillissement niet alleen het voldoen van schuldeisers is. Een belangenafweging dient plaats te vinden tussen enerzijds de belangen van de schuldeisers en anderzijds de belangen van maatschappelijke aard.

Zoals eerder genoemd is in de literatuur de forumbenadering¹⁵⁹ ontstaan. Deze benadering heeft tot gevolg dat het doel van de Faillissementswet niet altijd is liquideren van de onderneming; dit kan gevolgen hebben voor de toepasselijkheid van art. 7:666 BW. Als het doel van de Faillissementswet namelijk niet liquideren is zou op grond van het arrest Dehtier/Dassy de Wet overgang van onderneming gewoon van toepassing zijn. In het kader van de forumgedachte is ook artikel 5 van de richtlijn overgang van ondernemingen ontstaan. Lid 1 van artikel 5 bepaalt dat de bepalingen van de richtlijn die de automatische overgang van rechten en verplichtingen uit arbeidsovereenkomst regelen, niet van toepassing zijn op de overgang van een onderneming die verwickeld is in een faillissementsprocedure of soortgelijke procedure met het oog op liquidatie van het vermogen onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie, welke instantie een door de overheid gemachtigde curator mag zijn. Het artikel bepaalt dat de lidstaten in hun wetgevingen gedeeltelijk van lid 1 kunnen afwijken. De lidstaten kunnen bepalen dat:

- de verkrijger niet aansprakelijk wordt voor schulden van de vervreemder uit een arbeidsovereenkomst die zijn ontstaan voor de overgang, mits de lidstaten een bescherming bieden die ten minste gelijkwaardig is aan die welke wordt voorgeschreven in situaties die vallen onder richtlijn 90/987 EG betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever;¹⁶⁰
- de verkrijger, vervreemder of persoon die de functies van de vervreemder uitoefenen enerzijds en de vertegenwoordigers van de werknemers anderzijds kunnen overeenkomen – voorzover geldende wetgeving dit mogelijk maakt – in de arbeidsvoorwaarden wijzigingen aan te brengen die bedoeld zijn om de werkgelegenheid veilig te stellen door het voortbestaan van de onderneming te verzekeren.

¹⁵⁹ Voorstanders van deze benadering zijn onder andere J.Winter, 'Doorstart, waarheen', TVVS, 1997, p. 210, Joossen, *overdracht van onderneming na faillissement*, p. 28, R.M. Beltzer, 'Insolvente ondernemingen en werknemers in transitie', in: Hugo Sinzheimer Instituut, *Naar een nieuwe rechtsorde van arbeid?* Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p.108.

¹⁶⁰ Pb. 20 oktober 1980, L283, laatstelijk gewijzigd bij richtlijn 87/164 EEG, Pb 11 maart 1987, L 66.

Lid 3 bepaalt dat het voor deze laatste maatregel noodzakelijk is dat de onderneming “overeenkomstig de nationale wetgeving in ernstige moeilijkheden verkeert”, welke situatie door een bevoegde overheidsinstantie moet zijn erkend en onder voorbehoud van rechterlijke toetsing. In artikel 4b van richtlijn van 77/187 werd bepaald dat lidstaten hieraan moesten voldoen voor een bepaalde datum. Door deze laatste zin is het in Nederland niet mogelijk de laatste maatregel te nemen. Wel kan Nederland gebruik maken van de eerste mogelijkheid.¹⁶¹

Beltzer pleitte voor de aanpassing van artikel 4bis zodat de Nederlandse werkgever hier ook gebruik van kon maken.¹⁶² Wij zijn net als Beltzer van mening dat de Europese wetgeving aangepast dient te worden zodat Nederland ook gebruik kan maken van deze mogelijkheid. Immers wanneer Nederland gebruik kan maken van deze regeling worden de rechten van werknemers bij doorstart veel meer gewaarborgd. Het in het geheel van toepassing verklaren van de Wet overgang van onderneming op grond van de jurisprudentie van het Hof van Justitie lijkt ons iets te ver gaan. Bij veel doorstarten is namelijk helemaal geen sprake van misbruik en een doorstart kan ook veel voordelen opleveren voor (een aantal) werknemers. Het in het geheel van toepassing verklaren van de richtlijn overgang van onderneming zou dan het onwenselijke effect hebben dat geen doorstarten gerealiseerd kunnen worden.

6.4 De rol van de rechter en de rechter-commissaris

De rechter toetst bij een faillissementsaanvraag slechts summierlijk of sprake is van betalingsonmacht. Dit is ook niet verwonderlijk omdat hij marginaal dient te toetsen of de ondernemer in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen. De meeste faillissementvonnisen bestaan uit één vel papier waarop vaak alleen staat dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen en welke vorderingen bestaan. Inhoudelijk wordt er dus niet ingegaan op de positie van de failliet. Dit is ons inziens te summierlijk. Betere toetsing door de rechter zou eventueel misbruik vroegtijdig in de kiem kunnen smoren. De Hoge Raad bepaalde op 7 april 1995¹⁶³ dat de rechter de faillissementstoestand duidelijk dient te motiveren. Hij kan niet volstaan met de vaststelling dat sprake is van pluraliteit van

¹⁶¹ R.M. Beltzer 'insolvente ondernemingen en werknemers in transitie' in: Hugo Sinzheimer Instituut, *Naar een nieuwe rechtsorde van arbeid?* Den Haag: Sdu Uitgevers 1999 p. 107.

¹⁶² R.M. Beltzer insolvente ondernemingen en werknemers in transitie' in: Hugo Sinzheimer Instituut, *Naar een nieuwe rechtsorde van arbeid?* Den Haag: Sdu Uitgevers 1999 p. 108.

¹⁶³ HR 7 april 1995 RvdW 1996/39.

schuldeisers, er moeten bijkomende omstandigheden worden aangevoerd om de conclusie te rechtvaardigen dat de toestand “opgehouden hebben te betalen” is ingetreden. Omstandigheden waar de rechter dan bijvoorbeeld rekening mee dient te houden zijn:

- het zelf aanvragen van het faillissement door de schuldenaar
- nauwe banden tussen vervreemder en verkrijger
- overname plannen zijn al voor faillissementaanvraag beraamd
- verkrijger wil onderneming alleen in afgeslankte vorm voortzetten¹⁶⁴
- vlak voor faillissement is geprobeerd de werknemers te ontslaan.

Indien de rechter een aantal feitelijke omstandigheden meeweegt in zijn oordeel, zal misbruik ook sneller aan het licht komen en is het zaak dat de rechter direct ingrijpt. Natuurlijk moet een faillissementvonnis snel uitgesproken worden. Een iets meer inhoudelijke toetsing heeft echter geen onredelijke vertraging tot gevolg. Van de rechter kan echter niet verwacht worden dat hij een volledig inhoudelijke toets uitvoert.

In het algemeen zou het ook niet onverstandig zijn te overwegen de Faillissementswet te veranderen. Zowel de surséance van betaling als het faillissement worden immers doorgaans niet meer gebruikt waarvoor ze zijn opgezet. Het faillissement ziet niet altijd op vereffening van de boedel maar ook op de doorstart. Wanneer net als in het Franse systeem de mogelijkheid wordt geboden het faillissement aan te vragen om te kijken of de onderneming nog levensvatbaar is, zou het ook makkelijker zijn de marginale toets die de rechter nu hanteert bij het aanvragen van het faillissement voor die gevallen te veranderen naar een volledige toets..Hierdoor is er meer doorzichtigheid en wordt door de onafhankelijke rechter bekeken of een mogelijke doorstart niet compleet voorbij gaat aan de werknemersrechten. Het behoud van de onderneming en de mogelijkheid tot doorstart zou dan als doelstelling opgenomen moeten worden in de Faillissementswet.

Doordat de rechter een volledige toets moet uitvoeren naar de eventuele mogelijkheden tot een doorstart zal de snelheid van het proces behoorlijk afnemen. Het rechterlijke apparaat zal overbelast worden, waardoor de wachtermijnen langer zullen worden, hetgeen niet wenselijk kan zijn. Toch zijn wij van mening dat bij

¹⁶⁴ M.L. Lennarts en P.W. van Straalen 'Toepassing van de artikelen 7A:1639aa e.v BW, ook in faillissement?' *TVVS* 1997 nr. 97/1 p. 3.

voorkoming van misbruik een rol weggelegd kan zijn voor de rechter. De Faillissementswet is pas veranderd maar de wijzigingen hebben vooral betrekking op surséance en niet op faillissement. Door deze veranderingen wordt de positie van de werknemers ook niet verbeterd.

De rechter-commissaris heeft een toezichthoudende taak in het faillissement. Hij moet bijvoorbeeld toestemming verlenen voor het ontslag op grond van art. 40 FW. Ook hierbij vindt weinig toetsing plaats. De rechter-commissaris zou in het geval een curator verzoekt om ontslag kunnen onderzoeken of het ontslag echt noodzakelijk is, of dat sprake is van een geregisseerd faillissement waarbij het ontslag een onderdeel is om tot een doorstart in afgeslankte vorm te komen. Natuurlijk kan niet van de rechter-commissaris verwacht worden dat hij alles integraal toetst. De rechter-commissaris ontvangt echter veel informatie van de curator door middel van de briefwisseling en hij zou best wat meer aandacht kunnen geven aan zijn toezichthoudende rol.

6.5 Enquêterecht

Het enquête recht kan naar onze mening een belangrijke rol vervullen om te achterhalen of sprake van misbruik van faillissementsrecht is. Op verzoek van een werknemersorganisatie kan de Ondernemingskamer een of meer onderzoekers benoemen die een onderzoek instellen naar het beleid en gang van zaken bij een rechtspersoon (art. 2:344 BW). De Ondernemingskamer wijst een vordering slechts toe wanneer gegronde redenen aanwezig zijn om aan juist beleid te twijfelen (art. 2:350 BW). Gegronde redenen om aan een juist beleid te twijfelen zijn aanwezig indien zodanige feiten en omstandigheden aan het licht zijn gekomen dat een gereede kans bestaat dat bij nader onderzoek blijkt van onjuist beleid.¹⁶⁵ De omstandigheid dat een vennootschap intussen failliet is verklaard, door insolventie is ontbonden of in surséance is komen te verkeren, verhindert niet dat een enquête wordt gelast over de voorafgaande periode.¹⁶⁶ De vraag is of het enquêterecht zich ook kan uitstrekken over het handelen van de curator. De curator neemt de onderneming over na de faillietverklaring, dus zijn wij van mening dat het enquêterecht zich ook kan uitstrekken over de curator. De Ondernemingskamer heeft in ieder geval in de

¹⁶⁵ P. van Schilfgaarde, *Van de NV en BV*, Deventer: Kluwer 2003 p. 304.

¹⁶⁶ HR 10 januari 1990, *NJ* 1990,466 (OGEM).

Brederode¹⁶⁷ zaak de suggestie gewekt dat de bewindvoerder onderwerp van enquêteverzoek kan zijn, terwijl de bewindvoerder niet eens de onderneming overneemt. In tegenstelling tot het adviesrecht bestaat bij het enquêterecht niet het probleem dat het veel te lang gaat duren. Een enquête kan erg snel ingesteld en uitgevoerd worden. Art. 2:349a BW bepaalt dat de Ondernemingskamer het verzoek met de meeste spoed dient te behandelen. Wat wel een probleem op kan leveren is het feit dat de Ondernemingskamer geen enquête pleegt te gelasten indien niet op voorhand vaststaat dat de kosten van de onderzoeker zullen worden voldaan. Volgens Willems hoeft dit echter geen probleem op te leveren, hij geeft hiervoor drie argumenten¹⁶⁸ Ten eerste is de tijd in de praktijk in de meeste gevallen geen verhinderende factor; ten tweede kunnen door middel van de inschakeling van een forensisch accountant afspraken gemaakt worden met de onderzoekers omtrent de kosten. In de derde plaats kan worden gesteld dat zeker als grondslag van de enquête het vermoeden geldt dat sprake is van oneigenlijk faillissement, zulks veelal de vaststelling inhoudt dat in de boedel voldoende activa aanwezig zijn om de kosten van het onderzoek te kunnen betalen.

De enquêteprocedure behoort dus zeker tot de mogelijkheden als sprake is van een vermoeden van misbruik van faillissement. Het enquêterecht kan een nuttig instrument zijn omdat de onderzoekers toegang hebben tot alle bescheiden en gegevens en zij kunnen zo goed onderzoeken of sprake is geweest van oneigenlijk faillissement. Daarnaast kan de Ondernemingskamer wanneer wanbeleid is aangetoond verschillende voorzieningen treffen, waaronder vernietiging van het besluit van het bestuur.

Op dit moment heeft de ondernemingsraad nog geen zelfstandig enquêterecht. Het enquêterecht kan wel aan de ondernemingsraad worden toegekend in de statuten of door een overeenkomst tussen ondernemer en ondernemingsraad (2:346a BW). Dit gebeurt in de praktijk echter zeer zelden. De vakbonden pleiten voor een eigen enquêterecht van de ondernemingsraad en ook in de literatuur komen steeds meer voorstanders van het toekennen van een zelfstandig enquêterecht aan de ondernemingsraad. Hans Hautvast lanceerde een voorstel tot het instellen van een nieuw art. 28a in de Wet op de ondernemingsraden dat het enquêterecht van de

167 OK 7 januari 1988, NJ 1989,827.

168 J.H.M. Willems, 'de richtlijn overgang van ondernemingen en oneigenlijke faillissementen en surséances' *Sociaal Recht* 2000 7/8 p.3.

ondernemingsraad regelt.¹⁶⁹ De tekst van art. 28a WOR zou volgens hem moeten luiden:

- De ondernemingsraad kan de Ondernemingskamer van het gerechtshof te Amsterdam verzoeken één of meer personen te benoemen tot het instellen van een onderzoek naar het beleid en de gang van zaken in de onderneming, indien redelijkerwijze gebleken is dat de ondernemer de bezwaren van de ondernemingsraad tegen het beleid en gang van zaken van de onderneming niet heeft willen onderzoeken en naar aanleiding daarvan maatregelen te treffen.
- Voor het onderzoek, bedoeld in het vorige lid, zijn de bepalingen uit het Burgerlijk Wet boek omtrent het recht van enquête van toepassing.

Ons inziens zou het toekennen van het enquêterecht aan de ondernemingsraad een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan het snel aan het licht brengen van wanbeleid. De ondernemingsraad is namelijk veel meer betrokken bij de gang van zaken binnen een onderneming dan de vakbonden. Door de dalende organisatiegraad van vakbonden zullen in bepaalde ondernemingen bijna geen vakbondsleden meer zijn. De vakbonden zullen in zo'n geval niet geneigd zijn een enquête in te dienen. Zoals uit het voorgaande blijkt kan het enquêterecht een belangrijke rol spelen bij het aan het licht brengen van misbruik van faillissement. Als dit middel ook door de Ondernemingsraad gebruikt kan worden zal het nog effectiever zijn. De ondernemingsraad heeft goed zicht op de situatie binnen het bedrijf en zal de belangen van de werknemers willen behartigen.

6.6 Medezeggenschap

Doordat de Nederlandse wetgever faillissementsrecht en medezeggenschap gescheiden wil houden, is de invloed van de ondernemingsraad bij het aanvragen nihil. Hier kan best enige verbetering in aangebracht worden. Het toekennen van een rol voor de ondernemingsraad bij de aanvraag van het faillissement kan op verschillende manieren bewerkstelligd worden.

Ten eerste zou aan de ondernemingsraad adviesrecht kunnen worden toegekend. Dit houdt in dat een ondernemer die het faillissement wil aanvragen hiervoor eerst

¹⁶⁹ OR informatie 6 september 2004.

advies moet vragen aan de ondernemingsraad op grond van art. 25 WOR. De ondernemingsraad heeft dan enige tijd om erover na te denken. Als de ondernemer het advies van de ondernemingsraad niet opvolgt, krijgt de ondernemingsraad de mogelijkheid hiertegen in beroep te gaan bij de Ondernemingskamer (art. 26 WOR). De ondernemer moet het besluit één maand op schorten om de ondernemingsraad in de gelegenheid stellen dit beroep in te stellen. Deze procedure past ons inziens niet in de situatie van faillissement. Tijdens faillissement moet de curator alles zo snel mogelijk kunnen afwikkelen. Een adviesaanvraag zou een onwenselijke vertraging opleveren. Een ander nadeel van het toekennen van adviesrecht is dat ver voor de aanvraag al ruchtbaarheid gegeven wordt aan het faillissement. Hierdoor zullen opdrachtgevers opdrachten bijvoorbeeld beëindigen. Dit is ten nadele van de boedel en dus ook van de werknemers als boedelschuldeisers.

Een tweede mogelijkheid zou zijn dat de ondernemingsraad een rol wordt toegekend bij de rechterlijke procedure. De ondernemingsraad wordt dan opgeroepen bij behandeling van de faillissementsaanvraag om de belangen van de betrokken werknemers te behartigen. In Frankrijk geldt eenzelfde soort procedure. Dit is ons inziens de beste mogelijkheid om de werknemersvertegenwoordiging te betrekken bij het faillissement. Het leidt namelijk niet tot onnodige vertraging en de belangen van de werknemers worden toch enigszins behartigd. Natuurlijk is deze vorm van medezeggenschap aanzienlijk minder vergaand dan adviesrecht, maar het past beter in de situatie van faillissement. Hiervoor hebben wij aanbevolen dat de ondernemingsraad een zelfstandig enquêterecht toegekend moet worden. Die aanbeveling houdt mede in dat de ondernemingsraad actief van dit recht gebruik moet gaan maken. Dit zou betekenen dat als de ondernemer het faillissement aanvraagt en de ondernemingsraad van mening is dat de rechten van de werknemer onredelijk aangetast worden, de ondernemingsraad een onderzoek gelast bij de Ondernemingskamer.

7 Ten Slotte

Voor de beantwoording van de vraag of in de Nederlandse wetgeving wel voldoende waarde gehecht wordt aan de positie van de werknemers hebben we de situatie van de Nederlandse werknemers onderzocht in de situatie voor en lopende het faillissement en deze situatie vergeleken met de situatie van werknemers in Duitsland, Engeland, België en Frankrijk. Uit deze rechtsvergelijking konden we concluderen dat Nederlandse werknemers veel arbeidsrechtelijke bescherming genieten buiten de situatie van faillissement. Echter wanneer de werkgever failliet wordt verklaard, wordt zijn ontslagbescherming die hij normaliter geniet minder, de opzegtermijn wordt korter en ook wordt de medezeggenschap minder. Wanneer de situatie van Nederlandse werknemers wordt vergeleken met die van werknemers uit Duitsland, Engeland, België en Frankrijk dan blijkt dat de bescherming tegen situaties die ontstaan gedurende het faillissement veelal in de andere landen beter is.

Het antwoord op de vraag of wel voldoende waarde wordt gehecht aan de positie van Nederlandse werknemers gedurende faillissement moet in onze ogen als volgt luiden.

In de Nederlandse wetgeving wordt onvoldoende rekening gehouden met de bijzondere positie van de werknemer. De Faillissementswet is vooral gericht op het behartigen van de belangen van de “gewone” schuldeiser. De werknemer bevindt zich daardoor in een onredelijk slechte positie. De Faillissementswet is in 1893 ontstaan en sindsdien is in de artikelen die betrekking hebben op de werknemers weinig veranderd, terwijl de arbeidsrechtelijke bescherming buiten faillissement enorm veranderd is. De Faillissementswet is ten aanzien van de werknemers dus niet meer van deze tijd. Het idee dat de curator bij afwikkeling van het faillissement alleen de belangen van de schuldeisers behartigt is door de Hoge Raad achterhaald. De Faillissementswet geeft de curator echter nog niet veel ruimte om de maatschappelijke belangen te behartigen. Ons inziens zou de wetgever grondig moeten kijken naar de Faillissementswet en andere regelingen die de positie van werknemers tijdens faillissement bepalen.

Wij hebben kort samengevat de volgende aanbevelingen gedaan:

- De maximale opzegtermijn in artikel 40 FW moet verlengd worden naar drie maanden.
- Bij het aanvragen van het faillissement moet de ondernemingsraad betrokken worden zodat hij voor de belangen van de werknemers op kan komen.
- Het takenpakket van de curator moet uitgebreid worden met het behartigen van maatschappelijke belangen zoals werkgelegenheid.
- De rechter moet minder summierlijk gaan toetsen bij een eigen aanvraag van het faillissement.
- De rechter-commissaris moet zich actiever gaan bemoeien met de positie van de werknemers
- De vakbonden moeten meer gebruik maken van het enquêterecht om misbruik aan het licht te brengen. Daarnaast moet de ondernemingsraad een zelfstandig enquêterecht krijgen.
- De Europese wetgeving dient veranderd te worden zodat Nederland ook gebruik kan maken van de mogelijkheden die artikel 5 (voorheen 4 bis) biedt.. Wanneer dit gebeurt, moet Nederland gebruik maken van de afwijkingsmogelijkheid.

Ons inziens is de primaire taak van de curator nog steeds het behartigen van de belangen van de schuldeisers. De werknemer is ook een schuldeiser dus zijn belangen vallen ook onder deze primaire taak. Wij zijn echter van mening dat de curator meer rekening moet houden met de bijzondere positie van de werknemer als schuldeiser en met het maatschappelijke belang van werkgelegenheid.

List of publications from the Discussion Papers Series:

- DP 01 Sharing Risks: On Social Risk Management and the Governance of Labour Market Transitions.
- DP 02 Werknemersrechten bij faillissement.

About the Hugo Sinzheimer Institute:

The Hugo Sinzheimer Institute of the University of Amsterdam serves to set up, conduct and stimulate interdisciplinary and multidisciplinary research on the theory and practice on labour law, labour relations and social security law. In so doing, social research is combined with dogmatic and theoretical legal research.

Within the framework of its objectives, the Hugo Sinzheimer Institute carries out research, organises seminars, symposiums, conferences and study programmes; it participates in national and international networks in the institute's areas of research.



Hugo Sinzheimer Institute
University of Amsterdam
Rokin 84
NL-1012 KX Amsterdam

T +31(0)20 5253560
F +31(0)20 5253648
E a.ornstein@uva.nl
I www.jur.uva.nl/hsi

