

# We maken er het beste van?

Cleo Naus

2014



Scriptie betreffende de arbeidsrechtelijke gevolgen van faillissement, doorstart en pre-pack.



Opdrachtgever: FNV Bondgenoten Weert  
Opleiding: Juridische Hogeschool Avans-Fontys  
Tilburg 7 januari 2014

We maken er het beste van?

Scriptie betreffende de arbeidsrechtelijke gevolgen van faillissement, doorstart en pre-pack.

Auteur: C. Naus

Studentnummer: 2025667

Afstudeerperiode: 2 september 2013 tot en met 7 januari 2014

Opdrachtgever: FNV Bondgenoten

Afstudeermentor: mr. R. De Vries

Academie: Juridische Hogeschool Avans-Fontys

Opleiding: HBO-Rechten

Eerste afstudeerdocent: mr. J.P.E. Lousberg

Tweede afstudeerdocent: mr. J.A. Pop

Classificatie: Intern

Inleverdatum scriptie: 7 januari 2014

Weert, december 2013

## **Voorwoord**

In het vierde jaar van de opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys heb ik een scriptie mogen schrijven voor mijn afstuderen. De vraag die in deze scriptie centraal staat is: In hoeverre beperkt een pre-pack voorafgaand en doorstart na faillissement de rechten van werknemers op grond van de arbeidsovereenkomst gelet op de wet, jurisprudentie en de praktijk? Deze vraagstelling is opgesteld voor regiokantoor Weert van FNV Bondgenoten. Aan de hand van de beantwoording van de centrale vraag in deze scriptie wordt een advies opgesteld voor de juristen van FNV Bondgenoten. Dit advies kan vervolgens door de juristen van FNV Bondgenoten worden meegenomen in de advisering van haar leden.

Ik wil mijn stagebegeleider Rudi de Vries hartelijk bedanken voor de hulp en feedback die is gegeven op mijn scriptie onder het genot van een lekker kopje thee. Daarnaast wil ik FNV Bondgenoten bedanken voor de mogelijkheid tot deze leerzame stage, met name Monique Slots als regiomanager en alle medewerkers van regiokantoor Weert. Ook wil ik mijn stagedocent John Lousberg bedanken voor de feedback, begeleiding en de snelle reacties op mijn vragen.

Cleo Naus

Weert, december 2013

# Inhoudsopgave

Samenvatting

Lijst met afkortingen

|                                                      |               |
|------------------------------------------------------|---------------|
| <b>Hoofdstuk 1 Inleiding</b>                         | <b>1</b>      |
| 1.1 De organisatie                                   | 1             |
| 1.2 De aanleiding en probleembeschrijving            | 1             |
| 1.3 Centrale vraagstelling                           | 2             |
| 1.4 Het doel van het onderzoek                       | 2             |
| 1.5 Methode van aanpak                               | 2             |
| 1.6 Opbouw rapport                                   | 3             |
| 1.7 Leeswijzer                                       | 3             |
| <br><b>Hoofdstuk 2 Faillissement</b>                 | <br><b>4</b>  |
| 2.1 De faillietverklaring                            | 4             |
| 2.2 De failliet                                      | 5             |
| 2.3 De rechter-commissaris                           | 6             |
| 2.4 De curator                                       | 6             |
| 2.4.1 De aansprakelijkheid van de curator            | 6             |
| 2.4.2 De praktijkregels en richtlijnen               | 7             |
| 2.5 De schuldeisers                                  | 7             |
| 2.5.1 De boedelschuldeisers                          | 8             |
| 2.5.2 De faillissementsschuldeisers                  | 8             |
| 2.6 Conclusie                                        | 8             |
| <br><b>Hoofdstuk 3 Werknemers en faillissement</b>   | <br><b>10</b> |
| 3.1 Opzegging tijdens faillissement                  | 10            |
| 3.1.1 De opzegvereisten                              | 10            |
| 3.1.2 De opzegverboden                               | 12            |
| 3.1.3 De opzegtermijn                                | 13            |
| 3.2 De loongarantieregeling                          | 13            |
| 3.3 Vorderingen                                      | 14            |
| 3.3.1 Verificatie                                    | 15            |
| 3.3.2 Niet verifieerbare vorderingen                 | 15            |
| 3.4 Conclusie                                        | 16            |
| <br><b>Hoofdstuk 4 Doorstart</b>                     | <br><b>18</b> |
| 4.1 Definitie van doorstart                          | 18            |
| 4.2 De activatransactie                              | 19            |
| 4.3 De rol van de curator bij doorstart              | 19            |
| 4.4 De verkoop                                       | 19            |
| 4.5 De positie van werknemers                        | 20            |
| 4.5.1 Ontstaansgeschiedenis                          | 20            |
| 4.5.2 Tijdstip van overgang                          | 21            |
| 4.6 Conclusie                                        | 22            |
| <br><b>Hoofdstuk 5 Werknemers en doorstart</b>       | <br><b>24</b> |
| 5.1 Opvolgend werkgeverschap                         | 24            |
| 5.1.1 Ontstaansgeschiedenis                          | 24            |
| 5.1.2 De ketenregel en Ragetlie-regel                | 25            |
| 5.1.3 Dubbel criterium voor opvolgend werkgeverschap | 26            |
| 5.2 Meetellen van dienstjaren                        | 27            |

|                                                |           |
|------------------------------------------------|-----------|
| 5.2.1 Het UWV en dienstjaren na doorstart      | 27        |
| 5.2.2 Anciënniteitsbepaling                    | 27        |
| 5.2.3 Aflvoeiingsvergoedingen                  | 28        |
| 5.3 Misbruik van faillissement                 | 29        |
| 5.3.1 Wettelijke grondslag                     | 29        |
| 5.3.2 Criteria voor misbruik                   | 30        |
| 5.3.3 Mogelijkheden voor werknemers            | 31        |
| 5.3.4 Gevolgen van misbruik                    | 32        |
| 5.4 Conclusie                                  | 33        |
| <b>Hoofdstuk 6 Pre-pack</b>                    | <b>35</b> |
| 6.1 Definitie van pre-pack                     | 35        |
| 6.2 Wettelijke bepaling                        | 36        |
| 6.3 De pre-pack methode                        | 36        |
| 6.3.1 De stille bewindvoerder                  | 37        |
| 6.3.2 De schuldenaar en rechter-commissaris    | 38        |
| 6.4 Standpunt vanuit Insolventiepraktijk       | 38        |
| 6.5 Standpunt vanuit Arbeidspraktijk           | 39        |
| 6.6 Conclusie                                  | 41        |
| <b>Hoofdstuk 7 Conclusies en aanbevelingen</b> | <b>43</b> |
| 7.1 Conclusies                                 | 43        |
| 7.2 Aanbevelingen                              | 45        |

Evaluatie

Literatuurlijst

## Samenvatting

FNV Bondgenoten is lid van de Federatie Nederlandse Vakverenigingen (FNV). FNV Bondgenoten komt op voor de belangen van werknemers op het gebied van arbeids- en sociaalzekerheidsrecht. FNV Bondgenoten geeft individuele dienstverlening en is daarnaast actief in het behartigen van collectieve belangen. In deze scriptie wordt voor FNV Bondgenoten onderzocht in hoeverre een pre-pack voorafgaand en doorstart na faillissement de rechten van werknemers beperkt.

Faillissement kan worden aangevraagd door de schuldenaar zelf of door middel van een verzoek door schuldeisers. Een faillissement is een algemeen beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van alle schuldeisers met als doel liquidatie en verdeling van het vermogen van de schuldenaar onder de schuldeisers. De rechtbank benoemt een curator die het beheer over de onderneming overneemt van de schuldenaar. De curator neemt de beslissing of de arbeidsovereenkomsten van de werknemers worden beëindigd. Dit gebeurt door middel van opzegging, niet volgens de reguliere procedure maar via de bepalingen opgenomen in de faillissementswet. Een loonvordering levert tijdens faillissement een boedelschuld op. Op grond van de loongarantieregeling uitgevoerd door het UWV krijgen werknemers achterstallig loon en het loon tijdens de opzegtermijn uitbetaald. Naast de loonvordering kan een werknemer nog andere vorderingen hebben op de werkgever. Het betreft dan vorderingen ter verificatie en niet verifieerbare vorderingen. De niet verifieerbare vorderingen moeten buiten faillissement worden verhaald.

De ondernemer kan na faillietverklaring kiezen voor het maken van een doorstart. De levensvatbare onderdelen van de onderneming worden dan overgenomen door een doorstarter die de onderdelen koopt. Deze koper heeft vrije keus met betrekking tot de doorstart, voor zowel de onderdelen van de onderneming die worden overgenomen, als de werknemers en hun arbeidsovereenkomsten en arbeidsvoorwaarden. Deze vrije keus komt voort uit het feit dat de bepalingen van overgang van onderneming niet van toepassing zijn tijdens faillissement. De werknemer en zijn arbeidsovereenkomst gaat niet van rechtswege over op de doorstarter. Er zijn in de jurisprudentie beperkingen opgesteld aan deze keuzevrijheid door middel van het opvolgend werkgeverschap. Wanneer er sprake is van opvolgend werkgeverschap kan het zo zijn dat de werknemer toch een overeenkomst voor onbepaalde tijd heeft bij de doorstarter wanneer hij is aangenomen met een overeenkomst voor bepaalde tijd. Het draait dan om de vraag of de voorafgaande arbeidsovereenkomsten bij de failliet worden meegenomen in de ketenregel en de Ragetlie-regel. Ook kan opvolgend werkgeverschap van belang zijn bij de bepaling van de hoogte van afvloeiingsvergoedingen. Het draait dan om het meetellen van de dienstjaren opgebouwd bij de failliete werkgever. Als de werknemer vermoed dat er sprake is van misbruik van faillissement zijn er een aantal mogelijkheden om dit misbruik tegen te gaan. Deze mogelijkheden leveren een vernietiging van het faillissement op bij succesvolle toepassing. Of de werknemer hier uiteindelijk profijt van heeft is nog maar de vraag want de kans op het verrichten van werkzaamheden en ontvangen van loon is erg klein.

Er is sprake van pre-pack wanneer de doorstart voorafgaand aan de faillissementsaanvraag door de onderneming al geheel is voorbereid. Pre-pack is op dit moment (nog) niet opgenomen in de Nederlandse wetgeving al gaat een nieuw wetsvoorstel hier mogelijk verandering in brengen. Vanuit Insolventierechtelijk en Arbeidsrechtelijk standpunt zijn er voor- en tegenargumenten met betrekking tot de toepassing van pre-pack. Of de bezwaren en positieve argumenten gegrond zijn zal nog moeten blijken uit de jurisprudentie nadat het wetsvoorstel wordt aangenomen. Uit de praktijk blijkt tot nu toe dat er bij pre-pack wel degelijk resultaat oplevert met betrekking tot het behoud van werkgelegenheid.

## Lijst met afkortingen

|              |                                                            |
|--------------|------------------------------------------------------------|
| FNV          | Federatie Nederlandse Vakbonden                            |
| BBA          | Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945              |
| Fw           | Faillissementswet                                          |
| WMCO         | Wet melding collectief ontslag                             |
| WW           | Werkloosheidswet                                           |
| BW           | Burgerlijk Wetboek                                         |
| HR           | Hoge Raad                                                  |
| INSOLAD      | Vereniging Insolventierecht Advocaten                      |
| Recofa       | Landelijk Overleg van Rechters-commissarissen Insolventies |
| UWV          | Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen               |
| OR           | Ondernemingsraad                                           |
| CRvB         | Centrale Raad van Beroep                                   |
| HvJ          | Hof van Justitie                                           |
| HSI          | Hugo Sinzheimer Instituut                                  |
| wetsvoorstel | wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I              |
| Art.         | artikel                                                    |
| JOR          | Jurisprudentie Onderneming en Recht                        |
| JAR          | Jurisprudentie Arbeid en Recht                             |
| jo           | juncto                                                     |

## **Hoofdstuk 1 Inleiding**

In dit eerste hoofdstuk worden achtereenvolgens de probleembeschrijving als aanleiding van het onderzoek, het doel voor het onderzoek en de methode van aanpak en de opbouw van deze scriptie besproken. Daarnaast wordt voor een compleet beeld de organisatie van de opdrachtgever besproken.

### **§1.1 De organisatie**

FNV Bondgenoten is lid van de Federatie Nederlandse Vakverenigingen (FNV), met meer dan één miljoen leden de grootste vakbond vereniging in Nederland. Van al deze leden zijn 453.443 lid van FNV Bondgenoten. FNV Bondgenoten komt op voor de belangen van werknemers. Procedures en aangenomen zaken richten zich dus voornamelijk op het arbeids- en sociaalzekerheidsrecht.

Het hoofdkantoor bevindt zich in Utrecht waar de werkzaamheden worden verdeeld over een front- en backoffice. Werknemers die lid zijn van FNV Bondgenoten worden te woord gestaan door medewerkers van het front-office en indien het niet direct mogelijk is een oplossing voor een probleem aan te bieden, worden zij doorverwezen naar een medewerker backoffice. In eerste instantie behandelt een kwestiebehandelaar de zaak, een hbo-opgeleide jurist. Aan de hand van de complexiteit van zaken worden deze overgenomen door procesjuristen, juristen met een universitaire opleiding. Op het regio kantoor in Weert zijn zowel kwestiebehandelaars als procesjuristen werkzaam.

FNV Bondgenoten geeft individuele dienstverlening op het gebied van arbeids- en sociaalzekerheidsrecht. Deze bijstand bestaat uit juridisch advies, financieel advies, bijstaan in juridische procedures of het optreden als belangenbehartiger bij conflicten met werkgevers. Naast de individuele dienstverlening is FNV Bondgenoten actief in het behartigen van collectieve belangen. Deze werkzaamheden worden uitgevoerd door de bestuurders die op landelijk niveau betrokken zijn bij het opstellen van cao's en zij controleren ook of werkgevers deze nakomen. Op het regiokantoor in Weert zijn tevens bestuurders werkzaam.

### **§1.2 De aanleiding en probleembeschrijving**

Sinds 2008 heerst er een wereldwijde financiële crisis. Anno 2013 zijn er steeds meer ondernemingen waar er sprake is van een dreigend faillissement. Actuele voorbeelden die op diverse manieren in de media zijn geweest zijn onder andere het faillissement van de Harense Smid en Oad reisorganisatie. Beide voorbeelden hebben gemeen dat er na het faillissement een doorstart is gemaakt. FNV Bondgenoten krijgt vragen van haar leden over de arbeidsrechtelijke gevolgen van faillissement en doorstart.

Tijdens de financiële crisis van de afgelopen jaren kampen steeds meer ondernemingen met financiële problemen. Schulden aan schuldeisers kunnen niet meer worden betaald en stapelen zich op. Voor veel ondernemingen leidt dit uiteindelijk tot een faillissement. Een faillissement is een algemeen beslag op het gehele vermogen van de onderneming en heeft als doel het vermogen te verkopen en de opbrengst daarvan te verdelen onder de schuldeisers. Om dit proces in goede banen te leiden wordt er een curator benoemd. Na het uitspreken van faillissement kan doorstart volgen. Bij doorstart wordt (een deel van) de nog gezonde onderdelen van de onderneming verkocht aan een derde. Een nieuw fenomeen is daarnaast nog komen overwaaien uit Groot-Brittannië, de zogenaamde pre-pack. Bij een pre-pack komt de curator als “stille bewindvoerder” in de onderneming. Nog voordat er daadwerkelijk faillissement wordt uitgesproken neemt de stille bewindvoerder de situatie binnen de onderneming op. Hierbij wordt geprobeerd om verder schulden te voorkomen en er wordt gezocht naar mogelijkheden voor een doorstart. Deze methode zorgt voor een snellere doorstart.

De werknemers van de failliet zijn tijdens deze periode niet de primaire zorg voor de

curator, failliet en de doorstarter. Het voornaamste doel van faillissement en daarbij doorstart is het verkopen van de nog waardevolle bestanddelen, het afbetalen van de schulden en zo veel mogelijk geld over houden aan de doorstart. Het arbeidsrecht is zo ingericht dat de zwakkere partij, de werknemer, een voldoende rechtsbescherming geniet. Is dit echter ook zo in de ingrijpende periode tijdens faillissement en doorstart? Zoals vermeld zijn faillissement en doorstart een actueel onderwerp tijdens de huidige financiële crisis. Met als gevolg dat er kritisch wordt gekeken naar de huidige faillissementswet en nieuwe mogelijkheden als pre-pack in het leven worden geroepen. Ook de rechterlijke macht blijft niet achter en er ontstaat nieuwe jurisprudentie op het overlappende gebied tussen het arbeidsrecht en insolventierecht.

FNV Bondgenoten wil aan de hand van de wet, jurisprudentie en praktijk de arbeidsrechtelijke gevolgen in kaart brengen voor werknemers na faillissement en pre-pack met daaropvolgend de doorstart van een onderneming, om zo leden nog beter van advies te kunnen voorzien.

### **§1.3 Centrale vraagstelling**

Voorgaande probleembeschrijving leidt tot de volgende centrale vraag voor deze scriptie: In hoeverre beperkt een pre-pack voorafgaand en doorstart na faillissement de rechten van werknemers op grond van de arbeidsovereenkomst gelet op de wet, jurisprudentie en de praktijk?

### **§1.4 Het doel van het onderzoek**

Aan de hand van dit onderzoek wordt een advies opgesteld voor FNV Bondgenoten omtrent de juridische gevolgen op het gebied van arbeidsrecht ten tijde van faillissement. Hiervoor is de volgende doelstelling geformuleerd: Op dinsdag 7 januari 2014 krijgen FNV Bondgenoten en de Juridische Hogeschool Avans-Fontys een praktijkgericht beschrijvend onderzoek aangereikt inzake de arbeidsrechtelijke gevolgen van doorstart en pre-pack na faillissement, dat kan dienen als basis voor juridisch advies aan werknemers die lid zijn van FNV Bondgenoten.

### **§1.5 Methode van aanpak**

Tijdens het schrijven van deze scriptie is gebruik gemaakt van rechtsbronnen en de methode inhoudsanalyse voor de gebruikte literatuur. Daarnaast zijn twee personen uit de beroepspraktijk geïnterviewd.

Op het gebied van wet- en regelgeving is gebruik gemaakt van de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek, namelijk titel 10 van boek 7. Hierbij is gebruik gemaakt van de bepalingen omtrent de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de overgang van onderneming. Hierbij is ook het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 geraadpleegd. Tevens uit het Burgerlijk Wetboek is gekeken naar de bepalingen uit titel 10 van boek 3, omtrent het verhaalsrecht op goederen. Daarnaast is de Faillissementswet als belangrijke wettelijke bron gebruikt, waarbij de nadruk lag op de bepalingen omtrent faillissement en de surseance van betalingen is buiten beschouwing gelaten. De Wet melding collectief ontslag en de Werkloosheidswet zijn tevens besproken in deze scriptie, waarbij in de Werkloosheidswet is gekeken naar de bepalingen omtrent de loongarantieregeling voor werknemers.

Naast de bronnen op grond van wet- en regelgeving en de praktijkregels is er gebruik gemaakt van literatuur. Als rode draad voor deze scriptie is het boek Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht van P.R.W. Schaink gebruikt. Daarnaast is er gebruik gemaakt van Insolventierecht van E.F. Groot, Tekst en Commentaar Burgerlijk Wetboek van J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker en W.L. Valk, Tekst en Commentaar Insolventierecht van M. Ph. Van Sint Truiden en F.M.J. Verstijlen, Arbeidsrecht

Thematisch SDU Commentaar van C.J. Loonstra en W.A. Zondag. Tevens is De doorstart van een onderneming van H.B. Oosthout en Insolad Doorstart van A.A.M. Deterink geraadpleegd.

Daarnaast is er gebruik gemaakt van jurisprudentie, het internet en de tijdschriften ArbeidsRecht Maandblad en Tijdschrift financiering zekerheden en insolventie rechtpraktijk. Op het gebied van praktijkregels zijn de Insolad praktijkregels voor curatoren en de Recofa richtlijnen voor faillissement en surseances van betaling geraadpleegd. Ook met betrekking tot deze bronnen is de surseance van betaling buiten beschouwing gebleven. Met de voornoemde bronnen zijn de deelvragen en daarmee de centrale vraag op een juiste wijze voor praktijk gericht juridisch onderzoek beantwoord.

### **§1.6 Opbouw rapport**

Deze scriptie richt zich op de arbeidsrechtelijke gevolgen voor werknemers van een failliete werkgever. In hoofdstuk 2 wordt besproken wat de definitie is van faillissement, welke partijen bij faillissement zijn betrokken en welke wettelijke bepalingen op faillissement van toepassing zijn. Vervolgens wordt in hoofdstuk 3 de positie van de werknemer na faillietverklaring besproken. De opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator en welke vorderingen de werknemer tijdens faillissement kan hebben. Hoofdstuk 4 richt zich op de definitie van doorstart, hoe komt een doorstart tot stand en zijn hier wettelijke bepalingen op van toepassing. Daarnaast wordt de toepassing van de bepalingen omtrent de overgang van onderneming besproken. Het volgende hoofdstuk 5 gaat verder in op de positie van de werknemer na faillissement wanneer er sprake is van doorstart. Hierbij wordt het opvolgend werkgeverschap en misbruik van faillissement onder andere besproken. Hoofdstuk 6 gaat over pre-pack. Welke definitie en oorsprong kent pre-pack, welke wettelijke bepalingen zijn erop van toepassing en op welke manier wordt pre-pack in Nederland toegepast. Als laatste hoofdstuk volgen de conclusies en aanbevelingen voor FNV Bondgenoten. Hierin wordt de centrale vraag nogmaals herhaald en concreet beantwoord.

### **§1.7 Leeswijzer**

In deze scriptie wordt voor het leesgemak de werknemer aangeduid in de mannelijke vorm.

## Hoofdstuk 2 Faillissement

Om te kunnen bepalen wat de arbeidsrechtelijke gevolgen zijn van faillissement en in hoeverre deze een beperking van rechten opleveren voor werknemers, is het van belang om het faillissement zelf nader toe te lichten. Wat houdt een faillissement in, wanneer en op welke manier kan het worden toegepast en welke partijen zijn erbij betrokken. Deze punten worden toegelicht in dit tweede hoofdstuk.

### §2.1 De faillietverklaring

De definitie van faillissement is 'een algemeen beslag op het gehele vermogen van de schuldenaar ten behoeve van alle schuldeisers met als doel liquidatie en verdeling van het vermogen van de schuldenaar onder de schuldeisers'.<sup>1</sup>

Op grond van artikel 1 lid 1 Faillissementswet (Fw) treedt een faillissement in werking door middel van faillietverklaring bij rechterlijk vonnis. Deze faillietverklaring geschiedt door eigen aangifte, een verzoek van één of meerdere schuldeisers of op verzoek van het Openbaar Ministerie. Een schuldeiser in de zin van de faillissementswet betreft iedereen die een vordering tot voldoening uit de boedel van de failliet kan instellen en deze vordering bij niet-voldoening kan verhalen.<sup>2</sup> De aanvraag tot faillietverklaring vindt plaats door middel van een verzoekschrift en de procedure verloopt volgens de verzoekschriftprocedure uit de Faillissementswet. De verzoekschriftprocedure uit de Faillissementswet is sneller en kent kortere termijnen dan de reguliere procedure uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.<sup>3</sup> De wetgever heeft gekozen voor een eigen rechtsingang en een snellere procedure omwille van de rechtszekerheid van betrokken partijen, zoals onder andere werknemers. Het verzoek tot faillietverklaring wordt ingediend bij de rechtbank van de plaats waar de schuldenaar gevestigd is.<sup>4</sup>

Uit artikel 1 lid 1 Faillissementswet blijkt meteen het belangrijkste vereiste voor de faillietverklaring: de schuldenaar moet in 'de toestand verkeren dat hij heeft opgehouden te betalen'. De toestand geeft aan dat er tijdens een bepaalde tijdsduur niet is betaald. Het begrip betalen dient hier breed te worden opgevat, niet enkel het betalen van een geldsom maar het voldoen aan een verbintenis wordt hier bedoeld. De faillietverklaring wordt uitgesproken wanneer summierlijk blijkt dat feiten en omstandigheden aantonen dat de schuldenaar in de toestand verkeert dat hij is opgehouden te betalen.<sup>5</sup> Summierlijk, omdat dit door middel van een kort en eenvoudig onderzoek aangetoond moet kunnen worden.<sup>6</sup> De voornoemde feiten en omstandigheden blijken, wanneer er sprake is van een pluraliteit van schuldeisers die tezamen ten minste één opeisbare vordering hebben op de schuldenaar. Dit noemt men het pluraliteitsvereiste en houdt in dat er meer dan één schuldeiser is. Daarnaast blijkt uit jurisprudentie dat de vorderingen van de verschillende schuldeisers afzonderlijke niet te vereenzelvigen vorderingen moeten zijn. Vorderingen die te vereenzelvigen zijn, dat wil zeggen dat deze identiek aan elkaar kunnen worden beschouwd, kunnen immers worden aangemerkt als één vordering waardoor niet meer wordt voldaan aan het pluraliteitsvereiste.<sup>7</sup> Met betrekking tot het pluraliteitsvereiste kan worden vermeld dat werknemers met een vordering, wanneer ten minste één vordering opeisbaar is, hier ook onder vallen. De mogelijke vorderingen die een werknemer op zijn failliete werkgever kan hebben worden in hoofdstuk 3 verder toegelicht.

---

<sup>1</sup> Groot 2011, p.4

<sup>2</sup> Van Sint Truiden & Verstijlen 2012, p. 6.

<sup>3</sup> Groot 2011, p.4. Bijvoorbeeld de termijn tot hoger beroep uit art. 9 Fw

<sup>4</sup> Art. 2 lid 1 Fw

<sup>5</sup> Art. 6 lid 3 Fw

<sup>6</sup> HR 22 augustus 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2413, NJ 1997/664.

<sup>7</sup> Hof Arnhem 13 september 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BB6265.

Het feit dat er een pluraliteitsvereiste is wil niet zeggen dat een faillissementsverzoek niet door één schuldeiser kan worden ingediend, zoals eerder in deze paragraaf al wordt vermeld. De schuldeiser die het verzoek tot faillissement indient op grond van zijn eigen vordering op de failliet, zal duidelijk moeten maken dat er wel degelijk sprake is van een pluraliteit van schuldeisers. Dit wordt gedaan door het toevoegen van steunvorderingen, vorderingen van medeschuldeisers die zelf geen verzoek tot faillissement indienen. De omvang van een steunvordering hoeft daarbij niet vast te staan.<sup>8</sup>

De schuldeiser(s) die een verzoek tot faillissement indient, wordt door de rechter nog beoordeeld op zijn belang (vorderingsrecht) om dit verzoek te doen op grond van art. 6 lid 3 Fw jo art. 3:303 BW. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de schuldeiser(s) een redelijk belang moeten hebben.<sup>9</sup> Er is geen sprake van een redelijk belang wanneer bijvoorbeeld de vordering toch door de failliet kan worden voldaan<sup>10</sup> of wanneer een faillissement niet tot uitbetaling aan de schuldeisers zal leiden.<sup>11</sup>

Het feit dat er één opeisbare vordering is in combinatie met een pluraliteit aan schuldeisers is echter niet voldoende om te concluderen dat een schuldenaar automatisch in staat van faillissement moet worden verklaard.<sup>12</sup> Daarnaast moet worden onderzocht of de schuldenaar daadwerkelijk is gestopt met betalen.<sup>13</sup>

Kort samengevat moet voor een faillissementsverklaring uit feiten en omstandigheden blijken dat een failliet in een toestand verkeert dat hij is gestopt met betalen. Deze feiten en omstandigheden blijken uit een summierlijk onderzoek waarbij moet worden aangetoond dat er een pluraliteit aan schuldeisers is met ten minste één opeisbare vordering.

De rechter toetst de vereisten tot faillissement ex nunc. Na het indienen van het verzoek kan er namelijk sprake zijn van veranderde omstandigheden, waardoor niet meer wordt voldaan aan de vereisten tot faillissement. Wanneer kan worden aangetoond dat de schuldenaar daadwerkelijk is opgehouden te betalen en aan het pluraliteitsvereiste is voldaan, spreekt de rechter het faillissement uit. In het vonnis wordt een van de leden van de rechtbank benoemd tot rechter-commissaris en draagt de rechtbank zorg voor de aanstelling van een curator.<sup>14</sup> De griffier neemt contact op met de curator of deze vrijstaat het faillissement af te handelen. Vrij staan betekent in deze context dat de curator geen relatie mag hebben met bij het faillissement betrokken partijen.<sup>15</sup>

## §2.2 De failliet

Op grond van art. 23 Fw verliest de failliet met ingang van de dag waarop hij in staat van faillissement is verklaard van rechtswege de beheers- en beschikkingsbevoegdheid over het tot het faillissement behorend vermogen. De failliet wordt daarbij dus beheers- en beschikkingsonbevoegd ten opzichte van zijn vermogen. De failliet wordt echter niet handelingsonbekwaam. Hij kan dus nog rechtshandelingen verrichten tijdens het faillissement, maar kan deze niet aan de boedel verbinden, tenzij de boedel daarbij wordt gebaat zo blijkt uit art. 24 Fw.

---

<sup>8</sup> HR 7 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0079, NJ 1991/216.

<sup>9</sup> HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2146, NJ 1997/640.

<sup>10</sup> Rb. Den Haag 11 juli 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB8183.

<sup>11</sup> Rb. Den Haag 29 september 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ9971.

<sup>12</sup> HR 22 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4980, NJ 1985/548 en HR 24 juli 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1792, NJ 1995/733.

<sup>13</sup> Groot 2011, p.13, HR 7 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2743, NJ 2001/550.

<sup>14</sup> Art. 14 lid 1 Fw

<sup>15</sup> Art. 2.1 onder a Recofa richtlijn.

## §2.3 De rechter- commissaris

De rechter-commissaris is door de rechtbank benoemd om toezicht te houden op de taakuitoefening van de curator.<sup>16</sup> Dit toezicht uit zich in het feit dat de curator voor veel handelingen een machtiging, toestemming of goedkeuring van de rechter-commissaris nodig heeft.<sup>17</sup> De faillissementswet geeft de rechter-commissaris daarnaast nog een aantal specifieke bevoegdheden. De rechter-commissaris wordt bijvoorbeeld altijd gehoord wanneer de rechtbank een beslissing moet nemen omtrent de afwikkeling van het faillissement.<sup>18</sup>

## §2.4 De curator

De curator heeft de belangrijkste rol binnen het faillissement. Als beheerder van de boedel draagt hij zorg voor de boedelinventarisatie, de verificatie van vorderingen en de liquidatie en verdeling van het vermogen van de schuldenaar.<sup>19</sup> De faillissementsboedel bestaat uit vrijwel het gehele vermogen van de failliet ten tijde van de faillietverklaring, met daarnaast al hetgeen hij tijdens het faillissement verwerft.<sup>20</sup> Op de dag van faillietverklaring wordt de boedel gefixeerd, het zogenaamde fixatiebeginsel.<sup>21</sup> Dit wil zeggen dat de rechtspositie van de boedel onveranderlijk wordt door het intreden van het faillissement.<sup>22</sup> Een uitwerking hiervan is de beheers- en beschikkingsonbevoegdheid van de failliet. De curator treedt op als de belangenbehartiger van de gezamenlijke schuldeisers. De curator is bevoegd naar eigen inzicht te handelen, tenzij de wet anders voorschrijft. Hij dient zodanig te handelen dat de boedel een zo hoog mogelijk bedrag oplevert om te verdelen.<sup>23</sup> Dit is zijn primaire maar niet zijn enige taak. In het Sigmacon II arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de curator naast de belangenbehartiging van de schuldeisers tevens rekening moet houden met belangen van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en behoud van de werkgelegenheid.<sup>24</sup>

### §2.4.1 De aansprakelijkheid van de curator

Met betrekking tot deze belangenafweging is door de Hoge Raad een zorgvuldigheidsnorm opgesteld in het Maclou-arrest<sup>25</sup>. In dit arrest werd de curator persoonlijk aansprakelijk gesteld voor het benadelen van de schuldeisers, Maclou en Prouvost. De Hoge Raad vond dat er geen sprake was van onrechtmatig handelen en oordeelde als zorgvuldigheidsnorm dat: *‘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.’*

De aansprakelijkheid van de curator tijdens faillissement is onder te verdelen in twee soorten;

- aansprakelijkheid in hoedanigheid, qualitate qua (q.q.)
- persoonlijke aansprakelijkheid, pro se

Zoals gesteld is de curator verantwoordelijk voor het beheer en vereffening van de boedel. Door de uitwerking van het fixatiebeginsel en art. 68 Fw is het de curator en niet

<sup>16</sup> Art. 64 Fw

<sup>17</sup> Groot 2011, p.3, blijkt uit art. 68 lid 2 Fw

<sup>18</sup> Art 65 Fw

<sup>19</sup> Deze bevoegdheid heeft de curator op grond van art. 68 lid 1 Fw voorbeelden van uitwerkingen van deze bevoegdheid zijn o.a. art. 39, 40, 58 lid 1 en 92 Fw

<sup>20</sup> Art. 20 Fw

<sup>21</sup> HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, NJ 1996/471 (*mr. Mulder q.q./CLBN*) en HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0653, NJ 2006/503 (*mr. Huijzer q.q./Rabobank West-Kennemerland*).

<sup>22</sup> Van Sint Truiden & Verstijlen 2012, p. 61.

<sup>23</sup> HR 4 december 1963, NJ 1964/144 (*Mr. Mout q.q. en Mr Schouwenaar q.q./Vecht*).

<sup>24</sup> HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, NJ 1996/472 (*Sigmacon II*).

<sup>25</sup> HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, NJ 1996/727 (*Maclou/Curatoren van Schuppen*).

de failliet die de boedel verbindt door het plegen van rechtshandelingen tijdens faillissement. Wanneer daarbij schade ontstaat kan de boedel daarvoor aansprakelijk worden gehouden. Dit is de aansprakelijkheid in hoedanigheid. Om een voorbeeld te noemen: wanneer de curator beslag legt onder een derde maar dit beslag blijkt onrechtmatig, dan is de boedel voor beslagschade aansprakelijk.<sup>26</sup>

De persoonlijke aansprakelijkheid van de curator, pro se, gaat buiten de boedel om. De gezamenlijke schuldeisers kunnen zich op aansprakelijkheid pro se beroepen wanneer zij denken te zijn benadeeld door de curator. Aansprakelijkheid pro se komt in de praktijk niet veel voor. In een wat meer recent arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat er terughoudend gehandeld moet worden vanwege de vele belangen die een curator in korte tijd moet behartigen.<sup>27</sup> Persoonlijk verwijt is vereist voor de aansprakelijkheid pro se volgens de Hoge Raad. Aan dit vereiste wordt voldaan wanneer de curator de onjuistheid van zijn handelen heeft ingezien of dit redelijkerwijs had moeten inzien.<sup>28</sup>

#### **§2.4.2 De praktijkregels en richtlijnen**

Tijdens zijn werkzaamheden handelt de curator uiteraard volgens het wettelijk kader van de Faillissementswet. Daarnaast zijn er op grond van praktijkervaring regels en richtlijnen opgesteld door de Vereniging Insolventierecht Advocaten (INSOLAD) en het Landelijk Overleg van Rechters-commissarissen Insolventies (Recofa).

De INSOLAD praktijkregels zijn bedoeld als richtlijn voor de curator. Het doel is de beroepsuitoefening van curatoren in kwaliteit te verbeteren en verdere professionalisering te stimuleren. De regels hebben uitdrukkelijk geen dwingend karakter en zijn bedoeld om de 'witte vlekken' in te vullen waar de wet en jurisprudentie geen duidelijke richting geven. De praktijkregels bevatten de grondbeginselen voor de curator die bepalen dat de curator onafhankelijk en integer is, zijn werkzaamheden zorgvuldig, vakkundig en doelmatig uitvoert, handelt in redelijkheid, moet streven naar objectiviteit en altijd handelt vanuit de belangen van de boedel.

De Recofa-richtlijnen voor faillissementen en surseances van betaling zijn een aanvulling op het Procesreglement verzoekschriftprocedures insolventiezaken rechtbanken. De Recofa-richtlijnen bevatten regels voor de verdere afwikkeling van faillissementen. Daarnaast geven de richtlijnen algemene instructies voor curatoren en bewindvoerders. Indien de omstandigheden daartoe aanleiding geven kan de rechtbank afwijken van de richtlijnen.<sup>29</sup>

#### **§2.5 De schuldeisers**

De Faillissementswet kent verschillende rangen aan schuldeisers. De betaling uit de boedel begint bij de hoogste rang en vervolgt pas wanneer iedere vordering uit die rang is voldaan. Dit betreft vorderingen die voor het faillissement zijn ontstaan. Bij de verdeling van de boedel wordt het beginsel uit art. 3:277 BW gevolgd, het zogenaamde paritas creditorum. Dit houdt in dat de opbrengst van de liquidatie van de boedel wordt verdeeld over alle schuldeisers naar evenredigheid van hun vordering. Dit gebeurt per rang. Voor de volledigheid van de scriptie en om de positie van de werknemer tijdens faillissement duidelijk te maken, worden de verschillende schuldeisers kort toegelicht. Daarbij ligt de nadruk op de boedelschuldeisers. Tot deze groep behoren de werknemers, dit wordt verderop toegelicht.

De boedel is het gehele vermogen van de failliet, met al hetgeen deze tijdens het faillissement nog verwerft. De schuldeisers zijn te verdelen in schuldeisers met vorderingen die uit de boedel worden betaald en schuldeisers met vorderingen die buiten

---

<sup>26</sup> Kraaikamp op [www.vanboekel.com](http://www.vanboekel.com)

<sup>27</sup> Kraaikamp op [www.vanboekel.com](http://www.vanboekel.com)

<sup>28</sup> Van Sint Truiden & Verstijlen 2012, p 160, HR 16 december 2011, RvdW 2012/3, JOR 2012/65 (*Mr Prakke/Gips*)

<sup>29</sup> art. 1.5 Recofa-richtlijn

het faillissement blijven. Deze laatste zijn de separatisten, de wettelijk preferente schuldeisers (ook separatist) en de feitelijk preferente schuldeisers. De schuldeisers met vorderingen die uit de boedel worden betaald zijn de boedelschuldeisers en de faillissementsschuldeisers.

### **§2.5.1 De boedelschuldeisers**

Op grond van art. 40 lid 2 Fw zijn het loon en de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden vanaf de dag van faillietverklaring aan te merken als boedelschuld. Boedelschulden zijn schulden die een onmiddellijke aanspraak geven op de boedel. Deze schulden komen ten laste van de curator in zijn kwaliteit en dienen door hem onmiddellijk uit de boedel te worden voldaan.<sup>30</sup> De boedelschuld is een verbintenis tussen de curator en de boedelschuldeiser waarop het burgerlijk recht van toepassing is, in plaats van het faillissementsrecht.<sup>31</sup>

Boedelschulden worden betaald vóór de faillissementsschulden en verificatie is niet nodig. Om te kunnen spreken van een boedelschuld moet worden voldaan aan twee vereisten. Ten eerste het ontstaanstijdstip: de schuld moet zijn ontstaan door of na het faillissement. Ten tweede de ontstaansgrond: het zogenaamde toedoen criterium. Dat criterium houdt in dat de schuld moet zijn ontstaan krachtens de wet of door toedoen van de curator.<sup>32</sup> De bepaling omtrent de loonvordering van een werknemer uit art. 40 lid 2 Fw is een voorbeeld van een boedelschuld ontstaan krachtens de wet.

Boedelschulden zijn te verdelen in algemene en bijzondere kosten. De bijzondere faillissementskosten zijn kosten voor een specifieke bate zoals deurwaarderskosten. De algemene faillissementskosten zijn alle niet-bijzondere faillissementskosten.<sup>33</sup> Deze kosten worden gemaakt in belang van het faillissement en de vereffening van de boedel in het algemeen. Algemene faillissementskosten komen dan ook ten laste van de gehele boedel.<sup>34</sup> Op grond van art. 182 lid 1 Fw worden de algemene faillissementskosten omgeslagen over elk deel van de boedel. Dit wil zeggen dat de algemene faillissementskosten over de boedelschuldeisers worden verdeeld naar evenredigheid van de vordering.<sup>35</sup>

### **§2.5.2 De faillissementsschuldeisers**

Nadat de vorderingen van de separatisten, de feitelijk preferente schuldeisers en de boedelschuldeisers zijn betaald, wordt het resterende bedrag verdeeld onder de faillissementsschuldeisers. Deze groep schuldeisers bestaat uit de schuldeisers met een retentierecht<sup>36</sup>, de belastingdienst, schuldeisers met een bijzonder voorrecht<sup>37</sup>, schuldeisers met een algemeen voorrecht<sup>38</sup>, concurrente schuldeisers<sup>39</sup> en de achtergestelde schuldeisers<sup>40</sup>.

Bij deze groep geldt ook weer het beginsel uit art. 3:277 BW en worden zij per rang uitbetaald naar evenredigheid van hun vordering. Is er geen geld meer om te verdelen dan blijven de resterende vorderingen onbetaald.

## **§2.6 Conclusie**

Een schuldenaar dient voor een faillissement in een toestand te verkeren waarin hij is

---

<sup>30</sup> Schaink 2012, p. 37.

<sup>31</sup> Schaink 2012, p. 37.

<sup>32</sup> Schaink 2012, p. 38.

<sup>33</sup> HR 30 juni 1995, ECLI:N:HR:1995:ZC1782, NJ 1996/554, m.nt. Kortmann.

<sup>34</sup> Van Sint Truiden & Verstijlen 2012, p. 264.

<sup>35</sup> HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, NJ 1991/305.

<sup>36</sup> Art. 3:291 jo 3:292 BW

<sup>37</sup> Art. 3:283 t/m 3:287 BW

<sup>38</sup> Art. 3:288 BW

<sup>39</sup> Art. 3:277 lid 1 BW

<sup>40</sup> Art. 3:277 lid 2 BW

opgehouden te betalen en er moet sprake zijn van een pluraliteit aan schuldeisers. Het faillissement is een beslag op het gehele vermogen van de onderneming ten behoeve van de schuldeisers met als doel liquidatie en verdeling van het vermogen onder de schuldeisers. De curator wordt aangesteld door de rechtbank en neemt de bevoegdheid over het vermogen over van de schuldenaar. De curator is de belangenbehartiger van de gezamenlijk schuldeisers maar dient tijdens zijn werkzaamheden tevens de belangen van maatschappelijke aard in overweging te nemen. Belangen van maatschappelijke aard betreffen de continuïteit van de onderneming en behoud van de werkgelegenheid. Faillissement kent verscheidene rangen aan schuldeisers waarbij werknemers vallen onder de boedelschuldeisers met betrekking tot loon en de daarmee samenhangende premies vanaf de dag van de faillietverklaring.

## Hoofdstuk 3 Werknemers in faillissement

In dit derde hoofdstuk wordt specifiek de positie van de werknemer tijdens faillissement besproken. Vanwege het raakvlak tussen twee grote rechtsgebieden, het arbeidsrecht en de insolventiewetgeving, worden niet alle gevolgen even uitgebreid toegelicht en bevat dit hoofdstuk niet alle gevolgen van faillissement. In dit hoofdstuk wordt de opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens faillissement besproken, de loongarantieregeling en een beknopte opsomming van de verschillende vorderingen die een werknemer tijdens faillissement kan hebben. Er is voor deze onderwerpen gekozen omdat dit de meest algemene gevolgen van faillissement zijn voor werknemers.

### §3.1 Opzegging tijdens faillissement

De belangrijkste taak van de curator en het doel van faillissement in het algemeen is liquidatie van de boedel om met de opbrengst de vorderingen van crediteuren te kunnen voldoen. Vanaf de dag van de faillietverklaring zijn het loon en de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden boedelschuld.<sup>41</sup> Zoals eerder vermeld staan boedelschuldeisers hoog in de rang van schuldeisers. Om te voorkomen dat de boedelschulden oplopen, gaat de curator meteen over tot opzeggen van de arbeidsovereenkomsten van elke werknemer wiens werkzaamheden de boedel niet ten goede komen. De bevoegdheid tot opzeggen van de arbeidsovereenkomst haalt de curator uit art. 40 lid 1 Fw jo art. 68 lid 2 Fw. Hier dient te worden opgemerkt dat dit een wederzijdse bevoegdheid is, de werknemer kan tevens de arbeidsovereenkomst opzeggen op grond van dit wetsartikel. Opzegging is niet de enige manier om een eenzijdige beëindiging van de arbeidsovereenkomst te bereiken bij een insolvente werkgever. Andere mogelijkheden zijn ontbinding wegens gewichtige redenen<sup>42</sup> en ontbinding wegens tekortkoming in de nakoming<sup>43</sup>. Opzegging is echter wel de enige mogelijkheid met een eigen regeling in de Faillissementswet en de meest voorkomende manier. De opzegging uit artikel 40 Fw wordt om deze reden verder besproken.

#### §3.1.1 De opzegvereisten

Opzegging door de curator dient aan een aantal vereisten te voldoen. Deze vereisten wijken af van de vereisten bij opzegging zonder faillissement. Om te beginnen is de ontslagvergunning uit het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 (BBA) bij het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV), onderdeel WERKbedrijf, niet vereist bij faillissement.<sup>44</sup> In plaats hiervan heeft de curator de toestemming nodig van de rechter-commissaris door middel van een machtiging voorafgaand.<sup>45</sup> In de praktijk wordt deze toestemming snel verleend, waarbij de werknemer niet wordt gehoord.<sup>46</sup>

Op dit moment bevat de Faillissementswet de mogelijkheid voor de werknemer om in beroep te gaan tegen de verleende machtiging. Dit kan in twee situaties;

- de rechter commissaris heeft de machtiging verleend waar de werknemer het niet mee eens is<sup>47</sup>
- de curator heeft verzuimd een machtiging te vragen<sup>48</sup>

Als toetsingsmaatstaf voor de beslissing van de rechter-commissaris om een machtiging toe te kennen, gaat het volgens de Hoge Raad om een afweging van de belangen van de

---

<sup>41</sup> Art. 40 lid 2 Fw

<sup>42</sup> Art. 7:685 BW

<sup>43</sup> Art. 7:686 BW

<sup>44</sup> Art. 6 lid 2 sub c BBA 1945

<sup>45</sup> Art. 68 lid 2 Fw

<sup>46</sup> Schaink 2012, p. 23.

<sup>47</sup> Art. 67 lid 2 Fw

<sup>48</sup> Art. 72 lid 2 Fw

werknemers tegen die van de gezamenlijke crediteuren. Daarbij moet rekening worden gehouden met de korte opzegtermijn van art. 40 Fw en het feit dat het loon vanaf de datum van faillietverklaring boedelschuld is. Voorkomen moet worden dat de boedelschuld te hoog oploopt.<sup>49</sup> Resultaat van een geslaagd beroep houdt in dat de opzegging moet worden beschouwd als opzegging waarvoor geen machtiging is afgegeven. De hoofdregel uit art. 72 lid 1 Fw is dat een door de curator verrichte handeling ondanks het ontbreken van een machtiging jegens derden geldig en onaantastbaar blijft. Het tweede lid van dit artikel maakt hierop een uitzondering: een opzegging van een arbeidsovereenkomst zonder machtiging is vernietigbaar. De termijn om een vernietiging op deze grond te vorderen is echter slechts vijf dagen vanaf de datum van opzegging. Deze termijn is in de praktijk bij het aantekenen van bezwaar al verlopen voordat een oordeel is ontvangen. Is de werknemer uit op vernietiging dan zal hij hierop moeten inspringen, door naast het instellen van hoger beroep tegelijk een buitengerechterlijke verklaring af te leggen. Bij deze verklaring wordt voorwaardelijke vernietiging van een opzegging waaraan een machtiging ontbreekt ingeroepen. In de jurisprudentie is voorsnog geoordeeld dat na vernietiging van de machtiging een afzonderlijke vernietiging van de opzegging niet nogmaals nodig is.<sup>50</sup> Daarnaast heeft de werknemer de mogelijkheid de curator aansprakelijk te stellen. Dit betreft in beginsel een persoonlijke aansprakelijkheid zoals besproken in paragraaf 2.4.1.<sup>51</sup>

In het Voorontwerp Insolventiewet<sup>52</sup> is voorsnog besloten om deze mogelijkheid tot beroep te schrappen. Dit zou de procedurele positie van de werknemer tijdens faillissement verzwakken.<sup>53</sup>

Naast de machtiging van de rechter commissaris is er de Wet melding collectief ontslag (WMCO). Deze wet ziet toe op het beëindigen van arbeidsovereenkomsten van ten minste twintig werknemers in één werkgebied binnen een tijdsbestek van drie maanden. Op grond van deze wet moet de werkgever een melding maken van het voorgenomen ontslag aan de betrokken vakbonden en aan het bevoegd gezag, in dit geval het UWV WERKbedrijf.<sup>54</sup> De melding aan de vakbonden gaat gepaard met een raadgegingsverplichting die ook geldt voor de Ondernemingsraad (OR).<sup>55</sup> Dit wordt verderop verder toegelicht maar wil kort samengevat zeggen dat de werkgever met de vakbond/OR in overleg gaat omtrent de voorgenomen ontslagen.

De WMCO is geschreven voor ontslagen door werkgevers. Tijdens faillissement is de wet ook van toepassing, zij het gedeeltelijk. De curator in faillissement is op grond van het arrest Landsbanki door het Hof van Justitie gelijk gesteld aan de werkgever.<sup>56</sup> Dit betekent voor de curator dat hij de WMCO moet naleven wanneer hij tijdens faillissement twintig of meer werknemers ontslaat. De curator is dus verplicht een tijdige melding te maken van de voorgenomen opzeggingen aan de betrokken vakbonden en daarnaast een melding te doen aan het bevoegd gezag. Bij faillissement hoeft het UWV WERKbedrijf echter niet te beslissen of een opzegvergunning wordt afgegeven, de machtiging van de rechter-commissaris vervangt deze toestemming. Melding aan het bevoegd gezag hoeft dan ook

---

<sup>49</sup> HR 12 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2325, NJ 1990/662 (*Van Gelder Papier*) en Rb. 's-Hertogenbosch 22 februari 2005, JOR 2005/108.

<sup>50</sup> Rb. Almelo 5 juli 2005, JOR 2006/26 en Rb. Almelo 7 november 2005, JOR 2006/26 uit Schaink 2012, p. 25.

<sup>51</sup> Schaink 2012, p.26 en Van Sint Truiden & Verstijlen 2012, p. 164.

<sup>52</sup> Opgesteld door commissie-Kortmann, bij brief van 26 november 2012 is het wetgevingsprogramma Herijking Faillissementsrecht aangekondigd wat voortborduurt op het Voorontwerp Insolventiewet.

<sup>53</sup> Schaink 2012, p. 23 en 24.

<sup>54</sup> Art. 3 WMCO

<sup>55</sup> Art. 3 lid 1 jo 3 WMCO

<sup>56</sup> Zaal, ArbeidsRecht maandblad 2013/40 en HvJ EU 3 maart 2011, nr. C-235/10-239/10

alleen op verzoek en de curator hoeft tevens niet te melden of er een adviestraject is met de ondernemingsraad.<sup>57</sup> Hierdoor is de melding- en raadsplegingsverplichting tijdens faillissement op papier geregeld maar wordt er in de praktijk niet vaak naar gehandeld.

In maart 2012 is de WMCO nog gewijzigd. Een wijziging die opmerking verdient is het sanctiemechanisme uit art. 7 WMCO. Tot 1 maart 2012 was de sanctie bij niet naleving van de wet dat het UWV WERKbedrijf verzoeken tot een opzegvergunning niet verder in behandeling nam. Voor de curator had dit geen gevolgen omdat hij een machtiging van de rechter-commissaris nodig heeft, geen vergunning van het UWV. Lid 1 van art. 7 WMCO stelt nu dat de opzegging door de werkgever en dus ook door de curator, in strijd met zijn meldingsplicht vernietigbaar is. Werknemers kunnen gedurende zes maanden een beroep op de vernietigbaarheid doen.<sup>58</sup> Er wordt voldaan aan de raadgegingsverplichting wanneer de betrokken bonden binnen twee weken voor datum van overleg schriftelijk zijn uitgenodigd en hier geen gehoor aan is gegeven, of wanneer de bonden schriftelijk afzien van raadspleging.<sup>59</sup> Of de sanctiebepaling ook van toepassing is op curatoren tijdens faillissement staat ter discussie in de literatuur. Schaink is van mening dat een bepaling van arbeidsrechtelijke aard geen afbreuk kan doen aan de bepalingen uit de faillissementswet die de curator en de rechter-commissaris worden toegereikt om tot een ordelijke afwikkeling van het faillissement te komen.<sup>60</sup> Het kan volgens deze auteur dus niet de bedoeling zijn dat een curator die niet voldoet aan de melding- en raadgegingsverplichting uit de WMCO wordt geconfronteerd met vernietigde opzeggingen wanneer hij een machtiging van de rechter-commissaris heeft verkregen en de opzeggingen binnen een week na faillietverklaring heeft laten plaatsvinden om de loongarantieregeling in te laten gaan. Schaink denkt dat de wetgever de faillissementsrechtelijke invalshoek van art. 7 WMCO over het hoofd heeft gezien.<sup>61</sup> Zaal is een andere mening toegedaan. Zij stelt dat de WMCO als uitgangspunt heeft dat de bepalingen op de failliete werkgever van toepassing zijn tenzij daarop een uitzondering is gemaakt. De wetgever zou dus een uitzondering hebben opgenomen wanneer de bepaling uit art. 7 WMCO niet van toepassing zou zijn op de failliete werkgever. Daarnaast wijst Zaal op het eerder genoemde Landsbanki arrest waarin het belang van naleving van de WMCO wordt benadrukt.<sup>62</sup> In dit arrest wijst het Hof van Justitie erop dat de raadsplegingsverplichting, en het daaruit voortvloeiende overleg tussen failliet en vakbond(en), als doel heeft de gevolgen van faillissement voor werknemers te verzachten dan wel maatregelen te nemen.<sup>63</sup> Het voorkomen van ontslagen is geen doel op zich.<sup>64</sup> Op dit moment is er in de jurisprudentie nog geen eenduidige uitspraak gedaan over de toepassing van de sanctiebepaling uit de WMCO tijdens faillissement.

### **§3.1.2 De opzegverboden**

Zoals eerder vermeld is het BBA niet van toepassing bij faillissement. Dat geldt daarmee ook voor het opzegverbod uit art. 6 BBA. De civielrechtelijke opzegverboden<sup>65</sup> worden niet genoemd in art. 40 Fw. Uit de literatuur blijkt dat deze opzegverboden niet gelden tijdens faillissement. De curator gaat hier in de praktijk ook van uit.<sup>66</sup> Deze civielrechtelijke opzegverboden staan een ontslag om economische redenen namelijk niet in de weg, faillissement is een met rechtsgevolgen omgeven economische aangelegenheid. Er is

---

<sup>57</sup> Art. 3 jo 6 WMCO

<sup>58</sup> Art. 7 lid 2 WMCO

<sup>59</sup> Art. 7a WMCO

<sup>60</sup> Schaink 2012, p. 28.

<sup>61</sup> Schaink 2012, p. 28.

<sup>62</sup> Zaal, ArbeidsRecht maandblad 2013/40

<sup>63</sup> Art. 3 lid 2 WMCO

<sup>64</sup> Zaal, ArbeidsRecht maandblad 2013/40 en, HvJ EU 3 maart 2011, nr. C-235/10-239/10

<sup>65</sup> Art. 7:670 BW

<sup>66</sup> Schaink 2012, p. 29.

geen andersluidende jurisprudentie.

### **§3.1.3 De opzegtermijn**

De wettelijke opzegtermijn uit art. 7:672 BW is in beginsel de termijn die wordt gehanteerd tijdens opzegging, tenzij er een contractuele opzegtermijn door partijen is overeengekomen die niet in strijd is met het artikel. Tijdens faillissement is deze bepaling nog steeds van toepassing, met een aantal toevoegingen. Omdat een faillissement een tijdsgevoelige aangelegenheid is, is er door de wetgever gekozen voor een bovengrens van een wederzijdse maximale opzegtermijn van zes weken op grond van art. 40 Fw. De bepaling uit art. 7:672 lid 1 BW dat de opzegging tegen het einde van de maand moet plaatsvinden wordt daarbij gehanteerd, tenzij dat wil zeggen dat de grens van zes weken wordt overschreden. Daarnaast is de Algemene termijnenwet niet van toepassing<sup>67</sup> wat wil zeggen dat een termijn die eindigt op een zaterdag, zondag of feestdag niet wordt verlengd tot de volgende werkdag. Een arbeidsovereenkomst kan door opzegging tijdens faillissement dus op iedere dag van de maand eindigen.<sup>68</sup> Opzegging door de curator vindt plaats binnen ongeveer een week na benoeming om de boedelschulden laag te houden en om de loongarantieregeling door het UWV in te laten treden. De loongarantieregeling wordt in de volgende paragraaf nader toegelicht. De curator zal in het algemeen dan ook geen exact eindtijdstip van de arbeidsovereenkomst in zijn opzeggingsbrief noemen en laat de bepaling hiervan over aan het UWV.<sup>69</sup> Wanneer de curator onredelijk lang wacht met overgaan tot opzeggen, is het UWV bevoegd een fictieve opzegdatum te bepalen.<sup>70</sup> Het UWV kiest dan in de meeste gevallen voor de datum van de faillietverklaring. Deze bevoegdheid heeft het UWV alleen wanneer er door de partijen niet adequaat is gereageerd. De vuistregel voor de praktijk is dat de curator binnen een week na zijn benoeming overgaat tot opzeggen.

Tijdens de werkzaamheden die de werknemer nog verricht gedurende de opzegtermijn zijn de reguliere bepalingen van het arbeidsrecht van toepassing. De werknemer is dan verplicht te blijven doorwerken tot het einde van het dienstverband, tenzij de curator de werknemer van de arbeid vrijstelt.

### **§3.2 De loongarantieregeling**

Op grond van art. 40 lid 2 Fw heeft de werknemer vanaf de dag van faillietverklaring recht op doorbetaling van loon.<sup>71</sup> Wanneer betaling hiervan uitblijft wordt de betaling overgenomen door het UWV. De loongarantieregeling is opgenomen in de Werkloosheidswet (WW)<sup>72</sup> en heeft als wettelijke benaming: 'overneming van uit de dienstbetrekking voortvloeiende verplichtingen bij onmacht van de werkgever te betalen'. Deze regeling is dan ook bedoeld voor de situatie waarin de werkgever structureel betalingsonmacht of onwil vertoont tegenover zijn werknemers. Het UWV neemt de betalingsonmacht van de werkgever aan en gaat tot uitkering over wanneer aan alle vereisten is voldaan, ongeacht de omvang van de faillissementsboedel. De loongarantieregeling geeft het UWV in feite een vordering op de boedel van de failliete werkgever, deze vordering is een boedelschuld op grond van het bepaalde in art. 40 Fw. De loongarantieregeling is volgens de Centrale Raad van Beroep (CRvB) een laatste redmiddel. De werknemer dient in redelijkheid, tijdig en voortvarend al het mogelijke gedaan te hebben om zijn loon op een andere manier te krijgen dan via de loongarantieregeling.<sup>73</sup> Kan dit niet worden aangetoond dan kan de werknemer

<sup>67</sup> art. 362 Fw

<sup>68</sup> HR 22 mei 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5026, NJ 1970, 419.

<sup>69</sup> Loonstra & Zondag 2012, p. 1767.

<sup>70</sup> Rb. Almelo 16 mei 2006, ECLI:NL:RBALM:2006:AX2379.

<sup>71</sup> Loon kent in de faillissementswet dezelfde definitie als art. 7:610 BW

<sup>72</sup> Art. 61 WW

<sup>73</sup> CRvB 18 februari 1992, RSV 1992/22 en CRvB 22 juni 2011, LJN BQ9004.

nalatigheid of benadeling van het UWV worden verweten en wordt overname op grond van de loongarantieregeling geweigerd. Voor een eventueel beroep tegen deze beslissing kan de werknemer terecht bij de bestuursrechter. Voorbeelden zijn een werknemer die nalaat zijn werkgever aan te spreken wanneer deze niet betaalt<sup>74</sup> of een werknemer in de bouw die werkzaam was bij een onderaannemer en de hoofdaannemer niet heeft aangesproken op grond van de wettelijke bepalingen van de ketenaansprakelijkheid<sup>75</sup>. Op grond van de loongarantieregeling van het UWV wordt het achterstallig loon betaald voorafgaande aan de datum van de opzegging tot een maximum van 13 weken en het loon gedurende de opzegtermijn tot een maximum van 6 weken. Daarnaast heeft de werknemer recht op onder andere vakantiegeld en vakantiebijslag. De loongarantieregeling is in beginsel alleen van toepassing op werknemers die ten tijde van de faillietverklaring nog in dienst zijn van de werkgever.

De werknemer is op grond van art. 63 WW zelf verantwoordelijk voor de aangifte van het faillissement bij het UWV. In de praktijk is het de curator die de aangifte voor zijn rekening neemt door telefonisch contact op te nemen met het UWV. Daarbij wordt meteen een afspraak gemaakt voor een collectieve intake van de werknemers. Tijdens deze intake vullen de werknemer en de curator een formulier in, waarvan de inhoud gelijk moet zijn. Bij verschil van mening gaat het UWV uit van het standpunt van de werkgever.<sup>76</sup> De loongarantieregeling valt onder de Werkloosheidswet en de werknemer dient dan ook aan de verplichtingen uit de WW te voldoen. Dit wil onder andere zeggen dat de werknemer zich moet inschrijven als werkzoekende bij het UWV.

De loongarantieregeling kent in tegenstelling tot de uitkering voor werkloosheid (WW) geen bovengrens en beslaat alle mogelijke kosten door de werknemer die met het dienstverband samenvallen. In de praktijk worden onder andere rechtens verschuldigde loonsverhoging<sup>77</sup>, overwerkvergoeding<sup>78</sup> en de dertiende maand<sup>79</sup> meegenomen in de loongarantieregeling. Het UWV gaat bij de betaling uit de loongarantieregeling eerst over tot betaling van het achterstallige loon, dan het loon uit de opzegtermijn en bij een derde uitkering wordt de rest van het geld waar de werknemer recht op heeft uitbetaald.

### §3.3 Vorderingen

Naast de boedelvordering, die meteen door de curator moet worden voldaan, zijn er nog andere vorderingen voor de werknemer van de failliete werkgever. Deze vorderingen zijn faillissementsvorderingen en in tegenstelling tot de boedelvorderingen dienen deze vorderingen wel ter verificatie bij de curator te worden ingediend.<sup>80</sup> Zoals in hoofdstuk 2 reeds is toegelicht zijn er preferente en concurrente faillissementsvorderingen. In deze paragraaf worden voor de volledigheid van deze scriptie deze mogelijke vorderingen voor werknemers kort toegelicht. Daarnaast wordt toegelicht wat verificatie inhoudt en welke stappen de werknemer hiervoor moet ondernemen. Tevens zijn er de niet-verifieerbare vorderingen die een opmerking verdienen.

Loon en nevenvorderingen die niet onder de loongarantieregeling vallen, leveren op grond van art. 3:288 onder e BW een preferente faillissementsvordering op. Deze vorderingen zijn slechts preferent zolang het gaat om vorderingen uit het lopende of voorafgaande kalenderjaar. Alle vorderingen die van een eerder tijdstip dateren zijn concurrente faillissementsvorderingen. Hierbij wordt geteld vanaf de dag van de faillietverklaring.<sup>81</sup>

<sup>74</sup> CRvB 10 maart 2004, *USZ* 2004/158 en CRvB 11 mei 2005, *USZ* 2005/291.

<sup>75</sup> CRvB 14 maart 2001, *USZ* 2001/105.

<sup>76</sup> Schaink 2012, p. 85.

<sup>77</sup> CRvB 8 november 1977, *RSV* 1978/118.

<sup>78</sup> CRvB 25 april 1989, *RSV* 1990/2.

<sup>79</sup> CRvB 8 april 1982, *RSV* 1982/176.

<sup>80</sup> Het begrip verificatie wordt verderop toegelicht

<sup>81</sup> Schaink 2012, p. 44 voorbeeld van het benoemen van vorderingen is te vinden in Rb. Amsterdam 18 januari 2012, *ECLI:NL:RBAMS:2012:BV3833* (*x/Ned. Moslimomroep*).

Pensioenpremies en sociale verzekeringspremies vallen onder de premieschulden genoemd in art. 40 Fw. Het werknemersdeel van de pensioenpremie valt onder het begrip loon omdat het op het loon wordt ingehouden. De afdracht van de werkgever aan de pensioenverzekering is een vorm van gedwongen loonbesteding uit art. 7:631 BW (meer specifiek lid 3). Wanneer de werkgever in gebreke blijft met deze afdracht, kan de werknemer een achterstallige preferente loonvordering bij de curator indienen behoudens wanneer de pensioenuitvoerder zelf een vordering indient. De eerder besproken loongarantieregeling kent ook een regeling met betrekking tot pensioenpremies.<sup>82</sup> Met betrekking tot het werkgeversdeel heeft de pensioenuitvoerder een concurrente vordering want er bestaat geen basis voor een voorrecht op grond van art. 3:288 BW. Dit wil zeggen dat de werknemer die nakoming van dit deel van zijn pensioenpremie vordert geen bevoorrechte vordering heeft.<sup>83</sup>

Vorderingen op grond van ontslagvergoedingen leveren een preferente faillissementsvordering op wanneer het ontslag plaatsvond vóór de faillietverklaring. Schaink merkt daarbij op dat dit ook geldt voor een ontbindingsvergoeding op grond van art. 7:685 BW wanneer de kantonrechtersbeschikking van voor de faillietverklaring dateert en op het moment van de beschikking opeisbaar is.<sup>84</sup>

Zoals vermeld is dit slechts een zeer beknopte uitwerking van de mogelijke vorderingen die een werknemer in geval van faillissement kan indienen. Vorderingen die tijdens faillissement niet kunnen worden voldaan blijven na faillissement bestaan op grond van art. 195 Fw. Wanneer de onderneming van de failliete werkgever een rechtspersoon betreft wordt deze echter ontbonden na faillissement op grond van art. 2:19 lid 1 sub c BW vanwege de toestand van de boedel. De werknemer kan zijn vordering dan niet meer verhalen. Dit geldt ook wanneer er een doorstart wordt gemaakt. Er ontstaat dan immers een nieuwe juridische entiteit. De vordering van de werknemer kan dan wegens de ontbinding van de oude onderneming niet worden verhaald op de oude werkgever en vanwege de nieuwe juridische entiteit niet op de doorstarter.

### **§3.3.1 Verificatie**

Met betrekking tot de verificatie van werknemersclaims zal de werknemer, net als andere schuldeisers die hun vordering ter verificatie moeten indienen, bewijs voor zijn vordering moeten leveren op grond van art. 110 Fw. Voor de werknemer geldt echter dat hij niet meer bewijs hoeft aan te leveren dan hij tegen de (failliete) werkgever zou leveren.<sup>85</sup> Het aanleveren van een loonstrookje kan hierbij al voldoende zijn. Wanneer de curator en de werknemer het niet eens zijn over de juistheid van het aangevoerde bewijs, kan de werknemer zich niet beroepen op de informatieverplichting van de werkgever uit art. 7:655 en 7:626 ten aanzien van het loonstrookje. Deze bepalingen zijn te beperkt, de werknemer dient zich te beroepen op zijn arbeidscontract. Daarnaast staat de openlegging van de boeken<sup>86</sup> ook open voor de werknemer.<sup>87</sup>

### **§3.3.2 Niet verifieerbare vorderingen**

Naast de vorderingen uit boedelschulden en de vorderingen die de werknemer ter verificatie kan indienen zijn er ook de niet verifieerbare vorderingen. Een vordering is niet verifieerbaar<sup>88</sup> wanneer deze ontstaat na faillietverklaring en niet krachtens de wet of het eerder besproken toedoen criterium door de curator is ontstaan. Dit soort vordering houdt in dat de vordering niet binnen het faillissement geldend kan worden gemaakt. Het

---

<sup>82</sup> Art. 64 lid 1 onder c WW

<sup>83</sup> Schaink 2012, p. 47.

<sup>84</sup> Schaink 2012, p. 51.

<sup>85</sup> Art. 123 Fw

<sup>86</sup> Art. 3:15j BW of op grond van art. 69 Fw de curator vragen om inlichtingen omtrent beheer en vereffening van de boedel.

<sup>87</sup> Schaink 2012, p. 40.

<sup>88</sup> Art. 25 Fw

vorderingsrecht kan wel geldend worden gemaakt wanneer de failliet na faillissement blijft voortbestaan. Men denkt dan bijvoorbeeld aan de failliet als natuurlijk persoon. Een voorbeeld van de niet-verifieerbare vordering kwam aan bod in het arrest Van Gelder Papier.<sup>89</sup> In dit arrest ging het om een vordering op grond van een sociaal plan dat de werkgever met zes vakbonden had afgesloten. Na het faillissement werd de werknemer door de curatoren ontslagen. Vervolgens beriep hij zich op een bepaling in het sociaal plan, op grond waarvan hij recht had op een vergoeding na een ontslag om bedrijfseconomische omstandigheden. In cassatie ging het om een vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag. In dit arrest heeft de Hoge Raad een aantal belangrijke overwegingen gemaakt die nog steeds relevant zijn:

- De relatief korte opzegtermijn uit art. 40 Fw is opgenomen op grond van een afweging van werknemersbelang en crediteurenbelang. (zoals eerder vermeld is deze termijn kort om te voorkomen dat de boedelschulden te hoog oplopen)
- Een vergoeding die de curator aan de werknemer is verschuldigd wegens nadeel van het niet voortduren van de arbeidsovereenkomst is te categoriseren als boedelschuld. Dit wordt geacht te zijn meegewogen bij de afweging van belangen die hierboven wordt genoemd.
- Art. 40 Fw sluit een kennelijk onredelijk ontslag door de curator niet uit. Het betreft hier echter wel uitzonderingsgevallen, bijvoorbeeld wanneer de curator een kennelijk onredelijke maatstaf aanhoudt bij het bepalen van personeel dat wordt ontslagen en dat wordt aangehouden.
- Art. 40 Fw brengt tevens met zich dat vorderingen uit de arbeidsovereenkomst ná datum faillietverklaring binnen de grenzen van de wet onder boedelschuld kunnen vallen. Hiervoor dient geen verificatie door de curator plaats te vinden. Vorderingen vóór datum faillietverklaring dienen wel te worden geverifieerd.<sup>90</sup>

De Hoge Raad kwam tot de conclusie dat de vordering van de werknemer op grond van het sociaal plan niet kan worden toegewezen in geval van faillissement. Een dergelijke vordering ná faillissement op grond van een overeenkomst van vóór het faillissement, zou ingaan tegen het stelsel in de faillissementswet dat berust op de eerder genoemde belangenafweging van werknemers- en crediteurenbelang. Uit een dergelijke overeenkomst kan geen boedelschuld ontstaan en geen voor verificatie vatbare vordering.<sup>91</sup> Kortom een afspraak tussen werkgever en werknemer op grond van een sociaal akkoord voor een vergoeding bij ontslag om bedrijfseconomische redenen wordt bij faillissement niet gehonoreerd omdat dit ten koste gaat van de gezamenlijke schuldeisers.

### §3.4 Conclusie

Opzegging tijdens faillissement gaat niet volgens de reguliere procedure. De opzegverboden zijn niet van toepassing en de opzegvereisten zijn versoberd tot een machtiging van de rechter-commissaris en de melding door de curator aan vakbonden en OR op grond van de WMCO. Werknemers kunnen tegen een machtiging van de rechter-commissaris in beroep gaan waardoor de opzegging bij succesvol beroep vernietigbaar is. Dit is echter een tijdsgevoelige procedure en de werkgever blijft failliet verklaard dus de kans dat de werknemer toch in dienst kan blijven is klein. Daarnaast wordt deze mogelijkheid tot beroep wellicht geschrapt in het programma Herijking Faillissementsrecht, wat de procedurele positie van werknemers zal verzwakken. De meldingsplicht uit de WMCO wordt in de praktijk niet vaak gehandhaafd. Werknemers kunnen na een recente wetswijziging mogelijk een beroep doen op de vernietigbaarheid

---

<sup>89</sup> HR 12 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2325, NJ 1990/662 (*Van Gelder Papier*), m.nt. P. van Schilfaarde

<sup>90</sup> Schaink 2012, p. 41 en 42.

<sup>91</sup> HR 12 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2325 NJ 1990/662 (*Van Gelder Papier*), m.nt. P. van Schilfaarde en Schaink 2012, p. 42.

van de opzegging wanneer daarbij niet is voldaan aan de meldingsverplichting. Ook bij deze mogelijkheid tot beroep is het de vraag wat het de werknemer oplevert om de opzegging te vernietigen wanneer de werkgever failliet is verklaard. Daarnaast is er nog geen jurisprudentie omtrent deze mogelijkheid verschenen.

De opzegtermijn is verkort tot een maximum van 6 weken waarbij de arbeidsovereenkomst op elke dag van de maand kan eindigen.

Het UWV neemt door middel van de loongarantieregeling uit de WW de betalingsonmacht van de werkgever over. Door middel van deze regeling krijgen werknemers na faillietverklaring (achterstallig) loon en andere vorderingen die zij nog hadden op de werkgever uitbetaald. In de praktijk is het de curator die deze regeling in gang zet bij het UWV.

Naast de boedelschuld uit loon die door de loongarantieregeling wordt uitbetaald kan een werknemer nog preferente schulden hebben op de werkgever. Men denkt dan aan pensioenpremies en ontslagvergoedingen van vóór de faillietverklaring. Deze vorderingen zal de werknemer ter verificatie moeten indienen bij de curator, door middel van het aanreiken van bijvoorbeeld een loonstrookje. Tevens zijn er vorderingen die niet binnen het faillissement geldend kunnen worden gemaakt. Dit zijn de niet verifieerbare vorderingen. Deze vorderingen moet de werknemer buiten het faillissement om zien te verhalen op de werkgever, na faillietverklaring bijvoorbeeld op de natuurlijke persoon van de werkgever. Een bekend voorbeeld is de ontslagvergoeding op grond van een sociaal plan. Deze vordering kan niet binnen het faillissement worden verhaald omdat dit in strijd is met het schuldeisersbelang tijdens faillissement.

## Hoofdstuk 4 Doorstart

Terwijl de surseance van betaling het instrument bij uitstek is om een onderneming die op het randje van betalingsonvermogen balanceert weer terug op de rails te krijgen<sup>92</sup>, wordt in de praktijk vaak eerder voor faillissement en vervolgens doorstart gekozen. Uit de literatuur blijkt dat ondernemers hiervoor kiezen vanwege de vele rechtsgangen die moeten worden doorlopen bij een surseance, zoals onder andere de (met betrekking tot werknemers) Wet melding collectief ontslag, het aanvragen van de ontslagvergunning uit het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen en het in acht nemen van het afspiegelingsbeginsel.<sup>93</sup> In het volgende hoofdstuk wordt besproken wat de doorstart van een onderneming nu precies inhoudt en hoe deze in zijn werk gaat. Daarnaast wordt de positie van de werknemer tijdens doorstart besproken, meer specifiek de toepassing van de bepalingen omtrent overgang van onderneming.

### §4.1 Definitie van doorstart

Over de wettelijke bepalingen van doorstart kan men kort zijn: doorstart is namelijk niet opgenomen in de Nederlandse wetgeving. In de literatuur worden verschillende definities geboden voor doorstart, deze komen zelden geheel overeen. Voor deze scriptie wordt de definitie van Grapperhaus aangehouden die tevens door Schaïnk wordt gehanteerd. Grapperhaus definieert doorstart als 'een voortzetting van ingrijpend herschikte bedrijfsmiddelen, kapitaal en werknemers die voorheen tezamen een onderneming vormden'.<sup>94</sup> Er is voor deze definitie gekozen omdat alle voor de arbeidsrechtelijke invulling van faillissement benodigde begrippen zijn opgenomen.

Doorstart zal vaak de associatie met overgang van onderneming oproepen maar is per definitie niet hetzelfde.<sup>95</sup> Overgang van onderneming kenmerkt zich door de overgang van een economische entiteit met behoud van identiteit. Hier is bij doorstart geen sprake van want faillissement en daarmee doorstart, tasten de onderneming in de kern aan. Alleen de nog levensvatbare onderdelen van de onderneming worden overgenomen door de koper (hierna te noemen doorstarter). De onderneming zoals deze eerst bestond kan niet in dezelfde vorm worden overgenomen, omdat door het faillissement sommige onderdelen niet mee overgaan en de goodwill van de onderneming is afgenomen of komen te vervallen. Doorstart beoogt een mate van samenhang van activa en passiva voort te zetten en daar meerwaarde uit te creëren.<sup>96</sup> De overgang van onderneming en meer specifiek waarom deze en de bijbehorende wettelijke bepalingen niet op doorstart van toepassing zijn worden in een volgende paragraaf verder toegelicht

Er zijn twee hoofdvormen van doorstartconstructies:

#### 1. De doorstart binnen dezelfde rechtspersoon

Deze vorm van doorstart kan worden gerealiseerd door middel van een akkoord dat wordt aangeboden aan de schuldeisers of door een doorstart vanuit de surseance van betaling.

#### 2. De doorstart in een andere rechtspersoon

Bij deze vorm van doorstart worden de noodzakelijke activa en wellicht passiva, overgedragen aan een andere onderneming. Dit is de meest voorkomende vorm van doorstart en wordt de activatransactie genoemd.<sup>97</sup>

---

<sup>92</sup> Art. 214 Fw

<sup>93</sup> Schaïnk 2012, p. 137 en INSOLAD 2008, p. 99.

<sup>94</sup> INSOLAD 2008, p. 101.

<sup>95</sup> INSOLAD 2008, p. 99.

<sup>96</sup> INSOLAD 2008, p. 101.

<sup>97</sup> De oude rechtspersoon wordt door een beschikking van de Kamer van Koophandel ontbonden op grond van art. 2:19 lid 1 suc c BW.

## **§4.2 De activatransactie**

Wanneer een doorstart binnen de bestaande onderneming niet als een haalbare optie wordt gezien, vindt de doorstart plaats via activatransactie. Redenen hiervoor zijn dat de onderneming geen positieve vermogenspositie meer heeft en/of de kosten van saneren van de schulden en reorganisatie niet door de onderneming kunnen worden gefinancierd, mede omdat eventuele aandeelhouders en derden niet bereid zijn hieraan mee te werken.<sup>98</sup>

Artikel 101 Fw geeft de rechtsgrond tot activatransactie en de verkoop van de onderneming. Dit artikel geeft de curator de bevoegdheid goederen te vervreemden, indien en voor zover de vervreemding noodzakelijk is, om de kosten van het faillissement te bestrijden. Zoals in de voorgaande paragraaf al is gesteld is er bij doorstart in veel gevallen sprake van vermindering van de goodwill en de mogelijkheid tot continuïteit van de onderneming. Zodra duidelijk wordt voor de maatschappij dat een onderneming failliet is, begint de waardedaling. De doorstarter zal daarom moeten investeren om het vertrouwen van de betrokken partijen te kunnen winnen.<sup>99</sup>

## **§4.3 De rol van de curator bij doorstart**

Tijdens faillissement neemt de curator het beheer van de onderneming over van de schuldenaar. Hij draagt nu de verantwoordelijkheid over en het beheer van het vermogen. De curator heeft als kerntaak de boedel te vereffenen. In het kader van deze taak dienen de activa van de onderneming te gelde te worden gemaakt ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers, op zodanige wijze dat de meeste kans is op een goede opbrengst.<sup>100</sup>

Wanneer het faillissement is uitgesproken heeft de curator de keuze tussen twee mogelijkheden: de onderneming per direct stopzetten of de onderneming voortzetten wanneer dit de boedel ten goede komt. Deze bevoegdheid haalt de curator uit art. 98 Fw. Een logisch gevolg van deze voortzetting is het spekken van het vermogen en dus een verhoging van de liquiditeit. De curator zal moeten nagaan of de onderneming kan worden voortgezet en of redelijkerwijs kan worden verwacht dat de boedelverplichtingen hierbij kunnen worden nagekomen.<sup>101</sup> Wanneer dit niet het geval is en de onderneming wordt gestaakt, heeft de curator een kort tijdsbestek om te handelen. Betrokken partijen zullen op zoek gaan naar andere mogelijkheden zoals werknemers die op zoek gaan naar een andere baan. Terwijl juist deze werknemers de waarde van de onderneming kunnen verhogen voor een doorstarter.

Met betrekking tot de keuze tussen een hoge opbrengst en het voortbestaan van de onderneming moet de curator volgens de Hoge Raad een afweging maken tussen het belang van de gezamenlijke schuldeisers en het maatschappelijk belang. Het gezamenlijk belang van de schuldeisers is zoals vermeld een zo hoog mogelijke opbrengst om de vordering te kunnen voldoen. Het maatschappelijk belang ziet volgens de Hoge Raad onder andere op de continuïteit van de onderneming en het behoud van de werkgelegenheid.<sup>102</sup>

## **§4.4 De verkoop**

Voor een succesvolle doorstart na faillissement moet snel gehandeld worden om waardevermindering te voorkomen. Belangstellenden zullen zich dus snel bij de curator moeten melden om te kunnen bepalen welke activa en wellicht passiva ze willen overnemen en welk bedrag zij hiervoor willen betalen. In beginsel onderhandelt de curator met de partij waarmee hij voor een zo hoog mogelijk bedrag zo snel mogelijk tot een

---

<sup>98</sup> Oosterhout 1998, p. 39.

<sup>99</sup> Oosterhout 1998, p. 40.

<sup>100</sup> Art. 3.1 INSOLAD Praktijkregels curatoren.

<sup>101</sup> Oosterhout 1998, p. 42.

<sup>102</sup> HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, NJ 1996, 472

doorstart kan komen. Dit alles dient zo snel mogelijk na de faillietverklaring te gebeuren terwijl de curator wel de tijd moet nemen om de situatie goed in te schatten, een delicate balans. Zodra de curator met de meest geschikte belangstellende overeenstemming heeft bereikt over de prijs die voor de onderneming wordt betaald, wordt er overgegaan tot verkoop en levering van activa aan de doorstarter. Pas nadat de doorstart succesvol is volbracht worden de schuldeisers op de hoogte gesteld.

#### **§4.5 De positie van de werknemers**

De positie van de werknemer tijdens faillissement is in de voorgaande hoofdstukken besproken. Wanneer er na faillissement een doorstart plaatsvindt maakt de werknemer mogelijk kans op een arbeidsovereenkomst bij de doorstarter. In tegenstelling tot de eerder genoemde overgang van onderneming gaat de arbeidsovereenkomst namelijk niet van rechtswege over op de doorstarter.

De bepalingen rond overgang van onderneming zijn opgenomen in boek 7 BW, namelijk art. 7:662 tot en met 7:666 BW. Deze afdeling gaat over (het behoud van) rechten van werknemers bij overgang van onderneming. Art. 7:663 bepaalt dat de rechten en verplichtingen zoals deze voortvloeien uit de arbeidsovereenkomst van rechtswege mee over gaan op de verkrijger van de onderneming. Dit wil zeggen dat de werknemers hun arbeidsovereenkomst (en dus hun baan) en de daarbij behorende arbeidsvoorwaarden behouden. Overgang van onderneming wordt in deze scriptie besproken omdat art. 7:666 BW bepaalt dat de voorgaande bepalingen (vanaf art. 7:662 en art. 7:670 lid 8 BW) niet van toepassing zijn ingeval van faillissement van de werkgever en de onderneming tot de boedel behoort. In deze paragraaf wordt besproken hoe deze beperking van de rechten van werknemers is ontstaan en welke gevolgen dit heeft bij faillissement.

##### **§4.5.1 Ontstaansgeschiedenis**

In 1981 werd op grond van Richtlijn 77/187/EEG<sup>103</sup> in de Nederlandse wetgeving opgenomen dat werknemers beschermd dienden te worden bij een verandering van ondernemer.<sup>104</sup> De voornoemde Richtlijn gaf echter geen duidelijkheid met betrekking tot de vraag of de situatie van faillissement en daarna doorstart ook binnen deze regeling tot bescherming van werknemers vielen. Aan deze discussie kwam in 1985 een eind door de uitspraak van het Hof van Justitie (HvJ) in de zaak Abels.<sup>105</sup> Het standpunt van de Nederlandse regering was dat de werking van de Richtlijn *'was beperkt tot overgang van onderneming krachtens vrijwillig gesloten overeenkomsten, met uitsluiting van elke vorm van overgang in het kader van gerechtelijke procedure, hetzij tot vereffening van het vermogen van een schuldenaar (faillissement) hetzij tot sanering van diens financiële situatie (surseance).'*<sup>106</sup>

Het HvJ deed navraag wat andere lidstaten deden met betrekking tot de toepassing van de Richtlijn. Het kwam tot de conclusie dat er verschillende standpunten waren. Aan de ene kant werd gesteld dat juist in geval van een failliete werkgever de werknemer recht heeft op de meeste bescherming. Tegenstanders voerden aan dat deze bescherming wellicht zou leiden tot onwil de onderneming nog over te nemen. Dit zou leiden tot banenverlies van alle werknemers. Aan de ene kant het werknemersbelang en aan de andere kant het ondernemersbelang. Het HvJ besloot dat lidstaten niet verplicht zijn de Richtlijn toe te passen, maar dit wel naar eigen invulling mogen doen.<sup>107</sup> Dit leidde tot

---

<sup>103</sup> PbEG 1977, L 061/26-28, betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van vestigingen.

<sup>104</sup> De ministerraad van de Europese Gemeenschap gaf hierdoor uiting aan art. 100 EEG-Verdrag

<sup>105</sup> HvJ E 7 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:61983CJ0135, LJN AB9660, NJ 1985/900 (*Abels/Bedrijfsvereniging Metaalindustrie*).

<sup>106</sup> Schaink 2012, p. 118.

<sup>107</sup> Schaink 2012, p. 118.

wijziging van de eerdere Richtlijn in Richtlijn 98/50/EG.<sup>108</sup> Vervolgens kwam er in 1987 het arrest Happé/Scheepstra<sup>109</sup> van de Hoge Raad waarin een eenduidig antwoord werd geformuleerd voor de Nederlandse wetgeving met betrekking tot het opnemen van de arbeidsrechtelijke bescherming van overgang van onderneming tijdens faillissement. In de parlementaire geschiedenis van de voorganger van afdeling 8 boek 7 BW<sup>110</sup> kan geen steun gevonden worden voor de toepassing van behoud van rechten bij overgang van onderneming tijdens faillissement, aldus de Hoge Raad. De bepalingen omtrent overgang van onderneming zijn dus niet van toepassing tijdens faillissement op grond van de Nederlandse wetgeving. Opmerking verdient nog dat onze buurlanden Duitsland en België tot een ander oordeel zijn gekomen. In Duitsland wordt de Richtlijn wel toegepast en in België is gekozen voor de gulden middenweg. Daar is het niet verplicht om personeel van de failliete werkgever over te nemen, maar is er wel handhaving van de arbeidsvoorwaarden wanneer de verkrijger van de onderneming dit wel doet.<sup>111</sup> Lidstaten zoals Duitsland die de Richtlijn ook bij faillissement toepassen hebben inmiddels de mogelijkheid gekregen om te bepalen dat de curator en de verkrijger van de onderneming met vakbonden afspraken kunnen maken met betrekking tot behoud van werkgelegenheid en het wijzigen van arbeidsvoorwaarden. In het kader van de geldende wetgeving en praktijk uiteraard.<sup>112</sup> Schaïnk wijst op een gemiste kans voor Nederland door niet van deze mogelijkheid gebruik te maken. Al was de betreffende bepaling uit de Richtlijn van 2001 al niet meer voor Nederland bedoeld door het arrest van de Hoge Raad uit 1987.<sup>113</sup> De Richtlijn stelt tevens nog dat de lidstaten de nodige maatregelen moeten treffen om misbruik van de insolventiewetgeving te voorkomen en werknemers te beschermen tegen dit misbruik dat als doel heeft hen rechten te ontnemen.<sup>114</sup> Deze bepaling is in de Nederlandse wetgeving uitgewerkt in art. 13a Fw dat in paragraaf 5.3 van hoofdstuk 5 wordt besproken.

#### **§ 4.5.2 Tijdstip van de overgang**

Zoals gesteld gaan bij overgang van onderneming de rechten en verplichtingen van de werknemers van rechtswege over op de verkrijger van de onderneming. Zojuist is gebleken dat in geval van faillissement de wettelijke bepalingen met betrekking tot overgang van onderneming niet van toepassing zijn in Nederland. Voor de volledigheid dient het tijdstip van de overgang nog te worden toegelicht met betrekking tot faillissement. Het kan namelijk bijdragen aan beantwoording van de vraag of de werknemers van rechtswege met de onderneming mee overgaan of niet. De Richtlijn geeft aan dat het tijdstip van overgang moet zijn op het moment waarop de vervreemder de hoedanigheid van de ondernemer verliest en de verkrijger dat ondernemerschap verkrijgt.<sup>115</sup> De Richtlijn gaat er hierbij vanuit dat de ondernemer tijdens deze periode al failliet is verklaard. Daarnaast is er de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep die het tijdstip van overgang aanmerkt als het moment waarop de verkrijger daadwerkelijk de beschikking krijgt over de middelen die noodzakelijk zijn om de onderneming te kunnen voortzetten of hervatten.<sup>116</sup>

In het eerder genoemde arrest van Happé/Scheepstra heeft de Hoge Raad zich al kort gebogen over een aspect van deze tijdstipbepaling. In dit arrest waren er verschillende transacties zowel voor als na het faillissement die geleid hebben tot de daadwerkelijke

<sup>108</sup> Richtlijn 98/50/EG, PbEG 1998, 201/88-92 die weer is gewijzigd in Richtlijn 2001/23/EG, PbEG 2001, L 82/16. De bepaling met toepassing van deze uitspraak is opgenomen in art. 4a Richtlijn.

<sup>109</sup> HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0033, NJ 1988/191, m.nt. P.A. Stein (*Happé/Scheepstra*)

<sup>110</sup> Art. 1639aa e.v. (oud)

<sup>111</sup> Schaïnk 2012, p. 120 en 121.

<sup>112</sup> Schaïnk 2012, p. 121 en Art. 5 lid 2 onder b Richtlijn 2001/23/EG.

<sup>113</sup> Schaïnk 2012, p. 121 verwijst door naar Schaïnk & Smolders, 'Faillissementstrends' 2005, p. 15.

<sup>114</sup> Art. 5 lid 4 Richtlijn 2001/23/EG

<sup>115</sup> Schaïnk 2012, p. 124 blijkt uit art. 2 en 5 Richtlijn

<sup>116</sup> Schaïnk 2012, p. 124 en 125 en CRvB 26 mei 1992, RSV 1992-309.

overgang van onderneming. Om te kunnen bepalen wat dan het tijdstip van de daadwerkelijke overdracht is heeft de Hoge Raad geoordeeld dat er gekeken moet worden naar het zwaartepuntcriterium. Volgens de Hoge Raad moet het zwaartepunt van de overdracht liggen ná faillietverklaring zodat de overgang geacht wordt te hebben plaatsgevonden na faillissement.<sup>117</sup> Conclusie die hieruit getrokken kan worden is dat het wellicht mogelijk is voor werknemers om rechten voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst te vorderen na overgang van onderneming die volgt uit faillissement, zolang de daadwerkelijke overdracht heeft plaatsgevonden vóór faillissement.<sup>118</sup>

Ten slotte nog een opmerking over het bepalen van het tijdstip van overgang van onderneming met betrekking tot het zogenaamde technisch faillissement. Deze term komt van de Hoge Raad uit het Happé/Scheepstra arrest. Technisch faillissement duidt een faillissement aan waarbij de overgang van onderneming geheel is voorbereid, zowel contractueel als feitelijk, voordat faillissement plaatsvindt. Vervolgens wordt faillissement 'uitgelokt' waarna de overgang in werking wordt gesteld. In het voornoemde arrest heeft de Hoge Raad geen uitspraak gedaan over de vraag of de werknemer, ondanks het feit dat de arbeidsrechtelijke bescherming van overgang van onderneming niet van toepassing is bij faillissement, zich kan beroepen op een dienstverband bij de verkrijger in geval van technisch faillissement. Dit is vervolgens wel aan de orde gekomen bij het arrest Adept.<sup>119</sup> De kantonrechter in deze zaak oordeelde dat er of sprake moest zijn van een volkomen voorbereiding van overgang van onderneming die werd uitgevoerd tijdens faillissement, of dat er sprake moest zijn van een faillissement dat is uitgelokt om te kunnen profiteren van de soepele werknemersbescherming bij faillissement. Wanneer een van beide situaties van toepassing was kon er worden gesteld dat er sprake was van een technisch faillissement. In de noot van het Happé/Scheepstra arrest werd echter aangegeven dat er van beide sprake moest zijn voor een technisch faillissement. In hoger beroep oordeelde het Hof hetzelfde. De vordering van de werknemer om de doorbetaling van loon door de verkrijger werd echter afgewezen omdat niet was gebleken dat het faillissement inderdaad onnodig en uitgelokt was en daarmee als doel had de werknemersbescherming te ontlopen.<sup>120</sup> Sinds beide uitspraken is er nog steeds geen antwoord op de vraag of de werknemersbescherming van overgang van onderneming wel geldt bij technisch faillissement. In hoofdstuk 6 wordt het technisch faillissement met betrekking tot pre-pack besproken.

#### **§4.6 Conclusie**

Een doorstart is een voortzetting van ingrijpend herschikte bedrijfsmiddelen, kapitaal en werknemers die voorheen tezamen een onderneming vormden. De doorstart wordt uitgevoerd door de curator die tijdens het faillissement is aangesteld. Om een doorstart succesvol te laten plaatsvinden en dus waardevermindering te voorkomen, is snel handelen door de curator van belang. De positie van werknemers tijdens doorstart hangt af van het feit of er sprake is van overgang van onderneming. In beginsel zijn de bepalingen van overgang van onderneming uit het BW namelijk niet van toepassing tijdens faillissement, waar doorstart op volgt. Deze bepaling is opgenomen in art. 7:666 BW en is opgesteld naar aanleiding van de Richtlijn opgesteld door het HvJ. Lidstaten zijn niet verplicht om de Richtlijn en dus de werknemersbescherming tijdens faillissement toe te passen, maar staan vrij deze naar eigen invulling toe te passen. De Hoge Raad heeft de knoop voor de Nederlandse wetgeving doorgeslagen door te stellen dat de toepassing van overgang van onderneming tijdens faillissement niet past binnen de parlementaire geschiedenis van boek 7 BW. De arbeidsovereenkomsten en de arbeidsvoorwaarden die

---

<sup>117</sup> Schaink 2012, p. 125

<sup>118</sup> Bijvoorbeeld: Hof Den Bosch 30 november 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AR7684 en Rb. Alkmaar 19 mei 2006, ECLI:NL:RBALK:2006:BA1923.

<sup>119</sup> Rb. Utrecht 9 december 1992, JAR 1993/57 (Adept)

<sup>120</sup> Schaink 2012, p. 126

daarmee samenhangen gaan bij doorstart dus niet van rechtswege over op de doorstarter. Werknemers kunnen wellicht hun rechten voortvloeiend uit de arbeidsovereenkomst vorderen tijdens doorstart wanneer door middel van het tijdstip van de overgang kan worden gesproken van overgang van onderneming vóór de faillietverklaring. Dan is er nog het technisch faillissement wat door de Hoge Raad wordt beschreven als een geplande overgang van onderneming waarna faillissement wordt uitgelokt. Met betrekking tot het technisch faillissement is er in de jurisprudentie nog geen uitspraak gedaan over het ontwijken van de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers.

## Hoofdstuk 5 Werknemers en de doorstart

Dit hoofdstuk richt zich op de gevolgen van doorstart voor de werknemer van een failliete werkgever. Er wordt specifiek gekeken naar de positie van de werknemer wanneer deze in dienst treedt bij de doorstarter. Daarbij wordt opvolgend werkgeverschap uitgelegd en de toepassing hiervan bij verschillende arbeidsrechtelijke bepalingen als onder andere de ketenregeling en het meetellen van dienstjaren. De werknemer die geen nieuwe arbeidsovereenkomst krijgt aangeboden heeft geen arbeidsovereenkomst meer na rechtsgeldige opzegging door de curator. Voor deze werknemers zijn er echter nog wel mogelijkheden indien misbruik van faillissement kan worden aangetoond.

Uit het voorgaande hoofdstuk is gebleken dat de bepalingen omtrent overgang van onderneming niet van toepassing zijn tijdens faillissement. Dit heeft ten gevolge dat de arbeidsovereenkomst en de daarmee samenhangende arbeidsvoorwaarden van werknemers niet van rechtswege mee overgaan op de doorstarter. Voor de doorstarter brengt dit met zich mee dat hij de vrijheid heeft te kiezen welke werknemers hij een arbeidsovereenkomst aanbiedt en hij kan in beginsel daarbij ook de arbeidsvoorwaarden aanpassen of veranderen. Deze vrijheid om werknemers en de levensvatbare onderdelen over te nemen wordt in de praktijk ook wel 'cherry picking' genoemd. Er zijn aan de hand van de jurisprudentie echter enkele beperkingen op de keuzevrijheid van de doorstarter geformuleerd. Deze worden in de volgende paragrafen toegelicht.

### § 5.1 Opvolgend werkgeverschap

Ten eerste is er het opvolgend werkgeverschap. Dit begrip staat niet onder deze benaming in de wet opgenomen maar in beginsel wordt art. 7:668a lid 2 BW hiermee bedoeld: *'(de situatie waarin sprake is van) elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn'*.

Voor het bestaan van opvolgend werkgeverschap moet er dus sprake zijn van verschillende werkgevers met een andere juridische entiteit, waarbij de inhoud van de arbeid hetzelfde moet zijn. Bij een wezenlijk verschil tussen de arbeid bij de oude werkgever ten opzichte van de arbeid bij de nieuwe werkgever kan dus niet worden gesproken van opvolgend werkgeverschap.<sup>121</sup> Opvolgend werkgeverschap is relevant voor verschillende situaties binnen het arbeidsrecht zoals: het aangaan van een proeftijd, een nieuwe arbeidsovereenkomst binnen concernverhoudingen, bij toepassing van de Ragetlie-regel van art. 7:667 lid 4 en 5 BW en de ketenregeling van art. 7:668a lid 2 BW. Daarnaast kan er ook sprake zijn van opvolgend werkgeverschap tijdens doorstart.

#### § 5.1.1 Ontstaansgeschiedenis

De term opvolgend werkgeverschap werd voor het eerst geïntroduceerd in 1953 bij de herziening van het ontslagrecht. Een eerste concrete uitwerking werd geformuleerd door de Hoge Raad in het Slijkoord/Hekkema arrest<sup>122</sup>, waarin de toelaatbaarheid van een nieuwe proeftijd bij een andere werkgever ter discussie stond. Deze nieuwe werkgever was gelieerd aan de oude werkgever van de werknemer. De Hoge Raad besloot dat er sprake was van opvolgend werkgeverschap: *'indien enerzijds de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst, en anderzijds tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever'*. De Hoge Raad heeft hierbij een dubbel criterium ontwikkeld:

<sup>121</sup> Van der Pijl, ArbeidsRecht maandblad 2013/38.

<sup>122</sup> HR 24 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9537, NJ 1987/293.

- De werknemer moet dezelfde werkzaamheden verrichten bij beide werkgevers (oude werkgever en nieuwe werkgever)
- Er moet een zodanige band zijn tussen de twee werkgevers dat de kennis over de werknemer aan beide werkgevers kan worden toegerekend

Bij de wetswijziging van 1998 is het huidige art. 7:668a lid 2 BW is opgenomen. Op grond van het Slijkoord/Hekkema arrest is besloten dat er voor een werknemer na doorstart geen proeftijd meer mag worden ingesteld wanneer er sprake is van opvolgend werkgeverschap.

### **§ 5.1.2 De ketenregel en Ragetlie-regel**

De ketenregel uit art. 7:668a BW en de Ragetlie-regel uit art. 7:667 lid 4 en 5 BW zien toe op de wijze van beëindiging en de duur van de arbeidsovereenkomst (voor onbepaalde of bepaalde tijd).<sup>123</sup> Beide artikelen kunnen van belang zijn bij doorstart na faillissement. Als er sprake is van opvolgend werkgeverschap kan de toepassing van de ketenregel en de Ragetlie-regel een beperking van de keuze vrijheid opleveren voor de doorstarter. Dit blijkt uit de jurisprudentie die in deze paragraaf wordt besproken.

Met betrekking tot opvolgend werkgeverschap na faillissement heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan in het arrest Isik/Boekenvoordeel.<sup>124</sup> In dit arrest ging het om een werknemster, Isik, met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bij Octagon. Deze werkgever ging failliet waarna Boekenvoordeel een aantal filialen overnam, waaronder het filiaal waar Isik werkzaam was. De arbeidsovereenkomst van Isik bij Octagon was door opzegging door de curator geëindigd. Isik werd vervolgens door Boekenvoordeel aangenomen met een contract voor bepaalde tijd. Deze overeenkomst werd vervolgens nogmaals verlengd voor bepaalde tijd. Het ging bij de Hoge Raad om de vraag of de twee overeenkomsten voor bepaalde tijd bij Octagon meetelden voor de ketenregeling om te kunnen vaststellen of de laatste overeenkomst bij Boekenvoordeel van rechtswege eindigde. De Hoge Raad stelde daarbij vast dat de ketenregeling uit art. 7:668a BW niet uitsluitend ziet op voorkoming van misbruiksituaties, maar ruimer moet worden opgevat. Daarnaast werd het verweer van Boekenvoordeel dat art. 7:668a BW op grond van de bepaling uit 7:666 BW niet van toepassing is tijdens faillissement door de Hoge Raad ter zijde geschoven. De Hoge Raad was van mening dat de wetgever dit expliciet in de wet had moeten opnemen wanneer art. 7:668a BW buiten toepassing van faillissement had willen laten. Met betrekking tot de werkzaamheden van Isik werd vastgesteld dat zij dezelfde werkzaamheden was blijven verrichten bij Boekenvoordeel. Op grond hiervan moesten Octagon en Boekenvoordeel ten aanzien van de verrichte arbeid worden geacht elkaars opvolger te zijn volgens de Hoge Raad. De Hoge Raad heeft opvolgend werkgeverschap toegepast en kwam tot de conclusie dat faillissement de keten van arbeidsovereenkomsten niet doorbreekt. Dit betekende voor Isik dat haar arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bij Boekenvoordeel niet van rechtswege eindigde. De Hoge Raad heeft bij de toepassing van opvolgend werkgeverschap in deze zaak echter niet gekeken naar het tweede criterium van het dubbele criterium uit Slijkoord/Hekkema: het zodanige bandencriterium. De vereisten voor toepassing van dit tweede criterium bleef na dit arrest nog onduidelijk.

In het arrest Isik/Boekenvoordeel ging het om een overeenkomst voor bepaalde tijd. Het Hof 's-Gravenhage<sup>125</sup> heeft vervolgens uitspraak gedaan in een zaak omtrent een overeenkomst voor onbepaalde tijd bij de failliete werkgever. Hierbij kwam de Ragetlie-

<sup>123</sup> Kamerstukken II, 1998-1999, 25257, nr. 7, p. 5 en p. 8 en kamerstukken II 1998-1999, 26257, nr.2, p , p 11 en p 17.

<sup>124</sup> HR 14 juli 2006, JAR 2006/190.

<sup>125</sup> Hof 's-Gravenhage 3 maart 2009, JAR 2009/108 (*VéGé Motoren/X*).

regel aan de orde uit art. 7:667 lid 4 en 5 BW. Deze regel bepaalt, kort samengevat, dat een overeenkomst voor bepaalde tijd met opzegging moet worden beëindigd wanneer voorafgaande aan deze overeenkomst voor bepaalde tijd een overeenkomst voor onbepaalde tijd anders is geëindigd dat door rechtsgeldige opzegging of ontbinding door de rechter. In het geval van faillissement eindigt de arbeidsovereenkomst door de rechtsgeldige opzegging van de curator. Het Hof oordeelde in deze zaak dat de Ragetlie-regel buiten toepassing blijft omdat de arbeidsovereenkomst die wordt aangegaan direct na faillissement al converteert in een overeenkomst voor onbepaalde tijd op grond van de ketenregel uit art. 7:668a BW. Dit geldt alleen wanneer er sprake is van opvolgend werkgeverschap. De Hoge Raad heeft zich hier nog niet over uitgesproken.

### **§ 5.1.3 Dubbele criterium voor opvolgend werkgeverschap**

Na het arrest Slijkoord/Hekkema heeft de Hoge Raad zich recent nogmaals uitgesproken over het dubbele criterium voor opvolgend werkgeverschap in het arrest Van Tuinen/Taxicentrale Wolters.

In het arrest Van Tuinen/Taxicentrale Wolters<sup>126</sup> ging het om een werkneemster, Van Tuinen, die als chauffeur werkzaam was bij Connexxion op basis van een aantal overeenkomsten voor bepaalde tijd. Haar laatste contract liep af op het moment dat de concessie met Connexxion eindigde. Door middel van een aanbestedingsprocedure werd de concessie uitgevoerd door Taxicentrale Wolters. Van Tuinen mocht, (mede) door de verplichting uit de cao-vervoer om een deel van het personeel mee over te nemen, solliciteren en werd aangenomen. Vervolgens werkte Van Tuinen gedurende twee overeenkomsten voor bepaalde tijd voor Taxicentrale Wolters, waarna haar overeenkomst niet werd verlengd. De Hoge Raad moest oordelen of er sprake was van opvolgend werkgeverschap waardoor de laatste overeenkomst niet van rechtswege zou eindigen maar geacht werd een overeenkomst voor onbepaalde tijd te zijn. In tegenstelling tot het arrest Isik/Boekenvoordeel heeft de Hoge Raad in dit arrest wel het dubbele criterium toegepast. Beide werkgevers hadden geen banden met elkaar en onder andere om deze reden werd door de Hoge Raad geoordeeld dat er geen sprake was van opvolgend werkgeverschap.

In de literatuur is er discussie over het feit of dit arrest van de Hoge Raad ertoe leidt dat het dubbele criterium ook bij doorstart moet worden gehanteerd.<sup>127</sup> Ook in de jurisprudentie van rechtbanken is nog geen eenduidig oordeel omtrent de toepassing van het dubbele criterium.<sup>128</sup> Van der Pijl geeft een aantal indicatoren voor de invulling van het zodanige bandencriterium:

- eventuele betrokkenheid van bestuurder of aandeelhouder van de failliete werkgever bij de doorstarter
- de verschillende werkgevers zijn geen voormalige concurrenten (dit was het geval bij Slijkoord/Hekkema)
- de doorstart is voorbereid
- de leidinggevende van de werknemer bij de failliete werkgever gaat mee over naar de nieuwe werkgever
- personeelsfunctionarissen gaan mee over naar de nieuwe werkgever
- vertegenwoordigers van de oude werkgever zijn betrokken bij het sollicitatieproces c.q. selectie van de werknemers door de doorstarter<sup>129</sup>

Of deze indicatoren inderdaad leiden tot de toepassing van opvolgend werkgeverschap

---

<sup>126</sup> HR 11 mei 2012, LJN:BV9603 JAR 2012/150 (*Van Tuinen/Taxicentrale Wolters*)

<sup>127</sup> Van der Pijl, *ArbeidsRecht* maandblad 2013/38.

<sup>128</sup> Van der Pijl, *ArbeidsRecht* maandblad 2013/38. Het gaat om Rb. Amsterdam 28 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ3529; Rb. Apeldoorn 24 oktober 2012, LJN DY3283; Rb. Amsterdam 13 mei 2013, JAR 2013/147; Rb. Limburg 21 november 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:9106 in al deze uitspraken wordt het dubbele criterium anders toegepast.

<sup>129</sup> Van der Pijl, *ArbeidsRecht* maandblad 2013/38.

en of aan alle of slechts enkele moet worden voldaan zal moeten blijken uit toekomstige jurisprudentie.

De doorstarter mag zoals vermeld kiezen welke werknemers hij mee over neemt naar de doorstartende onderneming en met welke arbeidsovereenkomst en arbeidsvoorwaarden dit wordt gedaan. Uit bovenstaande jurisprudentie blijkt dat werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bij de doorstarter op grond van de ketenregel mogelijk een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hebben wanneer er sprake is van opvolgend werkgeverschap. Wellicht is daarnaast de Ragetlie-regel tijdens faillissement niet van toepassing als de rechtspraak het oordeel uit het voorgaande arrest blijft volgen. Zowel de toepassing van de ketenregel als het buiten toepassing laten van de Ragetlie-regel beperken de keuzevrijheid van de doorstarter ten aanzien van de duur van de arbeidsovereenkomsten die hij aanbiedt.

## **§ 5.2 Meetellen van dienstjaren**

De dienstjaren die de werknemer bij de failliete werkgever heeft opgebouwd kunnen van belang zijn bij doorstart wanneer de werknemer later bij een reorganisatie niet mag blijven of bij het vaststellen van een afvloeiingsvergoeding. Men kan dan denken aan een vergoeding bij ontbinding of bij kennelijk onredelijk ontslag. Ook bij het meetellen van de dienstjaren wordt door de rechters getoetst of er sprake is van opvolgend werkgeverschap. In deze paragraaf wordt het standpunt van het UWV besproken en de dienstjaren bij de failliete werkgever met betrekking tot de anciënniteitsbepaling en afvloeiingsvergoedingen wordt toegelicht aan de hand van jurisprudentie.

### **§ 5.2.1 Het UWV en dienstjaren na doorstart**

Dan nog eerst een zijstap naar het UWV. Het UWV hanteert vooralsnog de beleidsregels<sup>130</sup> waarin is opgenomen dat het UWV het niet redelijk acht om de opgebouwde dienstjaren bij de failliete werkgever mee te tellen als de werknemer na doorstart bij de doorstarter in dienst komt. Het UWV is van mening dat de onredelijkheid ligt in de anciënniteitsrechten. Wanneer deze worden meegenomen vanuit de failliete werkgever kan dat doorstarters ervan weerhouden bepaalde werknemers in dienst te nemen. Het UWV gaat uit van de toepassing van art. 7:666 BW waardoor opgebouwde dienstjaren na het faillissement niet worden meegerekend.

### **§ 5.2.2 Anciënniteitsvaststelling**

Anciënniteit wil zeggen de duur van het dienstverband, het aantal dienstjaren dat bij een werkgever is doorgebracht. De bepaling van het aantal dienstjaren heeft invloed op de ontslagvolgorde bij het UWV of de bepaling van factor A bij de kantonrechtersformule.<sup>131</sup> Er bestaat niet veel jurisprudentie op dit gebied. Schaïnk<sup>132</sup> licht twee uitspraken toe die betrekking hebben op het meetellen van de dienstjaren vóór faillissement voor het bepalen van de anciënniteit. In de ene uitspraak van de kantonrechter in Lelystad<sup>133</sup> werd geoordeeld dat er rekening gehouden moest worden met de dienstjaren bij de failliete werkgever omdat de doorstarter de werkzaamheden met het merendeel van het personeel op dezelfde manier had voortgezet op hetzelfde adres. Het Hof van 's-Hertogenbosch<sup>134</sup> oordeelde anders. Hier ging het om een werknemer die na doorstart wegens een reorganisatie niet meer mocht blijven. Op grond van het

---

<sup>130</sup> Beleidsregels ontslagtaak UWV (versie september 2012), hfst. 13 par 8, doorstart tijdens faillissement

<sup>131</sup> De formule die kantonrechters in de rechtspraak gebruiken als vuistregel voor het vaststellen van een vergoeding voor werknemers. Deze formule combineert het aantal dienstjaren met het vaste maandsalaris en een correctiefactor.

<sup>132</sup> Schaïnk 2012, p. 177.

<sup>133</sup> Rb. Lelystad 18 juni 2003, JAR 2003/174.

<sup>134</sup> Hof 's-Hertogenbosch 21 maart 2006, JAR 2006/241.

afspiegelingsbeginsel<sup>135</sup> moest werknemer vertrekken, maar zijn dienstjaren bij de failliete werkgever werden hierbij niet meegerekend. Bij een collega werd dit echter wel gedaan waardoor werknemer aan het kortste eind trok. Tijdens een procedure wegens kennelijk onredelijk ontslag beriep werknemer zich alsnog op zijn dienstjaren bij de failliet. Het Hof sloot zich aan bij het oordeel van de rechtbank dat art. 7:666 BW van toepassing was waardoor art. 7:662 BW niet kon worden ingeroepen wat betreft de dienstjaren bij de failliet. Werknemer voerde tevens aan dat art. 7:666 BW alleen verwijst naar art. 7:670 lid 8 BW. Het Hof merkte op dat de verwijzing uit art. 7:666 BW naar art. 7:670 lid 8 BW niet is bedoeld door de wetgever om overgang van andere rechten wel mogelijk te maken. Dit oordeel door het hof werd voor de werknemer verzacht door middel van de ontslagvergoeding.

### § 5.2.3 Afvloeiingsvergoedingen

De dienstjaren bij de failliete werkgever kunnen tevens van toepassing zijn bij het bepalen van een afvloeiingsvergoeding voor de werknemer. Het gaat dan om het aantal dienstjaren wat wordt meegenomen in de kantonrechtersformule. De rechter is niet verplicht deze formule te volgen maar het is wel de standaard in de praktijk. Een argument om de dienstjaren bij de failliete werkgever wel mee te tellen is de redelijkheid en billijkheid uit art. 3:12 BW. De kantonrechtersformule moet namelijk worden gezien als een vorm van rechtszekerheid. Een argument tegen het meetellen van de dienstjaren is het feit dat de bepalingen met betrekking tot overgang van onderneming niet van toepassing zijn tijdens faillissement. Het meetellen van de dienstjaren bij de failliete werkgever gaat dan voorbij aan het onderscheid tussen de periode vóór en na het faillissement. Een afvloeiingsvergoeding kan door de rechter worden toegekend bij de ontbindingsprocedure uit art. 7:685 BW en de procedure van kennelijk onredelijk ontslag uit art. 7:681 BW.

In de jurisprudentie is nog geen eenduidig beeld met betrekking tot het mee tellen van de dienstjaren bij de failliete werkgever voor de kantonrechtersformule bij de ontbindingsprocedure. Sommige rechters kiezen ervoor om de dienstjaren mee te tellen<sup>136</sup> en anderen nemen de dienstjaren niet mee<sup>137</sup>. Over het algemeen wordt in de praktijk, wanneer de dienstjaren niet worden meegenomen, de werknemer door de rechter in een ander onderdeel van de vergoeding via de kantonrechtersformule tegemoet gekomen. Bijvoorbeeld door het aanpassen van de correctiefactor.

Met betrekking tot de procedure wegens kennelijk onredelijk ontslag uit art. 7:681 BW werd door kantonrechters de kantonrechtersformule uit de ontbindingsprocedure (al dan niet aangepast) toegepast.<sup>138</sup> De Hoge Raad heeft daar een einde aan gemaakt:<sup>139</sup> *‘een vergoeding tijdens een kennelijk onredelijk ontslagprocedure is een vergoeding wegens geleden schade en heeft daarmee een ander karakter dan de vergoeding naar billijkheid ex art. 7:685 lid 8 BW. Bij vergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag mogen kantonrechtersformule en generieke korting daarop daarom niet worden toegepast.’* Het Hof ‘s-Hertogenbosch<sup>140</sup> oordeelde in het eerder in deze paragraaf besproken arrest omtrent de anciënniteitstoepassing bij reorganisatie, dat de dienstjaren bij de failliet weliswaar niet mee werden genomen voor de anciënniteit maar wel van betekenis zijn

<sup>135</sup> Een uitwerking van het anciënniteitsbeginsel, wordt toegepast om de ontslagvolgorde bij het UWV te bepalen. Werknemers worden dan per leeftijdscategorie ingedeeld waarna per categorie wordt gekeken naar de hoeveelheid dienstjaren.

<sup>136</sup> Rb. Utrecht 15 januari 1997, JAR 1997/45.

<sup>137</sup> Rb. Gouda 16 juni 2000, JAR 2000/198; Rb. Alphen aan de Rijn, 1 juli 2003, JAR 2003/183; Rb. Haarlem 15 juli 2010, JAR 2010/305.

<sup>138</sup> Rb. Lelystad 7 april 2004, JAR 2004/107.

<sup>139</sup> HR 27 november 2009, JAR 2009/305.

<sup>140</sup> Hof ‘s-Hertogenbosch 21 maart 2006, JAR 2006/241.

voor de beoordeling van het kennelijk onredelijk ontslag. Specifiek bij de vereisten uit art. 7:681 lid 2 sub b BW. Het niet meetellen van de dienstjaren bij de failliet heeft voor de werknemer grote gevolgen. Het werknemersbelang is daarbij groter dan het werkgeversbelang. Voor de toetsing van dit artikel moeten alle omstandigheden vóór en tijdens het tijdstip van ingang van ontslag worden meegenomen, dus ook de dienstjaren opgebouwd bij de failliet. Ook hier wordt het begrip opvolgend werkgeverschap toegepast, de werknemer moet in de onderneming dezelfde werkzaamheden hebben verricht. In de genoemde uitspraak ging het om collega's die beide al bij de failliet dienstjaren hadden opgebouwd en vervolgens tevens beide na doorstart in dienst waren getreden bij de doorstarter. Voor beide moest de afvloeiingsvolgorde worden bepaald. Zoals vermeld in paragraaf 5.1.2 werden de dienstjaren bij de collega wel meegeteld en bij de werknemer als eiser niet. Dit leverde volgens het Hof een kennelijk onredelijk ontslag op: het zonder geldige reden buiten beschouwing laten van de dienstjaren opgebouwd bij de failliet is in beginsel kennelijk onredelijk bij het bepalen van de afvloeiingsvolgorde.<sup>141</sup> In een andere uitspraak<sup>142</sup> oordeelde het Hof Leeuwarden tevens dat het opvolgend werkgeverschap een grotere zorgplicht voor de werkgever meebrengt in verband met de dienstjaren bij de failliet bij een kennelijk onredelijk ontslag procedure na doorstart.

Uit jurisprudentie blijkt dat bij de bepaling van anciënniteit, de ontbindingsprocedure en de procedure wegens kennelijk onredelijk ontslag, de dienstjaren opgebouwd bij de failliet door rechters worden meegenomen in de motivering omtrent de ontslagvergoeding. De dienstjaren worden meegenomen in het billijkheidsoordeel wanneer er sprake is van opvolgend werkgeverschap. Zo komt de rechter de werknemer in de praktijk tegemoet.

### **§ 5.3 Misbruik van faillissementsrecht**

In deze paragraaf wordt misbruik van faillissement besproken en de mogelijkheden die daaruit voortvloeien voor werknemers. Misbruik van faillissement kan zowel bij faillissement als bij doorstart na faillissement plaatsvinden. De keuze om misbruik van faillissement in het hoofdstuk 'werknemers en doorstart' te bespreken is gemaakt, omdat in dit onderdeel van de scriptie zowel faillissement als doorstart al uitgebreid zijn besproken. Het misbruik van faillissement is in beginsel een algemeen begrip maar heeft in de loop der jaren steeds meer betrekking gekregen op de arbeidsrechtelijke zijde van het faillissement, mede door toevoeging van art. 13a Fw.

#### **§ 5.3.1 Wettelijke grondslag**

Het aanvragen van faillissement door een werkgever kan misbruik van bevoegdheid opleveren wanneer dit wordt gedaan met het oogmerk om afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming van zijn werknemers, met name wanneer het een eigen aangifte betreft.<sup>143</sup> Het genoemde oogmerk om afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming van werknemers, kan tijdens faillissement aantrekkelijk zijn voor werkgevers vanwege de afwezigheid van de regels omtrent overgang van onderneming. Misbruik van faillissement is af te leiden uit art. 3:13 BW en art. 13a Fw. Misbruik van bevoegdheid is een bevoegdheid die wordt uitgeoefend voor een ander doel dan waarvoor de bevoegdheid is verleend.<sup>144</sup> Art. 13a Fw is tot stand gekomen naar aanleiding van de in paragraaf 4.5.1 van hoofdstuk 4 besproken Richtlijn 2001/23/EG, meer specifiek art. 4 lid 4. In dit artikel is bepaald dat lidstaten de nodige maatregelen moeten treffen die voorkomen dat er binnen de insolventiepraktijk wordt beoogd werknemers hun rechten te ontnemen. Art. 13a Fw is daarmee een uitzondering op de hoofdregel in art. 13 Fw dat bepaalt dat door de curator verrichte handelingen tijdens faillissement geldig en verbindend blijven, wanneer de faillietverklaring na verzet, hoger beroep of cassatie

---

<sup>141</sup> Schaink 2012, p. 180.

<sup>142</sup> Hof Leeuwarden 2 november 2010, LTN BO3736, BO3737, BO4524

<sup>143</sup> HR 7 oktober 1983, NJ 1984/74; HR 29 juni 2001, JOR 2001/169.

<sup>144</sup> Art. 3:13 lid 2 BW

wordt vernietigd. Dit geldt niet voor de opzegging van de arbeidsovereenkomsten van werknemers.

### **§ 5.3.2 Criteria voor misbruik**

In deze paragraaf wordt uitgegaan van een eigen aangifte van faillissement. Wanneer de aangifte namelijk door schuldeisers wordt ingediend is misbruik van faillissement niet voor de hand liggend. De eerste stap door de rechter is te bepalen of de onderneming daadwerkelijk in de toestand verkeert dat zij heeft opgehouden te betalen, zoals toegelicht in paragraaf 2.1 van hoofdstuk 2. Wanneer daarvan geen sprake is gaat de rechter de zaak verder niet meer inhoudelijk bekijken. De onderneming had dan namelijk niet de bevoegdheid om eigen aangifte tot faillissement te doen. Is er echter wel sprake van een toestand waarin is opgehouden te betalen dan toetst de rechter of er wellicht sprake is van misbruik van faillissement. Aangezien er zelden een situatie speelt waarbij de onderneming het faillissement aanvraagt met als hoofddoel om van werknemers af te kunnen komen is, hangt deze beoordeling samen met de feiten en omstandigheden van het concrete geval. Een onderneming die misbruik van faillissement maakt en arbeidsovereenkomsten met werknemers gemakkelijk wil opzeggen verkeert vaak daarnaast ook in financiële problemen.

Uit de literatuur blijkt dat er niet per definitie sprake is van misbruik van faillissement wanneer een onderneming als (neven)doel heeft zijn personeel in te krimpen. In de noot van het Ammerlaanarrest<sup>145</sup> geeft Kortmann aan dat een aanvraag met als nevendoeel de arbeidsrechtelijke bescherming te ontwijken in principe niet direct leidt tot misbruik. Langemeijer geeft aan dat een doorstart die was voorbereid vóór faillissement niet direct leidt tot misbruik van de faillissementsaanvraag.<sup>146</sup> Een onderzoek van het Hugo Sinzheimer Instituut (HSI) heeft op basis van de literatuur en jurisprudentie de volgende aanknopingspunten opgesteld om te kunnen beoordelen of er sprake is van misbruik van faillissement:

- Voor faillissement is geprobeerd personeel te ontslaan door middel van opzegging, ontbinding of collectief ontslag
- De bedrijfsactiviteiten van de onderneming worden voortgezet in een andere rechtspersoon of personenvennootschap door de bestuurders of verwante rechtspersonen
- De merknaam van de onderneming wordt overgenomen
- De onderneming wordt voortgezet zonder of met minder personeel
- Het plan tot doorstart bestond al voor het faillissement<sup>147</sup>

Deze aanknopingspunten geven situaties weer waarbij sprake kan zijn van misbruik van faillissement. Daarbij worden door het onderzoek de volgende indicatoren voor misbruik van faillissement opgesomd:

1. De onderneming heeft zelf haar faillissement aangevraagd. Dit is gebeurd na overleg of op aandringen van de kredietverstrekker, waarbij de curator melding maakt van een overschot aan personeel als een van de oorzaken voor faillissement. Voormalige bestuurders hebben zich bij de curator gemeld als kandidaten voor een mogelijke overname van (een deel van) de boedel. Daarnaast maakt de curator melding van een voornemen om een doorstart in werking te zetten.

2. Er is overleg gevoerd over de voortzetting van de onderneming, ofwel er zijn afspraken gemaakt tussen de kredietverschaffers en bestuurders van de failliete onderneming, waarbij de curator meldt dat deze afspraken ertoe strekken zijn mogelijkheden als bewindvoerder te beperken.

---

<sup>145</sup> Hof Den Haag 10 januari 1996, JOR 1996, 16 (*Ammerlaan*).

<sup>146</sup> Schaink & Smolders, *ArbeidsRecht* maandblad 2005/3.

<sup>147</sup> Hugo Sinzheimer Instituut 2005, p. 21.

3. De activiteiten van (een deel van) de onderneming zijn voortgezet door een verwante rechtspersoon, via verkoop aan een of meerder bestuurders van de failliete onderneming, met overname van handelsnaam en de failliete onderneming is van naam veranderd niet lang voor het faillissement.

4. Kort voor het faillissement is zonder succes geprobeerd een ontslagvergunning of ontbindingsbeschikking te verkrijgen voor een deel van het personeel.<sup>148</sup>

Deze indicatoren zijn tijdens het onderzoek opgesteld op grond van de literatuur en jurisprudentie die destijds bekend was. De indicatoren worden sindsdien gebruikt in de literatuur<sup>149</sup> maar worden in de jurisprudentie lang niet altijd gezien als grond om misbruik aan te nemen.<sup>150</sup>

Dan nog een opmerking terzijde. In het Ammerlaanarrest werd het ontwijken van de arbeidsrechtelijke bescherming door de werkgever als hoofddoel voor faillissement gebruikt. In een ander arrest van de Hoge Raad is het een nevendoel gebleken. Het betreft het arrest *De Boek/Van Gorp*.<sup>151</sup> Het ontwijken van de arbeidsrechtelijke bescherming was in dit arrest een nevendoel omdat de onderneming daadwerkelijk financieel in de problemen zat en op grond daarvan faillissement had mogen aanvragen. Het ontwijken van arbeidsrechtelijke bescherming kan dus als hoofd- en nevendoel voorkomen in geval van misbruik van faillissement. Dit wordt in de literatuur de beperkte en ruime leer van art. 3:13 BW genoemd.

### § 5.3.3 Mogelijkheden voor werknemer

Wanneer misbruik van faillissement door de werknemer wordt vermoed zijn er een viertal mogelijkheden voor de werknemer om misbruik van faillissement tegen te gaan:

- verzet instellen tegen de faillietverklaring van de werkgever
- actie uit onrechtmatige daad tegen bestuurder
- indienen van schadevergoedingsvordering in faillissement
- instelling van vordering wegens kennelijk onredelijk ontslag tegen de curator

De eerste mogelijkheid voor de werknemer om tot de vernietiging van faillissement te komen is het instellen van verzet binnen acht dagen na de faillietverklaring.<sup>152</sup> De werknemer wordt dan aangemerkt als belanghebbende. Deze term geldt ook voor vakbonden en de OR.<sup>153</sup> Verzet aantekenen gaat via verzoekschrift en de termijn van acht dagen wordt in de praktijk strikt gehanteerd. Na indiening van het verzoekschrift wordt een datum geprikt voor de mondelinge behandeling. De werknemer als verzoeker dient binnen vier dagen na indiening van zijn verzoekschrift de werkgever te hebben ingelicht, via deurwaardersexploot.<sup>154</sup> Schaink geeft dus ook terecht aan dat er 'grote voortvarendheid' is vereist om een niet-ontvankelijk verklaring te voorkomen.<sup>155</sup> Op grond van de wet vindt de behandeling plaats in de raadkamer. In de praktijk wordt echter vaak gekozen voor een openbare behandeling. Wanneer gemotiveerd verzet tegen openbare behandeling wordt

<sup>148</sup> Hugo Sinzheimer Instituut 2005, p. 21.

<sup>149</sup> Biesheuvel 2010, [www.vanboekel.com](http://www.vanboekel.com).

<sup>150</sup> Twee voorbeelden waarin aanwezigheid van (een aantal van) de indicatoren misbruik van faillissement niet aannemelijk werd geacht: Rb. 's-Hertogenbosch 22 november 2005, JOW 2005/109 (*LUM*), m.nt. Loesberg en Hof 's-Gravenhage 26 november 2002, JOR 2003/47 (*M+ Inputservices*), m.nt. Loesberg.

<sup>151</sup> HR 28 mei 2004, JOR 2006, 216 (*De Boek/Van Gorp*).

<sup>152</sup> Art. 10 Fw

<sup>153</sup> Schaink 2012, p. 139.

<sup>154</sup> Is het faillissement door een schuldeiser aangevraagd dan dient deze op dezelfde manier op de hoogte te worden gesteld.

<sup>155</sup> Schaink 2012, p. 139.

ingediend wordt hiervan afgeweken. Uitspraak vindt binnen enkele weken plaats.<sup>156</sup> Ook hier komt de snelle procedure van faillissement weer terug. Dit heeft voordelen en nadelen: de werknemer heeft relatief snel een antwoord op de vraag of er sprake is van misbruik van faillissement maar er is anderzijds maar korte mogelijkheid tot het aanvoeren van bewijs.<sup>157</sup>

Een andere mogelijkheid is de actie uit onrechtmatige daad. Deze vindt plaats na vernietiging van faillissement op grond van misbruik van faillissement. Een goed voorbeeld van deze mogelijkheid is het Ammerlaanarrest.<sup>158</sup> In deze zaak was door de werkgever een ontbindingsverzoek bij de kantonrechter ingediend. De zitting werd aangehouden omdat de kantonrechter inzicht wou hebben in de financiële situatie van werkgever. Werkgever heeft vervolgens drie dagen na het indienen van het ontbindingsverzoek een faillissementsaanvraag ingediend. Het faillissement werd uitgesproken en de werknemers gingen daartegen in verzet. De kantonrechter honoreerde dit verzet niet omdat de werkgever daadwerkelijk in een toestand verkeerde waarin hij was opgehouden te betalen. In hoger beroep bij het hof hebben de werknemers op grond van de onrechtmatige daad gesteld dat de werkgever het faillissement had aangevraagd omdat de kantonrechter niet bereid was de werknemers met een geringe vergoeding te laten gaan. Het hof oordeelde dat deze stelling niet voldoende kon worden weerlegd en dat de aangifte van het faillissement daarmee het oogmerk had de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers weg te nemen. Dus misbruik van faillissement en het faillissement werd vernietigd.<sup>159</sup>

De derde mogelijkheid is de vordering in faillissement. Deze richt zich op de schadevergoedingsactie van een werknemer, wegens misbruik van faillissement door de werkgever. De werknemer kan een vordering indienen ter verificatie bij de curator. Deze vordering is dan echter een concurrente vordering en de werknemer zal in de rij van concurrente schuldeisers moeten aansluiten. De laatste mogelijkheid is de vordering wegens kennelijk onredelijk ontslag tegen de curator. Hiervan is slechts één voorbeeld in de jurisprudentie.<sup>160</sup>

#### **§ 5.3.4 Gevolgen van misbruik**

Een vernietiging van faillissement op grond van misbruik van faillissement leidt ertoe dat het faillissement rechts nooit is uitgesproken.<sup>161</sup> Dit leidt ertoe dat de werkgever zijn beheer en beschikkingsbevoegdheid over de boedel weer terug krijgt van de curator. Op grond van art. 13 Fw blijven de rechtshandelingen die door de curator tijdens faillissement zijn verricht echter wel van stand. Dit geldt niet voor de opzegging van arbeidsovereenkomsten op grond van art. 13a Fw. Voor de opzegging geldt dan dat met terugwerkende kracht de wettelijke bepalingen voor opzegging van arbeidsovereenkomsten buiten faillissement weer van toepassing zijn. De opzegging is dus met terugwerkende kracht vernietigbaar omdat er geen ontslagvergunning van het UWV is aangevraagd. Bij overgang van onderneming betekent dit dat art. 7:666 BW wordt uitgeschakeld en art. 7:662 en verder alsnog van toepassing zijn.<sup>162</sup> De werknemer kan zich beroepen op onregelmatig ontslag en een gefixeerde schadevergoeding eisen of herstel van de arbeidsovereenkomst en doorbetaling van loon vorderen. In geval van doorstart kan dit voor de werknemer betekenen dat hij wel degelijk in dienst is van de

---

<sup>156</sup> Schaink 2012, p. 139.

<sup>157</sup> Schaink 2012, p. 140.

<sup>158</sup> Hof Den Haag 10 januari 1996, JOR 1996, 16 (*Ammerlaan*)

<sup>159</sup> Schaink 2012, p. 144 en 145 en Hof Den Haag 10 januari 1996, JOR 1996, 16 (*Ammerlaan*)

<sup>160</sup> Voorbeelden zijn onder andere: Rb. Utrecht 31 december 2008, JAR 2009/35 (*Kalmire*); voorbeeld van kennelijk onredelijk ontslag: Rb. 's-Gravenhage 6 april 2010, JOR 2010/173, m.nt. E. Loesberg (*Inge Been- en ondermode*) uit Schaink 2012, p. 167 t/m 169.

<sup>161</sup> Art. 3:53 BW

<sup>162</sup> Loonstra & Zondag, p. 1769.

doorstarter. De overgang van onderneming blijft namelijk in stand. Deze is door verkoop door de curator namelijk nog geldig na een vernietigd faillissement op grond van art. 13 Fw. Als laatste opmerking, voor de vernietiging van het faillissement doet het er niet toe of de werkgever in de toestand verkeert dat hij is opgehouden te betalen. De werkgever kan dus inderdaad failliet zijn maar op grond van misbruik van recht zijn faillissement vernietigd zien worden.<sup>163</sup>

Bij het aantekenen van verzet hebben werknemers kans dat het faillissement wordt vernietigd, waarop de arbeidsrechtelijke bepalingen gaan herleven alsof er geen faillissement heeft plaatsgevonden. Of dit voor de werknemer voordelig uitpakt is echter de vraag. De werkgever is failliet verklaard (geweest) en heeft dus financieel weinig bij te dragen. Dat geldt ook met betrekking tot het uitvoeren van de arbeidsovereenkomst; de bedrijfsactiviteiten liggen in de meeste gevallen stil.

Een actie uit onrechtmatige daad wordt jegens de failliete onderneming (vennootschap) ingediend of jegens de bestuurder of aandeelhouder. Bij de eerste mogelijkheid is de eventuele vordering een concurrente schuld, wat de kans op uitbetaling danig verkleint. Ook wanneer de onrechtmatige daad ná vernietiging van het faillissement wordt toegekend is er kleine kans op een uitbetaling: de onderneming is immers failliet verklaard (geweest) en verkeert dus in financiële problemen. In het Ammerlaanarrest en het Digicolorarrest (De Boek/Van Gorp) is de bestuurder persoonlijk aansprakelijk gesteld.<sup>164</sup>

Uit jurisprudentie<sup>165</sup> blijkt echter dat rechters niet snel oordelen dat er sprake is van misbruik van faillissement. Schaink en Van Biesheuvel bespreken 22 zaken waarvan er slechts 7 in het voordeel van de werknemer zijn beslist. Schaink wijt dit aan een gematigde uitspraak door de rechters wanneer de feiten en omstandigheden rondom het faillissement mee worden gewogen.<sup>166</sup> Zoals al eerder aangegeven is het ontwijken van de arbeidsrechtelijke bescherming zelden het hoofddoel om tot een faillissementsaanvraag over te gaan.

Een werknemer die zich na vernietiging van faillissement beroept op art. 13a Fw heeft recht op loondoorbetaling. De werkgever is echter daadwerkelijk failliet, hij kan geen verhaal meer bieden voor een dergelijke vordering. Het vernietigen van het faillissement op zichzelf levert de werknemer dus (hoogstwaarschijnlijk) niets op.

## § 5.4 Conclusie

Voor de toepassing van opvolgend werkgeverschap moet er sprake zijn van het dubbele criterium van de Hoge Raad. Wanneer er sprake is van opvolgend werkgeverschap is de Ragetlie-regel niet van toepassing bij doorstart. Daarnaast wordt de keten van arbeidsovereenkomsten uit de ketenregel niet doorbroken door faillissement. Voor de werknemer die na doorstart bij de doorstarter in dienst treedt wil dit zeggen dat arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet van rechtswege eindigt en converteert in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Binnen de jurisprudentie en literatuur wordt opvolgend werkgeverschap na doorstart wisselend toegepast, sommige rechters passen het dubbele criterium wel toe en anderen niet. Voorlopig heeft de Hoge Raad zich nog niet uitgelaten over een eenduidige toepassing van opvolgend werkgeverschap na doorstart. Deze leer van opvolgend werkgeverschap komt tevens terug bij de bepaling van de anciënniteit en de afvloeiingsvergoedingen. Wanneer er sprake is van opvolgend werkgeverschap heeft dit invloed op de hoogte van de vergoeding. Over het algemeen worden de dienstjaren die zijn opgebouwd bij de failliete werkgever door de rechter meegenomen in zijn billijkheidsoordeel, zowel bij de kantonrechtersformule als bij het bepalen van een vergoeding voor kennelijk onredelijk ontslag.

---

<sup>163</sup> Schaink 2012, p. 142.

<sup>164</sup> Biesheuvel 2010, [www.vanboekel.com](http://www.vanboekel.com).

<sup>165</sup> Schaink 2012, p. 143 t/m 171 en Biesheuvel 2010, [www.vanboekel.com](http://www.vanboekel.com).

<sup>166</sup> Schaink 2012, p. 172.

Misbruik van faillissement kan bij zowel faillissement als bij doorstart voorkomen. Er kan sprake zijn van misbruik wanneer de werkgever het faillissement aanvraagt om de arbeidsrechtelijke bescherming voor werknemers te ontwijken. Dit kan zowel het hoofddoel of een nevendoeel zijn van de faillissementsaanvraag. Binnen de jurisprudentie en in de literatuur is een aantal aanknopingspunten voor misbruik van faillissement opgesteld. Deze worden in de praktijk wisselend toegepast door rechters. De werknemer die misbruik van faillissement vermoedt kan daartegen op vier manieren optreden. Wanneer er inderdaad sprake is van misbruik van faillissement kan dit leiden tot vernietiging van het faillissement. Voor de positie van de werknemer verandert de juridische situatie wel maar in de praktijk is de werkgever vaak inderdaad failliet en heeft de werknemer weinig kans op uitbetaling van loon of een vergoeding.

## Hoofdstuk 6 Pre-pack

In dit hoofdstuk wordt de definitie en toepassing van pre-pack in Nederland besproken. Daarbij wordt tevens gekeken naar de mening van deskundigen op het gebied van zowel Insolventierecht als Arbeidsrecht. Er wordt gekeken naar de praktijk en de zienswijze vanuit arbeidsrechtelijk standpunt en vanuit de insolventiepraktijk. In dit hoofdstuk wordt tevens gebruik gemaakt van een tweetal interviews, met de heer Linders curator in de faillissementspraktijk en de heer Peters vakbondsbestuurder van de sector handel in non food.

### § 6.1 Definitie van pre-pack

In paragraaf 4.5 van hoofdstuk 4 is het technisch faillissement al besproken. Dit is een term van de Hoge Raad die een faillissement beschrijft waarbij de overgang van onderneming al geheel is gepland voor de aanvraag van het faillissement. Pre-pack kent aanknopingspunten met het technisch faillissement. Pre-pack is namelijk gericht op de voortgang van de failliete onderneming, de doorstart, ook wel beschreven als een vooraf voorbereide activatransactie uit faillissement.<sup>167</sup> Binnen de literatuur worden verschillende definities van pre-pack gehanteerd, alle komen in meerdere of mindere mate overeen. Een eenduidige definitie voor pre-pack kent Nederland (nog) niet aangezien pre-pack op dit moment niet is opgenomen in de Nederlandse wet. Voor deze scriptie wordt de bovenstaande beschrijving van pre-pack als geplande activatransactie en de volgende definitie van Schaink gebruikt:

*‘de pre-pack kan worden beschouwd als een (concept) activaovereenkomst die voorafgaande aan het uitspreken van het faillissement is voorbereid in aanwezigheid van de beoogde curator van de schuldenaar (de stille bewindvoerder), en die direct of kort na datum faillissement door de alsdan benoemde curator wordt gesloten en uitgevoerd.’<sup>168</sup>*

Er is voor deze definitie gekozen omdat alle voor de arbeidsrechtelijke invulling van pre-pack benodigde begrippen zijn opgenomen. Pre-pack komt van de pre-packaged administration uit Groot-Brittannië. De aanleiding van de toepassing van pre-pack in Nederland is het artikel van de heer Tollenaar<sup>169</sup>, een vooraanstaande insolventieadvocaat. In dit artikel pleit Tollenaar voor de toepassing van pre-pack in Nederland.

Het probleem bij faillissement en daarna doorstart is het behouden van de waarde van de onderneming om een zo hoog mogelijk bedrag op te brengen na verkoop. Zodra een onderneming failliet is verklaard en een doorstart wil maken is de media en bedrijfswereld al bekend dat het bedrijf failliet is. Door middel van verslaggeving in de media en de faillietverklaring kan het vertrouwen in de onderneming afnemen. Tijdens faillissement wordt de onderneming geliquideerd waardoor leveranciers en klanten weggaan en werknemers vertrekken naar een nieuwe werkgever. Dit heeft grote gevolgen voor de marktwaarde van de onderneming. De kans op een doorstart wordt daarmee kleiner want de levensvatbare onderdelen van het bedrijf nemen af en zijn minder waard door een gebrek aan bijvoorbeeld werknemers, klanten en leveranciers. Daarnaast kan een faillissement invloed hebben op de verkoop van de onderneming doordat deze tussen alle bedrijven door moet worden geregeld, terwijl ondertussen steeds meer onderdelen van de onderneming in waarde afnemen. Een goed voorbeeld hiervan is het faillissement van

---

<sup>167</sup> Van der Pijl, ArbeidsRecht maandblad 2013/38.

<sup>168</sup> Schaink 2012, p. 127 Deze definitie wordt tevens toegepast door Jongepier & Hoogenboezem, FIP 2013/5.

<sup>169</sup> Faillissementsrechters van Nederland geeft ons de pre-pack! Van mr. drs. N.W.A. Tollenaar.

OAD.<sup>170</sup> Door middel van pre-pack en de aanstelling van een stille bewindvoerder, wordt de financiële situatie van de onderneming stil gehouden. De pre-packmethode zoals deze op dit moment al wordt toegepast wordt gekenmerkt door een gebrek aan transparantie. De buitenwereld weet niet dat er sprake is van pre-pack en dit moet leiden tot behoud van waarde van de onderneming en werkgelegenheid. Pre-pack wordt ingezet om al voor de faillietverklaring een doorstart te kunnen realiseren en deze vervolgens meteen in werking te stellen. Op deze manier wordt beoogd het verlies van waarde van de onderneming en banenverlies voor werknemers te voorkomen.<sup>171</sup>

## § 6.2 Wettelijke bepaling

Pre-pack is op dit moment nog niet opgenomen in de Nederlandse wetgeving. Hiertoe zijn echter wel al plannen gemaakt door middel van het Voorontwerp Insolventiewet door minister Ivo Opstelten.<sup>172</sup> Op basis van dit Voorontwerp zou een herziening volgen van het Faillissementsrecht. Vervolgens zijn er enkele jaren geen publieke vervolgstappen genomen met betrekking tot het Voorontwerp. In het kader van deze scriptie wordt het Voorontwerp Insolventiewet en het daaruit voortvloeiende wetsvoorstel besproken met betrekking tot pre-pack. In een brief van 26 november 2012 is het programma Herijking Faillissementsrecht weer opgepakt en werden drie pijlers benoemd:

- fraudebestrijding
- versterking van reorganiserend vermogen van bedrijven
- modernisering van de faillissementsprocedure

In oktober van 2013 heeft minister Opstelten een wetsvoorstel bekend gemaakt omtrent de pre-packmethode.<sup>173</sup> Dit wetsvoorstel is onderdeel van de tweede pijler uit het programma en is het eerste van drie wetsvoorstellen omtrent de versterking van het reorganiserend vermogen.<sup>174</sup> Het wetsvoorstel is niet bedoeld als een '*uitdrukkelijke wettelijke grondslag voor pre-pack*' maar om de afwikkeling van het faillissement in het algemeen sneller te laten verlopen.<sup>175</sup> Aan de hand van dit wetsvoorstel en de literatuur omtrent pre-pack wordt de pre-packmethode toegelicht.

## § 6.3 De pre-packmethode

Uit de bovenstaande definitie van Schaink blijkt al dat pre-pack een voorbereide activatransactie bevat die we al kennen uit paragraaf 4.2 van hoofdstuk 4. De ondernemer verkeert op dat moment in de financiële problemen en voorziet een mogelijk faillissement in de toekomst als er niet wordt ingegrepen. Bij pre-pack wordt de procedure van faillissement en daarop volgend doorstart in principe toegepast met een aantal aanpassingen. Ten eerste is de activatransactie door de onderneming al voorbereid. Er ligt een activaovereenkomst klaar waarin de financiële situatie van de onderneming wordt toegelicht, mogelijke doorstarters zijn genoemd met een verkoopprijs en een duidelijke motivering hiervoor is opgenomen. Vervolgens richt de ondernemer zich tot de rechtbank

---

<sup>170</sup> OAD is een bekende reisorganisatie en ging in september 2013 failliet. Gesprekken over de doorstart hebben relatief lang geduurd waarbij de media veel verslag deed van het faillissement. Uiteindelijk hebben drie onderdelen van OAD een doorstart kunnen maken waarbij van de 2000 banen 300 behouden bleven. [www.nrc.nl](http://www.nrc.nl).

<sup>171</sup> Memorie van toelichting Wetsvoorstel, p. 1 en 2.

<sup>172</sup> Dit voorontwerp is door de commissie Kortmann opgesteld en op 1 november 2007 aan de minister van Justitie gepresenteerd.

<sup>173</sup> Op 23 oktober 2013 het wetsvoorstel Wet Continuïteit ondernemingen I als onderdeel van het programma Herijking Faillissementsrecht

<sup>174</sup> Memorie van toelichting, p. 6 De twee andere wetsvoorstellen zullen gaan om: 1. Een regeling betreffende de totstandkoming van een dwangakkoord buiten faillissement 2. Verschillende maatregelen ten behoeve van de voortzetting van de onderneming in faillissement (waaronder een doorleveringsverplichting voor leveranciers)

<sup>175</sup> Memorie van toelichting wetsvoorstel, p. 8.

met het verzoek te bepalen wie als curator en rechter-commissaris zal optreden wanneer er faillissement zou worden uitgesproken. De curator wordt dan aangemerkt als stille bewindvoerder en kan beoordelen of de doorstart zoals deze is voorbereid door de ondernemer kan worden doorgezet.

Het verzoek tot aanwijzing van een curator die wordt beoogd voor het faillissement moet worden ingediend door de schuldenaar. Daarbij moet de schuldenaar aannemelijk maken dat met de aanwijzing enerzijds het belang van de gezamenlijk schuldeisers wordt gediend en anderzijds de belangen van maatschappelijke aard zoals de continuïteit van de onderneming en het behoud van de werkgelegenheid.<sup>176</sup> Dit moet blijken uit een kort summierlijk onderzoek. Daarmee volgt het wetsvoorstel het Sigmacon II arrest (zoals ook al is besproken in paragraaf 2.4 van hoofdstuk 2).

De rechtbank is bevoegd een termijn te stellen aan de aanwijzing van de beoogd curator. Deze termijn kan vervolgens door de rechter-commissaris<sup>177</sup> worden verlengd wanneer de ondernemer een verzoek daartoe doet. De termijn die op dit moment in de praktijk wordt toegepast is twee weken. Het verzoek tot aanwijzing wordt achter gesloten deuren behandeld, er wordt geen beschikking openbaar gemaakt en er is geen hoger beroep mogelijk. Dit sluit aan op de beperkte transparantie bij pre-pack.

Het misbruik van faillissement zoals besproken in paragraaf 5.3 van hoofdstuk 5 moet voor pre-pack door middel van het wetsvoorstel worden voorkomen doordat de geldende regel voor misbruik van faillissement van kracht blijft. Dat wil zeggen dat aangifte van faillissement misbruik van bevoegdheid kan opleveren. De rechtbank kan op dit punt bij het verzoek tot aanwijzing van de beoogd curator de ondernemer al ondervragen.<sup>178</sup>

#### **§ 6.3.1 De stille bewindvoerder**

De stille bewindvoerder is de curator die door de rechtbank als curator zou zijn benoemd bij een faillissement van de onderneming.<sup>179</sup> De rol van de stille bewindvoerder stond tot voor kort nog ter discussie binnen de literatuur.<sup>180</sup> Hierin is door het wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I (hierna wetsvoorstel) verandering gekomen. Op grond van art. 365 wetsvoorstel dient de beoogd curator (zoals de stille bewindvoerder in het wetsvoorstel wordt genoemd) de taak van de curator zoals deze in de huidige Faillissementswet is opgenomen als uitgangspunt te nemen. Dus ook de beoogd curator is primair belangenbehartiger van de gezamenlijke schuldeisers. De beoogd curator is per definitie geen adviseur van de onderneming en is niet verplicht om instructies van de ondernemer of een van zijn schuldeisers op te volgen. Het is de bedoeling van de wetgever dat de beoogd curator een onafhankelijke positie inneemt tijdens pre-pack, zoals die van de curator tijdens faillissement. De beoogd curator mag anderzijds niet zonder instemming van de ondernemer naar buiten treden of handelingen treffen. Er dient een 'harmonieuze omgang' te zijn tussen de beoogd curator en de ondernemer.<sup>181</sup> De beoogd curator is daarbij verplicht tot geheimhouding. Het is zijn taak om toezicht te houden en zich te laten informeren. Ontheffing van de taken van de beoogd curator vindt plaats door de rechtbank, of op voordracht van de beoogd rechter-commissaris of de ondernemer.<sup>182</sup> Hier kan door de beoogd curator voor worden gekozen wanneer de ondernemer zijn verklaringen stelselmatig niet aanneemt, om te voorkomen dat de

---

<sup>176</sup> Artikel 363 Wetsvoorstel

<sup>177</sup> De positie van de rechter-commissaris krijgt in het Wetsvoorstel ook de toevoeging in art. 367 naar beoogd rechter-commissaris.

<sup>178</sup> Memorie van toelichting Wetsvoorstel, p. 10.

<sup>179</sup> At. 14a Wetsvoorstel

<sup>180</sup> Jongepier & Hoogenboezem, FIP 2013/5.

<sup>181</sup> Memorie van toelichting Wetsvoorstel, p. 4.

<sup>182</sup> Art. 364 Wetsvoorstel

ondernemer de bewegingsvrijheid van de beoogd curator beperkt.<sup>183</sup> Het is aan de beoogd curator om een evenwicht te vinden tussen het stilhouden van pre-pack of dit (in meer of mindere mate) te doorbreken om kopers te bereiken.<sup>184</sup> Het verslag dat vervolgens door de beoogd curator wordt opgesteld wordt bij de griffie van de rechtbank ter inzage gelegd, maar pas wanneer de ondernemer in staat van faillissement is verklaard.

### **§ 6.3.2 De schuldenaar en rechter-commissaris**

De positie van de rechter-commissaris blijft vrijwel geheel hetzelfde tijdens pre-pack ten opzichte van de bepalingen voor faillissement. Er is een aanpassing gemaakt voor pre-pack waarin in art. 367 Wetsvoorstel de rechter-commissaris als beoogd rechter-commissaris wordt aangewezen. De schuldenaar blijft tijdens pre-pack, anders dan bij een faillissement, geheel beschikking- en handelingsbevoegd. Hij verliest zijn beheers- en beschikkingsbevoegdheid over de boedel niet, het faillissement is immers (nog) niet uitgesproken.

### **§ 6.4 Standpunt vanuit Insolventiepraktijk**

Om een oordeel te kunnen vellen over pre-pack en de arbeidsrechtelijke gevolgen ervan, is tevens gekeken naar het standpunt vanuit de insolventiepraktijk.

Voor deze scriptie is de heer F.W. Linders geïnterviewd in zijn hoedanigheid als advocaat en curator. Uit het interview met de heer Linders in oktober van 2013<sup>185</sup> blijkt dat in de praktijk al jaren wordt gewerkt met een uitgewerkte doorstart vóór het faillissement. Het betreft dan de advocaat van de ondernemer die intern in het geheim een draaiboek van de doorstart opstelt. Bij zijn aanstelling als curator neemt Linders contact op met de ondernemer en maakt een afspraak voor diezelfde dag. De eerste vraag die dan wordt gesteld is of er een mogelijkheid is voor doorstart en of er al kandidaten klaarstaan om de onderneming te kopen. Er wordt dan ook meteen gekeken of de bestuurder van de onderneming die doorstart wil maken. In de praktijk heeft de bestuurder dan vaak al het draaiboek klaarliggen waar voor de curator alles in staat beschreven.

Het verschil van deze situatie met pre-pack is dat er bij pre-pack een beoogd curator is die toezicht kan bieden en onafhankelijk de plannen van de ondernemer kan bekijken, in plaats van een advocaat die in dienst is van de ondernemer. Daarnaast is er nu in het wetsvoorstel opgenomen dat de ondernemer aannemelijk moet maken dat zowel het belang van de gezamenlijke schuldeisers als de maatschappelijke belangen worden gediend met pre-pack. Met betrekking tot de werkgelegenheid merkt Linders nog op dat er naast juridische vraagstukken voor de curator ook politieke vraagstukken in zijn werk terug komen. Het kijken naar maatschappelijke belangen als werkgelegenheid is belangrijk maar, volgens Linders staat dit in de praktijk tegenover het belang van de gezamenlijke schuldeisers. Wegens de beperkte middelen tijdens faillissement zullen beide partijen moeten inleveren. Linders ziet wel brood in pre-pack, het voldoet aan een bepaalde behoefte uit de praktijk. Er kan door middel van pre-pack rust worden gecreëerd wanneer er na faillietverklaring meteen een plan tot doorstart in werking kan worden gezet. Pre-pack is volgens Linders nog steeds weliswaar slechts een verbetering op de praktijk die al jaren wordt toegepast.

Vanuit de Insolventiepraktijk wordt over het algemeen positief gereageerd op pre-pack. Eerder werd Tollenaar al genoemd als een voorstander van pre-pack. Binnen de literatuur zijn meer voorstanders te vinden.<sup>186</sup> Er zijn echter vanuit de praktijk een aantal kritische kanttekeningen gemaakt met betrekking tot de toepassing van pre-pack in Nederland. Deze opvattingen zijn samengevat in een recent artikel uit het Tijdschrift financiering,

---

<sup>183</sup> Memorie van toelichting Wetsvoorstel, p. 22.

<sup>184</sup> Memorie van toelichting Wetsvoorstel, p. 13.

<sup>185</sup> Frank Linders advocaat/curator bij VDB Advocaten en Notarissen in Waalre.

<sup>186</sup> Loesberg, Huydecoper en Koster zijn ook over het algemeen positief, volgt uit Tideman, FIP 2013/5.

zekerheden en insolventie rechtpraktijk door mr. B.J. Tideman.<sup>187</sup> Dit artikel stamt uit september 2013 en zal in deze paragraaf worden afgezet tegen het wetsvoorstel uit oktober 2013. Vanuit de gezamenlijke schuldeisers is er vooral bezwaar tegen het gebrek aan transparantie waarbij tevens de beste prijs wellicht niet wordt bereikt omdat kopers op de hoogte gesteld moeten worden door de ondernemer zelf. Het wetsvoorstel heeft hierop willen inspringen door de regie van pre-pack in handen van de rechtbank te houden. De rechtbank draagt zorg voor aanstelling van de beoogd curator en beoogd rechter-commissaris, waardoor onafhankelijkheid wordt gegarandeerd.<sup>188</sup> Daarnaast is er door middel van het wetsvoorstel invulling gegeven aan voorstellen die vanuit de praktijk zijn gedaan betreffende de stille bewindvoerder<sup>189</sup>, zoals de beperkte duur van de taak van de stille bewindvoerder, een criterium voor toewijzing van het verzoek (in het wetsvoorstel wordt het Sigmacon II arrest gevolgd zoals bij faillissement), het inperken van de bevoegdheden van de stille bewindvoerder en de aansprakelijkheid. De aansprakelijkheid van de beoogd curator betreft de persoonlijke aansprakelijkheid zoals bij faillissement, waarbij het Maclou arrest wordt gevolgd en een persoonlijk verwijt nodig is.<sup>190</sup> De voornaamste bezwaren en opmerkingen betreffende pre-pack vanuit insolventierechtelijk standpunt zijn door middel van bepalingen in het wetsvoorstel weggenomen.

## **§ 6.5 Standpunt vanuit Arbeidspraktijk**

Voor deze scriptie is de heer R. Peters geïnterviewd in zijn hoedanigheid als vakbondsbestuurder voor FNV Bondgenoten.<sup>191</sup> Peters is betrokken geweest bij de recente faillissementen van onder andere Schoenenreus en de Harense Smid.<sup>192</sup> In zijn functie als vakbondsbestuurder is Peters geen voorstander van pre-pack en hoe het op dit moment in Nederland wordt toegepast. De werknemer heeft al een zwakkere positie tijdens faillissement en doorstart, mede door het wegvallen van de bepalingen betreffende overgang van onderneming. Pre-pack draagt daar, door onder andere het gebrek aan transparantie, aan bij. De vakbonden en ondernemingsraden kunnen weinig tot niets voor werknemers betekenen omdat zij pas op het moment van faillietverklaring en aankondiging van doorstart op de hoogte worden gesteld, aldus Peters. Op dit moment is er ook geen mogelijkheid voor belangenbehartigers van werknemers om inzage te krijgen in de afwegingen die zijn gemaakt betreffende de doorstart. Peters zou graag zien dat de vakbonden op voorhand met de ondernemer en de stille bewindvoerder in overleg kunnen en idealiter zelfs advies kunnen geven om behoud van de werkgelegenheid te kunnen garanderen. Van werknemerszijde krijgt Peters het bezwaar dat zij bij doorstart veel loon en arbeidsvoorwaarden moeten inleveren. Werknemers zitten dan gevangen tussen twee kwaden volgens Peters, een baan aannemen waarmee men flink zakt in inkomen of de baan afwijzen en werkloos worden. Daar sluit Peters meteen bij aan dat er wel degelijk voordelen zijn aan pre-pack. Een baan hebben is immers altijd beter dan werkloos zijn en er is aandacht voor behoud van werkgelegenheid bij pre-pack. Daarnaast kan de curator in relatieve rust een koper vinden zonder dat er grote media aandacht is. Peters is van mening dat de wetgever meer aandacht moet hebben voor gelijkwaardigheid in faillissementssituaties.

Het voornaamste bezwaar voor werknemers, vakbonden en schuldeisers is het gebrek aan transparantie. Schuldeisers en behartigers van werknemersbelangen worden op de hoogte gesteld van het faillissement en de doorstart wanneer het faillissement wordt uitgesproken en de doorstart in werking wordt gezet. De wetgever heeft aan de behoefte

---

<sup>187</sup> Tideman, FIP 2013/5.

<sup>188</sup> Memorie van toelichting Wetsvoorstel, p. 9.

<sup>189</sup> Een goede weergave van deze voorstellen zijn te vinden in Jongepier en Hoogenboezem, FIP 2013/5.

<sup>190</sup> Memorie van toelichting Wetsvoorstel, p. 23.

<sup>191</sup> Vakbondsbestuurder sector handel in non food.

<sup>192</sup> Schoenenreus is failliet gegaan in januari 2013 en de Harense Smid in juli 2013.

tot meer transparantie tegemoet willen komen door het verslag van de beoogd curator ter inzage te leggen. Deze inzage vindt echter plaats ná faillietverklaring, om de benodigde geheimhouding voor pre-pack te behouden. Zo wordt zoals eerder vermeld waardeverlies getracht te voorkomen wat behoud van werkgelegenheid tot gevolg kan hebben.<sup>193</sup> Door deze bepaling wordt er een compromis gemaakt om het voornaamste bezwaar te ondervangen van onder andere Peters, dat er geen inzage is voor belanghebbenden. Of deze wijze van inzage genoeg is voor de schuldeisers en andere belangenbehartigers zal nog moeten blijken.

Daarnaast zijn er, zoals Peters ook al aangeeft, bezwaren omtrent het ontbreken van een wettelijke regeling, het ontbreken van normale marktwerking, het ontbreken van medezeggenschap en strijd met de regels van overgang van onderneming.<sup>194</sup> Het ontbreken van een wettelijke regeling wordt door het wetsvoorstel ingevuld. Of de opgenomen bepalingen voldoende zijn om deze zorg weg te nemen zal nog moeten blijken. Er wordt tegemoet gekomen aan het bezwaar over gebrek aan transparantie, wat het grootste bezwaar was ten opzichte van het ontbreken van een wettelijke bepaling. Er wordt tevens toezicht gehouden door een curator aangesteld door de rechtbank. Mede hierdoor kan er worden gewerkt aan een normale marktwerking, de curator ziet immers toe op het zoeken naar de koper met de beste prijs. Deze aanpassingen in het wetsvoorstel zullen daarom naar verwachting positief worden ontvangen. Wat betreft de bezwaren over de bepalingen overgang van onderneming, deze zijn niet van toepassing bij liquidatieprocedures zoals faillissement en daaropvolgend doorstart. Van der Pijl stelt dat pre-pack daarentegen is gericht op continuïteit waardoor overgang van onderneming net als bij surseance van betaling wel van toepassing zou moeten zijn.<sup>195</sup> Van Zanten is juist de mening toegedaan dat faillissement bij pre-pack al aanstaande is en pre-pack is gericht op verkoop van de activa ná faillissement. Deze scriptie sluit zich aan bij dit laatste standpunt: de doorstart van de onderneming vindt bij toepassing van pre-pack nog steeds plaats ná faillietverklaring en is gericht op verkoop van de levensvatbare onderdelen van de onderneming ter voldoening van vorderingen door de schuldeisers. Zo wordt pre-pack ook beschreven in de Memorie van Toelichting van het Wetsvoorstel.

De medezeggenschap tijdens pre-pack ontbreekt (vooralsnog) ook in het wetsvoorstel. Peters gaf al aan als vakbondsbestuurder graag inspraak te hebben bij pre-pack. Van Zanten is van mening dat inspraak bij pre-pack moeilijk te realiseren zal zijn. Op het moment dat pre-pack door de ondernemer wordt toegepast is het faillissement in de meeste gevallen de volgende stap en probeert de ondernemer de schade door middel van pre-pack te beperken. Dat werknemers bij toepassing van pre-pack hun baan verliezen en mogelijk geen nieuwe arbeidsovereenkomst krijgen bij de doorstarter, is een gevolg van het faillissement en dit is niet te voorkomen. Bij inspraak tijdens de onderhandelingen voor doorstart krijgt men te maken met een beperkte hoeveelheid tijd en is er een risico van lekken van informatie waardoor aan het doel van pre-pack voorbij wordt gegaan.<sup>196</sup>

Ook vanuit het arbeidsrechtelijk standpunt wordt behoud van de werkgelegenheid genoemd als (voornaamste) argument vóór pre-pack. Daarnaast wordt de officiële aanstelling van een stille bewindvoerder door de rechtbank gezien als een goede ontwikkeling met betrekking tot het opzetten van een doorstart in vergelijking tot de eerdere werkwijze door de ondernemer zelf. Pre-pack kan voor de beoogd curator een kans zijn om in relatieve rust en op zorgvuldige wijze te onderzoeken of en op welke manier doorstart mogelijk is.<sup>197</sup> Grote voorstander van pre-pack Tollenaar noemt de eerste

---

<sup>193</sup> Memorie van toelichting Wetsvoorstel, p. 11.

<sup>194</sup> Van Zanten, ArbeidsRecht maandblad 2013/47.

<sup>195</sup> Van der Pijl, ArbeidsRecht maandblad, 2013/38.

<sup>196</sup> Van Zanten, ArbeidsRecht maandblad 2013/47.

<sup>197</sup> Van Zanten, ArbeidsRecht maandblad 2013/47.

ervaringen met pre-pack succesvol.<sup>198</sup> Hij noemt daarbij een aantal ondernemingen die door middel van pre-pack een doorstart hebben gemaakt. Voor deze scriptie is bekeken of bij dezen doorstarten ook daadwerkelijk behoud van werkgelegenheid heeft plaatsgevonden en er dus voor het arbeidsrechtelijk standpunt gesproken kan worden van een succesvolle pre-pack:

| Onderneming                                  | Aantal werknemers voor doorstart | Aantal werknemers met behoud van werkgelegenheid |
|----------------------------------------------|----------------------------------|--------------------------------------------------|
| Prime Champ <sup>199</sup>                   | 900                              | 750                                              |
| Schoenenreus <sup>200</sup>                  | 1475                             | 1000                                             |
| Harense Smid <sup>201</sup>                  | 550                              | 300                                              |
| Ruwaard van Putten Ziekenhuis <sup>202</sup> | 830                              | 500 waarvan 170 voor 6 maanden                   |
| Het Groene Kruis <sup>203</sup>              | 300                              | 200                                              |
| Marlies Dekkers <sup>204</sup>               | 100                              | 35                                               |
| Moes Bouw BV <sup>205</sup>                  | 150                              | 75                                               |

Bovengenoemde ondernemingen komen alle uit de lijst van Tollenaar, deze lijst is niet volledig met betrekking tot de toepassing van pre-pack in Nederland.

Over het algemeen is in de bovenstaande gevallen sprake van een hoge mate van behoud van werkgelegenheid. Er zijn echter ook gevallen in de lijst te vinden waarbij pre-pack is toegepast om tot een doorstart te komen maar waarbij het niet is gelukt, zoals bij bloemenexporteur Florimex in Aalsmeer.<sup>206</sup> Tollenaar beschrijft dit faillissement echter wel als een succesvolle ervaring met de stille bewindvoerder.

Schaink is van mening dat er ondanks de behoefte vanuit de praktijk pre-pack ‘tenminste een kiem van ontduiking van werknemersbescherming en daarmee mogelijk misbruik van faillissement in zich draagt’.<sup>207</sup>

De meningen zijn vooralsnog verdeeld met betrekking tot pre-pack vanuit het arbeidsrechtelijk standpunt. De uitvoering van het wetsvoorstel zal mogelijk uitkomst bieden door middel van jurisprudentie en de verdere invoering van het programma Herijking Faillissementsrecht.

## § 6.6 Conclusie

Pre-pack is afkomstig van de pre-packaged administration uit Groot-Brittannië en betekent een vooraf voorbereide activatransactie uit faillissement. Pre-pack kent een beperkte transparantie, in het geheim wordt een stille bewindvoerder aangesteld door de rechtbank. Deze stille bewindvoerder houdt toezicht op de doorstart die in samenwerking met de ondernemer wordt opgezet. Pre-pack wordt ingezet om al voor de faillietverklaring een doorstart te kunnen realiseren en deze vervolgens meteen in werking te stellen. Op

<sup>198</sup> Tollenaar, FIP 2013/5.

<sup>199</sup> Financieel Dagblad, 16 april 2013.

<sup>200</sup> Brabants Dagblad, 17 oktober 2013.

<sup>201</sup> www.nrc.nl, 2 juli 2013.

<sup>202</sup> www.nrc.nl, 16 juli 2013.

<sup>203</sup> Dagblad van het Noorden, 5 juni 2013.

<sup>204</sup> www.nos.nl, 21 augustus 2013.

<sup>205</sup> NU Zakelijk www.nu.nl, 15 juli 2013.

<sup>206</sup> Wij Limburg www.wijlimburg.nl, 12 juni 2013.

<sup>207</sup> Schaink 2012, p. 128.

deze manier wordt beoogd het verlies van waarde van de onderneming en banenverlies voor werknemers te voorkomen. Het Wetsvoorstel continuïteit ondernemingen I bevat de wettelijke bepalingen betreffende pre-pack.

Vanuit zowel de insolventiepraktijk als vanuit arbeidsrechtelijk standpunt kent pre-pack voor- en tegenargumenten. De voornaamste bezwaren en opmerkingen vanuit Insolventierechtelijk standpunt zijn door middel van het wetsvoorstel weggenomen. Vanuit arbeidsrechtelijk standpunt blijft de positie van de werknemer relatief zwak. Dit komt echter door het faillissement en pre-pack is niet het aangewezen instrument om hier verandering in te brengen. Of de argumenten vanuit arbeidsrechtelijk en insolventierechtelijk standpunt gegrond zijn na invoering van het wetsvoorstel zal nog moeten blijken, mede na het ontstaan van meer jurisprudentie.

## Hoofdstuk 7 Conclusies en aanbevelingen

In dit hoofdstuk worden de conclusies en aanbevelingen besproken. Eerst komen de conclusies per hoofdstuk aan bod en daarna volgen de aanbevelingen.

### §7.1 Conclusies

In deze scriptie staat de volgende vraag centraal: In hoeverre beperkt een pre-pack voorafgaand en doorstart na faillissement de rechten van werknemers op grond van de arbeidsovereenkomst gelet op de wet, jurisprudentie en de praktijk? Het onderzoek naar de beantwoording van deze vraag is uitgewerkt in de voorgaande zes hoofdstukken. Uit elk hoofdstuk is een conclusie getrokken die samen de conclusie van deze scriptie vormen.

#### Conclusie hoofdstuk 2 en 3:

Deze hoofdstukken gaan over het faillissement en de algemene gevolgen hiervan voor de werknemer. Het faillissement is een beslag op het gehele vermogen van de onderneming ten behoeve van de schuldeisers met als doel liquidatie en verdeling van het vermogen onder de schuldeisers. Faillissement kan pas worden aangevraagd door schuldeisers wanneer de schuldenaar in een toestand verkeert waarin hij is opgehouden te betalen. Daarnaast moet er sprake zijn van een pluraliteit aan schuldeisers met ten minste één opeisbare vordering. De curator heeft de taak de belangen van de schuldeisers te behartigen en daarbij tevens te kijken naar de maatschappelijke belangen zoals onder andere behoud van werkgelegenheid. Hieruit valt op te maken dat het belang van de schuldeiser het voornaamste belang is tijdens faillissement, al is door middel van jurisprudentie de positie van de werknemer verbeterd.

Uit deze hoofdstukken blijkt dat het faillissement de positie van de werknemer beperkt, voornamelijk ten opzichte van de opzegging. Opzegging tijdens faillissement gaat namelijk niet volgens de reguliere procedure. De opzegverboden zijn niet van toepassing en de opzegvereisten zijn versoerd tot een machtiging van de rechter-commissaris en de melding van de curator aan vakbonden en OR op grond van de WMCO. De WMCO is tijdens faillissement maar gedeeltelijk van toepassing. Uit de praktijk blijkt dat de meldingsverplichting niet in alle gevallen wordt nageleefd. Jurisprudentie op grond van de sanctiebepaling uit de WMCO tijdens faillissement is (nog) niet voorhanden. De opzegtermijn is tijdens faillissement daarnaast ook verkort tot een maximum van 6 weken. Op grond van de jurisprudentie kan een werknemer met een aanspraak op een ontslagvergoeding op grond van een sociaal plan deze vordering niet binnen faillissement verhalen.

Tegenover deze beperking van rechten is de wetgever de werknemer ook tegemoet gekomen op een aantal gebieden. Ten eerste is er de rang in schuldeisers. Loon tijdens faillissement levert een boedelschuld op. Het UWV neemt de betalingsonmacht van de werkgever over en betaalt de werknemer het loon over de opzegtermijn en achterstallig loon uit op grond van de loongarantieregeling. Daarom neemt het UWV de positie van boedelschuldeiser ten aanzien van het loon van de werknemer over. Andere vorderingen die de werknemer op de werkgever kan hebben leveren een preferente schuld op. Daarnaast is de verificatie bij de curator voor werknemers vereenvoudigd waardoor een loonstrookje genoeg is. Tevens is er de mogelijkheid om zich als werknemer te beroepen op de nieuwe sanctiebepaling uit de WMCO.

#### Conclusie hoofdstuk 4 en 5:

Deze hoofdstukken gaan over de doorstart en de algemene gevolgen daarvan voor de werknemer. Een doorstart is een voortzetting van ingrijpend herschikte bedrijfsmiddelen, kapitaal en werknemers die voorheen tezamen een onderneming vormden. De doorstart wordt uitgevoerd na faillietverklaring door de curator die tijdens faillissement is

aangesteld. Om een doorstart succesvol te laten plaatsvinden en waardevermindering van de onderneming te voorkomen is snel handelen door de curator van belang. De periode tussen faillissement en de doorstart bedraagt vaak ook slechts maximaal 2 weken in de praktijk. De positie van de werknemers tijdens doorstart hangt ervan af of er sprake is van overgang van onderneming. In beginsel zijn de bepalingen betreffende overgang van onderneming niet van toepassing tijdens faillissement.

Uit deze hoofdstukken blijkt dat de positie van werknemers voornamelijk wordt beperkt doordat de bepalingen betreffende overgang van onderneming niet van toepassing zijn tijdens faillissement. Dit heeft ten gevolg dat de doorstarter keuzevrijheid heeft met betrekking tot de werknemers en hun arbeidsovereenkomsten en arbeidsvoorwaarden, 'cherry picking'. Daarnaast zijn alle hierboven besproken beperkingen van faillissement op de werknemer van toepassing. Met betrekking tot doorstart kunnen werknemers te maken krijgen met misbruik van faillissement. De mogelijkheden om hier als werknemer tegen op te treden zijn wel beschikbaar maar leveren over het algemeen zeer weinig tot geen resultaat op na vernietiging van faillissement.

Om de werknemer tegemoet te komen zijn in de jurisprudentie echter wel beperkingen van de keuzevrijheid van de doorstarter opgesteld. Deze beperkingen hebben betrekking op de ketenregel en de Ragetlie-regel en zijn van toepassing wanneer er sprake is van opvolgend werkgeverschap. Hierdoor kan de arbeidsovereenkomst van de werknemer in plaats van voor bepaalde tijd toch een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zijn. Ook met betrekking tot de afvloeiingsvergoedingen kan de werknemer benutten van het opvolgend werkgeverschap wanneer hier sprake van is. De rechter neemt de dienstjaren die zijn opgebouwd bij de failliet bij sprake van opvolgend werkgeverschap mee in de motivering van de omvang van de vergoeding. Tot slot is er door middel van jurisprudentie bepaald dat de curator bij doorstart rekening moet houden met behoud van de werkgelegenheid. Uit de praktijk blijkt dat de curator hier ook naar handelt.

### **Conclusie hoofdstuk 6:**

In dit laatste hoofdstuk wordt pre-pack besproken. Pre-pack is afkomstig uit Groot-Brittannië en betekent een vooraf voorbereide activatransactie uit faillissement. Pre-pack wordt gekenmerkt door een beperkte mate van transparantie. De beoogd curator voert zijn taken in alle stilte en geheimhouding uit. Op deze manier wordt beoogd het verlies van waarde van de onderneming en banenverlies voor de werknemers te voorkomen.

Het nieuwe wetsvoorstel Wet Continuïteit ondernemingen I dat in oktober door Minister van Justitie Ivo Opstelten is aangekondigd bevat de wettelijke bepalingen omtrent pre-pack. Op grond van de bepalingen uit dit wetsvoorstel en de literatuur en jurisprudentie omtrent pre-pack blijkt dat ook pre-pack de rechten van werknemers beperkt, voornamelijk vanwege het gebrek aan transparantie bij pre-pack. Hierdoor is inspraak nagenoeg niet mogelijk voor de werknemer en zijn belangenbehartigers als vakbonden en OR. Want het gebrek aan transparantie is echter de kern van de pre-pack methode en zonder geheimhouding komt de snelle doorstart in gevaar. Dit heeft weer tot gevolg dat de onderneming minder opbrengt tijdens verkoop en het behoud van werkgelegenheid afneemt. De werkgelegenheid wordt namelijk zoveel mogelijk behouden tijdens pre-pack, zo blijkt uit de praktijk. Er zijn echter nog niet genoeg ervaringen om te kunnen spreken van een positieve ontwikkeling voor werknemers. Feit is dat pre-pack de doorstart sneller laat plaatsvinden wat de kans op behoud van banen vergroot. Daarnaast biedt het wetsvoorstel een mogelijkheid tot inzage van het faillissementsverslag door de curator die voorheen niet mogelijk was voor werknemers. Hoewel die inzage pas kan plaatsvinden nadat de doorstart al heeft plaatsgevonden.

### **Conclusie:**

Uiteindelijk betekent faillissement een beperking van rechten voor werknemers. Of hier doorstart op volgt maakt hierin weinig verschil. Ook een pre-pack geeft geen garantie dat

de werknemer zijn baan kan behouden. De werkgever is failliet omdat er geen financiële mogelijkheden meer zijn om de onderneming staande te houden. De werknemer neemt een zwakke plaats in tijdens faillissement vanwege de tegenstrijdige belangen (schuldeisers tegenover werknemers) en het gebrek aan financiële middelen. Juridisch gezien worden de rechten van de werknemer beperkt. In de afgelopen jaren is din de jurisprudentie gaandeweg meer rekening gehouden met de belangen van de werknemers, door onder andere behoud van werkgelegenheid mee te nemen inde taak van de curator en opvolgend werkgeverschap mogelijk te maken. Pre-pack verandert weinig aan de positie van werknemers tijdens faillissement. Er wordt door middel van invoering van het wetsvoorstel echter wel getracht meer regulatie en snellere resultaten te bereiken. Dit komt het behoud van de werkgelegenheid ten goede.

## **§ 7.2 Aanbevelingen**

Op basis van deze scriptie kunnen nauwelijks aanbevelingen aan FNV Bondgenoten worden gedaan omdat pre-pack en doorstart in het geheim worden voorbereid. FNV Bondgenoten is als vakbond al zeer actief in het behartigen van belangen van werknemers. Op het moment dat werknemers bij FNV Bondgenoten komen is er in de meeste gevallen al sprake van een faillietverklaring. Met betrekking tot de individuele dienstverlening kunnen de juristen bekijken of de opzegging rechtsgeldig heeft plaatsgevonden. Daarnaast kan worden bekeken of de werknemer naast de loonvordering nog vordering heeft op de werkgever. Deze kunnen dan als preferente vordering ter verificatie bij de curator worden ingediend. De juristen van FNV Bondgenoten verrichten deze werkzaamheden al jaren succesvol. Na faillissement kan er weinig voor werknemers worden betekend. Met betrekking tot de vakbondsbestuurders wordt er al door FNV Bondgenoten getracht in overleg te gaan met ondernemingen wat betreft de doorstart (met en zonder pre-pack). Na invoering van het wetsvoorstel en het verdere programma Herijking Faillissementsrecht kan worden bepaald of er knelpunten zijn voor werknemers.

## Evaluatie

De aanloop naar de uiteindelijke scriptie heeft een aantal omwegen gehad. Het onderzoeksplan is een aantal keren aangepast om de juiste afbakening te creëren en de centrale vraag correct te formuleren. De kern van het onderzoek is echter steeds hetzelfde gebleven, namelijk het in de kaart brengen van de arbeidsrechtelijke gevolgen van faillissement, pre-pack en daarna doorstart. Om vervolgens de mogelijkheden voor de werknemer te ontdekken. Op deze manier is dan ook een antwoord geformuleerd op de centrale vraag: In hoeverre worden de rechten van werknemers beperkt. Het antwoord op deze vraag was al vrij in het begin duidelijk met betrekking tot faillissement en doorstart. De werknemer neemt een zwakker(e) positie in tijdens faillissement. Met betrekking tot pre-pack viel er een hoop te ontdekken vanwege het relatieve gebrek aan wet- en regelgeving en de verschillende meningen in de literatuur en de praktijk.

Uiteindelijk geeft het onderzoek een breed beeld van de mogelijke arbeidsrechtelijke beperkingen tijdens faillissement en doorstart en in hoeverre pre-pack hier nog een rol in speelt. Het oorspronkelijke doel was een advies uit te brengen aan FNV Bondgenoten met betrekking tot de dienstverlening voor werknemers met een failliete werkgever. Gaandeweg het onderzoek bleek dat dit advies geen (nieuwe) positieve bevindingen zou blootleggen. Aan de hand van dit onderzoek kan FNV Bondgenoten kennis maken met het nieuwe wetsvoorstel omtrent pre-pack en welke mogelijkheden dit biedt voor de vakbond.

# Literatuurlijst

## Literatuur

M. Ph. van Sint Truiden & F. M. J. Verstijlen, *Tekst en Commentaar. Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2012.

J.H. Nieuwenhuis, C. J. J. M. Stolker & W. L. Valk, *Tekst en Commentaar. Burgerlijk Wetboek 6,7,8 en 10*, Deventer: Kluwer 2013.

C.J. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrecht Thematisch. SDU Commentaar*, Den Haag: SDU Uitgevers 2012

P.R.W. Schaink, *Arbeidsovereenkomst en Insolventierecht*, Deventer:Kluwer 2012.

E.F. Groot, *Insolventierecht*, Deventer: Kluwer 2011.

Kamerstukken II, 1998-1999, 25257, nr. 7

Recofa Richtlijn

INSOLAD praktijkregels voor curatoren

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

J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na doorstart – een nieuw begin of toch niet?', *ArbeidsRecht maandblad* 2013/38.

I. Zaal, 'Faillissement en doorstart: de positie van de OR en vakbonden', *ArbeidsRecht maandblad* 2013/40.

B.J. Tideman, 'Kritische kanttekeningen bij de pre-pack', *Tijdschrift Financiering Zekerheden en Insolventie Rechtpraktijk* 2013/5.

W.J.P. Jongepier & K.P. Hoogenboezem, 'Wie is de stille bewindvoerder?', *Tijdschrift Financiering Zekerheden en Insolventie Rechtpraktijk* 2013/5.

N.W.A. Tollenaar, 'Van pre-pack naar stille bewindvoering: een nuttige rechtsfiguur in de maak', *Tijdschrift Financiering Zekerheden en Insolventie Rechtpraktijk* 2013/5.

P.R.W. Schaink & H. Smolders, 'Faillissementstrends (3)', *ArbeidsRecht maandblad* 2005/3.

Hugo Sinzheimer Instituut, 'Fraude en Misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en naar de mogelijkheden van bestrijding', *Hugo Sinzheimer Instituut* 2005.

www.vanboekel.com H. Biesheuvel, 'Misbruik van eigen faillissementsaanvraag vanuit arbeidsrechtelijk perspectief', *Van Boekel* 2010.

www.vanboekel.com J. Kraaikamp, 'Aansprakelijkheid van de curator: q.q. en pro se', *Van Boekel*.

P.R.W. Schaink, 'Misbruik van faillissement: pro's en contra's', *ArbeidsRecht maandblad* 2013/39.

## Jurisprudentie

HR 7 december 1990, ECLI:NL:HR:1990:ZC0079, *NJ* 1991/216.

HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2146, *NJ* 1997/640.

Rb. Den Haag 11 juli 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB8183.

Rb. Den Haag 29 september 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ9971.

HR 22 maart 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4980, *NJ* 1985/548

HR 24 juli 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1792, *NJ* 1995/733.

HR 7 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2743, *NJ* 2001/550.

HR 17 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1641, *NJ* 1996/471 (*mr. Mulder q.q./CLBN*)

HR 28 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV0653, *NJ* 2006/503 (*mr. Huijzer q.q./Rabobank West-Kennemerland*).

HR 4 december 1963, *NJ* 1964/144 (*Mr. Mout q.q. en Mr Schouwenaar q.q./Vecht*).

HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, *NJ* 1996/472 (*Sigmacon II*).

HR 19 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2047, *NJ* 1996/727 (*Maclou/Curatoren van Schuppen*).

HR 16 december 2011, RvdW 2012/3, JOR 2012/65 (*Mr Prakke/Gips*)

HR 30 juni 1995, ECLI:N:HR:1995:ZC1782, *NJ* 1996/554, m.nt. Kortmann.

HR 28 september 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1243, *NJ* 1991/305.

HR 12 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC2325, *NJ* 1990/662 (*Van Gelder Papier*)

Rb. 's-Hertogenbosch 22 februari 2005, JOR 2005/108.

Rb. Almelo 5 juli 2005, JOR 2006/26

Rb. Almelo 7 november 2005, JOR 2006/26

HvJ EU 3 maart 2011, nr. C-235/10-239/10

HR 22 mei 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5026, *NJ* 1970, 419.

CRvB 18 februari 1992, RSV 1992/22 en CRvB 22 juni 2011, LJN BQ9004.

CRvB 10 maart 2004, USZ 2004/158 en CRvB 11 mei 2005, USZ 2005/291.

CRvB 14 maart 2001, USZ 2001/105.

CRvB 8 november 1977, RSV 1978/118.

CRvB 25 april 1989, RSV 1990/2.

CRvB 8 april 1982, RSV 1982/176.

Rb. Amsterdam 18 januari 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BV3833 (x/Ned. Moslimomroep).

HR 24 februari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1643, NJ 1996, 472

HvJ E 7 februari 1985, ECLI:EU:C:1985:61983CJ0135, LJN AB9660, NJ 1985/900  
(Abels/Bedrijfsvereniging Metaalindustrie).

HR 30 oktober 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0033, NJ 1988/191, m.nt. P.A. Stein  
(Happé/Scheepstra)

CRvB 26 mei 1992, RSV 1992-309.

Hof Den Bosch 30 november 2004, ECLI:NL:GHSHE:2004:AR7684

Rb. Alkmaar 19 mei 2006, ECLI:NL:RBALK:2006:BA1923.

Rb. Utrecht 9 december 1992, JAR 1993/57 (Adept)

HR 24 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9537, NJ 1987/293

HR 14 juli 2006, JAR 2006/190.

Hof 's-Gravenhage 3 maart 2009, JAR 2009/108 (VéGé Motoren/X).

HR 11 mei 2012, LJN:BV9603 JAR 2012/150 (Van Tuinen/Taxicentrale Wolters)

Rb. Amsterdam 28 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ3529;

Rb. Apeldoorn 24 oktober 2012, LJN DY3283;

Rb. Amsterdam 13 mei 2013, JAR 2013/147;

Rb. Limburg 21 november 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:9106

Rb. Lelystad 18 juni 2003, JAR 2003/174.

Hof 's-Hertogenbosch 21 maart 2006, JAR 2006/241.

Rb. Utrecht 15 januari 1997, JAR 1997/45.

Rb. Gouda 16 juni 2000, JAR 2000/198;

Rb. Alphen aan de Rijn, 1 juli 2003, JAR 2003/183;

Rb. Haarlem 15 juli 2010, JAR 2010/305.

Rb. Lelystad 7 april 2004, JAR 2004/107.

HR 27 november 2009, JAR 2009/305.

Hof 's-Hertogenbosch 21 maart 2006, JAR 2006/241.

Hof Leeuwarden 2 november 2010, LJN BO3736, BO3737, BO4524

HR 7 oktober 1983, NJ 1984/74; HR 29 juni 2001, JOR 2001/169.

Hof Den Haag 10 januari 1996, JOR 1996, 16 (*Ammerlaan*).

Rb. 's-Hertogenbosch 22 november 2005, JOW 2005/109 (*LUM*), m.nt. Loesberg

Hof 's-Gravenhage 26 november 2002, JOR 2003/47 (*M+ Inputservices*), m.nt. Loesberg

HR 28 mei 2004, JOR 2006, 216 (*De Boek/Van Gorp*).

Rb. Utrecht 31 december 2008, JAR 2009/35 (*Kalmire*);

Rb. 's-Gravenhage 6 april 2010, JOR 2010/173, m.nt. E. Loesberg (*Inge Been- en ondermode*)

### **Wet- en regelgeving**

Faillissementswet

Wet melding collectief ontslag

Werkloosheidswet

Burgerlijk Wetboek

Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen

wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I

Memorie van Toelichting wetsvoorstel Wet continuïteit ondernemingen I

Richtlijn 2001/23/EG, PbEG 2001, L 82/16

Richtlijn 77/187/EEG PbEG 1977, L 061/26-28

Richtlijn 98/50/EG, PbEG 1998, 201/88-92