

Hoofdstuk 1

Inleiding en probleemstelling

1.1 Inleiding

In de jaren zeventig van de vorige eeuw werd binnen de EEG de behoefte aan regels op het gebied van overnames van ondernemingen steeds groter. Door de ontwikkeling van de interne markt kwamen er steeds meer fusies en overnames binnen en tussen de toenmalige lidstaten van de EEG. Dit leidde tot onzekerheid bij de werknemers over hun rechtspositie, wat voor een groot deel te verklaren was door een gebrek aan harmonisatie van regelgeving op dit terrein. Besloten werd tot de invoering van een drietal richtlijnen. Over collectief ontslag,¹ bescherming van het inkomen van werknemers bij insolventie van de onderneming² en een richtlijn over het behoud van rechten van werknemers bij overgang van de onderneming³.

In Nederland vond de implementatie van deze laatste richtlijn (richtlijn 77/187 EG) aan het einde van 1981 plaats, het resultaat hiervan was dat er 6 artikelen aan het Nederlands nationaal recht werden toegevoegd. Dit zijn de artikelen 1639aa - 1639dd BW (thans de artikelen 7:662 - 7:665 BW), artikel 14a Wet op de cao (WCAO) en art. 2a van de Wet op het algemeen verbindend verklaren van cao's (WAVV). Deze zes artikelen vormen de Wet overgang van onderneming (WOO). De eerste zin van artikel 1639bb BW (thans art. 7:663 BW) luidt: Door de overgang van een onderneming gaan de rechten en verplichtingen die op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeiën uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en een daar werkzame werknemer van rechtswege over op de verkrijger.

Aanvankelijk leek deze implementatie niet veel teweeg te brengen, maar er ontstond consternatie toen bleek dat er niet was nagedacht over een overgang van onderneming in een faillissementsituatie. Bij een faillissement levert de verkoop van de onderneming in zijn geheel meer op dan verkoop van afzonderlijke activa en is de kans groter dat een deel van de werkgelegenheid behouden blijft. In faillissement bleek toepassing van de Wet overgang van ondernemingen dikwijls averechts te werken. Een verkoop van de onderneming is vaak veel lastiger te realiseren. In de praktijk ondervonden de curatoren dan ook veel hinder van deze regeling. Het is onduidelijk waarom er niet was nagedacht over eventuele toepassing van de WOO in een faillissementsituatie.

Gezegd kan worden dat de wetgever zich hier niet van zijn beste kant liet zien.

¹ Richtlijn van de Raad van 17 februari 1975, Pb EG 1975, L48, p. 29.

² Richtlijn van de Raad van 20 oktober 1980, Pb EG 1980, L 283, p. 23.

³ Richtlijn van de Raad van 14 februari 1977, Pb EG 1977, L61, p. 26.

De implementatie van de WOO was ruim twee jaar te laat, maar ook kwam er geen waarschuwendende reactie uit de literatuur. “Eendrachtig hebben wij geslapen” aldus de Liagre Böhl.⁴

Doordat de Wet overgang van ondernemingen de overname van failliete ondernemingen aanzienlijk bemoeilijkte vroegen in 1983 de Ministers van Justitie en Sociale Zaken advies aan de SER hoe de wetgeving kon worden aangepast om toepassing van de Wet overgang van ondernemingen uit te sluiten in faillissement. Tevens werden, teneinde duidelijkheid te verkrijgen over de reikwijdte van de Wet overgang van ondernemingen. Door de nationale rechters van Nederland en Denemarken werden min of meer tegelijkertijd aan het Hof van Justitie enkele prejudiciële vragen gesteld omtrent de toepassing van de Wet overgang van ondernemingen in faillissement. Het Hof oordeelde in 1985 in de zaak Abels⁵ dat de Richtlijn hier niet toe verplichtte, want indien dit wel het geval zou zijn, deze een daartoe specifieke bepaling had moeten bevatten. Na deze uitleg van het Hof hadden de voorstanders van het algeheel buiten toepassing verklaren bij faillissement in Nederland hun zin gekregen.⁶ De wetgever vond het eerst nog niet nodig om tot codificatie over te gaan, echter in 1997 werd in het nieuw BW een nieuw artikel 7:666 BW ingevoerd. De keerzijde van de medaille was dat mogelijkheden waren geschapen voor een technisch faillissement. In het kort gezegd wordt hiermee bedoeld dat een faillissement wordt aangevraagd met een ander doel dan door de wetgever is beoogd. Het kan worden aangewend om werknemers op een aantrekkelijke manier te lozen. De arbeidsrechtelijke bescherming is in faillissement veel minder dan daarbuiten, de Wet overgang van onderneming is niet meer van toepassing, er gelden kortere opzegtermijnen en de werkgever hoeft zich niet te bekommeren om dure ontslagvergoedingen en een sociaal plan. Na de beëindiging van het faillissement maakt de onderneming vervolgens een doorstart en gaat in afgeslankte vorm verder

Richtlijn 77/187 had een grote hoeveelheid jurisprudentie opgeleverd en was op sommige punten onduidelijk. De Europese Commissie wenste een aantal begrippen te verduidelijken. Tevens werd het gewenst geacht om in de richtlijn een uitdrukkelijke bepaling op te nemen over de niet toepasselijkheid van de richtlijn op een overgang in faillissement. Besloten werd tot invoering van een nieuwe richtlijn en op 29 juni 1998 kwam Richtlijn 98/50 EG⁷ tot stand.

Richtlijn 98/50 heeft met artikel 4bis nieuwe mogelijkheden gecreëerd voor de lidstaten. Richtlijn 77/187 had een alles of niets karakter met betrekking tot de overgang van een

⁴ De Liagre Böhl, 1982, p. 1005.

⁵ HvJ EG 7 februari 1985, zaak 135/83, Jur. 1985, p. 469.

⁶ Heerma van Voss, 2001, p. 232.

⁷ Richtlijn van de Raad van 29 juni 1998, Pb. EG 1998, L 201, p. 88.

insolvente onderneming. Deze richtlijn was niet van toepassing bij de overgang van een failliete onderneming, maar bij overgang van een in surséance van betaling verkerende onderneming was zij in haar geheel van toepassing. Ook de nieuwe richtlijn behoudt dit als uitgangspunt, maar biedt de lidstaten de mogelijkheid om de WOO ook bij overgang van failliete ondernemingen toe te passen. Er kan bepaald worden dat schulden die ontstaan zijn voor de overgang of voor de faillissementsprocedure, niet overgaan op de verkrijger.

Voorwaarde is wel dat de betrokken werknemers worden beschermd overeenkomstig de richtlijn 80/987 EG van de Raad van 20 oktober 1980. De Nederlandse wetgever heeft geen gebruik willen maken van deze nieuwe mogelijkheid. In artikel 4bis lid 4 wordt aan de lidstaten een verplichting opgelegd om maatregelen te treffen om misbruik van faillissement, met het doel de werknemers van de in de richtlijn bedoelde rechten te beroven, te voorkomen.

Nederland heeft hieraan voldaan door een aantal wijzigingen aan te brengen in de Faillissementswet. Aan de artikelen 5 en 72 FW werd een tweede lid toegevoegd, art 67 FW werd gewijzigd en er werd een nieuw artikel 13a FW ingevoerd. Op grond van dit laatste artikel worden na een vernietiging van het faillissement de opgezegde arbeidsovereenkomsten door de curator beheerst door de ontslagregels zoals die gelden buiten faillissement. Deze artikelen zullen nog uitvoerig worden besproken.

1.2 Probleemstelling

Om verschillende redenen is deze implementatie in de Faillissementswet geen gelukkige keuze geweest. Het is gebleken dat het zeer moeilijk is om misbruik van faillissement aan te tonen, de jurisprudentie maakt het de werknemer in dezen niet gemakkelijk. Kritieken uit de literatuur voorspellen dat deze artikelen weinig effect zullen sorteren. Er zijn reeds enkele verbetervoorstellen gedaan.

Enkele rechtsvergelijkende onderzoeken hebben aangetoond dat de arbeidsrechtelijke bescherming in faillissement achterblijft bij de ons omringende landen⁸.

Wat is de positie van de werknemer bij overgang van onderneming in faillissement in Nederland?

Deze vraag is de probleemstelling van deze scriptie:

⁸ Zie voor een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechten van werknemers bij faillissement: W.P.J.M. Fase e.a. *Werknemersrechten in faillissement: een rechtsvergelijkende beschouwing*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000. L. Niemeijer, I. Zaal, *Werknemersrechten bij faillissement*, doctoraalscriptie UvA 2005. P.W. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming*.

Waar staat hij wanneer hij erin zou slagen om na de opzegging door de curator het faillissement te doen vernietigen op grond van 13a FW?

Wat kan hem allemaal overkomen wanneer hij na faillissement toch mee overgaat naar de overnemer? Welke verbetervoorstellen zijn er gedaan?

Wat zijn de meest recente ontwikkelingen die de positie kunnen verbeteren en welke richting lijkt het op te gaan?

Het doel van deze scriptie is om naar voren te brengen het resultaat van de pogingen van de wetgever om de positie van de Nederlandse werknemers bij een overgang van onderneming in faillissement te verbeteren en welke andere mogelijkheden hiervoor zouden kunnen worden aangewend op grond van recente ontwikkelingen. Dit op een zodanige wijze dat er niet direct een botsing met de belangen van de overnemer en die van de overige schuldeisers ontstaat.

1.3 Opzet

Bij het uitwerken zal het volgende stramien worden gevolgd:

1. Wat was de aanleiding voor richtlijn 77/187 EG en wat waren de voornaamste problemen na de invoering? Welke oplossingen werden aangedragen?
2. Wat was de invloed van de zaak Abels op het nationale recht? Wat waren de redenen om richtlijn 98/50 in te voeren en wat is de essentie van deze richtlijn?
3. Hoe heeft de Nederlandse wetgever deze richtlijn geïmplementeerd in het nationale recht?
4. Wat wordt bedoeld met misbruik van faillissement? Welke typen van faillissement kunnen er worden onderscheiden? Hoe groot is het probleem?
Waarom is misbruik van faillissement niet gemakkelijk aan te tonen?
5. Wat was de voornaamste reden om artikel 13a FW in te voeren?
Welke kritiek is er in de literatuur op de implementatie in de Faillissementswet en met name op artikel 13a FW? Heeft de Nederlandse wetgever een goede keuze gemaakt om werknemers te beschermen tegen misbruik?
6. Wat is de positie van de Nederlandse werknemer bij een overgang van onderneming?
Welke voorstellen zijn er gedaan om deze positie te versterken? Welke recente ontwikkelingen zouden kunnen bijdragen aan een verbetering?
7. Conclusie.

Hoofdstuk 2

De Richtlijn 77/187 EEG

2.1 Invoering en implementatie van de Richtlijn 77/187 EEG

Redenen tot invoering

Als gevolg van toenemende fusies en overnames van ondernemingen tussen de lidstaten van de EEG groeide in het begin van de zeventiger jaren van de vorige eeuw gaandeweg de overtuiging dat bescherming van de rechten van werknemers bij overgang van ondernemingen noodzakelijk was. De diverse wetgevingen binnen de EG verschilden aanmerkelijk van elkaar.

In Nederland en België bijvoorbeeld had men geen contractsovername van werknemers wanneer een onderneming werd overgenomen, terwijl in Duitsland en Frankrijk bij overnames de overgang van arbeidsovereenkomsten van rechtswege een gangbare praktijk was.⁹

Het verschil in wetgeving werd gezien als een belemmering voor de gemeenschappelijke markt en dus was harmonisatie geboden. Er werd besloten tot invoering van een aantal richtlijnen:

- *Richtlijn 77/187 EEG* die aan de wetgevingen van de lidstaten een aantal minimumeisen stelt op het gebied van behoud van rechten en bescherming tegen ontslag van werknemers bij overgang van ondernemingen. Deze richtlijn werd geïmplementeerd in het nationale recht door de invoering van nieuwe artikelen 1639aa - 1639dd in het Burgerlijk Wetboek (thans de artikelen 7:662 - 665 BW), art.14a in de Wet cao en art. 2a in de Wet op het algemeen verbindend verklaren van cao's. Al deze artikelen traden als de Wet overgang van ondernemingen (WOO) op 27 juli 1981 in werking.¹⁰

Naast bovengenoemde richtlijn kwamen tot stand:

- *Richtlijn 75/129 EEG* over collectief ontslag als reactie op de dreiging van massa-ontslagen in het begin van de zeventiger jaren van de vorige eeuw. Het resultaat van de Nederlandse implementatie van deze richtlijn is te vinden in de Wet Melding Collectief Ontslag van 24 maart 1976.¹¹

- *Richtlijn 80/987 EEG* over bescherming van het inkomen van werknemers bij insolventie van de onderneming. In deze richtlijn zijn de voorwaarden opgenomen waaraan de nationale wetgever moet voldoen. In Nederland is een dergelijke bescherming neergelegd in de

⁹ Linssen, AA 1985, p.616.

¹⁰ Stb. 1981, 400.

¹¹ Stb. 1976, 223.

Werkloosheidswet. Het gaat om een regeling uit 1968 en betreft de artikelen 42a - 42e van de Werkloosheidswet (thans de artikelen 61-68 WW).¹² Kort gezegd wordt in deze artikelen het loon van de werknemers over de laatste 13 weken voor het faillissement en over de opzegtermijn ex. art. 40 Faillissementswet gegarandeerd.

2.2 De bezwaren na inwerking treden van de WOO

Aanvankelijk leek de WOO een bescheiden functie in ons recht te gaan vervullen, maar er ontstonden problemen toen bleek dat de WOO ook van toepassing zou kunnen zijn bij faillissement en surséance van betaling. Bij faillissement is het van groot belang dat een verkoop van een onderneming of een onderdeel daarvan zo snel mogelijk plaats vindt, want anders treden er vaak negatieve verschijnselen op zoals het vertrek van de beste werknemers, leveranciers leveren niet meer op krediet en afnemers lopen weg. Een kandidaat-overnemer wil duidelijkheid welke verplichtingen van de overdrager ten aanzien van de werknemers hij op zich neemt, opdat hij deze in de koopprijs kan verdisconteren. Bij toepassing van de WOO in faillissement zijn juist deze verplichtingen zeer kostbaar en nauwelijks te overzien.

Na een overname wordt de overnemer werkgever van alle werknemers die op het moment van overname nog in dienst zijn van de betrokken onderneming. Veelal vindt een overname plaats voor het einde van de opzegtermijnen, met het gevolg dat een aantal opgezegde werknemers gedurende de resterende opzegtermijn nog ten laste van de overnemer komt. Tevens neemt de overnemer alle schulden over die de overdrager ten aanzien van de overgedragen werknemers nog had. Artikel 1639bb (oud) bepaalt dat door een overgang van een onderneming de rechten en verplichtingen welke op dat tijdstip voor de werkgever in die onderneming voortvloeien uit een arbeidsovereenkomst tussen hem en de daar werkzame arbeiders van rechtswege overgaan op de verkrijger.

In de praktijk betekent het voor de overnemer dat hij naast werknemers die hij gebruiken kan, ook werknemers in dienst krijgt welke overtollig zijn. Ook voor deze werknemers zal hij loon moeten doorbetalen totdat de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig wordt beëindigd. Daarbij was het onzeker of de overnemer wel een ontslagvergunning, noodzakelijk op grond van art 6 BBA, zou kunnen krijgen voor deze overtollige werknemers. Tot 1989 was ook in faillissement toestemming van de directeur van het GAB vereist. Bij wet van 1 december 1988 tot wijziging van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen,¹³ is art. 6 lid 2 sub c BBA ingevoerd en is toestemming niet meer nodig in faillissement. Aan dit artikel ligt ten grondslag dat de door het

¹² Stb. 1968, 375.

¹³ Stb. 1988, 573.

GAB op grond van art. 6 lid 1 BBA te maken belangenafweging een andere is dan die welke door de curator op grond van art. 40 lid 3 (oud) moet worden gemaakt. Tevens zal de overnemer voor de reeds door de curator opgezegde werknemers, die hij vaak ook niet aan het werk kan zetten, het loon over de nog lopende opzegtermijn moeten betalen. Ook de achterstallige loonbetalingsverplichtingen komen voor zijn rekening. Vaak worden deze verplichtingen voldaan door de het Uitvoeringsinstituut voor de Werknemersverzekeringen (UWV), voorheen de bedrijfsvereniging. Het UWV zal op grond van art. 66 WW (art 42^e WW oud) regres op de overnemer kunnen nemen. Tenslotte bestaat de mogelijkheid dat hij zijn eigen personeel zal moeten ontslaan, omdat de overgenomen werknemers hun anciënniteitsrechten behouden.

Door al deze verplichtingen zijn potentiële overnemers terughoudend, een onderneming is dan moeilijk verkoopbaar.¹⁴ Een overnemer zal deze verplichtingen willen verdisconteren in de koopprijs. Deze wordt dan echter dermate gedrukt dat het veelal lucratiever is om tot verkoop van de losse activa over te gaan en de gehele onderneming te liquideren, waardoor ook de resterende werkgelegenheid verloren gaat. In dit verband wordt dan ook wel eens gesproken van anti-werkgelegenheidswetgeving.¹⁵

2.3 Oplossingen aangedragen in de literatuur

Het bleek dat men aanvankelijk niet had nagedacht over de bovengenoemde consequenties wanneer de WOO van toepassing was in faillissement. De Liagre Böhl is mild in zijn oordeel over de wetgever. Hij stelt dat de wetgever niet heeft doorgedacht over de consequenties bij faillissement omdat de conjunctuur daar geen aanleiding toe gaf in de jaren zeventig van de vorige eeuw. Daarbij komt nog dat wetsontwerpen niet in het geheim worden voorbereid en dus kan evenzeer een verwijt worden gemaakt aan de tot oordelen bevoegde belangengroeperingen buiten het parlement.¹⁶ Echter toen het dilemma eenmaal daar was mocht het zich verheugen op een grote aandacht. Er werden diverse oplossingen aangedragen om de grootste problemen het hoofd te bieden. Twee negatieve effecten kwamen steeds weer naar voren:

- een overnemer kreeg vaak te maken met overtollig personeel.
- de aansprakelijkheid van de overnemer voor de achterstallige verplichtingen van de vervreemder jegens de werknemers.
- *2.3.1 Het probleem van overtollig personeel*

Dit zou eenvoudig kunnen worden opgelost door vroegtijdig ontslag van de overtollige werknemers voordat de overname een feit is. Indien dit kan worden gerealiseerd is het probleem

¹⁴ Fase, SMA 1985, p. 256.

¹⁵ Schimmelpenninck, NJB 1983, p. 151.

¹⁶ de Liagre Böhl, NJB 1982, p. 1005.

voor een groot deel opgelost. Echter een overname vindt in de regel plaats voordat de opzegtermijnen geëindigd zijn, met het gevolg dat de nog lopende opzegtermijnen voor rekening van de overnemer komen. Om aan dit bezwaar tegemoet te komen werd door Liagre Böhl voorgesteld een bepaling in de Wet overgang van onderneming op te nemen, dat de overgang van een dienstverband niet geldt voor degenen, die voor de overname van de onderneming rechtsgeldig zijn opgezegd door de curator en door de overnemer niet feitelijk te werk gesteld zullen worden.¹⁷ De Liagre Böhl ging bij zijn voorstel uit van opzegging met het respecteren van de opzegtermijnen. Levelt-Overmars ging in haar voorstel met meer daadkracht te werk. Zij pleitte voor een onmiddellijke verbreking van het dienstverband zonder de opzegtermijnen in acht te nemen. Als het ontslag is verleend na het faillissement, maar voor de overgang, zijn alle financiële gevolgen voor de oude werkgever - in de praktijk draait de bedrijfsvereniging hiervoor op - en niet voor de overnemer.¹⁸ Dit voorstel werd in de literatuur niet met gejuich ontvangen. Men kon het niet helemaal eens worden over de rechtvaardiging van een dergelijke wijze van ontslag.¹⁹

Een curator moest voor ontslag op grond van art 6 BBA toestemming vragen aan de directeur van het GAB (tegenwoordig het CWI). In de tijd voor de WOO was een ontslagvergunning voor een curator geen probleem, maar naarmate men meer doordrongen werd van de problemen bij toepassing van de WOO in faillissement, duurde dit niet lang meer. Bij circulaire van de Directeur-Generaal van de Arbeidsvoorziening d.d. 2 oktober 1981 werd aan de directeurs van de GAB's voorgeschreven hoe zij in verband met een overgang moesten handelen bij het verlenen van een ontslagvergunning. De te volgen gedragslijn van deze circulaire maakte het verlenen van een ontslagvergunning er niet gemakkelijker op. Menig faillissementscurator kwam in de problemen en zag een overname mislukken wanneer er geen ontslagvergunning kon worden verkregen voor overtollig personeel.

Van verschillende kanten is daarom gepleit voor afschaffing van de preventieve toetsing van de ontslagen en deze te vervangen door een repressieve toetsing.²⁰ De wetgever was echter bang dat curatoren in faillissement ongezien zouden overgaan tot ontslaanvraag, ook bij een mogelijke overgang. Deze vrees zou ongegrond zijn, want met afschaffing van de preventieve toetsing is een ontslag nog niet onaantastbaar. Richtlijn 77/187 EEG bevat in art. 4 een ontslagverbod van werknemers met het oog op een voorgenomen of plaatsgevonden overdracht.

¹⁷ de Liagre Böhl, NJB 1982 p. 1007-1010; Fase, SMA 1983, p 367.

¹⁸ Levelt-Overmars, 1986, p.162-163.

¹⁹ Fase, SMA 1985, p.260.

²⁰ Duk, SMA 1982, p. 636; de Liagre Böhl, NJB 1982, p. 1007; Theyse, NJB 1983, p. 158; Levelt-Overmars, p. 162-163.

Dit ontslagverbod is overigens niet onvoorwaardelijk. De eerste twee zinnen van artikel 4 lid 1 luiden:

De overgang van een onderneming, vestiging of onderdelen daarvan vormt op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag.

Deze bepaling vormt geen beletsel voor ontslagen wegens economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich meebrengen.

Art. 4 van de richtlijn zou grond kunnen bieden voor een repressieve toetsing, ook een curator moet bij een eventuele overgang afwegingen maken, want het blijft mogelijk dat de kantonrechter achteraf tot kennelijke onredelijkheid van het ontslag kan besluiten.

2.3.2 De aansprakelijkheid voor de achterstallige verplichtingen

In het algemeen was men het erover eens dat de aansprakelijkheid van de verkrijger diende te worden beperkt tot de verplichtingen die na de overgang van de onderneming ontstaan.

In de praktijk draait de bedrijfsvereniging op voor deze verplichtingen, maar deze zal regres kunnen nemen op de overnemer op grond van art. 42a jo 42e WW. Dit bezwaar zou eenvoudig te voorkomen zijn door art 42 e WW te wijzigen, zodanig dat het regres niet kan worden uitgeoefend tegen een opvolgend werkgever ex art. 1639bb BW.²¹ Van de kant van de bedrijfsverenigingen werd kritiek geuit op dit voorstel, het zou te makkelijk zijn om bedrijfsverenigingen te laten opdraaien voor de problemen in faillissement, doch hun regresrechten af te schaffen. Dit is geen goede weg. Het is nog altijd zo dat wie schulden van een ander moet betalen daarvoor zelf een vordering verwerft.²² Ook werd de mogelijkheid aangedragen voor het opnemen van een bepaling in de Nederlandse wet dat een overnemer niet aansprakelijk wordt voor de op het moment van overname reeds opeisbare schulden.²³

Alle hiervoor aangedragen oplossingen gaan uit van toepassing van de WOO in faillissement. Schimmelpenninck nam als enige aan dat de WOO niet van toepassing is in geval van overgang van insolvente ondernemingen, aangezien uit de richtlijn niet blijkt dat deze bij faillissement dient te werken. De Nederlandse wetgever had volgens hem niet stilgestaan bij de averechtse gevolgen van toepassing van de WOO in faillissement. Tevens vond hij dat het faillissementsrecht als speciale regeling op het gebied van faillissement voorrang zou moeten hebben op de algemene regels van artt. 1639aa - 1639dd. Ook was hij de mening toegedaan dat

²¹ De Liagre Böhl, NJB 1982, p.1009; Fase, SMA 1983, p.367.

²² Theyse, NJB 1983, p. 158.

²³ Duk, SMA 1982, p. 636.

er geen sprake is van een overgang van een onderneming in de zin van art 1639aa, omdat er bij faillissement sprake is van gedwongen executie in plaats van een overeenkomst.²⁴

Anderen brachten hier tegen in dat de WOO als latere regeling voorrang zou hebben op de Faillissementswet, voor zover sprake is van tegenstrijdigheid.²⁵

In de literatuur was men het erover eens dat het overtollig personeel en de aansprakelijkheid van de verkrijger voor de achterstallige verplichtingen van de vervreemder, jegens de werknemers, de grootste problemen zijn bij toepassing van de WOO in faillissement.

Samengevat werden de volgende oplossingen aangedragen:

- Vroegtijdig ontslaan van overtollige werknemers.
- Vervangen van de preventieve ontslagtoets door een vorm van repressieve toetsing.
- De opzegtermijnen niet, of zo weinig mogelijk laten doorlopen na de overgang.
- Verplichtingen van de vervreemder, die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten en verschuldigd zijn voor de overgang, gaan niet over op de verkrijger.
- Beperken van de regresmogelijkheid van de bedrijfsvereniging.

Het zou raadzaam zijn geweest voor de wetgever om op één of andere manier gebruik te maken van de aangedragen oplossingen. Zeker wanneer duidelijk is gebleken dat een onbeperkte toepassing van de WOO in een faillissementssituatie zoveel negatieve aspecten met zich mee brengt.

²⁴ Schimmelpenninck, NJB 1983, p. 151-153.

²⁵ Slagter, TVVS 1983, p. 62 nt. 4.

Hoofdstuk 3

De invloed van de zaak Abels op het nationale recht

3.1 De zaak Abels

3.1.1 De aanloop tot de zaak

Ondanks een aantal slechte ervaringen met de toepassing van de Wet overgang van onderneming bij insolventie, was de wetgever er aanvankelijk niet van doordrongen dat er iets moest veranderen. Uit de beantwoording van kamervragen in het najaar van 1982 blijkt dat de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid niet voornemens was om de regeling aan te passen en deze niet toepasselijk verklaren in faillissement. Aan dit overleg tussen de minister en de kamer kan worden ontleend:

“Van een uitzondering in geval van faillissement of surséance van betaling valt bovendien te vrezen dat mogelijkheden tot misbruik gecreëerd worden. Uitsluiting van de artikelen 1639aa e.v. is niet aangewezen omdat dit in strijd zou zijn met de richtlijn.”²⁶

Maar er was geen eensgezindheid over dit standpunt, en in januari 1983 werd in de Werkgelegenheidsnotitie aan de Stichting van de Arbeid (STAR) gepleit dat de WOO niet toepasselijk zou zijn bij faillissement en andere executoriale verkopen. Om duidelijkheid te krijgen omtrent de werkingssfeer van de richtlijn in faillissement, werd advies ingewonnen bij de Commissie van de Europese Gemeenschappen. De Commissie kwam tot de slotsom dat de richtlijn niet verplichtte tot toepassing bij overgang van ondernemingen in faillissement. De Nederlandse regering maakte vervolgens een ommezwaai. In een brief van 6 april 1983, gericht aan de Tweede Kamer, was de regering voornemens de artikelen 1639aa e.v. BW aan te vullen. Op 2 mei 1983 werd aan de SER advies gevraagd over hoe de Nederlandse wetgeving kon worden aangepast om duidelijk te maken dat de WOO niet van toepassing is in faillissement en surséance van betaling. Het standpunt van de SER was verdeeld. De werknemersleden en een aantal kroonleden vonden dat de WOO ook van toepassing moest zijn in faillissement, de werkgeversleden en de meeste kroonleden waren van mening dat de WOO toepassing miste in zowel faillissement als surséance van betaling.²⁷

²⁶ Aanhangsel Handelingen II 1982/83, nr. 7 p. 13/14.

²⁷ SER-advies 1985/23.

De brief van 6 april 1983 werd gevolgd door een circulaire van 17 mei 1983 van de Minister van Sociale zaken en Werkgelegenheid aan de directeurs van de Gewestelijke Arbeidsbureau's. In deze circulaire werd voorgeschreven dat bij faillissement en surséance van betaling de WOO niet langer van toepassing was en ontslagvergunningen moesten terstond en zonder voorwaarden worden verleend.

De circulaire van 17 mei 1983 was voor de FNV aanleiding om een kort geding tegen de Staat aan te spannen.²⁸ Dit geding leidde ertoe dat de president van de Haagse rechtbank krachtens art.177 van het EEG-verdrag (thans art. 234 EG-verdrag) aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG) een prejudiciële beslissing verzocht ten aanzien van de uitleg van de richtlijn. Reeds enkele maanden eerder had de Raad van Beroep te Zwolle²⁹ een tweetal vragen voorgelegd aan het Hof en in augustus 1983 volgde de kantonrechter in Rotterdam met enkele vragen aan het Hof.³⁰ Dat nu juist de Zwolse zaak Abels dient als een standaarduitspraak komt mede omdat het Hof van Justitie in deze zaak uitvoerig heeft gemotiveerd en in de overige uitspraken naar deze motivering heeft verwezen.³¹

3.1.2 De uitleg door het Hof van Justitie

Het Hof kreeg een viertal vragen voorgelegd:

1. Is de richtlijn van toepassing bij faillissement en surséance van betaling?
2. Wie is aansprakelijk voor de achterstallige verplichtingen van de verkoper, ten aanzien van de werknemers, ontstaan voor de datum van overgang?
3. Is de richtlijn van toepassing op werknemers die niet uitsluitend werkzaamheden verrichten met bedrijfsmiddelen van het overgedragen onderdeel of werkzaam zijn bij een stafafdeling, die wel werkzaamheden verricht voor het overgedragen onderdeel, maar niet zelf wordt overgedragen?
4. Stelt de richtlijn een overnemer van een onderneming aansprakelijk voor niet betaalde vakantiedagen en schadevergoeding voor ontslagen medewerkers, die onregelmatig voor de overgang zijn ontslagen, maar nadien in dienst van de overnemer zijn gekomen?

Te beginnen met de laatste vraag.

²⁸ Rb.'s Gravenhage, 16 augustus 1983, KG 1983, 271.

²⁹ Raad van Beroep te Zwolle, 28 juni 1983, Advocatenblad 1985, p. 342.

³⁰ Ktg. Rotterdam, 25 augustus 1983, NJ 1984, 357.

³¹ Het Hof besliste op 7 februari 1985 in de volgende zaken: Abels HvJ EG 7 februari 1985, zaak 135/83, Jur. 1985, p. 469, FNV HvJ EG 7 februari 1985, zaak 179/83, Jur. 1985, p. 511, Botzen HvJ EG 7 februari 1985, zaak 186/83, Jur. 1985, p. 519 en Wendelboe HvJ EG, 7 februari 1985, zaak 19/83, Jur. 1985, p. 457.

Deze vraag was afkomstig van een Deense rechtbank (de Vestre Landsret) in de zaak Wendelboe. Het Hof besliste als volgt: wanneer een werknemer op de dag van overgang niet meer in dienst is van de verkoper en hij later alsnog in dienst treedt bij de overnemer, dan volgt daaruit niet dat de overnemer aansprakelijk wordt voor achterstallige vorderingen van de werknemer op de overdrager. Dit was een bevestiging van de in de Nederlandse literatuur aangedragen oplossing. Door eerst de werknemers schadeplichtig te ontslaan voor de overgang kan worden voorkomen dat schulden op de overnemer worden overgedragen. De overnemer kan zonder problemen de ontslagen werknemers in dienst nemen na de overgang.

Met betrekking tot de derde vraag besliste het Hof dat alleen die werknemers bij de overgang van een onderdeel van rechtswege in dienst treden bij de overnemer, indien zij werkzaam waren in een functie deel uitmakend van dat betrokken onderdeel.³² Wat betreft de tweede vraag kwam het Hof tot de conclusie, dat de overnemer voor de schulden welke ontstaan zijn voor de overgang aansprakelijk is op grond van artikel 3 lid 1 van de richtlijn. Als dat anders was geweest dan zou het derde lid van dit artikel, dat een uitzondering schept voor aanvullende stelsels over pensioenen, overbodig zijn.

Het Hof heeft twee argumenten aangedragen om de richtlijn niet verplicht van toepassing te verklaren bij een overname in faillissement.

- Het eerste argument ging over het bijzondere karakter van het faillissementsrecht. Het doel van het faillissementsrecht kenmerkt zich om de diverse belangen van de verschillende schuldeisers met elkaar in evenwicht te brengen. Daartoe bestaan in de lidstaten bijzondere voorschriften die er toe kunnen leiden dat wordt afgeweken van algemene bepalingen, waaronder die van het sociale recht. Hieruit trok het Hof de conclusie dat de richtlijn niet van toepassing is in faillissement en als dit wel het geval zou zijn, de richtlijn dat uitdrukkelijk had moeten bepalen.

- Als tweede argument gebruikte het Hof het doel van de richtlijn om de rechten van werknemers te beschermen bij een overgang van onderneming of onderdelen daarvan.

Het Hof voegde aan deze uitspraak toe dat de lidstaten een eigen keuze houden om de richtlijn geheel of gedeeltelijk toe te passen in een faillissementssituatie. Het Hof heeft de richtlijn wel van toepassing verklaard op een overgang van een onderneming die in surséance van betaling verkeert. Surséance van betaling onderscheidt zich volgens het Hof van een faillissement (r.o. 28-29): Het Hof stelde dat de argumenten die zich verzetten tegen de toepassing van de richtlijn op de overgang van een onderneming in faillissement, niet opgaan bij een procedure van dit

³² Fase, SMA 1985, p. 259.

type, die in een eerdere fase plaatsvindt. Het onderscheid dat het Hof maakte tussen faillissement en surséance van betaling kan leiden tot een nieuw probleem. Het gevaar is aanwezig dat er oneigenlijk gebruik van faillissement wordt gemaakt om onder de bepalingen van de richtlijn uit te komen.³³

Na deze uitleg bepaalde de Nederlandse rechtspraak dat de WOO niet (meer) van toepassing is in faillissement. De Hoge Raad ontwikkelde de volgende redenering:³⁴

“Er is geen reden om aan te nemen dat aan de artt. 1639aa e.v. BW een verdere reikwijdte toekomt dan blijktens het oordeel van het HvJEG aan de desbetreffende bepaling moet worden toegekend. Weliswaar zijn de bepalingen van afd. 5A, zoals het onderdeel betoogt, algemeen geformuleerd – in die zin dat zij geen restricties bevatten als door het HvJEG voor een overgang in een faillissementsituatie aangegeven – maar dat levert onvoldoende grond op om aan te nemen dat Nederland gebruik heeft gemaakt van de bevoegdheid om de beginselen van de richtlijn op een dergelijke overgang toe te passen.”

In 1997 werd bij de invoering van de titel over de arbeidsovereenkomst in het NBW een artikel toegevoegd aan de WOO.³⁵

Artikel 7:666 lid 1 BW luidt:

De artikelen 662 tot en met 665 en artikel 670 lid 8, zijn niet van toepassing op de overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort.

De voorstanders van buiten toepassing verklaren van de WOO in faillissement hadden hun zin gekregen, maar het resultaat was dat er een toenemende praktijk van technisch faillissement werd ingeluid. Op dit technisch faillissement kom ik uitvoeriger terug in een volgend hoofdstuk. Eerst zal ik de vaststelling van richtlijn 98/50, en de reactie hierop van de nationale wetgever, bespreken.

3.2 Richtlijn 98/50 EG

3.2.1 Redenen voor vaststelling van deze richtlijn.

De reden om richtlijn 77/187 te herzien is vooral om een aantal begrippen te verduidelijken naar aanleiding van de jurisprudentie die sinds 1977 tot stand is gekomen. Zo wordt het begrip onderneming verduidelijkt en wordt omschreven wie werknemer is in de zin van de richtlijn. Voorts wordt het gewenst geacht in deze richtlijn uitdrukkelijk te bepalen dat, overeenkomstig het Abels-arrest, de richtlijn niet van toepassing te verklaren op een overgang in het kader van

³³ van Straalen, p. 101.

³⁴ HR 30 oktober 1987, NJ 1988, 191.

³⁵ Stb. 1996, 562.

een faillissementsprocedure.³⁶ Op 29 juni 1998 is tot stand gekomen de richtlijn 98/50 EG.³⁷ In de literatuur gaat men ervan uit dat deze richtlijn geen grote gevolgen voor de lidstaten heeft. De nieuwe richtlijn is veelal een bevestiging en verduidelijking van hetgeen al rechtens is.³⁸ De Europese wetgever heeft de problemen onderkend die spelen bij de overdracht van failliete ondernemingen. Essentieel is daarom het besluit een bepaling op te nemen in de gewijzigde richtlijn die daar speciaal aan is gewijd. Het nieuw ingevoegde artikel 4bis (later vernummerd tot art. 5) luidt:

1. tenzij de lidstaten anders bepalen zijn de artikelen 3 en 4 niet van toepassing op een overgang van een onderneming, vestiging of onderdelen daarvan, wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een in de nationale wetgeving omschreven curator mag zijn).

2. Indien de artikelen 3 en 4 van toepassing zijn op een overgang tijdens insolventieprocedures die zijn ingeleid ten aanzien van een vervreemder (ongeacht de vraag of deze procedures al dan niet zijn ingesteld met als doel de liquidatie van het vermogen van de vervreemder) en die onder toezicht staan van een bevoegde overheidsinstantie (die een door de nationale wetgeving omschreven curator mag zijn) kan een lidstaat bepalen dat

a) onverminderd artikel 3, lid 1, de schulden van de vervreemder die het gevolg zijn van arbeidsovereenkomsten of arbeidsverhoudingen en die verschuldigd zijn vóór de overgang of voor de inleiding van de insolventieprocedure, niet overgaan op de verkrijger, indien dergelijke procedures uit hoofde van de in de betrokken lidstaat geldende wetgeving een bescherming bieden die ten minste gelijkwaardig is aan die welke wordt voorgeschreven in situaties die vallen onder Richtlijn 80/987 EG van de Raad van 20 oktober 1980 betreffende onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever en/of dat

b) de verkrijger, de vervreemder of de persoon (personen) die de functies van de vervreemder uitoefenen enerzijds en de vertegenwoordigers van de werknemers anderzijds kunnen overeenkomen om, voor zover de geldende wetgeving of praktijk zulks mogelijk maakt, in de arbeidsvoorwaarden wijzigingen aan te brengen die bedoeld zijn om de werkgelegenheid veilig te stellen door het voortbestaan van de onderneming, vestiging of onderdelen daarvan te verzekeren.

3. Een lidstaat kan lid 2, onder b), toepassen in geval van een overgang waarbij de vervreemder overeenkomstig de nationale wetgeving in ernstige financiële moeilijkheden verkeert, mits de situatie door een bevoegde overheidsinstantie erkend is en onder voorbehoud van rechterlijke toetsing, op voorwaarde dat zulke bepalingen op 17 juli 1998 reeds in de nationale wetgevingen bestaan.

De Commissie dient voor 17 juli 2003 bij de Raad een verslag in over de gevolgen van deze bepaling, evenals eventuele passende voorstellen.

4. De lidstaten treffen de nodige maatregelen om frauduleuze insolventieprocedures met het doel de werknemers van de in deze richtlijn bedoelde rechten te beroven, te voorkomen.

³⁶ Kamerstukken II 2000/2001, nr. 3 p. 1.

³⁷ Richtlijn 77/187 EEG en Richtlijn 98/50 EG zijn inmiddels ingetrokken en vervangen door een nieuwe doorlopende tekst Richtlijn 2001/23 EG van 12 maart 2001, L82/16.

³⁸ van Straalen p. 12.

In lid 1 kunnen de lidstaten ervoor kiezen om de artikelen 3 en 4 niet van toepassing te verklaren indien de overgang van de onderneming plaatsvindt in een faillissement. Deze keuzemogelijkheid bestaat niet wanneer de onderneming in surséance van betaling verkeert. De richtlijn is dan van toepassing.

In lid 2 wordt de aansprakelijkheid van de verkrijger beperkt tot de schulden van de vervreemder die na tijdstip van overgang opeisbaar worden, of schulden die na de inleiding van de insolventieprocedure opeisbaar worden. Deze beperking is alleen mogelijk indien de lidstaten de werknemers een bescherming bieden zoals voorgeschreven in richtlijn 80/987 EG. Tevens wordt een nieuwe mogelijkheid geboden aan de verkrijger en de vervreemder in overleg met organisaties van werknemers de arbeidsvoorwaarden te wijzigen indien dit nodig mocht zijn om de werkgelegenheid veilig te stellen.

Volgens lid 3 is de bovengenoemde wijziging van de arbeidsvoorwaarden ook mogelijk wanneer een onderneming in zwaar financieel weer terecht is gekomen, zonder dat er sprake is van faillissement. Echter om gebruik te kunnen maken van deze mogelijkheid moet de nationale wetgeving op 17 juli 1998 reeds een regeling kennen op grond waarvan kan worden vastgesteld dat een onderneming in ernstige financiële moeilijkheden verkeert. Aangezien een dergelijke regeling niet voorkomt in het Nederlandse recht, heeft deze bepaling voor Nederland dan ook geen betekenis.³⁹

Lid 4 legt een opdracht bij de lidstaten neer om de nodige maatregelen te treffen om misbruik van insolventieprocedures te voorkomen. Het gaat om insolventieprocedures die worden geopend met het doel de werknemers te beroven van de in de richtlijn bedoelde rechten. Het woord misbruik heeft derhalve een betekenis die beperkt is tot het ontduiken van de arbeidsrechtelijke bescherming.⁴⁰

3.2.2 Implementatie in de Faillissementswet

Naast de hierna te bespreken wijzigingen in de Faillissementswet zijn er naar aanleiding van richtlijn 98/50 EG nog enkele andere wijzigingen in het nationale recht aangebracht. Het betreft voornamelijk regels over terminologische kwesties, pensioenen en medezeggenschap deze wijzigingen zullen in dit kader verder onbesproken blijven. De Nederlandse wetgever heeft geen gebruik willen maken van de mogelijkheden die artikel 4bis lid 2 biedt. De wetgever heeft enkele wijzigingen voorgesteld in de Faillissementswet. Deze wijzigingen vloeien voort uit de opdracht van art 4bis lid 4 aan de lidstaten. Volgens de MvT gaan deze wijzigingen verder dan

³⁹ Heerma van Voss, p. 235 en van Straalen p. 105.

⁴⁰ Kamerstukken II 2000/01, 27469, nr. 3, p. 1-2.

datgene waartoe de richtlijn verplicht. De richtlijn verplicht maatregelen te nemen ter voorkoming van het ontduiken van arbeidsrechtelijke bescherming in geval van een overgang. Het zou niet goed te verdedigen zijn de bescherming niet uit te breiden tot situaties waarin geen overgang plaatsvindt, maar er wel een faillissement is.⁴¹ De wetgever stelde vier wijzigingen in de Faillissementswet voor. Ik zal deze wijzigingen hieronder opnoemen en tevens de motiveringen die hieraan ten grondslag liggen. In een volgend hoofdstuk zal ik de kritiek op- en het effect van deze artikelen aan de orde laten komen.

Het gaat om de volgende wijzigingen:

Aan artikel 5 en 72 Fw werd een tweede lid toegevoegd, art. 67 Fw werd gewijzigd en er werd een nieuw artikel 13a Fw ingevoegd. In art. 5 lid 2 Fw wordt een uitzondering gemaakt op het eerste lid. In geval van hoger beroep tegen de machtiging door de rechter-commissaris aan de curator tot opzegging van de arbeidsovereenkomst, is procesvertegenwoordiging niet verplicht. Een werknemer of zijn vertegenwoordiger kan zelf hoger beroep instellen. De motivering hiervoor is dat arbeidszaken buiten een faillissementssituatie in eerste aanleg aangebracht worden bij het kantongerecht en hier is evenmin procesvertegenwoordiging verplicht gesteld. Het wetsvoorstel ziet echter op een hoger beroep en niet op eerste aanleg, maar omdat het voor de werknemer de eerste gelegenheid is om op te komen tegen een beslissing, is er voldoende aanleiding deze situatie voor wat betreft procesvertegenwoordiging op één lijn te stellen met een zaak in eerste aanleg.⁴² Deze bepaling dient in samenhang te worden gelezen met de voorgestelde wijziging in art 67 Fw.

In lid 1 van dit artikel wordt omschreven dat van alle beschikkingen van de rechter-commissaris gedurende vijf dagen hoger beroep op de rechtbank mogelijk is. De beroepstermijn vangt aan vanaf de dag dat de beschikking is gegeven. In het tweede lid van art. 67 Fw wordt een uitzondering gemaakt. De termijn om hoger beroep in te stellen tegen een machtiging van de rechter-commissaris aan de curator tot opzegging van de arbeidsovereenkomst, vangt aan op de dag waarop de werknemer kennis heeft kunnen nemen van deze machtiging. Op de curator wordt de verplichting gelegd om de werknemer te wijzen op de mogelijkheid van hoger beroep, en op de termijn daarvan. Indien de curator dit nalaat kan de opzegging worden vernietigd. Het invoeren van de nietigheid geschiedt door een buitengerechtelijke verklaring aan de curator en kan worden gedaan gedurende veertien dagen, te rekenen vanaf de dag waarop de arbeidsovereenkomst is opgezegd. Deze wijziging is volgens de wetgever noodzakelijk omdat het anders mogelijk zou zijn dat de curator de arbeidsovereenkomst opzegt op een datum waarop de beroepstermijn reeds is verstreken. Ook is mogelijk dat de curator opzegt nadat reeds

⁴¹ Kamerstukken II 2000/01, 27469, nr. 3, p. 15.

⁴² Kamerstukken II 2000/01, 27469, nr. 3, p. 16.

enkele dagen zijn verstreken zodat de beroepstermijn in de praktijk te kort is voor de werknemer.⁴³

Art. 72 lid 1 Fw bepaalt dat het ontbreken van de machtiging van de rechter-commissaris geen invloed heeft op de geldigheid van de door de curator verrichte handelingen. De grond voor deze bepaling is gelegen in het feit dat van een schuldeiser niet verlangd kan worden dat deze steeds zelfstandig moet onderzoeken of er een machtiging is. In het toegevoegde lid 2 van dit artikel wordt een uitzondering gemaakt op deze regel voor wat betreft de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator zonder dat de vereiste machtiging is gegeven. De opzegging is vernietigbaar. Het invoeren van de nietigheid ervan geschiedt door een buitengerechtigde verklaring aan de curator, en kan worden gedaan gedurende vijf dagen, te rekenen vanaf de dag waarop de arbeidsovereenkomst is opgezegd. De beroepstermijn is vijf dagen, een langere termijn zou een vlotte afwikkeling van een faillissement teveel in de weg kunnen staan.⁴⁴

Artikel 13a Fw is ingevoegd omdat het aanvragen van een faillissement misbruik van bevoegdheid kan opleveren in de zin van artikel 3:13 BW. Dit is in de jurisprudentie te vinden in het arrest van 10 januari 1996 van het Hof den Haag (NJ 1997, 75). Indien een curator de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd en vervolgens de faillietverklaring wordt vernietigd heeft dit geen gevolgen voor de opzegging omdat artikel 13 Fw hieraan in de weg staat. In art. 13a Fw wordt een uitzondering gemaakt op art. 13 Fw. Aanvankelijk doelde men op een vernietiging van het faillissement dat is aangevraagd louter met het doel afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming. Wordt een faillissement om die reden vernietigd dan wordt de opzegging door de curator beheerst door de ontslagregels die gelden buiten faillissement. Later is de tekst van art 13a Fw gewijzigd en de gevolgen gelden nu bij elke vernietiging van het faillissement. Dus ook in gevallen dat er geen sprake hoeft te zijn van afbreuk doen aan arbeidsrechtelijke bescherming. Een werknemer zal bijvoorbeeld na een vernietiging van het faillissement schadevergoeding kunnen vorderen op grond van art. 7 : 677 BW omdat er onregelmatig is opgezegd en indien het ontslag kennelijk onredelijk is kan hij zich daarop beroepen. Ook bestaat de mogelijkheid om op grond van artikel 9 BBA de nietigheid van de opzegging in te roepen omdat deze zonder ontslagvergunning is geschied. Deze vergunning is in faillissement immers niet vereist op grond van art. 6 lid 2 sub c BBA. De opzegging is na vernietiging van het faillissement niet van rechtswege nietig.

⁴³ Kamerstukken II 2000/01, 27469, nr. 3, p. 18.

⁴⁴ Kamerstukken II 2000/01, 27469, nr. 3, p. 19.

Hoofdstuk 4

Misbruik van faillissement

4.1 Faillissement als bewuste keuze

Het is algemeen dat een ieder gehouden is om aangegane verplichtingen na te komen en wanneer dit wordt nagelaten zal de hierdoor ontstane schade moeten worden vergoed. Het faillissementsrecht maakt op deze regel een uitzondering. Het economisch verkeer is niet gebaat wanneer individuen en ondernemingen voor altijd in de ban worden gedaan na missers. Een faillissement is veelal een ongelukkige samenloop van omstandigheden. Het faillissementsrecht maakt het mogelijk dat er bewuste keuzes kunnen worden gemaakt. Een faillissement kan men als instrument gebruiken in het economisch verkeer door de voor- en nadelen ervan tegen elkaar af te wegen. In sommige gevallen kan het bewust aansturen op een faillissement een verstandige rationale keuze zijn. Echter ook is het mogelijk dat een faillissement onnodig wordt uitgelokt om andere belangen te dienen waarvoor het eigenlijk is bedoeld. Omdat in een faillissement de arbeidsrechtelijke bescherming minimaal is kan dit een argument zijn om het faillissement te gebruiken om overtollig personeel te doen afvloeien. Het is belangrijk dat een faillissement snel wordt afgewikkeld, daarom zal een curator de werknemers zo snel mogelijk willen ontslaan. Het ontslag van werknemers kan in faillissement op vrij gemakkelijke wijze.

Artikel 6 BBA is niet van toepassing en derhalve is geen vergunning van het CWI vereist.

Tevens gelden de bijzondere opzegverboden uit Boek 7 BW inzake ziekte, OR-lidmaatschap enz. niet tijdens faillissement. Bij het ontslag van werknemers hoeft de curator, anders dan bij een gewone reorganisatie, geen rekening te houden met de regels van anciënniteit en afspiegeling uit de Wet melding collectief ontslag. De opzegtermijnen worden maximaal op zes weken gesteld, terwijl deze buiten faillissement kunnen oplopen tot vier maanden.

Op grond van art. 7 : 666 BW speelt de Wet overgang van ondernemingen geen rol bij een overdracht van een failliete onderneming. Het personeel gaat niet automatisch over op de verkrijgende onderneming en indien wel werknemers worden overgenomen is de verkrijger in beginsel niet verplicht dezelfde arbeidsvoorwaarden te garanderen welke bij de failliet golden.

4.2 Criterium voor misbruik

4.2.1. Onderscheid tussen faillissementsfraude en misbruik van faillissement.

In het tweede rapport van het Hugo Sinzheimer Instituut (HSI) van de Universiteit van Amsterdam wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen faillissementsfraude en misbruik van faillissement.⁴⁵ Men spreekt van faillissementsfraude als sprake is van opzettelijk, wederrechtelijk handelen waardoor de schuldeisers van de failliet opzettelijk worden benadeeld. Fraude kan zich in verschillende vormen voordoen:

1. Een faillissement wordt volgens een vooropgezet plan uitgelokt met het oogmerk om crediteuren te benadelen. Bijvoorbeeld grote sommen geld blijven als niet betaalde schulden achter in het faillissement.
2. Na een reeds uitgesproken faillissement worden er op illegale wijze activa aan de boedel onttrokken om voordeel te behalen, men kan hierbij denken aan verduistering van activa of verkoop van activa onder de marktwaarde.⁴⁶

Van misbruik van faillissement is sprake wanneer het faillissement wordt gebruikt als middel tot oneigenlijke beëindiging van duurovereenkomsten, zoals arbeids-, huur- of lease-overeenkomsten. Oneigenlijk houdt in dat de verplichtingen die aan de duurovereenkomsten zijn verbonden, worden ontlopen doordat de onderneming het op een faillissement laat aankomen terwijl de financiële toestand van de failliet op het moment van de faillissementsaanvraag zodanig was dat deze kon voldoen aan de verplichtingen uit deze duurovereenkomsten zonder dat de continuïteit in gevaar was gekomen. Het bovenstaande is een herformulering door de onderzoekers van het HSI van het criterium van Oosthout⁴⁷ In gevallen waarin de financiële verplichtingen wél het voortbestaan van de onderneming in gevaar kunnen brengen, zal er bij een eventuele doorstart niet snel misbruik worden aangenomen.⁴⁸

4.3 Typen van faillissementen

Om de vraag te beantwoorden in hoeverre faillissementen oneigenlijk worden gebruikt is het zinvol om in het kort na te gaan welke typen van faillissement in de literatuur zoal worden onderscheiden. Het is natuurlijk niet zo dat elk faillissement strategisch wordt gebruikt.

⁴⁵ R. Knegt, A.M. Beukelman, J.R. Popma, P. van Willigenburg en I. Zaal, *Fraude en misbruik bij Faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en de mogelijkheden van bestrijding*, Amsterdam: HSI, 2005.

⁴⁶ Knegt e.a. 2005, p. 5.

⁴⁷ Oosthout 1998, p. 89.

⁴⁸ Knegt e.a. 2005, p. 5.

- In de eerste plaats kan de achtergrond van een faillissement liggen in de financiële situatie van de onderneming zonder dat er uitzicht is op voortzetting van de activiteiten. Soms wordt er nog een deel van de boedel verkocht, maar daar blijft het bij.
- Een tweede type faillissement dat kan worden onderscheiden is een overname waarbij de kopers niet afkomstig zijn uit de sfeer van de failliete onderneming en die met behulp van de overgenomen activa de activiteiten voortzetten.
- Het derde type is een faillissement gevolgd door een spontane doorstart. Er is sprake van doorstarten wanneer de eigendom en/of de leiding van de kopende onderneming in handen is van (rechts)personen welke reeds betrokken waren bij de gefailleerde onderneming.⁴⁹ Bij de spontane doorstart wordt pas nadat de onvermijdelijkheid van het faillissement duidelijk is geworden gezocht naar een manier om in afgeslankte vorm de bedrijfsactiviteiten voort te zetten. Het laten afvloeien van personeel is niet de eerste opzet, maar kan wel een gevolg zijn van de afslanking.
- Dan onderscheidt men nog het type van de zogenaamde voorbereide doorstart. In deze situatie is het faillissement een middel dat tactisch wordt ingezet om tijdig te zorgen dat de ondernemingsactiviteiten, ondanks de financiële problemen, kunnen worden gecontinueerd. Vooral bij een voorbereide doorstart wordt het faillissement gezien als een instrument om conflicten binnen een onderneming te beëindigen of om een bepaald deel van het personeel te laten afvloeien.

4.4 De omvang van het probleem van misbruik

Volgens een onderzoek van de Industriebond FNV in 1995 zouden faillissementen in toenemende mate worden gebruikt om op eenvoudige wijze van het overtollig personeel af te komen. Dit was voor de Tweede-Kamerleden Rosenmöller en Vreeman aanleiding vragen te stellen aan de ministers van Justitie, van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en van Economische Zaken.⁵⁰ In opdracht van het Ministerie van Justitie is het HSI belast met onderzoek in hoeverre er misbruik gemaakt wordt van faillissement. In 1996 resulteerde dit in een rapport "*Faillissementen en selectief ontslag*". Daartoe zijn 286 dossiers van faillissementen, hoofdzakelijk BV's met vijf of meer werknemers, onderzocht.⁵¹ In dit rapport gaat men ervan uit dat er sprake is van misbruik indien het faillissement wordt aangevraagd om een conflict binnen de onderneming te beëindigen, dan wel om arbeiders te doen afvloeien. Een conclusie uit dit onderzoek is dat in ten minste één op de vijf gevallen,

⁴⁹ van het Kaar en Knecht, NJB 1996, p. 1625; Beltzer en Knecht, JV 2000/2, p 47.

⁵⁰ Vragen Tweede Kamer, Vergaderjaar 1994/1995, nr. 987.

⁵¹ R. Knecht, Faillissementen en selectief ontslag: een onderzoek naar oneigenlijk gebruik van de Faillissementswet, Amsterdam: HSI, 1996.

waarin de onderneming na faillissement wordt voortgezet door dezelfde leidinggevendenden, het lozen van een deel van het personeel een belangrijke overweging is geweest en om die reden als oneigenlijk gebruik moet worden bestempeld.

Oosthout plaatst enkele kanttekeningen bij deze conclusie. Volgens hem gaan de onderzoekers van het HSI uit van een te beperkte definitie van het begrip oneigenlijk gebruik. Op de eerste plaats kan er ook sprake zijn van oneigenlijk gebruik indien buitenstaanders - niet de oude directie - bij de doorstart betrokken zijn. En er is pas sprake van oneigenlijk gebruik wanneer het lozen van personeel niet alleen een belangrijke, maar tevens de doorslaggevende reden is geweest om het faillissement aan te vragen.⁵² Tevens kwam uit het onderzoek naar voren dat het banenverlies als gevolg van faillissement bij rechtspersonen met vijf medewerkers of meer uitkwam op ruim 7100.⁵³ Dit rapport leert verder dat er geen aanwijzingen zijn te vinden dat faillissementen worden gebruikt voor selectief ontslag. Leeftijd of verzuim speelt nauwelijks een rol bij de selectie van personeel na faillissement.

Ook door Luttikhuis is in samenwerking met het Centraal Bureau voor de Statistiek (CBS) een cijfermatig onderzoek gedaan naar misbruik van faillissement. Dit onderzoek had betrekking op alle in 2004 beëindigde faillissementen van ondernemingen en instellingen en zou daarom representatiever zijn dan het onderzoek van het HSI uit 1996.⁵⁴ Volgens Luttikhuis hebben de onderzoekers van het HSI in hun vraagstelling een wezenlijk element buiten beschouwing gelaten, namelijk het verschil tussen een onderneming/werkgever die solvent is en die insolvent is. Door dit verschil niet in het onderzoek te betrekken is de conclusie ‘misbruik van faillissement’ daarom weinigzeggend en dienen de uitkomsten van dit rapport te worden gerelativeerd. Luttikhuis komt zelf uit op een aantal van 2392 werknemers dat betrokken is bij een mogelijk misbruik van faillissement.⁵⁵

Meer recent in 2005 werd het reeds eerder genoemde rapport “*Fraude en misbruik bij faillissement*” gepresenteerd. Naar aanleiding van dit onderzoek werden 868 rechtbankdossiers van in 2005 beëindigde faillissementen bestudeerd en werden diverse interviews gehouden met verschillende functionarissen die een rol hebben in de bestrijding van faillissementsfraude.

Uit het onderhavige dossieronderzoek naar faillissementen bleek dat bijna de helft van de failliete BV's één of meer werknemers in dienst had. Uitgaande van een gemiddelde van vijf werknemers per failliete rechtspersoon komen we uit op een aantal tussen 23700 en 28600

⁵² Oosthout 1998, p. 89.

⁵³ Knecht 1996, p. 48.

⁵⁴ Luttikhuis, TvI 2006/2, p. 6-7.

⁵⁵ Luttikhuis, TvI 2006/2, p. 19.

werknemers die jaarlijks te maken krijgen met faillissement. Blijkens het dossieronderzoek behoudt hiervan de helft zijn baan via een doorstart. Er kan worden geconstateerd dat zo'n 13 tot 14 duizend werknemers hun baan kwijt raken door faillissement. Wanneer dan gekeken wordt naar gevallen waarin volgens de dossiers een aanwijzing van wederrechtelijk handelen bestaat, dan ontstaat het vermoeden dat de helft van deze werknemers zijn baan kwijtraakt door dubieuze faillissementen.⁵⁶

In het dossieronderzoek is getracht na te gaan hoe vaak sprake is van misbruik van faillissement in de zin van het eerder aangehaalde criterium. Er werd uitgegaan van bepaalde indicatoren om inzicht te krijgen in de mate van misbruik. Men stelde zich de volgende vragen:

- Zijn de kosten van verplichtingen uit duurovereenkomsten mede reden geweest voor de aanvraag van het faillissement?
- Maakt de curator melding van de opvatting dat de rechtspersoon ook zonder faillissement tot beëindiging van de duurovereenkomsten had kunnen komen zonder dat het voortbestaan in gevaar was gekomen?
- Heeft de failliet korte tijd voor het faillissement geprobeerd personeel te ontslaan?
- Maakt de curator melding van plannen tot doorstart en, zo ja, bestonden deze plannen al voor of tijdens de faillissementsaanvraag?
- Hadden de gegadigden voor overname banden met de failliet?
- Wijkt de totale schuld van het faillissement af van andere faillissementen?⁵⁷

Nu is elk van deze vragen afzonderlijk nog geen reden om misbruik aan te nemen, maar met een combinatie van de verschillende vragen zou er wel een conclusie kunnen ontstaan dat er sprake is van misbruik. Bij een positieve beantwoording van de eerste twee vragen bleek dat er geen aanwijzingen voor misbruik waren te vinden. In slechts 5,5 procent van de dossiers is gebleken dat duurovereenkomsten reden waren voor het aanvragen van het faillissement. Slechts enkele bedrijven hadden geprobeerd vlak voor het faillissement personeel te ontslaan. Een vergelijking tussen de beide dossieronderzoeken leert dat het minder vaak dan in de jaren negentig van de vorige eeuw tot verkoop van (een deel van) de onderneming komt, maar de mate waarin sprake is van een doorstart is nauwelijks veranderd. In de dossiers waarin sprake is van een doorstart is iets vaker een poging ondernomen om personeel te ontslaan dan gemiddeld, echter het aantal waarnemingen is te gering om er conclusies aan te verbinden.⁵⁸ Het blijkt niet gemakkelijk om op basis van de informatie uit de dossiers tot de conclusie 'misbruik van faillissement' te komen.

⁵⁶ Knecht, Popma en Zaal, SMA 2006, p 87.

⁵⁷ Knecht e.a. 2005, p 71.

⁵⁸ Knecht e.a. 2005, p. 73-74.

Uit interviews met de curatoren blijkt evenzeer hoe lastig het is om misbruik aan te tonen. Sommige van de geïnterviewden oordeelden dat misbruik helemaal niet voorkomt. Slechts enkelen denken dat misbruik wel voorkomt. In hun opvatting wordt een doorstart in een technisch faillissement niet als misbruik ervaren omdat het Nederlands arbeidsrecht dwingt tot dergelijke faillissementen. Door de moeilijkheid om personeel buiten een faillissement te ontslaan, worden de ondernemers gedwongen om het faillissement als instrument voor de reorganisatie te gebruiken. Verder blijkt dat sommige curatoren blij zijn wanneer er reeds een doorstartplan klaar ligt. De curatoren die een afkeer hebben van deze voorgekookte doorstartplannen voelen zich vaak klem gezet. Om een doorstart succesvol te laten verlopen moet men snelle beslissingen nemen en de curator heeft vaak een achterstand op degenen die het voorgekookte plan hebben uitgedokterd. Indien een curator een verkeerde beslissing neemt kan hij aansprakelijk gesteld worden voor de door hem veroorzaakte tekorten in de boedel.⁵⁹

4.5 Het aantonen van misbruik in de jurisprudentie

Nu is gebleken dat het in de praktijk zeer moeilijk is om misbruik te aan te tonen lijkt het zinvol om eens te kijken welke regels en maatstaven de rechter hanteert bij de beantwoording van de vraag wanneer er sprake is van misbruik van faillissement. Ik zal deze aan de hand van enkele arresten trachten op een rij te zetten.

Uit het vonnis van de rechtbank Utrecht uit 1992 kan worden afgeleid dat de rechter niet snel geneigd is om misbruik aan te nemen.⁶⁰ In deze zaak was het faillissement voorbereid door personen die na het faillissement nauw betrokken bleven bij de onderneming. Er was zelfs toegegeven dat de overname tijdens het faillissement plaatsvond om het personeelsbestand op eenvoudige wijze te kunnen inkrimpen. De rechtbank zag hier echter geen reden om misbruik aan te nemen. In rechtsoverweging 6.6 concludeerde de rechtbank:

“Niet is gebleken dat het faillissement onnodig was en uitsluitend is uitgelokt om een van te voren reeds geplande overname van alle activa... in een faillissementsituatie haar beslag te kunnen laten krijgen met als enig (dan wel hoofd) doel aldus de ontslagbescherming van de werknemers te kunnen ontlopen.”

Het oordeel van de rechtbank is gegrond op het feit dat er sprake is van een reële faillissementssituatie. Dit wordt echter marginaal getoetst. Er wordt alleen gekeken of er sprake is van betalingsonmacht. Er zijn maar enkele gevallen bekend waarin de rechter misbruik van bevoegdheid tot het aanvragen van een faillissement aannam.

⁵⁹ Knecht e.a. 2005, p 75.

⁶⁰ Rb. Utrecht 9 december 1992, JAR 1993, p. 57.

Het Hof 's Gravenhage heeft in de zaak Ammerlaan een faillissementsaanvraag afgewezen omdat dit faillissement was aangevraagd met het vooropgezette doel om afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers.⁶¹ Na een mislukte poging een arbeidsovereenkomst te laten ontbinden ex artikel 7:685 BW door de kantonrechter werd het faillissement door de Diensten-BV (een onderdeel van Ammerlaan) zelf aangevraagd, met als doel de arbeidsovereenkomsten te kunnen opzeggen.

Rechtsoverweging 7 van het hof luidt:

“Onder deze omstandigheden levert de onderhavige faillissementsaanvraag misbruik van bevoegdheid op en moet derhalve deze aanvraag met vernietiging van de beide vonnissen van de rechtbank, alsnog worden afgewezen. De vraag of geïntimeerde verkeert in een toestand van te hebben opgehouden te betalen kan daarbij in het midden blijven.”

De mening van annotator Kortmann is dat er alleen tot misbruik van bevoegdheid kan worden geconcludeerd wanneer het faillissement *met geen ander doel* is aangevraagd dan afbreuk doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming. Volgens hem gaat het Hof hieraan voorbij. Naast het ontduiken van de ontslagbescherming kunnen er andere gegronde redenen zijn om het faillissement aan te vragen. Is dat het geval, dan is er geen reden om misbruik van bevoegdheid aan te nemen. Misbruik van bevoegdheid komt aan de orde in artikel 3:13 BW.

Lid 2 luidt:

Een bevoegdheid kan onder meer worden misbruikt door haar uit te oefenen met geen ander doel dan een ander te schaden of met een ander doel dan waarvoor zij is verleend of in geval men, in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen.

Volgens Lennarts en van Straalen was er in de zaak Ammerlaan sprake van détournement de pouvoir: de mogelijkheid om het faillissement aan te vragen werd gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij was verleend.⁶² Wat in deze zaak uiteindelijk de doorslag gaf was het feit dat de Diensten-BV de stelling van de werknemers dat het faillissement was misbruikt niet voldoende gemotiveerd had betwist. Tevens speelde mee dat door Diensten-BV het eigen faillissement werd aangevraagd drie dagen na de beslissing van de kantonrechter om de zaak van de ontbindingsverzoeken aan te houden.

De zaak Multi-Terminals Waalhaven is een ander spaarzaam geval waarin misbruik werd aangenomen.⁶³ Dit betreft een procedure in drie instanties. Volgens de rechtbank staat de

⁶¹ Hof 's Gravenhage 10 januari 1996, JOR 1996, 16.

⁶² Lennarts en van Straalen, TVVS 1997, p. 2.

⁶³ HR 29 juni 2001, JOR 2001/169.

faillissementsaanvraag in direct verband met de arbeidsrechtelijke bescherming van de overgebleven werknemers. *De mogelijkheid om het faillissement aan te vragen is gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij is verleend.* Het Hof overweegt dat het ontslag het enige gevolg is geweest van de faillietverklaring en dat van een andere reden voor de aangifte niet is gebleken.

Ook in het arrest Toonder Facilitair BV⁶⁴ concludeerde de rechtbank tot misbruik omdat het faillissement was aangevraagd *met het uitsluitende doel* om te ontkomen aan de arbeidsrechtelijke bescherming voor de enige medewerker van een werkmaatschappij. De enige schulden op de balans hadden op deze werknemer betrekking. Volgens de rechtbank was de werkmaatschappij feitelijk niet te onderscheiden van de moedermaatschappij.

Sinds de zaak Toonder Facilitair BV tot misbruik van bevoegdheid heeft geleid zijn er maar weinig uitspraken over dit onderwerp geweest. Slechts in het geval Digicolor BV (ook wel De Boek/Van Gorp) kwam de rechter nog tot de conclusie dat er sprake is van misbruik.⁶⁵ De reden hiervoor is gelegen in het feit dat de bevoegdheid het eigen faillissement aan te vragen is uitgeoefend voor een ander doel dan waarvoor zij is verleend. Het vooropgezette doel is doorstarten zonder de enige werknemer Van Gorp. Kort daarvoor had De Boek beweerd geen toekomst meer te zien in de onderneming Digicolor.

Wil de rechter concluderen tot misbruik van faillissement dan moet afbreuk doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers het enige- of het vooropgezette doel zijn van de faillissementsaanvraag. De bewijslast is voor werknemers zeer moeilijk, zo niet onmogelijk. Vaak is terugbrengen van het personeelsbestand niet de enige reden om een faillissement aan te vragen. Tevens is veelal sprake van betalingsonmacht. Bovendien een ondernemer met de (kwali)jke bedoeling op gemakkelijke wijze personeel te lozen zal behoedzaam te werk gaan en zich eerst kunnen laten adviseren door een deskundige. Deze zal kunnen aansturen op een andere legitieme reden, naast de werkelijke, voor de faillissementsaanvraag.

Alleen wanneer de werkelijke bedoeling om personeel te lozen openlijk wordt toegegeven of dat duidelijk is dat dit het enige dan wel het vooropgezette doel is geweest zal de rechter tot misbruik van bevoegdheid kunnen concluderen.

Ik ontleen aan het overzicht van misbruik-jurisprudentie van Schaink en Smolders nog enkele conclusies:⁶⁶ Misbruik zal niet snel worden aangenomen naar aanleiding van handelen of

⁶⁴ Rb. Amsterdam 6 februari 2002, JOR 2002/90.

⁶⁵ HR 28 mei 2004, JOR 2004/216.

⁶⁶ Schaink en Smolders, Arbeidsrecht 2005/3, p. 15-25.

nalaten van een moedermaatschappij. Er is niet snel sprake van vereenzelviging met een dochtermaatschappij en de moedermaatschappij is vrij om het concern te reorganiseren.⁶⁷ Van een moedermaatschappij kan niet gevergd worden om blijvend geld in een verliesgevende dochter te storten. Intenties om werkgelegenheid voor overige werknemers te behouden is tegenbewijs voor aannemen van misbruik.⁶⁸ Pogingen voorafgaand aan het faillissement om de onderneming te redden zijn een bewijs van goede trouw.⁶⁹

4.6 Conclusie

Van misbruik van faillissement valt nauwelijks melding te maken.

Dit ligt voor een deel aan het voor misbruik gehanteerde criterium dat alleen ziet op de failliete rechtspersoon en de recente financiële ontwikkelingen. In de praktijk is het zeer moeilijk om een goed oordeel te vellen over de (in)solventie van een onderneming. Het komt voor dat ruim van te voren een deel van het personeel dat een onderneming niet geschikt acht om mee over te gaan, wordt ondergebracht in een aparte BV waarvan enige tijd later het faillissement wordt aangevraagd. Het kan zijn dat het faillissement de bedoeling is. De BV is dan onderdeel van een sterfhuisconstructie. Ook hier is het moeilijk te bewijzen dat deze aparte BV's zijn opgezet om personeel te lozen. Er kan ook voor een zo'n aparte personeels-BV worden gekozen zonder de bedoeling om de rechten van de werknemers te ondermijnen.⁷⁰

Tevens blijkt uit interviews dat curatoren het faillissement in vrijwel alle gevallen als de enige uitweg zien. Zij vinden een technisch faillissement over het algemeen een legitiem middel om tot een bedrijfseconomisch noodzakelijke reorganisatie te komen. Volgens de dossiers zijn de lasten van duurovereenkomsten sporadisch een reden om een faillissement aan te vragen. Vaak zijn er tegelijkertijd zulke hoge schulden dat misbruik niet kan worden aangenomen. In 104 gevallen (12 procent) van de onderzochte gevallen is sprake van een doorstart en in slechts 23 gevallen bestonden er vóór het faillissement plannen voor die doorstart. Wel blijkt dat de gevonden aantallen met betrekking tot een doorstart in het recente onderzoek een stuk lager liggen dan in het onderzoek uit 1996. Dit zou voor een deel kunnen worden verklaard vanwege een gewijzigde economische situatie. De noodzaak om personeel te lozen was kennelijk in die periode groter dan in de periode na de eeuwwisseling. Uit het onderzoek van Lutikhuis blijkt dat de uitkomsten van het HSI mogelijk nog aan de hoge kant zijn.

⁶⁷ Rb. Rotterdam 31 mei 2002, JAR 2002/150 en Hof 's Gravenhage 9 juli 2002, JAR 2002/204.

⁶⁸ Rb.'s Gravenhage 3 juni 2004, JOR 2004/217.

⁶⁹ Hof 's Hertogenbosch 23 januari 2003, LJN AF3327.

⁷⁰ Knecht e.a. 2005 p. 77.

Uit de bekende jurisprudentie blijkt dat ook de rechter niet snel geneigd is om misbruik van faillissement aan te nemen. Slechts in enkele zeer uitzonderlijke (krasse) gevallen komt hij tot dit oordeel. Duidelijk is dat de kans om een faillissement te doen vernietigen wegens misbruik voor de ontslagen werknemers niet groot is.

Hoofdstuk 5

Effecten van de implementatie van Richtlijn 98/50 EG⁷¹ in de Faillissementswet

5.1 Inleiding

Er zijn inmiddels enkele jaren verstreken sedert de wet tot uitvoering van Richtlijn 2001/23 EG op 1 juli 2002 in werking trad. In dit hoofdstuk zal ik de problemen en effecten bespreken die het gevolg zijn van de invulling van de Nederlandse wetgever aan de verplichting uit artikel 5 lid 4 van de richtlijn. Deze invulling bestaat uit de reeds in hoofdstuk 3 besproken aanpassingen in de Faillissementswet. Deze aanpassingen kunnen grofweg worden onderscheiden in:

- Het vergroten van de mogelijkheden om de machtiging van de rechter-commissaris aan de curator tot opzegging van arbeidsovereenkomsten aan te tasten.
- Het herleven van de normale arbeidsrechtelijke bescherming na een vernietiging van een faillissement.

Eerst zal ik kijken waar de knelpunten liggen bij toepassing van de artikelen 67 lid 2 Fw en 72 lid 2 Fw en daarna enkele kritieken op deze artikelen bespreken mede op grond van enkele opgedane praktijkervaringen. Daarna zal ik uitvoeriger ingaan op het nieuwe art. 13a Fw te beginnen met een stukje parlementaire geschiedenis van dit artikel en hoe dit uiteindelijk leidde tot het in de wet neergelegde resultaat. Ik zal tevens ingaan op de discussie die is ontstaan over de rechten van werknemers wanneer zij erin zouden slagen het faillissement te doen vernietigen na overgang van de onderneming en de kansen daarna hun rechten in de praktijk geldend te maken.

5.2 Effecten van de artikelen 67 en 72 Faillissementswet

Art. 72 lid 2 Fw bepaalt dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst, zonder dat de rechter-commissaris daarvoor machtiging heeft gegeven, vernietigbaar is. De werknemer moet binnen vijf dagen na de opzegging de nietigheid ervan inroepen. De curator is in zo'n geval persoonlijk aansprakelijk jegens de werknemer en de gefailleerde, maar dit stelt eigenlijk niets voor.

⁷¹ Inmiddels is richtlijn 2001/23 EG tot stand gekomen die de tekst van de richtlijnen 77/187 EEG en 98/50 EG opnieuw vaststelt.

Op grond van art. 67 lid 2 Fw dient de curator de werknemer te wijzen op de mogelijkheid beroep in te stellen tegen de machtiging en op de geldende beroepstermijn. Laat hij dit na dan heeft de werknemer in dit geval de mogelijkheid om binnen veertien dagen na de opzegging van de arbeidsovereenkomst de nietigheid van deze opzegging in te roepen. Er zijn vragen gesteld vanuit de Eerste Kamer hoe een werknemer kan weten of de voor hem geldende termijn voor het inroepen van de nietigheid van de opzegging vijf (geen machtiging) of veertien dagen (geen mededeling van de beroepsmogelijkheid) bedraagt. Het antwoord van de regering was dat een werknemer ervan uit dient te gaan dat een machtiging ontbreekt indien hij hiervan niet in kennis wordt gesteld. Dit betekent dat de werknemer binnen vijf dagen na de opzegging de nietigheid daarvan zal moeten inroepen.⁷²

Wanneer een machtiging wordt vernietigd, dan is sprake van een opzegging zonder machtiging die derhalve vernietigbaar is. Omdat een beroep op de nietigheid van de opzegging binnen vijf dagen na de opzegging moet worden gedaan, doet een werknemer die beroep aantekent tegen de machtiging er verstandig aan om tegelijkertijd de nietigheid van de opzegging in te roepen.⁷³

Er zou verwarring kunnen optreden bij toepassing van deze artikelen wanneer de curator rare dingen doet. Loesberg geeft een voorbeeld van een curator die wel melding maakt van de machtiging, maar deze achteraf niet blijkt te hebben. Mag de werknemer nu uitgaan een geldige machtiging en uitgaan van een termijn van veertien dagen omdat alleen de mededeling van de mogelijkheid van beroep ontbreekt? Volgens Loesberg moet de werknemer zich binnen vijf dagen de nietigheid van de opzegging inroepen omdat er geen sprake is van een geldige machtiging. Daarnaast heeft hij de mogelijkheid om de curator privé aansprakelijk te stellen.⁷⁴ De beroepstermijn van vijf dagen is volgens sommige critici te kort. Het instellen van beroep vergt een bovengemiddeld alerte werknemer.⁷⁵

Loesberg ziet wel iets in deze artikelen vanuit het oogpunt van rechtsbescherming. Hij verwacht dat er veelvuldig beroep ingesteld zal worden tegen de machtiging. In de praktijk is het verkrijgen van een machtiging 'een wassen neus'. De rechters-commissarissen zullen nu gedwongen worden zorgvuldiger na te gaan of de machtiging wel moet worden verleend. In de voorgestelde wijziging ziet hij een kans dat de Hoge Raad een nieuwe norm zal formuleren voor het wel of niet afgeven van de machtiging. Van een marginale toetsing naar een meer integrale toetsing.⁷⁶

⁷² Kamerstukken I 2001/02, 27469, nr. 163, p. 11.

⁷³ Loesberg, JOR-plus 2002, p. 58.

⁷⁴ Loesberg, JOR-plus 2002, p. 59.

⁷⁵ Verstijlen, NJB 2004, p. 944.

⁷⁶ Loesberg, TvI 2001/5, p. 159.

Echter na enige tijd bleek deze wijziging van de Faillissementswet al tot enkele averechtse effecten te leiden. De wijziging bleek aanleiding tot het invoeren van een generieke machtiging in enkele arrondissementen.⁷⁷ Weliswaar zijn deze regelingen kort daarna weer ingetrokken, maar de achterliggende reden voor totstandkoming ervan was dat een machtiging nagenoeg in alle gevallen wordt verleend. Door zo'n generieke machtiging valt het toezicht van de rechter-commissaris op de curator weg, hetgeen een uitholling van de rechten van de werknemer betekent. Ook Verstijlen⁷⁸ vindt dat er nieuwe criteria voor de rechter-commissaris moeten komen om te toetsen of de machtiging kan worden verleend. Het vergroten van de mogelijkheden van beroep heeft weinig zin wanneer de toets dezelfde blijft. Deze toets is: *worden met het voorgenomen ontslag alle aan de curator toevertrouwde belangen naar behoren gediend?* Het antwoord hierop is nagenoeg altijd bevestigend. De curator behartigt in de eerste plaats het belang van de boedel. Het onmiddellijke ontslag komt de boedel ten goede omdat hierdoor boedelkosten worden bespaard. Bovendien wanneer een curator niet tot ontslag overgaat is hij veelal toch niet in staat om de loonverplichtingen te voldoen. De werknemer komt in dienst van een werkgever (curator) die zijn loon niet kan betalen. Op grond van de bovengenoemde feiten is het niet verlenen of het vernietigen van de machtiging in het algemeen vrij zinloos.

Het lijkt erop dat deze nieuwe artikelen weinig zullen verbeteren aan de rechtspositie van de werknemers. De processuele mogelijkheden van art 67 en 72 Fw dwalen af van de opdracht om werknemers te beschermen tegen misbruik van faillissement bij overgang van een onderneming. Deze regels zijn meer van belang voor de curatoren om goed te letten op de juiste procedures rondom de machtiging en mededelingen daaromtrent.⁷⁹ Bij een faillissement is het mijns inziens in beginsel te rechtvaardigen dat de curator snel tot ontslag overgaat omdat anders de boedelschulden snel oplopen. Stel dat een werknemer erin slaagt om de nietigheid van de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst in te roepen dan is hij achteraf in dienst gebleven bij een failliete werkgever die meestal niet in staat zal zijn om zijn loon te betalen. Het UWV zal in dit geval niets voor hem kunnen betekenen.⁸⁰ En op welke gronden kan een werknemer een machtiging van de rechter-commissaris aantasten? Hij zal behoorlijk juridisch geschoold moeten zijn om te weten op welke gronden hij een dergelijke machtiging kan vernietigen binnen een periode van enkele dagen.

⁷⁷ De arrondissementen Groningen en Almelo.

⁷⁸ Verstijlen, NJB 2004, p. 944.

⁷⁹ In gelijke zin Schaink, Arbeidsrecht 2002/6/7, p. 36.

⁸⁰ In dit geval rest een werknemer niet veel anders dan opnieuw het faillissement aan te vragen omdat anders het gevaar bestaat dat de loonvorderingen te hoog oplopen.

5.3 Invoering van artikel 13a Faillissementswet

Wanneer een faillissement in een beroepsprocedure ex art 10 of 11 Fw werd vernietigd, dan kregen de inmiddels opgezegde werknemers te maken met het bepaalde in art 13 Fw.

Art 13 Fw lid 1 luidt:

Indien ten gevolge van verzet, hoger beroep of cassatie de faillietverklaring wordt vernietigd, blijven niettemin geldig en verbindend voor de schuldenaar de handelingen, door de curator verricht vóór of op de dag, waarop aan het voorschrift tot aankondiging overeenkomstig artikel 15 is voldaan.

Reeds door de curator verrichte handelingen - zoals gedane opzeggingen van de arbeidsovereenkomsten - konden niet worden teruggedraaid. Dat werd de opgezegde werknemers duidelijk in de reeds besproken zaak Ammerlaan. Het faillissement werd vernietigd wegens misbruik. Ammerlaan werd weliswaar persoonlijk aansprakelijk gesteld jegens de werknemers, maar hun baan kregen ze niet terug.

In het arrest Punte/ISA⁸¹ werd het standpunt verdedigd dat art. 13 Fw slechts ertoe strekt derden met of jegens wie de curator rechtshandelingen heeft verricht, te beschermen. Het artikel zou er niet aan in de weg staan dat een derde die door een eenzijdige rechtshandeling door de curator is benadeeld, en dan in het bijzonder een ontslagen werknemer, de ongeldigheid van die rechtshandeling inroept. Echter reeds in 1928 heeft de Hoge Raad⁸² overwogen dat alle handelingen door de curator gedaan, na de vernietiging van het faillissement, bindend zijn. De gedane opzeggingen van de arbeidsovereenkomsten waren hiervan niet uitgezonderd. Het blijkt dat de lagere rechtspraak en de literatuur zich aan dit standpunt van de Hoge Raad geconformeerd hebben. Ook de wetgever heeft deze oude uitspraak naar de letter uitgelegd. Dit blijkt uit de MvT op het hierna te bespreken art. 13a Fw.⁸³

“Indien de curator de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd, en vervolgens wordt de faillietverklaring vernietigd, blijft onder het huidige recht de opzegging door de curator in stand, op grond van artikel 13 Fw. Indien het faillissement wordt vernietigd, juist op grond dat afbreuk is gedaan aan de arbeidsrechtelijke bescherming, is dit een ongewenste situatie.”

Dit brengt met zich mee dat ook anderen erop mogen vertrouwen dat deze uitleg de juiste is. In de literatuur is men in het algemeen van mening dat opzeggingen van arbeidsovereenkomsten geldig blijven na vernietiging van een faillissement. Slechts in gevallen van misbruik van faillissement zou een geslaagd beroep op herstel van de dienstbetrekking tot de mogelijkheden

⁸¹ HR 6 december 2002, NJ 2003, 140.

⁸² HR 16 februari 1928, NJ 1928, 887.

⁸³ Kamerstukken II, 2000/01, 27469, nr. 3, blz. 16.

moeten behoren. De mogelijkheid om een aanvankelijk gefailleerde onderneming succesvol voort te zetten is duidelijk groter als er geen twijfel bestaat over de geldigheid van de door de curator verrichte handelingen. Dit alles bracht met zich mee dat er onvoldoende argumenten zijn om art.13 Fw beperkter uit te leggen, in die zin dat het alleen dan geldt wanneer een derde (werknemer) tegen de nadelige gevolgen van de vernietiging van het faillissement dient te worden beschermd.

In de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel 27469 werd duidelijk waarom de regering er niet voor koos om de regeling voor overgang van ondernemingen (opnieuw) van toepassing te verklaren in een faillissementssituatie. Volgens de minister van Justitie zou zulks in de praktijk betekenen dat een doorstart onmogelijk wordt gemaakt.⁸⁴ De minister stelt:

“In dat geval zouden werknemers namelijk al hun rechten moeten behouden, indien de onderneming waarin zij werkzaam zijn overgaat door verkoop door de curator. Het ontslag van de werknemers is uitgesloten, ook indien een deel van de onderneming door verkoop kan worden gered. De richtlijn verplicht niet tot toepassing van de regels voor het behoud van rechten in een faillissementssituatie. Deze omstandigheid en het feit dat toepassing ervan funest is voor de doorstart van een failliete onderneming, maken dat er niet voor die toepassing is gekozen”.

Dit alles neemt niet weg dat er wel degelijk met de belangen van de werknemers rekening moet worden gehouden. De regering was van mening dat er een uitzondering op art.13 Fw in het leven moest worden geroepen. Er werd besloten tot de invoering van een nieuw art.13a in de Faillissementswet. De oorspronkelijk tekst van dit artikel luidde:

Indien de faillietverklaring wordt vernietigd op de grond dat het faillissement is aangevraagd met het oogmerk afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer, wordt de opzegging van een arbeidsovereenkomst door een curator, in afwijking van artikel 13, eerste lid, met terugwerkende kracht beheerst door de wettelijke of overeengekomen regels die van toepassing zijn buiten faillissement, met dien verstande dat de termijnen, bedoeld in artikel 683 leden 1 en 2 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en in artikel 9, derde lid, van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, aanvangen op het tijdstip waarop het faillissement wordt vernietigd.

Een amendement van de kamerleden Santi en Weekers heeft de tekst van deze nieuwe bepaling aanmerkelijk verruimd, zodat zij nu ook geldt wanneer er geen sprake is van misbruik van bevoegdheid een faillissement aan te vragen. Volgens Santi was een dergelijke wijziging op zijn plaats om te vermijden dat een door de curator ontslagen werknemer in een betere positie zou verkeren in het geval de bevoegdheid het faillissement aan te vragen werd misbruikt, dan in het geval wanneer het faillissement rechtmatig zou zijn aangevraagd.⁸⁵

⁸⁴ Handelingen II 2000/01, p. 4286.

⁸⁵ Handelingen II 2000/01, p. 4288.

Dit amendement werd door de regering ontraden. Het standpunt van de minister van Justitie was dat dit amendement inbreuk maakte op een algemeen geldende regel in het faillissementsrecht dat derden gebonden zijn aan het handelen van de curator, ook indien het faillissement in een later stadium wordt vernietigd. De regel dat iedereen gebonden is aan handelingen van een curator, is een algemene regel om te voorkomen dat partijen het vertrouwen in handelingen van een curator verliezen. Wanneer handelingen worden teruggedraaid door een vernietiging van het faillissement, komt dit het vertrouwen niet ten goede.⁸⁶

Ook in de literatuur is dit amendement bekritiseerd.

Loman stelt dat te verwachten valt dat werknemers meer dan voorheen verzet ex art. 10 Fw en een beroep op misbruik van faillissement zullen doen. Een werknemer kan dus voor twee ankers gaan liggen om het faillissement te laten vernietigen. Dit leidt tot meer onzekerheid omdat een potentiële koper niet goed kan overzien op welke gronden een faillissement nog kan worden vernietigd. Het zal er voor een curator niet makkelijker op worden om een doorstart te realiseren. Het gegeven dat kopers van de failliete onderneming kunnen worden geconfronteerd met aanspraken van de eerder door de curator ontslagen werknemers zal spoedig tot een nieuw faillissement kunnen leiden, waardoor er uiteindelijk meer mensen op straat komen te staan.⁸⁷ In gelijke zin Verstijlen.⁸⁸ Desondanks werd het amendement, zonder een inhoudelijk parlementair debat hierover, door een kamermeerderheid aanvaard. Het lijkt erop dat de wetgever onvoldoende aandacht heeft voor dit onderwerp.

De gewijzigde tekst van art. 13a Fw luidt:

Indien de faillietverklaring wordt vernietigd wordt de opzegging van een arbeidsovereenkomst door een curator, in afwijking van artikel 13, eerste lid, met terugwerkende kracht beheerst door de wettelijke of overeengekomen regels die van toepassing zijn buiten faillissement, met dien verstande dat de termijnen, bedoeld in artikel 683 leden 1 en 2 van boek 7 van het Burgerlijk Wetboek en in artikel 9, derde lid, van het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945, aanvangen op het tijdstip waarop het faillissement wordt vernietigd.

5.4 De gevolgen voor de werknemer na vernietiging van het faillissement

Welke rechten heeft een werknemer wanneer de opzegging van de arbeidsovereenkomst door de curator na vernietiging van het faillissement beheerst wordt door de regels die gelden buiten faillissement? Een werknemer zal de opzegging kunnen aanvechten omdat er achteraf gezien ten

⁸⁶ Handelingen II 2000/01, p. 4880.

⁸⁷ Loman, *Arbeidsrecht* 2002/4, p. 36.

⁸⁸ Verstijlen, *NJB* 2001, p. 1514.

onrechte geen toestemming van het CWI op grond van art. 6 BBA is gevraagd. Meestal zal de door de curator in acht te nemen opzegtermijn op grond van art. 40 Fw korter zijn dan de buiten faillissement geldende opzegtermijn. De werknemer kan zich dan beroepen op de onregelmatigheid van het ontslag en kan op grond van art. 7 : 677 lid 2 en 4 jo. art 7 : 680 BW een volledige of gefixeerde schadevergoeding eisen. Een dergelijk beroep zal een werknemer willen instellen als hij inmiddels ander werk heeft gevonden. Wanneer hij (nog) geen ander werk heeft en hij zich op onregelmatigheid van ontslag wil beroepen, dan moet hij tevens de nietigheid van de opzegging inroepen, want anders is hij verwijtbaar werkloos en loopt zijn WW-uitkering gevaar. Op grond van art. 7 : 681 BW is een beroep op kennelijke onredelijkheid van ontslag mogelijk. Het verbod van art. 7 : 670 lid 8 BW geldt ook weer en op grond van art. 7 : 677 lid 5 BW kan de werknemer binnen twee maanden na de opzegging de nietigheid hiervan inroepen. Het beroep geschiedt door een kennisgeving aan de werkgever. Indien de opzegging tijdens faillissement plaatsvindt, geschiedt deze kennisgeving aan de curator. Wanneer het ontslag is gegeven na de faillietverklaring blijft een door de curator gedane opzegging met betrekking tot een sociaal plan in stand. Heeft daarentegen het ontslag voor de faillietverklaring plaatsgevonden, dan kan een vordering met betrekking tot een sociaal plan ter verificatie worden ingediend.⁸⁹ De wetgever gaat ervan uit dat de werknemers na vernietiging van faillissement van rechtswege in dienst komen bij de verkrijger van de onderneming.⁹⁰ Na de vernietiging van het faillissement geldt het in art 7 : 666 BW bepaalde op de overgang van onderneming niet meer en de artikelen 6 : 662 - 665 BW zijn van toepassing.

Dit laatste niet onbelangrijke punt wordt in de literatuur door Loesberg betwijfeld.⁹¹ Hij is er niet van overtuigd of de richtlijn van toepassing is na vernietiging van faillissement. In de zaak Abels heeft het Hof van Justitie van de EG uitgemaakt dat de richtlijn niet van toepassing is bij overgang van ondernemingen die plaatsvinden in een faillissementssituatie. Een van de argumenten daarvoor was gelegen in het feit dat “een ernstig risico van een tegen de sociale doelstellingen van het Verdrag ingaande algemene verslechtering van de levens- en arbeidsomstandigheden van de werknemers niet valt uit te sluiten,” wanneer de richtlijn tijdens faillissement wel van toepassing zou zijn. Wanneer de richtlijn nu na een vernietiging van het faillissement wel van toepassing zou zijn dan zou dat eveneens een ernstig risico van een verslechtering van de arbeids- en levensomstandigheden van de werknemers met zich mee kunnen brengen. De vraag of na een vernietiging van het faillissement met terugwerkende kracht de artikelen 7 : 662-665 BW wel op de overgang van toepassing zullen zijn, is een vraag die door de rechter zal moeten worden beantwoord.

⁸⁹ HR 12 januari 1990, NJ 1990, 662.

⁹⁰ Kamerstukken I 2001/02, 27469, nr. 163, p. 9.

⁹¹ Loesberg, JOR-plus 2002, p. 65 en TvI 2001/5, p. 159.

Loman is het niet eens met het standpunt van Loesberg.

Het standpunt is niet verenigbaar met het uitgangspunt dat de arbeidsrechtelijke bescherming niet mag worden omzeild in geval van een overgang van onderneming. De bescherming heeft nu juist betrekking op het behoud van rechten bij een overgang.⁹²

Wanneer de regels van de normale arbeidsrechtelijke bescherming opnieuw van toepassing worden na een vernietiging van het faillissement, dan zal dat in de praktijk betekenen dat de werknemer (weer) in dienst komt bij een werkgever welke veelal niet in staat is om de lonen en de verschuldigde schadevergoedingen te betalen. Dit temeer omdat het in Nederland de praktijk is dat een faillissementsaanvraag zo lang mogelijk wordt uitgesteld met het gevolg dat er nog minder boedelopbrengst is dan in een eerder stadium.⁹³ Echter alleen indien de onderneming voor de vernietiging van het faillissement is overgedragen zou art 13a Fw een adequate bescherming kunnen bieden. Deze situatie zal zich niet snel voordoen omdat een potentiële koper er voor zal waken om een onderneming met werknemers over te nemen terwijl er nog rechtsmiddelen kunnen worden ingesteld. Een onderneming is onverkoopbaar indien er een beroep is ingesteld om het faillissement te vernietigen.⁹⁴ Een koper zal kunnen bedingen dat de koopovereenkomst zal worden ontbonden indien hij alsnog wordt geconfronteerd met reeds eerder opgezegde werknemers. Op die manier zou met de vernietiging van het faillissement ook hier sprake zijn van een averechtse werking van art. 13a Fw.

5. 5 Conclusie

De wijzigingen welke de Nederlandse wetgever heeft doorgevoerd in de Faillissementswet hebben nog niet geleid tot veel positieve reacties. Wat betreft de processuele artikelen om de machtiging van de rechter-commissaris aan te tasten en de opzegging van de arbeidsovereenkomst te vernietigen lijkt het erop dat deze niet veel bijdragen aan een verbetering van de rechtspositie van de werknemers. Deze artikelen zien niet specifiek op misbruik van faillissement en overgang van onderneming. Theoretisch gezien zouden er zelfs enkele verwarrende situaties kunnen ontstaan over de beroepstermijnen wanneer een curator geen juiste mededelingen zou doen omtrent de machtiging. De beroepstermijnen zijn kort. In de praktijk was in sommige arrondissementen zelfs (tijdelijk) sprake van een generieke machtiging, dit betekende eerder een verslechtering van de rechtspositie. De toetsing voor het wel of niet afgeven van de machtiging door de rechter-commissaris is marginaal. De machtiging wordt nagenoeg altijd verleend. Wanneer er nieuwe criteria voor het wel of niet afgeven voor de

⁹² Loman, *Arbeidsrecht* 2002/4, p. 35.

⁹³ Aerts, *TvI* 2006/6, p. 1.

⁹⁴ Verstijlen, *NJB* 2004, p. 945.

machtiging zouden worden geformuleerd bestaat de kans dat er een strengere toetsing zal ontstaan. Misschien dat er dan ook meer naar de belangen van de werknemer zal worden gekeken. Echter gelet op de belangen die de curator heeft te behartigen zal een ontslag veelal noodzakelijk zijn omdat anders een mogelijke doorstart gevaar kan lopen.

Ook artikel 13a Fw heeft na bijna vijf jaar weinig positief nieuws gebracht.

Door de wijziging van de oorspronkelijke tekst zal elke vernietiging van het faillissement kunnen leiden tot een herleving van de ontslagregels zoals die gelden buiten faillissement. Voor een werknemer is het gezien de bewijslast nagenoeg onmogelijk om een faillissement vernietigd te krijgen wegens misbruik van bevoegdheid het faillissement aan te vragen. Maar ook wanneer een werknemer er wel in mocht slagen om een faillissement vernietigd te krijgen op een andere grond zal hem dat weinig soelaas bieden, omdat hij dan weer in dienst komt bij een werkgever welke heeft opgehouden te betalen. Slechts in het geval de onderneming is overgedragen voor de vernietiging zal de werknemer zich erop kunnen beroepen in dienst getreden te zijn bij de verkrijger. Deze situatie zal zich niet snel voordoen, want een potentiële koper zal zich ervan willen vergewissen dat er geen rechtsmiddelen meer openstaan voordat hij tot een besluit komt. Ook bestaat de mogelijkheid dat hij zich op een ontbindende voorwaarde zal willen beroepen, mocht hij alsnog geconfronteerd worden met de reeds opgezegde werknemers. Het ziet ernaar uit dat er weinig is verbeterd ten opzichte van de situatie in de jaren tachtig van de vorige eeuw. Ook nu lijkt er weer sprake te zijn van een averechtse werking omdat een onderneming moeilijker verkoopbaar is zolang er rechtsmiddelen openstaan. De wetgever had er verstandiger aan gedaan om een andere weg te bewandelen.

Hoofdstuk 6

Over de positie van werknemers in faillissement

6.1 Arbeidsrechtelijke positie van de werknemers na een faillissement

We kunnen stellen dat het met de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers in een faillissementssituatie pover gesteld is. Dit geldt met name voor de ontslagen werknemers, maar ook voor de werknemers die na het faillissement wel worden overgenomen houdt het niet over. Hieronder zal ik in het kort de positie schetsen waarin de ontslagen- en de overgenomen werknemers terechtkomen na faillissement.

6.1.1 De ontslagen werknemers

Voor de ontslagen werknemers is de loongarantie, thans geregeld in de artikelen 61-68 WW, de belangrijkste regeling. De regeling voorziet in:

- betaling achterstallig loon over 13 weken voor het faillissement
- betaling loon over de opzegtermijn
- uitbetaling vakantiegeld en vakantiebijslag over het jaar onmiddellijk voorafgaande aan het tijdstip waarop de geldende termijn van opzegging eindigt.
- betaling pensioenpremies aan derden over het jaar onmiddellijk voorafgaande aan het tijdstip waarop de geldende opzegtermijn eindigt.

De regeling kent geen bovengrens, anders dan de WW-uitkering die wel aan een maximum gebonden is. Naast loon komen ook door de werknemer gemaakte kosten, die met het dienstverband samenhangen, voor vergoeding in aanmerking. Echter alleen indien deze kosten gezien worden als loonbestanddelen en kunnen worden toegerekend aan de 13 weken voor het faillissement en de opzegtermijn.⁹⁵ Een beëindigingsvergoeding of een vergoeding voor kennelijk onredelijk ontslag en eventuele gouden handdrukken vallen niet onder de loongantieregeling. De werknemer kan deze vorderingen ter verificatie indienen. Voor alle in geld waardeerbare vorderingen die hij op grond van de arbeidsovereenkomst bij zijn werkgever zou kunnen indienen kan hij bij de curator een beroep doen op de preferentie van art. 3 : 288 BW. Echter dit levert hem meestal niets op want er zijn crediteuren met een hogere preferentie, met name de fiscus en het UWV.

⁹⁵ Schaik en Smolders, Arbeidsrecht 2005/3, p. 15-25.

Werknemers die worden ontslagen in een faillissementssituatie verliezen niet alleen hun werk, maar worden soms ook nog beperkt in hun mogelijkheden om een andere betrekking te aanvaarden omdat ze kunnen worden gehouden aan een concurrentiebeding.

Het is aan de curator om de belangen van de boedel af te wegen tegenover de belangen van de werknemer. Aerts pleit in het algemeen voor voorrang van de belangen van de werknemer.

Handhaving van het concurrentiebeding is alleen dan te rechtvaardigen indien de boedel ernstige schade lijdt indien de werknemer niet gehouden is aan het concurrentiebeding.⁹⁶

Een wetsvoorstel tot wijziging van titel 7:10 van het BW, waarin werd voorgesteld om het concurrentiebeding te laten vervallen bij faillissement, is onlangs door de Eerste Kamer verworpen.

6.1.2 De overgenomen werknemers

De werknemers die wel worden overgenomen worden vaak min of meer gedwongen om in dienst te treden bij een werkgever die zij niet zelf hebben uitgekozen. Indien zij niet akkoord gaan met de overgang vervalt hun recht op WW-uitkering. Zij zijn dan verwijtbaar werkloos. Omdat de artikelen 7 : 662 - 665 BW niet van toepassing zijn gaan de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de oude arbeidsovereenkomst niet van rechtswege mee over op de verkrijger. Het resultaat is dat er in beginsel nieuwe arbeidsvoorwaarden kunnen worden afgesproken tussen de overnemer en de werknemer met mogelijk nadelige gevolgen voor de laatste. Verder zijn er nog onduidelijkheden met betrekking tot een ontbindingsvergoeding. Het is nog maar de vraag of de dienstjaren voor het faillissement ook meetellen bij het bepalen van het aantal gewogen dienstjaren (de A-factor) in de landelijke kantonrechttersformule.⁹⁷ De kantonrechter te Alphen a/d Rijn heeft onlangs bepaald dat de dienstjaren in de pre-faillissementsperiode niet meetellen voor het bepalen van de A-factor.⁹⁸ Vervolgens compenseerde de kantonrechter dit door meer gewicht aan de correctiefactor (C-factor) toe te kennen in verband met de bijzondere omstandigheden van het geval. Door de vrijheid die de kantonrechtters is gegeven om de vergoeding naar billijkheid te bepalen hoeft het niet altijd nadelig te zijn voor de werknemers.⁹⁹

Het opvolgend werkgeverschap kan ook gevolgen hebben voor het bepalen van de opzegtermijn. In het kort komt het probleem neer op de vraag of een opzegtermijn moet worden berekend vanaf de eerste of de laatste arbeidsovereenkomst. Hierover is nog geen duidelijkheid, maar het zou kunnen dat de opzegtermijn korter uitvalt voor een overgenomen werknemer. Het wachten is op een uitspraak van de rechter.

⁹⁶ Aerts, TvI 2006/6, p. 1-5.

⁹⁷ Bakels 1997, p. 139-140.

⁹⁸ Ktr. Alphen a/d/ Rijn 10 oktober 2006, JAR 2006/269.

⁹⁹ Willems, Arbeidsrecht 2007/2, p. 1-5.

6.2 Enkele aangedragen alternatieven om de positie van de werknemers te verbeteren

In de literatuur zijn enige oplossingen aangedragen om de positie van de werknemers te verbeteren.¹⁰⁰ Het blijkt dat in de ons omringende landen de bescherming van werknemers in en buiten faillissement meer in evenwicht is. Concreet kan men denken aan:

- Verlenging van de opzegtermijn van zes weken. Dit is te billijken omdat de opzegtermijnen in de Faillissementswet al in meer dan een eeuw niet zijn veranderd, terwijl de wettelijke opzegtermijnen buiten faillissement al verschillende malen zijn aangepast.
- Toekenning van een hogere preferentie aan de loonvorderingen van voor het faillissement zodanig dat deze voorrang hebben op de preferentie van de fiscus en het UWV. Echter veel kans zal de werknemer, ondanks deze hoge preferentie, niet maken bij de curator. De loongarantieregeling biedt hem meer zekerheid.
- Beperkte toepassing van de Wet overgang van ondernemingen. De ondernemer houdt de vrijheid om werknemers wel of niet mee over te nemen, maar als de werknemers overgaan dan behouden ze hun rechten uit de oude arbeidsovereenkomst.
- Een betere toetsing door de rechter. De rechter toetst nu marginaal of een aanvrager van faillissement in een toestand van betalingsonmacht verkeert. Er heeft geen verder onderzoek plaats naar specifieke omstandigheden. Een betere toetsing zou een alternatief zijn om misbruik tegen te gaan. De rechter kan bijvoorbeeld een beter beeld krijgen in hoeverre een faillissement is aangevraagd om duurovereenkomsten te kunnen beëindigen.
- Veranderingen in de rol van de curator. In het *Maclou*-arrest van Hoge Raad kwam naar voren dat de curator niet alleen de belangen van crediteuren moet behartigen, maar onder bepaalde omstandigheden ook zwaarwegende maatschappelijke belangen.¹⁰¹ Behoud van werkgelegenheid is een zwaarwegend belang en kan onder omstandigheden het belang van een individuele crediteur opzij zetten. Echter een curator mag niet het belang van de gezamenlijke schuldeisers ondergeschikt maken aan de belangen van de werknemers. Wanneer curatoren in de toekomst meer rekening moeten houden met de belangen van werknemers lijkt het zinvol dat de wetgever hiervoor duidelijke criteria in het leven roept.

De recente ontwikkelingen rondom het opvolgend werkgeverschap op grond van artikel 7 : 668a lid 2 BW heb ik nog niet besproken. Biedt de recente uitspraak van de Hoge Raad over het

¹⁰⁰ R. Knecht, I. Zaal en R. Popma, SMA 2006/3, p. 88-91.

¹⁰¹ HR 19 april 1996, NJ 1996, 727.

opvolgend werkgeverschap in faillissement mogelijkheden om de positie van de overgenomen werknemers in faillissement te verbeteren?

6.3 Opvolgend werkgeverschap na faillissement

Aan het einde van de vorige eeuw maakten werkgevers veelvuldig gebruik van de zogenaamde 'draaideurconstructie'. In het kort kwam deze constructie erop neer dat een werknemer voor dezelfde werkzaamheden afwisselend voor een bepaalde tijd werkzaam was bij de feitelijke werkgever en daarna voor een periode van meer dan 31 dagen bij een uitzendbureau. Op deze manier was het mogelijk om bepaalde ontslagbepalingen te ontduiken. De werknemer kreeg op deze manier nooit een contract voor onbepaalde tijd. De Hoge Raad heeft in de jaren negentig van de vorige eeuw aan deze constructie een einde gemaakt. Een van de overwegingen van de Hoge Raad was dat aan de werknemer een redelijke ontslagbescherming niet mag worden ontnomen als daarvoor geen objectieve rechtvaardigingsgrond bestaat.¹⁰² Dit is in grote lijnen de aanleiding geweest om aan het einde van de jaren negentig van de vorige eeuw de Wet Flexibiliteit en Zekerheid in te voeren. De essentie van deze wet is neergelegd in artikel 7 : 668a BW. Lid 1 en 2 van dit artikel luiden:

1. Vanaf de dag dat tussen dezelfde partijen:

- a. arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd en een periode van 36 maanden, deze tussenpozen inbegrepen hebben overschreden, geldt met ingang van die dag de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd.
- b. meer dan 3 voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van niet meer dan drie maanden, geldt de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd.

2. Lid 1 is van overeenkomstige toepassing op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn.

In de lagere rechtspraak werd verschillend geoordeeld over de vraag of art. 7 : 668a BW ook van toepassing is bij opvolgende werkgevers na een faillissement.¹⁰³

De Hoge Raad heeft in het arrest *Boekenvoordeel/Isik* deze vraag bevestigend beantwoord.¹⁰⁴

De bij een failliet verklaarde werkgever opgebouwde keten van arbeidsovereenkomsten na opzegging door de curator loopt door indien men bij een doorstarter in dienst treedt. Dit is enkel

¹⁰² Bouwens, SMA 2007/3, p. 101.

¹⁰³ Ktr. Nijmegen 28 februari 2003, JAR 2003/270; Ktr. 's Hertogenbosch 12 december 2004, JOR 2004/281; Ktr. Groningen 14 juli 2005, JOR 2005/255.

¹⁰⁴ HR 14 juli 2006, JAR 2006/190.

het geval indien de failliete werkgever en de doorstartende werkgever ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs moeten worden geacht elkanders opvolger te zijn.

De Hoge Raad in Rechtsoverweging 3.3:

Anders dan ingevolge art. 7 : 666 BW het geval is met art. 7 : 663 BW, is van art. 7 : 668a BW de toepasselijkheid niet uitgesloten in geval van faillissement. De toepassing van art. 7 : 668a lid 2 BW in het onderhavige geval volgt ook uit de strekking van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid, waarbij deze bepaling is ingevoerd.

En in rechtsoverweging 3.4.2:

Toepassing van art. 7 : 668a lid 2 BW is naar tekst en strekking van die bepaling niet beperkt tot gevallen waarin opvolging van werknemers wordt misbruikt bij de hantering van tijdelijke arbeidsovereenkomsten zoals de draaideurconstructie. Aan de in het tweede lid van art. 7 : 668a BW voorgeschreven overeenkomstige toepassing van de in het eerste lid bepaalde omzetting in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, staat in een geval als het onderhavige niet in de weg dat de curator de arbeidsovereenkomst regelmatig heeft opgezegd. Concreet betekent deze laatste zin dat een rechtsgeldige opzegging door de curator de bedoelde keten van art 7 : 668a BW niet verbreekt. Dit in tegenstelling tot art. 7 : 667 lid 4 en 5 BW, de zogenaamde *Ragetlie*-regel,¹⁰⁵ waarin een rechtsgeldige opzegging of een ontbinding door de rechter de keten wel verbreekt.

Consequenties van deze uitspraak

De opvolgend werkgever dient zich ervan bewust te zijn dat er in sommige gevallen, ondanks de bedoeling om na het faillissement een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan te gaan, er sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Er zijn enkele verschillende situaties te onderscheiden:

- Voor het faillissement heeft een werknemer nog maar één arbeidsovereenkomst gehad. Het is mogelijk dat de werknemer, die wordt overgenomen, in dezelfde functie nog tweemaal een contract voor bepaalde tijd kan worden aangeboden. Echter de totale termijn, van voor- en na faillissement, moet wel onder de 36 maanden blijven.
- Voor het faillissement heeft de werknemer al twee maal een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gehad. In dit geval kan hem na overname voor dezelfde functie nog éénmaal een

¹⁰⁵ HR 4 april 1986, NJ 1986, 678.

contract voor bepaalde tijd worden aangeboden. Ook nu weer moet de totale termijn, van voor en na faillissement, onder de 36 maanden blijven.

- De werknemer heeft voor faillissement reeds drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gehad. Wanneer deze werknemer wordt overgenomen dan geldt voor dezelfde functie van rechtswege een contract voor onbepaalde tijd.

- Voor werknemers die worden overgenomen en voor het faillissement langer dan 36 maanden voor onbepaalde tijd bij de failliet in dienst zijn geweest, geldt na overname voor dezelfde functie van rechtswege een contract voor onbepaalde tijd.

De Kantonrechter Groningen overwoog dat de verkrijger vrijelijk een keuze kan maken uit het personeelsbestand. Als hij vervolgens een werknemer in dienst neemt dan behoort die werknemer zich te kunnen beroepen op het gehele pakket van oude arbeidsvoorwaarden.¹⁰⁶ Volgens A.G. Timmerman in zijn conclusie bij het arrest *Boekenvoordeel/Isik* zou hiermee bedoeld worden dat de werknemers niet beroofd kunnen worden van hun arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Zij hoeven niet ineens een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd te accepteren. Artikel 7 : 668a BW zou slechts betrekking hebben op de vraag of er sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of voor onbepaalde tijd en niet op de inhoud ervan. De inhoud van de arbeidsvoorwaarden kan de verkrijger dus vrij overeenkomen. Nu de Hoge Raad expliciet heeft aangegeven dat de arbeidsovereenkomsten voor het faillissement meetellen bij de keten voor omzetting van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, is het waarschijnlijk dat ook bij de berekening van de ontbindingsvergoeding in de toekomst de arbeidstijd voor het faillissement ook meetelt.

6.4 Invloed van het arrest Boekenvoordeel op de positie van de werknemers na overname in faillissement

Door het arrest van de Hoge Raad is er een discussie opgelaaid over de voor en nadelen van toepassing van de ketenregeling na een faillissement. Er wordt aan de ene kant betwijfeld of met de bovengenoemde uitspraak van de Hoge Raad de positie van de werknemers zal verbeteren. De toepassing van de keten ex. art. 7 : 668a lid 2 BW bij overgang na faillissement zou contra-productief kunnen zijn. Degene die de onderneming overneemt zal alleen interesse hebben in werknemers die minder dan 36 maanden bij de failliet en eventuele rechtsvoorgangers in dienst

¹⁰⁶ Ktr. Groningen 14 juli 2005, JOR 2005/255.

zijn geweest.¹⁰⁷ Een opvolgend werkgever blijft vrij in de selectie van over te nemen werknemers en zal terughoudend zijn om werknemers over te nemen welke van rechtswege direct een contract voor onbepaalde tijd zullen hebben. Hij zal eerst afwachten of de doorstart levensvatbaar zal zijn.¹⁰⁸ Het gevaar bestaat dat werknemers van de failliet met de langste dienstverbanden buiten de boot zullen vallen omdat juist zij vaak direct na de overname van rechtswege een contract voor onbepaalde tijd zullen hebben. Vaak betreft dit oude en ervaren werknemers die normaliter de meeste ontslagbescherming genieten. Dit alles wordt nog versterkt door het eventuele meetellen van de oude dienstjaren voor het faillissement voor de berekening van de ontslagvergoeding. Het kan zijn dat de verkrijger in een bijzonder geval de deskundigheid en ervaring niet kan missen bij de doorstart, maar bij functies die weinig specifieke kennis en ervaring vereisen zal de verkrijger zeer terughoudend zijn bij het aanbieden van een arbeidsovereenkomst aan de werknemers van de failliet.¹⁰⁹ Kennis en ervaring gaan verloren, dit heeft wellicht weer een averechtse werking voor het besluit tot een doorstart.

Anderen daarentegen hebben minder moeite met de toepassing van art. 7 : 668a BW bij overname na faillissement. Volgens Aerts moet een curator bij de verkrijger altijd de oude arbeidsvoorwaarden bedingen.¹¹⁰ Al dan niet met verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 14 juli 2006. Hij acht dit aanvaardbaar omdat in de praktijk de overnemer in de regel bekend zal zijn met de over te nemen werknemers, hij kan over uitvoerige informatie uit personeelsdossiers beschikken. Veelal gaat het om dezelfde werkzaamheden en vaardigheden. Kennis van de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemers kan dan doorgaans in redelijkheid worden toegerekend aan de nieuwe werkgever. In gelijke zin Bouwens.¹¹¹ Er is daarom geen aanleiding om art. 7 : 668a lid2 BW na faillissement buiten toepassing te laten. Wel moet de werkingssfeer van deze bepaling beperkt zijn tot situaties waarin de opvolgend werkgever voldoende inzicht in de kwaliteiten van de over te nemen werknemer heeft. Een doorstarter met banden met de gefailleerde onderneming zal de ketenregeling van art 7 : 668a BW eerder moeten respecteren dan bijvoorbeeld een willekeurige derde die de onderneming overneemt.

Verwacht Aerts echter niet te veel van de curator? De primaire taak van de curator is immers het verkrijgen van een zo hoog mogelijke opbrengst voor de gezamenlijke crediteuren.

In enkele arresten heeft de Hoge Raad bepaald dat een curator nadrukkelijk rekening kan houden met belangen van maatschappelijke aard zoals continuïteit van de onderneming en

¹⁰⁷ Zie Loesberg, noot onder Ktr. Groningen 14 juli 2005, JOR 2005/255.

¹⁰⁸ Van Westhreenen en De Lange, Arbeidsrecht 2006/4, p. 3-6.

¹⁰⁹ Willems, Arbeidsrecht 2007/2, p. 1-5.

¹¹⁰ Aerts, TvI 2006/6, p. 1-5.

¹¹¹ Bouwens, SMA 2007/3, p. 106

werkgelegenheid.¹¹² En in het *Maclou*-arrest voegt de Hoge Raad hieraan toe dat het belang van werkgelegenheid voorrang kan hebben op de belangen van individuele schuldeisers.¹¹³ Niet gezegd kan worden dat het belang van de werkgelegenheid voor de belangen van de gezamenlijke schuldeisers gaat. In de regel is de curator gehouden het meest gunstige bod te accepteren voor de gezamenlijke schuldeisers. Wanneer de curator de oude (dure) arbeidsvoorwaarden opdringt aan de verkrijger zal deze een lagere verkoopprijs willen bedingen en in het uiterste geval komt de hele transactie op het spel te staan. Nu in het arrest *Boekenvoordeel/Isik* niet kan worden gelezen dat de oude arbeidsvoorwaarden onverkort mee overgaan op de verkrijger, zal men een curator niet kunnen verplichten om de oude arbeidsvoorwaarden te bedingen. Een werknemer moet maar afwachten of de curator zich hiervoor wil inspannen. Veel zal afhangen van de omstandigheden van het geval en de instelling van de curator. Volgens mij is het voorstel van Aerts te vrijblijvend. Het zou mijns inziens wel een kans verdienen, maar dan zal de wetgever eerst met concrete regels op dit terrein moeten komen.

6.5 Voorstel

Net als de discussie van enkele decennia geleden over wel of niet toepassen van de WOO in faillissement, constateer ik dat er ook nu weer een discussie ontstaat over de voor- en nadelen over het wel of niet toepassen van art 7 : 668a BW na faillissement. Volgens mij biedt de toepassing van de ketenregeling ex art 7 : 668a BW een mogelijkheid om de positie van de werknemers, welke worden overgenomen na een faillissement, enigszins te versterken. Dit zal ik nader motiveren in een voorstel. Eerst zal ik ingaan op de aangehaalde argumenten om art. 7 : 668a BW uit te sluiten na faillissement.

De voornaamste bezwaren van de tegenstanders tegen de toepassing van de ketenregeling van art. 7 : 668a BW na faillissement komen neer op het buiten de boot vallen van oude en ervaren werknemers. Deze werknemers hebben vaak direct van rechtswege een contract voor onbepaalde tijd, indien zij worden overgenomen. Een overnemer zal eerder geneigd zijn om personeel van buiten aan te trekken. Op deze manier zal de toepassing van de ketenregeling na faillissement (opnieuw) een soort anti-werkgelegenheidswetgeving kunnen zijn. Echter bij de discussie over wel of niet toepassen van de WOO in faillissement werden de overnemers geconfronteerd met overtollig personeel en speelde het probleem van de aansprakelijkheid voor de achterstallige schulden van de failliet jegens de werknemers. Het viel niet te ontkennen dat dit factoren waren die een overname in de weg stonden. De bezwaren van de tegenstanders in de

¹¹² HR 12 mei 1989, NJ 1990, 130 en HR 24 februari 1995, NJ 1996,472.

¹¹³ HR 19 april 1996, HJ 1996, 727.

huidige discussie vind ik minder overtuigend. Ik zie niet goed in waarom een overnemer ineens wel enthousiast zou zijn om oude ervaren werknemers mee over te nemen wanneer artikel 7 : 668a BW uitgesloten zou zijn na faillissement. Het kan toch niet de bedoeling zijn om deze ervaren werknemers wel één of enkele contracten voor bepaalde tijd aan te bieden om de nieuwe onderneming op gang te helpen en daarna definitief de laan uit te sturen. Hiermee beweer ik niet dat de tegenstanders van toepassing van de ketenregeling na faillissement een dergelijke praktijk toejuichen, maar niet valt te ontkennen dat deze vorm van misbruik op de loer ligt. Een werkgever die het niet aandurft om oude en ervaren werknemers mee over te nemen kan zulks voorkomen door het recht van vrije selectie. Het wel of niet van toepassing zijn van art 7 : 668a BW na faillissement is volgens mij niet de beslissende factor voor het feit dat oude en ervaren werknemers buiten de boot kunnen vallen. Mijns inziens hangt de levensvatbaarheid van de overname niet af van het feit dat het personeel een contract voor bepaalde- of onbepaalde tijd heeft. Wanneer een doorstart na enige tijd niet levensvatbaar blijkt te zijn dan is het waarschijnlijk dat er opnieuw een faillissement wordt aangevraagd. In dat geval maakt het niet veel uit of het personeel een contract voor bepaalde- of onbepaalde tijd heeft. Het personeel zal worden opgezegd door de curator en voor eventuele hoge ontslagvergoedingen is in de regel geen geld. Wanneer art. 7 : 668a BW in faillissement wordt uitgesloten dan zal er niet veel veranderen in de positie van de werknemers. Wat is dan het alternatief? Moeten we in dat geval voortborduren op de huidige regeling? Volgens mij zou het aan te raden zijn dat de wetgever zich opnieuw buigt over dit vraagstuk, alleen al omdat het met de regelgeving op dit terrein pover is gesteld.

Misschien is het zinvol om het volgende voorstel eens nader te bekijken.

Het uitgangspunt van het voorstel is dat de verkrijger bij een overname na faillissement vrijheid van selectie houdt met betrekking tot de over te nemen werknemers. Echter wanneer de werknemers worden overgenomen dan is artikel 7 : 668a BW van toepassing zodat de arbeidsovereenkomsten voor het faillissement meewegen bij de beoordeling of van rechtswege een contract voor bepaalde- of onbepaalde tijd heeft te gelden. Tevens moet de overgenomen werknemer zich kunnen beroepen op hetzelfde pakket arbeidsvoorwaarden zoals dat gold bij de oude werkgever. Om aan de opgeworpen bezwaren tegen toepassing van art. 7 : 668a BW in faillissement tegemoet te komen kunnen we dit vervolgens nuanceren in die zin dat het bovengenoemde in beginsel alleen geldt voor een opvolgend werkgever na een overgang in faillissement in situaties waarin aan hem de door de oude werkgever verkregen ervaringen met de werknemer in redelijkheid kunnen worden toegerekend. Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn wanneer het bij zowel de opvolgend- als de oude werkgever gaat om dezelfde werkzaamheden en vaardigheden en er tevens nauwe banden bestaan tussen de oude- en opvolgend werkgever zodanig dat de opvolgend werkgever de overgenomen werknemers reeds kent of behoort te

kennen. Het bovenstaande is overeenkomstig de maatstaven die de Hoge Raad hanteert bij het wel of niet mogen aangaan van een proeftijdbeding. In het arrest van 24 oktober 1986¹¹⁴ over een proeftijdbeding overwoog de Hoge Raad bij de beoordeling van het ingestelde cassatiemiddel als volgt:

“Niet alleen wanneer tussen dezelfde pp. een nieuwe arbeidsovereenkomst in onmiddellijke aansluiting op de vorige wordt gesloten, maar ook wanneer door de werknemer een arbeidsovereenkomst wordt gesloten met een werkgever die redelijkerwijs geacht moet worden ten aanzien van de verrichte arbeid de opvolger van de vorige werkgever te zijn, kan het bedingen van een proeftijd onder omstandigheden zozeer ongerechtvaardigd zijn dat nietigheid van het proeftijdbeding daaruit volgt. Dat laatste zal in de regel het geval zijn indien enerzijds de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst, 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.”

Wanneer er nu gezien de feitelijke omstandigheden sprake is van dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden bij de opvolgende werkgever en wanneer er tevens nauwe banden bestaan tussen de oude- en nieuwe werkgever zal de opvolgend werkgever de keten van artikel 7 : 668a BW moeten respecteren en kan de overgenomen werknemer zich beroepen op zijn oude arbeidsvoorwaarden. Het bovenstaande zal bijvoorbeeld het geval zijn indien voor en na de overname dezelfde personen als bestuurder optreden. Ook wanneer de onderneming na een faillissement wordt overgenomen door een derde acht ik het in sommige gevallen denkbaar dat de door de oude werkgever verkregen inzichten in de werknemer toerekenbaar zijn aan deze derde. De mogelijkheid bestaat immers dat er in het geval van misbruik van faillissement een stroman naar voren wordt geschoven die zich voordoet als willekeurige derde. De banden tussen de oude- en opvolgend werkgever zijn dan latent aanwezig. Echter wanneer er geen nauwe banden met de oude werkgever kunnen worden aangetoond, zal in beginsel de ketenregeling niet van toepassing zijn en kunnen nieuwe arbeidsvoorwaarden worden overeengekomen. Ook in het geval het gaat om dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden. Dit laatste is te rechtvaardigen omdat aan de opvolgend werkgever en de overgenomen werknemers tijd moet worden gegund om elkaar te leren kennen en te kijken of de partijen bij elkaar passen. Het zal dus allemaal afhangen van de feitelijke omstandigheden van het geval of de door de oude werkgever verkregen inzichten in de werknemer in redelijkheid aan zijn opvolger kunnen

¹¹⁴ HR 24 oktober 1986, NJ 1987, 293.

worden toegerekend. Is dit niet het geval dan is artikel 7 : 668a BW niet onverkort van toepassing en begint de ketenopbouw opnieuw. Tevens kunnen nu nieuwe arbeidsvoorwaarden worden overeengekomen. Echter met dien verstande dat dit laatste afhankelijk zal zijn van de geldende CAO. Bij een overname in faillissement waarbij geen sprake is van misbruik van faillissement zal een willekeurige derde, die de onderneming wil overnemen, er mijns inziens in beginsel niet van hoeven uit te gaan dat de verkregen inzichten van de oude werkgever in de werknemer hem in redelijkheid kunnen worden toegerekend. Hierover zou een discussie kunnen ontstaan tussen hem en de over te nemen werknemer. Waarbij de belangen van de werknemer in de regel behartigd zullen worden door de curator en werknemersorganisaties. Naar mijn mening lijkt met het in de praktijk brengen van een dergelijk voorstel het gevaar van misbruik van faillissement aardig geneutraliseerd. Er is een eerlijke kans overgebleven om een overgang op een goede manier te laten slagen. Door de vrijheid van selectie zal dit potentiële overnemers niet belemmeren.¹¹⁵ Het woord is weer aan de wetgever.

¹¹⁵ In gelijke zin Knegt, Zaal en Popma, SMA 2006/3 p. 89.

Hoofdstuk 7

Conclusie

Richtlijn 77/187 EEG

De Nederlandse wetgever heeft door implementatie van richtlijn 77/187 EEG de Wet overgang van ondernemingen (WOO) in het leven geroepen. Deze wet trad in 1981, ruim twee jaar te laat, in werking. Er ontstond een levendige discussie toen bleek dat de WOO ook van toepassing was in faillissement en surseance van betaling. De wetgever had niet voldoende oog gehad voor de eventuele consequenties bij toepassing van de WOO in faillissement. Een mogelijke oorzaak daarvan werd gezien in de conjunctuur in de jaren zeventig van de vorige eeuw welke geen aanleiding gaf om daarover door te denken. De overname van failliete ondernemingen stuitte op problemen. Een verkrijger kreeg vaak te maken met overtollig personeel en tevens was hij aansprakelijk voor de oude schulden van de vervreemder jegens de werknemers. Weliswaar nam de bedrijfsvereniging deze laatste verplichting voor haar rekening, maar op grond van artikel 66 WW (art. 42e WW oud) kon deze regres nemen op de verkrijger. Het gevolg was dat een overname geen doorgang vond omdat een overnemer de bovengenoemde onzekerheden in de prijs wou verdisconteren waardoor het veelal aantrekkelijker werd om de activa afzonderlijk te verkopen en de hele onderneming te liquideren. Het uiteindelijke resultaat was dan dat alle werknemers van de failliet op straat kwamen te staan. Onbepaalde toepassing van de WOO in faillissement werkte in het nadeel van de werknemers.

De invloed van de zaak Abels op het nationale recht

Aanvankelijk was de wetgever er nog niet van doordrongen dat de WOO moest worden aangepast en deze bleef daarom onbepaald van toepassing in faillissement. Echter er was geen eensgezindheid over dit standpunt en in het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw maakte de regering een ommekeer en was voornemens om de artikelen 1639aa e.v. (oud) van de WOO aan te passen. Hiervoor werd advies ingewonnen bij de SER, maar het standpunt van SER was verdeeld over het wel of niet van toepassing zijn in faillissement. Een circulaire uit 1983 aan de directeuren van de Gewestelijke Arbeidsbureau's, waarin werd gepleit voor buiten toepassing laten van de WOO in faillissement, was voor de FNV aanleiding om een kort geding tegen de staat aan te spannen. De president van de Haagse rechtbank verzocht aan het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen een prejudiciële beslissing over de uitleg van de richtlijn 77/187. Enkele maanden daarvoor had de Raad van Beroep te Zwolle in de zaak Abels reeds een prejudiciële vraag voorgelegd aan het Hof. (Het Hof kreeg enkele vragen te beantwoorden.) De voornaamste vraag was of de richtlijn tot toepassing verplichtte bij een

overname in faillissement en surseance van betaling. Het antwoord van het Hof was dat de richtlijn hiertoe niet verplichtte bij een overname in een faillissementssituatie en wanneer dit wel het geval zou zijn de richtlijn dat uitdrukkelijk had moeten bepalen. De richtlijn blijft wel van toepassing in geval van surseance van betaling. Na deze uitspraak bepaalde de Hoge Raad in 1987 dat de WOO niet (meer) van toepassing was in faillissement. En in 1997 is dit gecodificeerd in artikel 7 : 666 BW.

Richtlijn 98/50 EG

De Europese wetgever onderkende de problemen die spelen bij de overdracht van failliete ondernemingen en daarom vond men het wenselijk om in de richtlijn uitdrukkelijk te bepalen dat deze toepassing mist bij een overgang in een faillissementssituatie. Dit was de voornaamste reden om richtlijn 77/187 EEG te herzien en in 1998 kwam tot stand de richtlijn 98/50 EG.

De essentie van deze richtlijn is gelegen in artikel 4bis (later artikel 5).

Op grond van lid 1 van dit artikel kunnen de lidstaten kiezen om de WOO niet van toepassing te verklaren indien de overgang plaatsvindt in faillissement. De richtlijn verplicht wel tot toepassing van de WOO bij surseance van betaling. In lid 2 wordt de aansprakelijkheid van de overnemer beperkt tot de schulden van de vervreemder die na de overgang of na inleiding van de insolventieprocedure opeisbaar worden. Een nieuwe mogelijkheid wordt geboden aan de verschillende partijen om in overleg de arbeidsvoorwaarden te wijzigen indien dit noodzakelijk mocht zijn om de werkgelegenheid veilig te stellen. Lid 3 van dit artikel heeft voor Nederland geen betekenis. Nu de WOO niet langer zonder meer van toepassing is in een faillissementssituatie, zou dit volgens sommigen een toestand kunnen inleiden van misbruik van faillissement, met het voornaamste doel om werknemers te lozen. Daarom is in lid 4 van artikel 4bis bepaald dat de lidstaten de nodige maatregelen moeten treffen om misbruik van insolventieprocedures te voorkomen. De Nederlandse wetgever heeft geen gebruik willen maken van de nieuwe mogelijkheden welke artikel 4bis biedt. Er werd besloten om de Faillissementswet op enkele punten te wijzigen en aan te vullen.

Misbruik van faillissement

Wanneer we het hebben over misbruik van faillissement of technisch faillissement dienen we dit duidelijk te onderscheiden van het begrip faillissementsfraude. Men kan concluderen dat het fenomeen misbruik van faillissement serieus wordt genomen. Er zijn in opdracht van de regering enkele onderzoeksrapporten gepresenteerd door het Hugo Sinzheimer Instituut. Tevens is er een cijfermatig onderzoek gedaan naar misbruik van faillissement in samenwerking met het Centraal Bureau voor de Statistiek. De uitkomsten van deze onderzoeken zijn verschillend, wat voor een deel is te verklaren door de verschillende opvattingen over het begrip misbruik van faillissement. Wel blijkt duidelijk uit deze onderzoeken dat het moeilijk is om

misbruik van faillissement aan te tonen. Van misbruik van faillissement valt dan ook nauwelijks melding te maken wat te verklaren zou kunnen zijn door het voor misbruik gehanteerde criterium. Gaandeweg is er een criterium ontwikkeld voor misbruik van faillissement. Van misbruik van faillissement is sprake wanneer het wordt gebruikt om onder de verplichtingen van duurovereenkomsten uit te komen, dit terwijl de financiële toestand zodanig is dat de failliet kan voldoen aan deze verplichtingen zonder dat de continuïteit van de onderneming in gevaar komt. Dit gehanteerde criterium ziet op recente financiële ontwikkelingen binnen een onderneming. Het blijkt in de praktijk zeer moeilijk om te oordelen over de (in)solventie van een onderneming. Volgens de dossiers zijn de verplichtingen van duurovereenkomsten zelden reden om een faillissement aan te vragen. Veelal zijn er tegelijkertijd zulke hoge schulden zodat misbruik niet kan worden aangenomen. Tevens blijkt ook uit interviews met curatoren dat misbruik van faillissement moeilijk is aan te tonen. Sommige curatoren zien een technisch faillissement als legitiem middel om tot een reorganisatie te komen. Door de moeilijkheid om personeel buiten faillissement te ontslaan is het faillissement het aangewezen middel om tot een reorganisatie te komen.

Ook uit de jurisprudentie blijkt dat misbruik van faillissement niet snel wordt aangenomen. Een rechter concludeert slechts in uitzonderlijke gevallen tot misbruik van faillissement. Afbreuk doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers moet het enige- of het vooropgezette doel zijn geweest van het aanvragen van het faillissement. De bewijslast is voor werknemers zo goed als onmogelijk, want er is naast het inkrimpen van het personeelsbestand bijna altijd wel een andere reden voor een faillissementsaanvraag zoals het opgehouden zijn te betalen. Slechts in het geval de werkelijke bedoeling om personeel te lozen openlijk wordt toegegeven of dat duidelijk is dat dit het enige of het vooropgezette doel is geweest maakt de werknemer een kans op een geslaagd beroep bij de rechter. Maar wat bereikt de werknemer daarmee? Na het intropen van de nietigheid van de opzegging is hij achteraf gezien in dienst gebleven bij een insolvente werkgever. Misbruik van faillissement lijkt op deze manier een ongrijpbaar fenomeen te zijn geworden, maar dat wil mijns inziens niet zeggen dat het niet voorkomt.

Effecten van de implementatie van richtlijn 98/50 EG in de Faillissementswet

De Nederlandse wetgever heeft aan de verplichting uit art. 4bis lid 4 van de richtlijn 98/50 EG voldaan door enkele aanpassingen te doen in de Faillissementswet. Het betreft o.a. enkele processuele aanpassingen in de artikelen 67 lid 2 en 72 lid 2 Fw welke betrekking hebben op het vergroten van de mogelijkheid om de machtiging van de rechter-commissaris aan de curator tot opzegging van de arbeidsovereenkomsten aan te tasten. De samenhang tussen deze artikelen is niet erg duidelijk. Het komt erop neer dat een werknemer binnen vijf dagen na de opzegging de

nietigheid ervan moet inroepen. Dit is een korte termijn en vergt een bovengemiddeld alerte werknemer. Een werknemer die beroep aantekent tegen de machtiging doet er verstandig aan zich tegelijkertijd te beroepen op de vernietiging van de opzegging. In de literatuur is men sceptisch over deze artikelen. De bovengenoemde wijziging van de Faillissementswet bleek zelfs tijdelijk tot een generieke machtiging te leiden met als achterliggende reden dat een machtiging praktisch in alle gevallen wordt verleend. In het algemeen is men het erover eens dat er nu tevens nieuwe criteria voor de rechter-commissaris moeten worden geformuleerd om te toetsen of een machtiging kan worden verleend. Het vergroten van beroepsmogelijkheden is niet zinvol wanneer deze toets hetzelfde blijft. Deze processuele artikelen lijken af te dwalen van de opdracht om werknemers te beschermen tegen misbruik van faillissement en zijn meer van belang voor de procesdiscipline van de curator.

Een andere aanpassing in de Faillissementswet heeft betrekking op het herleven van de arbeidsrechtelijke bescherming na de vernietiging van een faillissement. De regering wilde niet de regeling voor overgang van ondernemingen (opnieuw) van toepassing verklaren in een faillissementssituatie omdat dit een doorstart zou bemoeilijken. Men besloot tot de invoering van artikel 13a Fw. De aanleiding om een dergelijk artikel in te voeren was gelegen in het feit dat na een vernietiging van een faillissement de gedane opzeggingen door de curator in stand blijven op grond van art. 13 Fw. Er was geen aanleiding artikel 13 Fw beperkter uit te leggen, in die zin dat het alleen geldt wanneer een derde (werknemer) tegen de nadelige gevolgen van een vernietiging van een faillissement dient te worden beschermd. De tekst van art. 13a Fw is door een amendement aangepast. Na elke vernietiging wordt de opzegging beheerst door de ontslagregels zoals die gelden buiten faillissement. Dus niet alleen na een vernietiging wegens misbruik van faillissement. Dit kan tot meer onzekerheid leiden omdat een potentiële koper niet kan overzien op welke gronden een faillissement nog kan worden vernietigd en dit zal een eventuele doorstart niet ten goede komen. Het kan theoretisch gezien tot averechtse effecten leiden omdat kopers van een failliete onderneming kunnen worden geconfronteerd met door de curator ontslagen werknemers met als gevolg een mogelijk nieuw faillissement. Deze situatie zal zich niet snel voordoen. Een potentiële koper zal niet snel een onderneming met werknemers overnemen zolang er nog rechtsmiddelen openstaan. De onderneming zal moeilijker verkoopbaar zijn indien er beroep is ingesteld om het faillissement te laten vernietigen door de rechter. En wanneer de werknemer erin slaagt om het faillissement te laten vernietigen is hij achteraf gezien in dienst gebleven bij een insolvente werkgever en deze zal niet in staat zijn om zijn loon te betalen. Dit alles nog afgezien van het feit dat het voor een werknemer, gezien de bewijslast, nagenoeg onmogelijk is om een faillissement wegens misbruik te doen vernietigen. Ook zal een koper een koopovereenkomst willen kunnen ontbinden indien hij wordt

geconfronteerd met reeds opgezegde werknemers. Op deze manier lijkt het erop dat art. 13a Fw eerder een negatieve werking heeft dan een positieve.

De positie van de werknemers

Voor de ontslagen werknemers in faillissement is de loongarantieregeling, thans geregeld in art 61 - 68 WW, de belangrijkste regeling. Een ontslagvergoeding en eventuele gouden handdrukken vallen niet onder deze loongarantieregeling. Deze vorderingen moet de werknemer ter verificatie indienen. Dit levert meestal niets op omdat er crediteuren zijn met een hogere rang bijvoorbeeld de fiscus en het UWV. Werknemers die zijn ontslagen kunnen in sommige gevallen ook nog eens gehouden worden aan een concurrentiebeding. De overgenomen werknemers zijn meestal verplicht in dienst te treden bij een werkgever die zij niet zelf hebben uitgezocht. De oude arbeidsvoorwaarden gaan in beginsel niet van rechtswege mee over. Het staat de verkrijger in beginsel vrij om nieuwe arbeidsvoorwaarden overeen te komen. Het is nog onduidelijk of de oude dienstjaren meetellen bij een eventuele ontbindingsvergoeding en tevens kan een opvolgend werkgeverschap gevolgen hebben voor de opzegtermijn. In de literatuur zijn wel enkele oplossingen aangedragen om de positie van de werknemers in faillissement te verbeteren. Zoals: verlenging van de opzegtermijn, toekenning van een hogere preferentie aan loonvorderingen, beperkte toepassing van de WOO in faillissement, betere toetsing door de rechter en een verandering in de rol van de curator. De Hoge Raad heeft in enkele arresten uitgemaakt dat de curator onder bepaalde omstandigheden rekening moet houden met maatschappelijke belangen, maar zal niet het belang van de gezamenlijke schuldeisers opzij kunnen zetten voor de belangen van de werknemers. Deze voorstellen blijven voornamelijk theorie.

Meer concreet is de volgende ontwikkeling: Aan het einde van de vorige eeuw werd veelvuldig gebruik gemaakt van de zogenaamde draaideurconstructie. Aan deze praktijk kwam een einde door een uitspraak van de Hoge Raad. Het gevolg hiervan was de invoering van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid neergelegd in artikel 7 : 668a BW. Er was in de lagere rechtspraak onduidelijkheid of art. 7 : 668a BW ook van toepassing is bij een opvolgend werkgever na faillissement. In 2006 heeft de Hoge Raad deze vraag bevestigend beantwoord. Een opvolgend werkgever dient er thans rekening mee te houden dat er in sommige gevallen, ondanks de bedoeling een contract voor bepaalde tijd aan te gaan, een contract voor onbepaalde tijd tot stand is gekomen. Artikel 7 : 668a BW ziet op de vraag of sprake is van een overeenkomst voor bepaalde of voor onbepaalde tijd en niet op de inhoud ervan. De inhoud van de arbeidsovereenkomst kan de verkrijger in beginsel nog steeds vrij overeenkomen. Door dit arrest is er discussie ontstaan tussen voor- en tegenstanders over toepassing van art.

7 : 668a BW in faillissement. Volgens de tegenstanders heeft toepassing van de ketenregeling ex. art. 7 : 668a lid2 BW een contra-productieve werking op het welslagen van een doorstart en daarmee op de positie van werknemers. De oude en ervaren werknemers zouden eerder buiten de boot vallen omdat juist zij van rechtswege direct na overname een contract voor onbepaalde tijd moeten krijgen. De voorstanders van toepassing van de ketenregeling na faillissement zien dit probleem niet al te somber in. Een opvolgend werkgever heeft zich meestal een goed beeld kunnen vormen van de over te nemen werknemers. Het gaat in de regel om dezelfde werkzaamheden en vaardigheden.

Misschien kan het volgend voorstel bijdragen aan een verbetering van de positie van de werknemers. Het uitgangspunt is dat een verkrijger altijd de vrijheid moet houden van selectie. Echter wanneer een werknemer wordt overgenomen na een faillissement dan geldt de ketenregeling en ook het oude pakket arbeidsvoorwaarden. Dit geldt alleen in situaties wanneer aan een opvolgend werkgever de door de vervreemder verkregen ervaringen met de werknemer in redelijkheid kunnen worden toegerekend. Wanneer er gezien de omstandigheden van het geval sprake is van dezelfde werkzaamheden en vaardigheden bij de opvolgend werkgever en er tevens nauwe banden bestaan tussen de oude- en nieuwe werkgever zal een opvolgend werkgever de keten van art. 7 : 668a BW moeten respecteren en kan de overgenomen werknemer zich beroepen op zijn oude arbeidsvoorwaarden. In andere gevallen is het denkbaar dat de ketenregeling niet onverkort van toepassing is en kan de verkrijger nieuwe arbeidsvoorwaarden overeenkomen. Het is aan de wetgever om dit te regelen, want anders bestaat de kans dat de discussie van voor- en tegenstanders voor onbepaalde tijd zal voortduren.

Literatuurlijst

Aerts 2006

W. Aerts, 'U bent ontslagen! Kan ik nog iets voor u doen?', *TvI* 2006-6, p. 1-5.

Bakels 1997

H.L. Bakels, *Schets van het Nederlands arbeidsrecht*, Deventer: Kluwer 1997.

Beltzer en Holtzer 2001

R.M. Beltzer, M. Holtzer, 'Het wetsvoorstel overgang van onderneming: De niet te onderschatten invloed van richtlijn 98/50 EG', *SMA* 2001-6, p. 299-314.

Beltzer en Knecht 2000

R.M. Beltzer, R. Knecht, 'Faillissementen en het afvloeien van personeel', *Justitiële verkenningen* 2000-2, p. 44-53.

Bouwens 2007

W.H.A.C.M. Bouwens, 'Opvolgend werkgeverschap na faillissement', *SMA* 2007-3, p. 101-108.

Duk 1982

R.A.A. Duk, 'Artt. 1639aa e.v.: een wonderkind of een total loss?', *SMA* 1982-9, p. 633-636.

Fase 1983

W.J.P.M. Fase, 'de Wet overgang van ondernemingen en de rechtspositie van de betrokken werknemers', *SMA* 1983-6 p. 346-370.

Fase 1985

W.J.P.M. Fase, 'Overgangsproblemen', *SMA* 1985-4, p. 255-263.

Heerma van Voss 2001

G.J.J. Heerma van Voss 'De positie van de werknemer bij insolventie en overgang van onderneming' in: I.P. Asscher Vonk e.a. (red.), serie Onderneming en Recht, Onderneming en Werknemer, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001, p. 229-240.

Van het Kaar en Knecht 1996

R.H. van het Kaar, R. Knecht, 'Doorstart na faillissement: de positie van werknemers', *NJB* 1996-39, p. 1622-1627.

Knecht 1996

Rapport: R. Knecht, *Faillissementen en selectief ontslag*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 1996.

Knegt e.a. 2005

Rapport: R. Knegt e.a., *Fraude en misbruik bij faillissement: een onderzoek naar hun aard en omvang en de mogelijkheden van bestrijding*, Amsterdam: Hugo Sinzheimer Instituut 2005.

Knegt, Zaal en Popma 2006

R. Knegt, I. Zaal en J.R. Popma, 'Faillissement als afscheid van werknemers: legitieme afwenteling of misbruik van recht?', *SMA* 2006-3, p. 85-93.

Lennarts en van Straalen 1997

M.L. Lennarts, P.W. van Straalen, 'Toepassing van de artt. 7A : 1639aa e.v. BW, ook in faillissement?', *TVVS* 1997-1, p. 1-5.

Levelt Overmars 1986

Levelt Overmars, 'Is het wenselijk de huidige positie van bedrijfsverenigingen en werknemers, financiers en leveranciers en de fiscus bij surseance van betaling en faillissement van een onderneming te wijzigen?', in: *Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereniging* 1986, deel 1 eerste druk, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1986, p. 139-203.

De Liagre Böhl 1982

E.W.J.H. de Liagre Böhl, 'De artikelen 1639aa e.v. BW: het kind en het badwater', *NJB* 1982-37, p. 1005-1012.

Linssen 1985

J. Linssen, 'Rondom de Witte stukken: de Wet overgang van ondernemingen: artt. 1639aa ev BW', *Aa* 1985, p. 615-624

Loesberg 2001

E. Loesberg, 'De voorgestelde aanpassing van de Faillissementswet als gevolg van richtlijn 98/50 EG: Een stille revolutie?', *TvI* 2001-5, p. 157-160.

Loesberg 2002

E.Loesberg, 'Werknemers en insolventie', *JOR plus* 2002, p. 55-65.

Loman 2002

J.W. Loman, 'Vernietiging van faillissement en overgang van onderneming: een amendement te ver', *Arbeidsrecht* 2002-4, p. 34-36.

Luttikhuis 2006

A.P.K. Luttikhuis, 'Faillissement in cijfers: maatschappelijke belangen en misbruik van faillissement gerelativeerd', *TvI* 2006-2, p. 1-19.

Oosthout 1998

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

Schaink 2002

P.R.W. Schaink, 'Faillissementstrends (2)', *Arbeidsrecht* 2002-6/7, p. 34-40.

Schaink en Smolders 2005

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

Schimmelpenninck 1983

R.J. Schimmelpenninck, 'Art. 1639bb BW niet van toepassing bij faillissement', *NJB* 1983-5, p. 151-153.

SER-advies overgang van ondernemingen 1985

Advies over de werkingssfeer van de Wet op de overgang van ondernemingen (advies van 15 november 1985, SER 85/23), Den Haag: SER 1985.

Slagter 1983

W.J. Slagter, 'Overgang van ondernemingen', *TVVS* 1983-3, p. 61-65.

Van Straalen 1999

P.W. van Straalen, *Behoud van rechten van werknemers bij overgang van onderneming*, (Proefschrift Groningen RUG) 1999.

Theyse 1983

F.J.D. Theyse, 'Oneigenlijk gebruik van 1639bb BW?', *NJB* 1983-5, p. 158.

Verstijlen 2004

F.M.J. Verstijlen, 'Van misbruik van faillissementsrecht en hoe dit niet te bestrijden', *NJB* 2004-18, p. 944-945.

Verstijlen 2001

F.M.J. Verstijlen, 'Kroniek van het faillissementsrecht', *NJB* 2001-31, p. 1513-1519.

Van Westhreenen en De Lange 2006

F. van Westhreenen, S. De Lange, 'Toepasselijkheid van art. 7:668a BW in faillissement', *Arbeidsrecht* 2006- 4, p. 3-7.

Willems 2007

P. Willems, 'Voortgezet dienstverband ook na faillissement: een pyrrusoverwinning?', *Arbeidsrecht* 2007-2, p. 1-5.