

# Insolventie en arbeid: tijd voor een integrale benadering

mr. P. Huffman en dr. I. Zaal\*

Begin 2014 maakte garnalenhandelaar Heiploeg een doorstart na faillissement. Na de doorstart verslechterden de arbeidsvoorwaarden van de werknemers aanzienlijk. De constructie waarvan Heiploeg gebruikte maakte de zogenoemde pre-pack. Vakcentrale FNV was furieus over de gekozen constructie en daagde Heiploeg voor de rechter. In de media riep FNV op tot een grotere rol voor werknemers bij faillissement.<sup>1</sup> Eerder stond de pre-pack bij Schoenenreus waardoor 500 van de 1500 werknemers hun baan verloren ter discussie.

Wanneer een werkgever in staat van faillissement verkeert, is er nauwelijks arbeidsrechtelijke bescherming. De achtergrond is dat de beschermende – en daardoor: vertragende – bepalingen van het arbeidsrecht op gespannen voet staan met de doeleinden van het faillissementsrecht: het zo snel mogelijk afwickelen van de boedel ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. Er is onder meer geen toestemming van het UWV nodig, ontslagvergoedingen zijn niet aan de orde, de opzegtermijnen zijn korter en de bepalingen inzake overgang van onderneming zijn uitgesloten. De lonen van werknemers vormen een boedelschuld en daarom volgt vrijwel steeds na faillietverklaring direct ontslag. Vanwege het ontbreken van arbeidsrechtelijke bescherming in het geval van faillissement is de faillissementsprocedure – oorspronkelijk bedoeld voor de liquidatie van ondernemingen die geen reorganiserend vermogen meer hebben – een aantrekkelijk reorganisatiemiddel geworden. Vooral de niet-toepasselijkheid van de regels met betrekking tot overgang van onderneming leggen gewicht in de schaal. De werkgever vraagt het eigen faillissement aan en de curator verkoopt de onderneming vervolgens in afgeslankte vorm aan een derde of soms aan de oorspronkelijke ondernemer – die het doorstartplan mogelijk al klaar had liggen. De verkrijger kan zelf kiezen welk personeel hij in dienst neemt en welke arbeidsvoorwaarden hij aanbiedt. De enige mogelijkheden die werknemers hebben om op te komen tegen deze doorstart is binnen de korte termijn van 8 dagen verzet aan te tekenen tegen de faillissementsuitspraak omdat bijvoorbeeld sprake is van misbruik van recht.

Een nieuwe ontwikkeling binnen het faillissementsrecht vormt de vanuit Engeland overgewaarde pre-pack.<sup>2</sup> Bij de pre-pack wordt de doorstart van de onderneming in stilte voor de aanvraag van de faillietverklaring voorbereid onder leiding van een stille bewindvoerder. De pre-pack heeft in Nederland nog geen wettelijke basis, maar wordt in de praktijk al wel gebruikt.<sup>3</sup> De eerder genoemde faillissementen van Heiploeg en Schoenenreus zijn daar een voorbeeld van. Begin dit jaar heeft de Minister van Justitie het wetsvoorstel continuïteit van ondernemingen ter consultatie voorgelegd.<sup>4</sup>

Dit wetsvoorstel zorgt voor de wettelijke verankering van een Nederlandse vorm van de pre-pack. Het voorstel geeft insolvente ondernemingen kort gezegd de kans de rechtbank te verzoeken een ‘beoogd curator’ te benoemen die op de achtergrond adviseert en helpt bij de voorbereiding van een doorstart. Op het moment dat die voorbereidingen gereed zijn, wordt het faillissement aangevraagd en wordt de doorstart geëffectueerd. Een belangrijk doel van deze procedure is het versterken van het reorganiserend vermogen van ondernemingen.<sup>5</sup> Dit is in het belang van de schuldeisers – het *going concern* overdragen van de onderneming levert in het algemeen meer op voor de boedel – maar kan ook in het belang van de werkgelegenheid zijn. Zonder (al dan niet voorgekookte) doorstart wordt de onderneming namelijk mogelijk geliquideerd, waarbij alle arbeidsplaatsen verloren gaan. Gezien deze doelstelling was het voorontwerp dé kans voor een integrale benadering van het faillissements- en arbeidsrecht. In het wetsvoorstel en de toelichting is echter geen enkele bepaling te vinden over de positie van werknemers. De werknemers lijken wederom beschouwd te worden als een gewone crediteur. Het niet betrekken van het arbeidsrecht bij het wetsvoorstel is niet alleen een teleurstelling vanuit werknemersperspectief, maar ook voor het realiseren van de doelstellingen van het voorstel. Waarschijnlijk onbewust, lijkt de minister met dit wetsvoorstel namelijk een aantal beschermende bepalingen van het arbeidsrecht binnen te harken. Zo is naar onze mening de Europese Richtlijn overgang

\* Pam Huffman is promovenda aan de Universiteit van Amsterdam, Ilse Zaal is universitair docent Arbeidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam. Zij zijn beiden redacteur van dit tijdschrift.

1. FNV: betrek ons bij faillissement, [www.nos.nl](http://www.nos.nl) 31 januari 2014.
2. N.W.A. Tollenaar, ‘Faillissementsrecht van Nederland: geef ons de pre-pack!’, *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2011/23.
3. De pre-pack praktijk is overigens minder nieuw dan men denkt, zie bijvoorbeeld OK 21 november 1996, *ROR* 1997/6, waarin een doorstart in faillissement werd voorbereid gedurende de surseance van betaling.
4. [www.internetconsultatie.nl/wet\\_continuïteit\\_ondernemingen\\_i](http://www.internetconsultatie.nl/wet_continuïteit_ondernemingen_i).
5. Hoewel de tekst van het voorontwerp en de toelichting wat genuanceerder zijn, lijkt de titel er wel op te wijzen dat het belang van reorganisatie en continuïteit van ondernemingen groter is dan het doelmatig afwickelen van het faillissement.

van onderneming van toepassing op een overgang middels de pre-pack. Uit jurisprudentie van het Hof van Justitie volgt immers dat lidstaten alleen een uitzondering op de richtlijn mogen maken indien de insolventieprocedure gericht is op liquidatie.<sup>6</sup> Wanneer de insolventieprocedure gericht is op continuïteit en reorganisatie is de Richtlijn gewoon van toepassing. Zo is de Richtlijn in een surseance van betaling niet uitgezonderd en hetzelfde moet onzes inziens gelden voor de procedure in de Wet continuïteit van ondernemingen. Zoals de titel van het wetsvoorstel al aangeeft, heeft dit tot doel de continuïteit van de onderneming te waarborgen door middel van een – door de beoogd curator voorbereide – doorstart.<sup>7</sup> Ook in Engeland – waar de pre-pack vandaan komt – wordt aangenomen dat de Richtlijn overgang van onderneming van toepassing is op een *pre-packaged administration*, omdat die alleen wordt gebruikt om de continuïteit van de onderneming te waarborgen.<sup>8</sup>

Verder betreft het verzoek tot benoeming van een beoogd curator naar onze mening een adviesplichtig besluit in de zin van art. 25 lid 1 sub n WOR, nu de beoogd curator gezien kan worden als een externe adviseur van de onderneming.<sup>9</sup> Daarnaast heeft het advies van de beoogd curator betrekking op een ander adviesplichtig besluit – de overdracht van de zeggenschap over de onderneming (art. 25 lid 1 sub a WOR). Wanneer de onderneming uiteindelijk na de faillietverklaring wordt overgedragen, is wederom sprake van een adviesrecht inclusief beroepsrecht. In de derde plaats wijzen wij op de overlegverplichting uit de Wet melding collectief ontslag die gewoon van toepassing is bij een ontslag na pre-pack. Wanneer de vakbonden niet worden geraadpleegd, kunnen de ontslagen werknemers ex art. 7 WMCO de opzegging door de curator vernietigen.

In tegenstelling tot de huidige faillissementsprocedure is er bij de pre-pack dus veel arbeidsrechtelijke bescherming. Er geldt een adviesrecht inclusief beroepsmogelijkheid voor de OR, de WMCO is van toepassing en alle werknemers gaan met behoud van hun arbeidsvoorwaarden over op de verkrijger. Dit doet afbreuk aan de nuttige werking van het voorstel en daarmee ook aan het behoud van werkgelegenheid. In plaats van de ‘alles of niets-benadering’ die de wetgever tot nu toe heeft gehanteerd bij de arbeidsrechtelijke positie van werknemers bij insolvente werknemers ligt het onzes inziens veel meer voor de hand te kiezen voor een integrale benadering op grond waarvan een balans wordt geslagen tussen de belangen van de schuldenaar, de crediteuren en de werknemers. Wij denken bijvoorbeeld aan een adviesrecht voor de OR zonder beroepsrecht (vergelijkbaar met art. 30 WOR) indien de ondernemer het faillissement aanvraagt dan wel de benoeming van een beoogd curator verzoekt. Ten aanzien van de Richtlijn overgang van onderneming zou de Nederlandse wetgever gebruik kunnen maken van de mogelijkheden die de Richtlijn biedt om de gevolgen van de toepasselijkheid van de Richtlijn te verzachten wanneer de vreemder in een insolventieprocedure verkeert. Ook voor de vakbonden zal moeten worden geanalyseerd welke rol zij kunnen spelen en op welk moment zij betrokken worden in het proces. Naar onze mening is het wenselijk de vakbonden en de OR zo vroeg mogelijk in het proces te betrekken, dus op het moment dat een beoogd curator wordt aangesteld en de doorstart wordt voorbereid. Het argument dat de doorstart dan niet meer in stilte wordt voorbereid lijkt ons niet opgaan. Een OR kan immers een geheimhoudingsplicht worden opgelegd en een vakbond zal, in het licht van de be-

langen van de leden die zij vertegenwoordigt, ook het belang van geheimhouding inzien.

6. Hof van Justitie 7 februari 1985, nr. C-135/83 (*Abels*); 25 juli 1991, nr. C-362/89 (*d'Urso*); 12 maart 1998, nr. C-319/94 (*Déthier/Dassy*); 12 november 1998, nr. C-399/96 (*Europièces*). Insolventierechtjuristen zijn over het algemeen van mening dat aansluiting moet worden gezocht bij het formele doel van de faillissementsprocedure, te weten de liquidatie van de onderneming. Zie hierover bijvoorbeeld M.R. van Zanten, ‘Aan het werk met de pre-pack!’, *Arbeidsrecht* 2013/47 en P.M. Veder, ‘Europese ontwikkelingen in het insolventierecht’, *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2013/32.
7. Zie hierover: P. Huffman en I. Zaal, ‘De toepasselijkheid van de Richtlijn overgang van onderneming bij insolvente ondernemingen’, *TAP* 2014/98.
8. *Oakland vs Wellswood (Yorkshire) Ltd* (2009) EWCA Civ 1094; (2010) I.R.L.R. 82 en *OTG vs Barke and Luke*, Employment Appeal Tribunal (2011) UKEAT 0320\_09\_1602.
9. Vergelijk de formele benoeming van een deskundige op grond van art. 194 Rv in het kader van de behandeling van een faillissementsverzoek. Deze deskundige heeft officieel tot taak de rechtbank voor te lichten over de vraag of de schuldenaar daadwerkelijk failliet is, maar hij krijgt in de praktijk een veel ruimere taak voorgeschreven, die vergelijkbaar is met die van een beoogd curator. Zie hierover de noot van Van Hees bij *JOR* 2014/115. Het lijkt ons lastig vol te houden dat een beoogd curator, zoals in het voorstel omschreven, een anonieme toehoorder is en de benoeming ervan dus niet adviesplichtig is.