

Onderneming insolvent: onderscheid arbeidsrecht in solvent en insolvent recht noodzakelijk!

Mr.drs. A.P.K. Luttikhuis RA¹

1. Inleiding

In Nederland is men drukdoende om de Faillissementswet te herzien. De torenhoge aantallen faillissementen in de huidige recessie, in 2004 ruim 9 300,² sporen de spelers aan tot haast. De Staatscommissie Insolventierecht onder voorzitterschap van Kortmann heeft aangekondigd in de zomer van 2005 reeds een voorontwerp voor een nieuwe Faillissementswetgeving te hebben geconcipeerd. Eén van de punten op de agenda van de Staatscommissie is hoe dient te worden omgegaan met de rechten van de werknemers (bij overgang van een onderneming in het faillissement) en kan ‘misbruik van faillissementsrecht’ worden voorkomen? Dit is een lastig probleem, dat de voorloper van de Staatscommissie, de MDW-werkgroep³ onder leiding van Raaijmakers, heeft opengelaten voor de Staatscommissie. Ook bij de Wet van 18 april 2002,⁴ ter uitvoering van de gewijzigde Europese Richtlijn 2001/23/EG betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van ondernemingen of vestigingen,⁵ heeft de wetgever slechts een voorlopige keuze gemaakt over hoe om te gaan met deze werknemersrechten en hoe ‘misbruik van faillissementsrecht’ te voorkomen.⁶ De Europese wetgever liet hem, kort samengevat, de keuze: automatische overgang van de arbeidsovereenkomst binnen het faillissement of maatregelen nemen ter voorkoming van ‘misbruik van een faillissementsprocedure’. Bij wege van

¹ Mr.drs.A.P.K. Luttikhuis RA is als onderzoeker verbonden aan het Center for Company Law van de Universiteit van Tilburg en is advocaat te Amsterdam (A.P.K.Luttikhuis@uvt.nl; A.P.K.Luttikhuis@advocatie.nl)

² Persbericht CBS d.d. 4 februari 2005.

³ MDW staat voor Marktwerking, Deregulering en Wetgevingskwaliteit.

⁴ *Stb.* 2002, 215 in werking per 1 juli 2002 (Besluit van 17 mei 2002, *Stb.* 2002, 245).

⁵ *PbEG* 2001, L 82 van 22 maart 2001. Deze is in plaats getreden van de Richtlijn 98/50/EG van de Raad van 29 juni 1998 (*PbEG* 1998, L 201 van 17 juli 1998) inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen van vestigingen.

⁶ Blijkens de wetsgeschiedenis wachtte de wetgever op het advies van de MDW-groep. In zijn eindrapport d.d. oktober 2001 gaat de MDW-werkgroep hier niet expliciet op in. Op p. 25 merkt hij weliswaar op de resterende keuzemogelijkheden te bespreken in par. 4.2. Echter in 4.2 bespreekt hij de positie van de werknemer in surseance. Zie hierover o.a. A.P.K. Luttikhuis, ‘De gewijzigde hoger beroepsprocedure ex art. 67 lid 2 Fw: werknemer dubbel de klos!’, *TvI* 2003/5, p. 103 – 105.

voorlopige keuze heeft de Nederlandse wetgever gekozen voor het laatste.⁷

De vraag hoe dient te worden omgegaan met de rechten van de werknemers (bij overgang van een onderneming in een faillissement) staat centraal in deze bijdrage. Echter alvorens de vraag te kunnen beantwoorden hoe de rechten van werknemers *zouden* dienen te worden behandeld (bij de overgang van een onderneming) in een faillissement, dient duidelijk te zijn wat de bestaansreden en de functie van een faillissement is. Hiertoe zal allereerst het zogenaamde ‘creditors’ bargain model’ van de rechtseconomen Baird en Jackson worden uiteengezet (§ 2). Vervolgens zal dit model worden genuanceerd ten aanzien het fenomeen stille surseance en het arbeidsrecht (§ 3,4). Dit omdat het model er geen rekening meehoudt dat in de praktijk insolventie niet alleen opgelost wordt via de formele procedures faillissement en surseance maar ook door de zogenaamde stille surseance. Insolventie is een breder begrip dan faillissement en surseance. Het ziet op de situatie dat een onderneming niet in staat is om zijn schuldeisers te betalen.⁸ In de stille surseance lost de onderneming zelf in samenwerking met zijn zogenaamde huisbank de insolventie op. Uit onderzoek blijkt dat deze stille surseance effectief werkt⁹ en dat de formele surseance veelvuldig slechts een voorportaal van het faillissement is.¹⁰ Verder dient het model genuanceerd te worden ten aanzien van het huidige arbeidsrecht omdat dit in principe uitgaat van een solvante onderneming waarin de belangen van de schuldeisers geen rol spelen.

Op grond van dit model wordt geconcludeerd dat indien een onderneming *insolvent* is, op een gelijke wijze dient te worden omgegaan met de belangen van de werknemers en van de schuldeisers van een onderneming, onafhankelijk of een onderneming al dan niet in een (juridische) faillissementsprocedure verkeert. Op deze manier wordt het probleem ‘misbruik van faillissementsrecht’ beperkt en wordt de zogenaamde stille surseance niet belemmerd.

⁷ Dit in tegenstelling tot vele andere Europese landen, die gekozen hebben voor automatische overgang van arbeidsovereenkomsten in geval van faillissement. Zie W.W. McBryde, A. Flessner, S.C.J.J. Kortmann (red.), *Principles of European insolvency law*, Deventer: Kluwer Legal Publishers 2003, Par. 7.4 van de principles bepaalt: ‘If the enterprise of the debtor, or any part of it, is transferred, the contracts of employment are automatically transferred to the purchaser of the enterprise’. Van belang hierbij is dat over de aard van de principles wordt opgemerkt: ‘they reflect, on a more abstract level, the common characteristics of the insolvency laws of the European Member States. (...) The principles do not try to reflect the ideal rules for an European Insolvency code,’ p.2. Commentaar op voornoemde principle geven ze zelf op p. 52-53. Hierin bespreken ze dat de principle die in beginsel gecreëerd is met het oog op de belangen van de werknemers juist in hun nadeel kan werken. Ze verwijzen naar Duitsland.

⁸ Dit is de algemene definitie van insolventie. ‘Insolventie’ kan gerelateerd zijn aan verschillende concepten. Ik doel hier op de zogenaamde ‘cash-flow’ insolvency ofwel de door financiële economen vaak gebruikte term ‘financial distress’. Hieronder wordt verstaan: ‘the condition of a firm which is in substantial default on its debt obligations’. Zie J. Armour, ‘The law and economics of corporate insolvency: a review,’ in: R.D. Vriesendorp e.a. (red.), *Comparative and international perspectives on bankruptcy law reform in the Netherlands*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2001, p. 100-101 en de aldaar vermelde literatuurverwijzingen.

⁹ Zie par. 3.1.

¹⁰ Zie A.M. van Amsterdam, *Insolventie in economisch perspectief* (diss.), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2004, p. 36 en de aldaar vermelde CBS-cijfers over het verloop van de surseance.

Deze bijdrage sluit af met een slotopmerking (§ 5).

2. Creditors' bargain model¹¹

In de Nederlandse juridische doctrine wordt vaak voorbijgegaan aan de vraag waarom er een faillissementsprocedure bestaat. In de Amerikaanse faillissementsrechtdoctrine en in de internationale (rechts)economische literatuur bestaan hierover diverse theorieën.¹² In deze bijdrage ga ik uit van het rechtseconomische model van de faillissementsprocedure van een onderneming van de Amerikanen Douglas Baird en Thomas Jackson, het zogenaamde creditors' bargain model.¹³ Kort samengevat bepleiten Baird en Jackson¹⁴ dat het faillissementsrecht het fundamentele probleem tracht op te lossen in een insolventie situatie dat het individuele belang het groepsbelang ondermijnt, het zogenaamde 'common pool' probleem. Dit probleem ontstaat doordat de afzonderlijke individuele crediteuren zich op basis van de individuele procedures zo spoedig mogelijk zullen willen verhalen op het vermogen van de schuldenaar indien zij vermoeden dat de schuldenaar in financiële problemen verkeert. Aangezien de individuele procedures het karakter hebben van 'wie het eerst komt, wie het eerst maalt', kan dit weliswaar gunstig zijn voor een paar individuele crediteuren maar zal dit slecht uitpakken voor de crediteuren als collectief, als de schuldenaar insolvent is. Voor het collectief kan het

¹¹ Alvorens het creditors' bargain model te bespreken merk ik op dat bepaalde aspecten van dit model in mijn bijdrage 'De relatieve betekenis van toezicht', die gepubliceerd is in de *Insolad Special 2004 'De regels en het spel'*, aan orde zijn gekomen (*TvI* 2004, 54, p. 278-282). Voor een bespreking van die aspecten van dit model zou derhalve kunnen worden volstaan met een verwijzing hiernaar, echter dit maakt het voor de lezer lastig om deze bijdrage te lezen, derhalve is ervoor gekozen om in het onderhavige artikel alle aspecten van het creditors' bargain model die voor het onderwerp van het belang zijn hier uit een te zetten.

¹² In de in Nederland verschenen literatuur heeft O. Couwenberg reeds de diverse theorieën en de belangrijkste stromingen uiteengezet, ik volsta derhalve met een verwijzing naar zijn dissertatie, *Resolving financial distress in The Netherlands: a case study approach* (diss. Groningen), 1997, p. 70 e.v. Sindsdien zijn de aldaar genoemde stromingen in hoofdlijnen nagenoeg gelijk gebleven. Zie ook mr. G.D. Hoekstra, 'De spanning tussen het maatschappelijke belang en het gezamenlijk belang bezien in het licht van de creditors' bargain', *TvI* 2005, 2, p.33-43.

¹³ Zie voor de toepassing van deze theorie op de rechten van de hypotheek- en pandhouders: A.P.K. Luttikhuis, 'De relatieve waarde van toezicht', *TvI* 2004/special, p.274-278. De theorie van Baird en Jackson is niet onbekritiseerd zie onder andere E. Warren, 'Bankruptcy Policy', in: J.S. Bhandari en L.A. Weiss (ed.), *Corporate Bankruptcy. Economic and legal perspectives*, Cambridge University Press 1996, p. 73 e.v.

¹⁴ Baird en Jackson hebben hun theorie in een aantal artikelen uiteengezet, sommige hebben ze alleen geschreven, sommige samen. Deze artikelen zijn verzameld in het boek van Thomas H. Jackson, *The logic and limits of bankruptcy law*, Harvard University Press 1986. Thomas Jackson en Douglas Baird waren de eersten die een rechtseconomisch model van 'corporate bankruptcy law' hebben ontwikkeld. Zie voor een beschrijving van hun theorie in de in Nederland verschenen literatuur ook O. Couwenberg, *Incomplete contracts: een rechtseconomische benadering* (oratie Groningen), 2003, p. 8 e.v.; O. Couwenberg (diss.), t.a.p., p. 64 e.v.

beter zijn als de activa bij elkaar gehouden worden ook al is de schuldenaar insolvent.¹⁵

Een en ander kan worden opgelost door aan de individuele schuldeisers één verplichte collectieve procedure op te leggen, waardoor ze zich gedragen alsof ze één crediteur waren. Volgens Baird en Jackson dient de overheid in een dergelijke procedure te voorzien, omdat de individuele schuldeisers er zelf niet toe in staat zijn om een collectieve procedure met elkaar overeen te komen.¹⁶ Dit wordt, kort gezegd, veroorzaakt door een tussen hen bestaand coördinatieprobleem. De overheid dient derhalve weliswaar in een procedure te voorzien, maar de procedure dient te worden ingericht zoals de schuldeisers de faillissementsprocedure zouden hebben ingericht indien zij hiertoe in staat waren geweest. Vandaar de naam van hun model: creditors' bargain.¹⁷

Volgens Baird en Jackson geeft deze visie op het faillissementsrecht tevens de grenzen daarvan aan: zij bepleiten dat in de faillissementsprocedure de schuldeisersposities van voor datum faillissement in beginsel niet mogen veranderen, tenzij die rechten het belang van de gezamenlijke schuldeisers aantasten. Het faillissementsrecht is volgens hen niet de plaats om een bepaald politiek beleid te voeren, dat niet tevens erbuiten wordt gevoerd. Discussies over bijvoorbeeld de (on)gerechtvaardigheid van bepaalde voorrangposities vallen in hun zienswijze derhalve buiten het bestek van het faillissementsrecht. Zij vinden dat meningsverschillen dienaangaande in het algemeen moeten worden opgelost en niet alleen voor de faillissementssituatie. Een groot deel van de ondernemingen wordt immers beëindigd zonder dat er een faillissementsprocedure aan te pas komt. Vindt men bijvoorbeeld dat een pand- of hypotheekhouder op gelijke voet met de andere crediteuren moet delen in de economische misère van de schuldenaar, dan dient hij dat in alle gevallen te doen en niet alleen in de gevallen wanneer er sprake is van een formele procedure.¹⁸ Indien er in de faillissementsprocedure andere regels gelden dan daarbuiten, ontstaat het gevaar van 'forumshopping'. Dit houdt bijvoorbeeld in dat een individuele crediteur zich tot de faillissementsprocedure wendt louter vanwege een voordeel als gevolg van een verandering van zijn rechtspositie in het faillissement ten opzichte van die voor het faillissement, ongeacht wat de kosten en de opbrengsten hiervan zijn

¹⁵ Thomas H. Jackson 1986, t.a.p., p. 12-13.

¹⁶ Niet voor maar ook niet tijdens de staat van insolventie. Jackson en Baird maken hierbij nog de kanttekening dat als het aantal crediteuren klein en bepaalbaar is, het mogelijk kan zijn om ten tijde van de insolventie van de onderneming over een oplossing te onderhandelen, zonder dat dit gepaard hoeft te gaan met al de nadelen van de individuele procedures. Als het echter gaat om grote aantallen crediteuren of crediteuren die niet meteen bekend zijn, dan zou de mogelijkheid van de crediteuren om het probleem via een overeenkomst op te lossen, kunnen zijn verdwenen (Thomas H. Jackson 1986, t.a.p., p. 19).

¹⁷ Thomas H. Jackson, 'Bankruptcy, nonbankruptcy entitlements, and the creditors' bargain', in: J.S. Bhandari, L.A.Weiss (ed.), *Corporate bankruptcy. Economic and legal perspectives*, Cambridge University Press 1996, p. 40.

¹⁸ Zie ook Douglas G. Baird, Thomas H. Jackson, 'Corporate reorganizations and the treatment of diverse ownership interests: a comment on adequate protection of secured creditors in bankruptcy', *U.Chi.L.Rev.* 97 1984, p. 102-103.

voor de gezamenlijke crediteuren.¹⁹ Dit fenomeen van ‘forumshopping’ herintroduceert volgens Baird en Jackson juist het basisprobleem wat de faillissementsprocedure tracht op te lossen: het individuele belang dat het groepsbelang ondermijnt.²⁰

Indien de rechten van de crediteuren buiten faillissement ertoe leiden dat het belang van de gezamenlijke schuldeisers in de faillissementsprocedure wordt aangetast, dan zullen die rechten in de faillissementsprocedure wel moeten worden veranderd. Hierbij geldt als leidraad dat in een faillissement alhoewel de rechten zelf worden veranderd er geen verandering mag optreden in de zogenaamde ‘relatieve waarde’ van die rechten. Dit houdt in dat bijvoorbeeld de rechtspositie van de pand- en hypotheekhouder ten opzichte van bijvoorbeeld de andere crediteuren gelijk dient te zijn zowel buiten faillissement als in faillissement.²¹ Het is in deze theorie immers niet aan het faillissementsrecht om de onderlinge rangorde tussen de schuldeisers te veranderen.

Als de belangen van anderen dan de schuldeisers beschermd behoren te worden, dan dient dit volgens Baird en Jackson ook buiten het faillissementsrecht te worden gedaan. Indien het derhalve wenselijk is om werknemers een bijzondere positie te verschaffen, dan dient dit gedaan te worden via het arbeidsrecht. Het is dan aan het faillissementsrecht om te respecteren de speciale rechten die het arbeidsrecht de werknemers geeft buiten het faillissement, in plaats van zelf te creëren een nieuw recht in het faillissement.²² Van belang is om het recht en het beleid dat van toepassing is buiten het faillissementsrecht goed te bestuderen zodat het faillissementsrecht weerspiegelt de rechten zoals die zijn gevestigd in het arbeidsrecht door ze in het faillissementsrecht na te leven zoals ze bestaan of door hun ‘relatieve waarde’ te respecteren.²³ Indien dit niet gebeurt, leidt dit volgens hem tot forumshopping. In de betekenis dat sommige belanghebbenden met het oog op een -relatieve-verbetering van hun positie aansturen op een faillissement. En dit is in strijd met de kernfunctie van een faillissement.

3. Nuances van het creditor’s bargain model

Voor de Nederlandse situatie dient het model van Baird en Jackson op twee manieren te worden genuanceerd. Het model gaat er vanuit dat er voor het oplossen van het zogenaamde ‘common pool’ probleem een bij wet geregelde procedure is. Maar in de praktijk bestaan er daarnaast efficiënte

¹⁹ Douglas G. Baird, Thomas H. Jackson 1984, t.a.p., p. 101.

²⁰ Thomas H. Jackson 1986, a.w., p. 21.

²¹ Zie ook Thomas H. Jackson 1986, t.a.p., p. 29.

²² Thomas H. Jackson 1986, p. 31-32; Baird, ‘Loss distribution, forum shopping and bankruptcy: a reply to warren’, 54 U. ch.L.rev, 815.

²³ Thomas H. Jackson 1986, t.a.p., p. 112.

buitenwettelijke mechanismes om dit probleem op te lossen.²⁴ Deze zullen derhalve in het model dienen te worden opgenomen. Het model gaat er voorts vanuit dat het faillissementsrecht dient te weerspiegelen de rechten zoals die voortvloeien uit het arbeidsrecht. Echter dit miskent dat het huidige arbeidsrecht zich concentreert op een solvante onderneming waarin alleen rekening wordt gehouden met de belangen van de werknemers en de werkgever. Bij een insolvente onderneming zijn ook de belangen van crediteuren relevant en die worden door het arbeidsrecht genegeerd.

3.1 Meerdere procedures om insolventie op te lossen

Het model van Baird en Jackson bepleit dat de overheid in een collectieve procedure dient te voorzien, omdat de individuele schuldeisers zelf niet op een efficiënte wijze het common pool probleem kunnen oplossen. Het model plaatst echter de kanttekening dat als het aantal crediteuren voldoende klein en bepaalbaar is, het mogelijk kan zijn om ten tijde van de insolventie van de onderneming over een oplossing te onderhandelen, zonder dat dit gepaard hoeft te gaan met veel danwel alle kosten van de individuele incassoprocedures.²⁵ In Nederland doet deze situatie zich in feite voor bij MKB-bedrijven wier belangrijkste schuldeiser vaak één zogenaamde ‘huisbank’²⁶ is. In geval van insolventie kan de onderneming onder begeleiding van de huisbank worden gesaneerd en gereorganiseerd waarna (bij gebleken succes) de onderneming blijft voortbestaan. De in samenwerking met de bank uitgevoerde reorganisatie is vaak effectief en efficiënt.²⁷

3.2 Arbeidsrecht concentreert zich op een solvante onderneming

Het model van Baird en Jackson gaat ervan uit dat de schuldeisersrechten en de rechten van de werknemers van voor datum faillissement in beginsel niet mogen veranderen in het faillissement. Dit

²⁴ Daarnaast houdt het model volgens Armour er geen rekening mee dat de mate van (in)efficiëntie van het bestaande faillissementsrecht bepaalt of de schuldeisers al dan niet een oplossing zoeken voor de insolventie zonder een faillissementsprocedure te initiëren door te heronderhandelen. Indien de formele faillissementsprocedure inefficiënt is, dan kunnen de schuldeisers met elkaar heronderhandelen om tot een ‘workout’ - een oplossing van de insolventie van de schuldenaar zonder de formele procedures te gebruiken – te komen. Of dit al dan niet gebeurt hangt af van een vergelijking tussen de transactiekosten van het onderhandelen en de kosten van een formele procedure (zie J. Armour, t.a.p., p. 127 e.v.). Dit aspect laat ik in deze bijdrage buiten beschouwing.

²⁵ Zie Thomas H. Jackson 1986, t.a.p., p. 229 e.v. Zie ook J. Armour, t.a.p., p. 127.

²⁶ Zie A.M. van Amsterdam, t.a.p., p. 195: ‘In Nederland spelen banken traditioneel een belangrijke rol bij de financiering van ondernemingen. Anders dan in bijvoorbeeld Engeland en de VS waar aandeelhouders een prominente rol spelen, is het in Nederland de bank die als (vreemd) vermogen verschaffer op de voorgrond treedt. Een tweede verschil is het fenomeen van huisbank: de bank streeft naar een monopolie positie binnen de onderneming, in die zin, dat de bank dan alle kredietlijnen en –faciliteiten voor haar rekening neemt, met uitsluiting van concurrerende banken.’

²⁷ Zie A.M. van Amsterdam, t.a.p., p. 229 e.v. en p. 275-276. Hij noemt dit het fenomeen van de zogenaamde ‘stille surseance’.

is in beginsel te onderschrijven voorzover het ziet op bijvoorbeeld de verhaals-, voorrangs- en zekerheidsrechten van de separatisten.²⁸ Aangezien deze rechten buiten het faillissement in beginsel ook zien op een situatie waarin een onderneming solvent danwel insolvent is en er sprake is van een concursus van schuldeisers. Echter mijn inziens dient het model van Baird en Jackson verfijnd te worden ten aanzien van de rechten van de werknemers,²⁹ omdat het geldende arbeidsrecht traditioneel zich als het ware concentreert op een solvete onderneming.

Het richt zich op de bescherming van de werknemer tegenover de werkgever. Echter in de hiermee gepaard gaande belangenafweging wordt enerzijds niet meegewogen dat indien een onderneming insolvent is sommige beschermingsbepalingen juist contraproductief kunnen werken jegens de werknemer. Zo zal door het onbeperkt handhaven van het ontslagverbod bij overgang van onderneming (en het recht op 'ontslag-' c.q. 'schadevergoeding') veelvuldig geen overgang van onderneming kunnen plaatsvinden, waardoor de arbeidsovereenkomsten van alle werknemers worden beëindigd en er lagere tot geen verkoopopbrengsten zullen zijn omdat de onderneming niet (going concern) kan worden verkocht.³⁰ Anderzijds wordt in die belangenafweging geen rekening gehouden met de belangen van de schuldeisers. Indien de onderneming solvent is, dan hoeft dit ook niet, want dan is er in principe genoeg vermogen om alle schuldeisers te voldoen en zijn de belangen van de andere schuldeisers dan de (voormalige) werknemer niet in het geding. Echter indien de onderneming insolvent is dan concurreert een werknemer weldegelijk met andere crediteuren omdat er in de regel niet genoeg middelen zullen zijn om alle crediteuren te voldoen. De belangen van de schuldeisers staan juist centraal in het faillissementsrecht. Gelet op het gegeven dat in Nederland het arbeidsrecht buiten een faillissementsprocedure is gericht op een solvete onderneming en in de faillissementsprocedure op een insolvente onderneming kan je dus met de theorie van Baird en

²⁸ Zie voor de toepassing van deze theorie op de rechten van de hypotheek- en pandhouders: A.P.K. Lutikhuis, 'De relatieve waarde van toezicht', *TvI* 2004/special, p.274-278.

²⁹ Er zijn mijn inziens nog meer rechten, waaronder vorderingen uit onrechtmatige daad, ten aanzien waarvan deze theorie genuanceerd dient te worden maar ik beperk mij hier tot deze rechten. Wegens de omvang van deze bijdrage zal o.a. worden afgezien van de medezeggenschapsrechten, opzegtermijnen en van de Wet Melding Collectief Ontslag.

³⁰ Vgl. Abels arrest van HvJ 7 februari 1985, *NJ* 1985, 902, nr. 22 en 23: '(...) Blijkens deze uiteenlopende beoordelingen, bestaat er bij de huidige ontwikkeling veel onzekerheid over de vraag, welke invloed de overgang van een onderneming bij insolventie van de werkgever op de arbeidsmarkt heeft en welke de juiste maatregelen zijn om de belangen van de werknemers zo veel mogelijk veilig te stellen. Een ernstig risico van een tegen de sociale doelstellingen van het verdrag ingaande algemene verslechtering van de levens- en arbeidsomstandigheden van de werknemers valt derhalve niet uit te sluiten.' En W.W. McBryde, A. Flessner, S.C.J.J. Kortmann (red.), t.a.p., p. 52-53: 'The very measure designed to protect employees could, paradoxically, prejudice the future of the employees in the business. (...) In Germany, whose law, inspired the EEC rule, the continuation of employment contracts on the transfer of a business as a going concern has always applied both inside and outside insolvency. Proposals were made during the consideration of recent reforms to abolish the rule in insolvency for the purpose of assisting rescue of the business. The rule was, however, retained for insolvency proceedings on the grounds that insolvency proceedings should not have a competitive edge over rescue attempts outside insolvency.'

Jackson in Nederland niet onverkort mee uit de voeten.

Ik zal hieronder eerst toelichten dat in het arbeidsrecht geen rekening wordt gehouden met de belangen van schuldeisers indien een onderneming insolvent is (par. 3.2.1.) vervolgens dat deze juist centraal staan in het faillissementsrecht (par. 3.2.2.). Daarna wordt het verschijnsel ‘misbruik van faillissementsrecht’ toegelicht (par. 3.2.3.).

3.2.1. Arbeidsrecht voor faillissementsprocedure

Terzake van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst spelen er in het arbeidsrecht twee factoren. Enerzijds de beperkte mogelijkheid voor de werkgever om de arbeidsrelatie op te zeggen of anderzijds te beëindigen en anderzijds de ‘prijs’ hiervan, de hoogte van de ‘ontslagvergoeding’ c.q. de ‘schadevergoeding’.³¹ Er zijn twee juridische wegen om een arbeidsovereenkomst te beëindigen, ofwel door het opzeggen van de arbeidsovereenkomst met toestemming van de Centrale organisatie werk en inkomen (verder: CWI) (ex art. 6 BBA) om de arbeidsovereenkomst op te zeggen ofwel door de rechterlijke ontbinding.³² Indien de onderneming insolvent is, maar nog niet failliet, blijft toestemming van CWI noodzakelijk en zal CWI op verzoek van de werkgever in de regel toestemming geven om de arbeidsovereenkomst op te zeggen wegens bedrijfseconomische redenen.³³ Dan kan hij de arbeidsovereenkomsten opzeggen zij het met inachtneming van de opzegtermijnen en de bijzondere opzegverboden in het Burgerlijk Wetboek.³⁴ Daarnaast vordert de werknemer in de praktijk menigmaal van de schuldenaar een schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag (ex

³¹ Vanwege de omvang van deze bijdrage wordt de opzegtermijn en de vordering van de werknemer wegens onregelmatig ontslag buiten beschouwing gelaten.

³² Uitgezonderd de beëindiging van de arbeidsovereenkomst door wederzijds goedvinden en van rechtswege (bijvoorbeeld door verstrijken van een bepaalde tijdseenheid), het ontslag op staande voet (ontslag wegens een dringende reden) en ontslag gedurende de proeftijd. Zie ook o.a. art. 6 lid 2 BBA 1945. Buiten beschouwing blijft vanwege de omvang van de bijdrage de ontbinding wegens wanprestatie en wegens een tekortkoming in de nakoming (art. 7: 686 BW).

³³ Ex. art. 4:1 van het Ontslagbesluit (Besluit van 7 december 1998, *Stcrt.* 1998, 238, laatstelijk gewijzigd bij Besluit van 6 maart 2003, *Stcrt.* 2003, 49) moet de werkgever alsdan aannemelijk maken dat ‘uit bedrijfseconomische redenen (waaronder ook organisatorische en technologische veranderingen worden begrepen) een of meer arbeidsplaatsen dienen te vervallen. Volgens de toelichting bij art. 4:1 Ontslagbesluit is het voldoende dat de werkgever aannemelijk maakt dat een doelmatige bedrijfsvoering het verval van de arbeidsplaatsen met zich brengt en dat personeelsverloop of overplaatsing geen oplossing bieden. Wel dient hierbij onder andere art.4.2 van het Ontslagbesluit te worden nageleefd: ‘per categorie uitwisselbare functies van de bedrijfsvestiging worden de werknemers met het kortste dienstverband het eerst voor ontslag in aanmerking gebracht.’ Bij opzegging wegens bedrijfseconomische redenen kan voor het verkrijgen van toestemming van het CWI ook gebruik worden gemaakt van de zogenaamde ‘verkorte procedure’ indien bij dat verzoek tevens de toestemming van de werknemer is gevoegd. Zie hierover uitvoerig: W.C.L. van der Grinten/J.W.M. van der Grinten, W.H.A.C.M. Bouwens, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 274.

³⁴ Bij de beëindiging van de onderneming of een onderdeel daarvan gelden in beginsel de civiele opzegverboden niet. Wel als de activiteiten van de opgeheven onderneming worden voortgezet door een andere onderneming. Zie hierover uitvoerig W.C.L. van der Grinten c.s., t.a.p., p. 293.

art. 7:681 BW). De werknemer zal in dat geval een beroep doen op art. 7:681 lid 2 BW dat de gevolgen van de opzegging voor hem te ernstig zijn in verhouding tot de belangen van de werkgever. Bepalend voor de beoordeling van de (on)evenredigheid tussen de wederzijdse belangen bij de gedane opzegging (en de hoogte van de eventueel aan de werknemer toe te kennen schadevergoeding) zijn de omstandigheden en de verwachtingen die bestonden voorafgaande aan en op het moment dat de arbeidsovereenkomst werd opgezegd.³⁵ De andere manier om een arbeidsovereenkomst te beëindigen is de rechterlijke ontbinding. Alsdan behoeft de werkgever geen toestemming van de CWI, het gaat immers niet om een opzegging maar een ontbinding. Alsook gelden niet de civielrechtelijke bijzondere opzegverboden in het BW³⁶ waaronder het verbod van opzegging van de arbeidsovereenkomst wegens overgang van een onderneming (art. 7:670 lid 8 BW). Deze kunnen worden ‘gepasseerd’ indien gekozen wordt voor de weg van de rechterlijke ontbinding (er gaat echter wel een reflexwerking vanuit). Met dien verstande dat de rechter de vrijheid heeft om het verzoek af te wijzen. Indien de rechter het verzoek inwilligt wegens veranderde omstandigheden³⁷ kan de rechter, zo hem dit met het oog op de omstandigheden van het geval billijk voorkomt, aan een der partijen ten laste van de wederpartij een vergoeding toekennen (art. 7:685 lid 8 BW). In het merendeel van de gevallen van ontbinding wegens veranderde omstandigheden vindt de rechter aanleiding een vergoeding toe te kennen aan de werknemer. De vergoeding heeft naar haar aard slechts betrekking op de gevolgen van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst en de wijze waarop die beëindiging plaatsvindt. De hoogte van de ‘ontslagvergoeding’ (c.q. ‘schadevergoeding’)³⁸ wordt bepaald door de landelijke formule van de Kring van Kantonrechters, de zogenaamde kantonrechtersformule.³⁹ Indien de onderneming insolvent is wil dit niet zeggen dat de correctiefactor (C) en daarmee ‘de ontslagvergoeding’ 0 is. In de eerste aanpassing van de landelijke formule is in een nieuwe aanbeveling over de verhouding van de ontbindingsvergoeding en een sociaal plan opgenomen dat de rechter niet de ABC-formule zal volgen maar een vergoeding zal toekennen overeenkomstig het sociale plan, tenzij dit leidt tot een onbillijke uitkomst voor de betrokken werknemer. In dat geval is alsnog de ABC-formule van toepassing, zij het dat, indien slechte financiële omstandigheden van het bedrijf redengevend zijn voor de reorganisatie, daarin voldoende grond ligt om C in ieder geval niet

³⁵ D.M. van Genderen, C. Kat, *Arbeidsrecht*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2003, p. 52 e.v.

³⁶ In de praktijk gaat van de opzegverboden een zekere reflexwerking uit. Als een ontbindingsverzoek verband houdt met een opzegverbod zal de Kantonrechter het afwijzen, tenzij zich andere omstandigheden voordoen die een gewichtige reden voor ontbinding vormen (EK 25 263, nr. 132d, p. 15).

³⁷ Niet indien sprake is van ontbinding wegens dringende redenen. Alsdan is de gedupeerde partij aangewezen op (in een aparte procedure te vorderen) schadevergoeding wegens onregelmatige beëindiging (7:677 lid 3) of wegens ‘wanprestatie’.

³⁸ De kantonrechtersformule is vaak leidraad voor de schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag.

³⁹ Zie voor publicatie van de zogenaamde Kantonrechtersformule: *NJB* 1996, p. 1838 e.v. en voor aanpassingen van die formule: *NJB* 1998, p. 969 e.v., *NJB* 1999, p. 1789 e.v.

hoger dan 1 te laten zijn.⁴⁰

De op de kantonrechttersformule gebaseerde ‘ontslagvergoeding’ (c.q. schadevergoeding) is omstreden. Het bezwaar is dat door de Aanbevelingen, zonder publiek debat en zonder een weloverwogen beslissing van de wetgever, een nieuwe regel van ontslagbescherming is geïntroduceerd. Deze regel werkt door naar andere wettelijke regelingen zoals het kennelijk onredelijk ontslag. Een verplichting voor elke werkgever om bij elke verwijtloze beëindiging van het dienstverband een vergoeding te betalen volgens de formule, is volgens velen in strijd met het huidige wettelijke systeem en de huidige wettelijke verplichtingen van de werkgever.⁴¹

Uit het voorafgaande is niet gebleken dat CWI danwel de rechter terzake van de beëindiging van de arbeidsrelatie en bij de toekenning en de bepaling van de hoogte van de ‘schade-’ c.q. ‘ontslagvergoeding’ de belangen van de schuldeisers meeweegt indien het gaat om een insolvente onderneming.

3.2.2. ‘Arbeidsrecht’ in faillissementsprocedure

De belangen van de schuldeisers die in het arbeidsrecht niet naar voren komen, die worden in het faillissementsrecht opeens wel erkend, omdat de insolvente onderneming centraal staat in tegenstelling tot het arbeidsrecht.

De mogelijkheid tot opzeggen en de (hoogte van de) ‘ontslagvergoeding’ c.q. ‘schadevergoeding’ die wordt uitgekeerd indien een onderneming insolvent is en niet in staat van faillissement verkeert staat in contrast met de mogelijkheid tot opzegging en de (hoogte van de) ‘ontslagvergoeding’ c.q. de ‘schadevergoeding’ die een werknemer ontvangt indien een onderneming insolvent is en wel in staat van faillissement verkeert. Dit is het resultaat van een andere belangenafweging in het faillissementsrecht. Gedurende het faillissement staan de belangen van de gezamenlijke schuldeisers

⁴⁰ Zie *NJB* 1998, p.971. De jurisprudentie laat omtrent de hoogte van de correctiefactor indien een onderneming insolvent is een divers beeld zien. Zo oordeelt de rechter in Delft onder meer: ‘Duidelijk is dat de financiële situatie van Bindu textiel als deplorabel valt te kenschetsen. Dat rechtvaardigt in casu niet dat daarom geen vergoeding aan Nieuwenhuis zou moeten worden toegekend. Daarbij is van belang dat die toekenning in beginsel los dient te worden gezien van de vraag of Bindu Textiel die toe te kennen vergoeding uiteindelijk ook zal kunnen betalen.’ (Ktg. Delft 26 juli 2001, *JAR* 2001, 177, overweging 4.4.b. In gelijke zin zie Ktg. ’s-Hertogenbosch 22 maart 1993, *JAR* 1993, 86, r.o. 2: ‘Het verweer van X dat zij niet in staat is om een vergoeding te betalen kan – wat daarvan ook zij - aan haar verplichtingen jegens Y niet in de weg staan en behoort mitsdien als ten deze niet ter zake doend te worden gepasseerd; het gaat er immers om dat de aanspraken van Y op een vergoeding worden vastgesteld, waarbij het van geen belang is of X ook daadwerkelijk in staat zal blijken om die vergoeding te betalen.’) In andere zin oordeelt de rechter in Amersfoort waarin er geen vergoeding wordt toegekend op grond van de zogenaamde ‘habe-nichts’ exceptie (Kantongerecht Amersfoort 20 januari 1993; zie ook o.a. Kantongerecht Apeldoorn 11 december 1996, *JAR* 1997, 41, Ktg. Rotterdam 1 december 1995, *JAR* 1996, 6).

⁴¹ Zie W.C.L. van der Grinten c.a., t.a.p., p. 373 en de daar vermelde literatuur.

voorop.⁴² De belangen van de werknemers op ‘behoud van dienstbetrekking’ en een ‘ontslagvergoeding’ c.q. ‘schadevergoeding’ zijn hieraan ondergeschikt.

De Faillissementswet kent van oudsher een eigen bepaling terzake van de opzegging van de arbeidsovereenkomst. Ex art. 40 Fw kan de curator - met toestemming van de r-c (art. 68 lid 2 Fw) - de overeenkomst opzeggen met inachtneming van de overeengekomen of wettelijke termijnen, met dien verstande dat in elk geval de arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd met een termijn van maximaal zes weken. Indien de boedel ontoereikend is om het loon over de opzegtermijn te voldoen dan komt dit ten laste van UWV. Het ontslagverbod van art. 6 BBA is niet van toepassing (art. 6 BBA 1945 lid 2 sub c). De heersende leer is dat ook de civielrechtelijke ontslagverboden niet van toepassing zijn.⁴³ De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat de curator de arbeidsovereenkomst kan opzeggen indien voortzetting van de dienstbetrekking niet in het belang van de boedel is.⁴⁴ Hierbij is van belang dat ex art. 40 lid 2 Fw het loon vanaf de dag der faillietverklaring boedelschuld is, zodat de curator belang heeft bij een snelle beëindiging.

De werknemer kan in een faillissementsprocedure, net als buiten het faillissement, schadevergoeding vorderen wegens kennelijk onredelijk ontslag (7:681 BW) nadat de curator de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd. Ook de (eventuele) schadevergoeding waarop de werknemer aanspraak kan maken bij een kennelijk onredelijk ontslag door de curator is een boedelschuld.⁴⁵ De hoofdregel is echter dat het opzeggen van de arbeidsovereenkomst door de curator - in beginsel - niet kennelijk onredelijk is.⁴⁶ Slechts onder bijzondere omstandigheden kan ook een ontslagverlening op de voet van art. 40 Fw kennelijk onredelijk zijn, namelijk wanneer aan de ontslagen werknemer geen passende vergoeding is

⁴² Zie hierover uitvoerig A.P.K. Lutikhuis, ‘Begrip ‘de gezamenlijke schuldeisers’ gedateerd. Nieuwe maatschappelijke doelen in Nederlandse faillissementsprocedure nopen tot een genuanceerde invulling van het begrip ‘de gezamenlijke schuldeisers’, *TvI 2004/3*, p. 84-95.

⁴³ Zie A.M. Luttmer-Kat, ‘Opzegging van de arbeidsovereenkomst tijdens insolventie van de werkgever, in: *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*’, Insolad Jaarboek 1999, Deventer: Kluwer 2000, p. 8-13. Luttmer-Kat pleit dat de opzegverboden van art. 7:670 lid 2 (zwangerschap en bevalling) en 7:670 lid 4 (OR-lid) wel van toepassing zijn in faillissement. Wel geldt het discriminatieverbod van art. 646 BW en art. 5 AWGB, W.C.L. van der Grinten c.a., t.a.p., p. 260 en 292-293.

⁴⁴ Zie art. 40 Fw en de arresten van de Hoge Raad van 5 december 1975, 269 (ASF/Hoek q.q.) en 12 januari 1990, *NJ* 1990, 662 (Van Gelder Papier). Hierin heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat de curator de arbeidsovereenkomst kan opzeggen indien voortzetting van de dienstbetrekking niet in het belang van de boedel is. In de arresten van de Hoge Raad d.d. 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472 (Sigmacon II) en 19 april 1996, *NJ* 727 (Maclou) heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat de curator ook rekening heeft te houden met belangen van maatschappelijke aard zoals behoud van werkgelegenheid. Echter in de rechtsdoctrine heerst de overheersende mening dat dit inhoudt dat de crediteurenbelangen in beginsel dienen te prevaleren en de curator rekening moet houden met belangen van maatschappelijke aard voorzover dat niet ten koste gaat van de crediteurenbelangen. Zie literatuurvermelding onder noot 6 van A.P.K. Lutikhuis, t.a.p., p. 85.

⁴⁵ W.C.L. van der Grinten c.a., t.a.p., p. 262.

⁴⁶ Vgl. HR 12 januari 1990, *NJ* 1990, 662 (Van Gelder papier). De curator kan de arbeidsovereenkomst opzeggen indien voortzetting van de dienstbetrekking niet in het belang van de boedel is. De Hoge Raad heeft hieraan toegevoegd dat de wetgever in art. 40 Fw de belangen van de faillissementscrediteuren en de werknemers heeft afgewogen en de werknemers in geval van ontslag door de curator genoeg moeten nemen met maximaal zes weken salaris.

aangeboden.⁴⁷ Daarnaast kan de werknemer, gelijk als buiten het faillissement, ontbinding (7:685 BW) van de arbeidsovereenkomst verzoeken met toekenning van een ontslagvergoeding.⁴⁸ Echter tot op heden is mij geen enkele geslaagde poging bekend van een werknemer die een ontslag- c.q. schadevergoeding heeft ontvangen wegens ontbinding⁴⁹ danwel kennelijk onredelijk ontslag.⁵⁰ De reden hiervan ligt in de genoemde belangenafweging, het belang van de gezamenlijke schuldeisers gaat voor het belang van de werknemer op 'behoud van dienstbetrekking' danwel 'schadevergoeding c.q. ontslagvergoeding.

Daarnaast biedt de Faillissementswet de werknemer de rechtsmiddelen verzet tegen de faillietverklaring en hoger beroep tegen de machtiging van de r-c om voor zijn rechten op te komen. Deze rechtsmiddelen zijn opgetuigd bij Wet van 18 april 2002: enerzijds zijn de rechtsgevolgen van een vernietiging van de faillietverklaring⁵¹ gewijzigd door toevoeging van art. 13a Fw. Art. 13a Fw houdt in dat in geval van vernietiging van het faillissement, om welke reden dan ook,⁵² meebrengt dat de opzegging door de curator met terugwerkende kracht is onderworpen aan de wettelijke en contractuele ontslagregels.⁵³ Anderzijds is de hoger beroepsprocedure overeenkomstig art. 67 lid 2 Fw toegankelijker gemaakt voor de werknemer (art. 5 lid 2 Fw) en zijn de rechtsgevolgen ervan gewijzigd (art. 72 lid 2 Fw). Echter tot op heden is mij geen enkele geslaagde poging bekend van een werknemer die ex art. 67 Fw⁵⁴ succesvol hoger beroep heeft aangetekend tegen de machtiging. Dit laat zich wederom verklaren door de genoemde belangenafweging in het faillissement.

Uit het bovenstaande blijkt dat gezien de belangenafweging in de faillissementsprocedure, de belangen van de werknemers in de faillissementsprocedure nagenoeg zijn beperkt tot het recht op loon over de opzegtermijn van (maximaal) 6 weken, welke gelden door UWV worden voldaan indien de boedel ontoereikend is.

⁴⁷ De rode draad in de lagere rechtspraak wordt weergegeven door de uitspraak van Rb. Utrecht 8 januari 2003 (*JOR* 2003, 244) indien een faillissementscurator 'in de relevante periode (tot het einde van de arbeidsovereenkomsten) niet duidelijk was dat er genoeg baten waren om daaruit de vorderingen van de crediteuren en de faillissementskosten te voldoen en voorts om aan alle werknemers vergoedingen uit te keren wegens de beëindiging van de arbeidsovereenkomsten' de curator niet kennelijk onredelijk heeft gehandeld (o.a.Rb. Utrecht 8 januari 2003, *JOR* 2003, 244).

⁴⁸ Zie hierover o.a. E. Loesberg in zijn noot onder Rb. Arnhem Sector Kanton, locatie Nijmegen 23 augustus 2002, *JOR* 2002, 185 p. 1348.

⁴⁹ Terzake van een mislukte poging tot vordering van een 'ontslagvergoeding' wegens ontbinding zie Rb. Arnhem, sector Kanton, locatie Nijmegen 22 augustus 2002, *JOR* 2002, 185.

⁵⁰ Ten aanzien van een mislukte poging tot vordering van schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag in faillissement zie o.a. Rb. Amsterdam 5 november 2003, *JOR* 2004, 26, Rb. Utrecht 8 januari 2003, *JOR* 2003, 244, Ktr. Utrecht 8 januari 2003, *TvI* 2003/2 Nieuwsbrief, p. 17, Rb. 's-Gravenhage 5 maart 2003, *JOR* 2003, 123, Ktr. A'dam 31 augustus 2000 en 7 juni 2001, *JOR* 2002, 41.

⁵¹ Door het overgenomen amendement Santi/Weekers (*Kamerstukken II* 2000/01, 27 469, nr. 11) geldt deze maatregel voor iedere vernietiging van een faillissement, waardoor het doel van deze maatregel aanmerkelijk is verruimd.

⁵² Dit als gevolg van voornoemde amendement Santi/Weekers.

⁵³ Zie W.C.L. van der Grinten c.a., t.a.p., p. 237.

⁵⁴ Voor een niet succesvol beroep door een werknemer op art. 67 Fw zie o.a. Rb. 's-Hertogenbosch 24 juni 2004, *JOR* 2004, 214, Rb. Breda 12 november 2002, *JOR* 2003, 179, Rb. 's-Gravenhage 21 november 2002, *JOR* 2003, 26.

3.2.3. 'Misbruik'

In het voorafgaande is weergegeven het huidige recht ten aanzien van de opzegging van een arbeidsovereenkomst en de 'prijs' van deze opzegging indien een onderneming insolvent is en niet in staat van faillissement verkeert en indien een onderneming insolvent is en wel in staat van faillissement verkeert. De gevolgen hiervan zijn dat er sprake kan zijn van forumshopping, in die zin dat indien een onderneming insolvent is, dat een onderneming dan de voorkeur er aan zal geven om een faillissementsprocedure te initiëren boven een mogelijke buitenwettelijke sanering gelet op het verschil in arbeidsrechtelijk regime. Daarnaast bestaat in het niet veelvoorkomende geval het risico dat ook indien een onderneming solvent is, de onderneming de faillissementsprocedure gebruikt gelet op het verschil in ontslagbescherming.

In de juridische literatuur bestaat onduidelijkheid over de invulling van het begrip 'misbruik van recht'. De arbeidsrechtsspecialisten⁵⁵ staan hier tegenover de insolventierechtsspecialisten.⁵⁶ De arbeidsrechtsspecialisten stellen dat er al sprake is van misbruik van een faillissementsaanvraag als deze *hoofdzakelijk* wordt gebruikt om de werknemers bescherming te omzeilen. De faillissementsrechtsspecialisten stellen dat een faillissementsaanvraag die *mede ten doel* heeft de arbeidsrechtelijke bescherming te ontlopen geen misbruik hoeft op te leveren. Zij zijn van mening dat een aangifte van het faillissement door de schuldenaar geen misbruik kan opleveren als de schuldenaar zich in een reële faillissementssituatie bevindt.⁵⁷ Ook de jurisprudentie biedt hierover geen ondubbelzinnig antwoord.⁵⁸

4. Toepassen model

Uit het voorafgaande blijkt dat als het bovenbeschreven model wordt toegepast op de Nederlandse

⁵⁵ Zie o.a. R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2000, p. 261, Van der Voet, *Misbruik van faillissement bij overgang van onderneming*, p. 37-45, A.T.M. Jacobs, 'Misbruik van faillissement om werknemers te kort te doen', *SMA* 2002, p. 362.

⁵⁶ Noot van Kortmann bij Hof 's-Gravenhage d.d. 10 januari 1996, *JOR* 1996, N.E.D. Faber, 'Misbruik van bevoegdheid tot aanvragen faillissement', *NbBW* 1996, 3, p. 29, R.D. Vriesendorp, Doorstarten en onbehoorlijk bestuur, in: *Insolad Jaarboek 1997*, Deventer: Kluwer 1997, p. 77. E. Loesberg, 'De voorgestelde aanpassing van de Faillissementswet als gevolg van de richtlijn 98/50/EG: een stille revolutie?', *TvI* 2001/5, p. 158 (Loesberg nuanceert zijn mening enigszins, zie voornoemde pagina).

⁵⁷ Zie hierover uitvoerig M.L. Lennarts, S.N. de Valk, 'Aansprakelijkheid van bestuurders jegens werknemers wegens misbruik van faillissement', *ARA* 2004, 2, p. 113-114.

⁵⁸ Zie voor de jurisprudentie o.a.: Hof 's-Gravenhage 10 januari 1996, *JOR* 1996, 16 (Ammerlaan), HR 29 juni 2001, *JOL* 2001, 413 (MTW/FNV en Vermaat) en HR 28 mei 2004, *JOR* 2004, 216 (Boek/ Van Gorp). Zie voor een beschrijving van de verschillende visies hierover in de doctrine M.L. Lennarts, S.N. de Valk, t.a.p, p. 113-114.

situatie dat eerst een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de regels die van toepassing zijn op een solvete en een insolvente onderneming. Vervolgens dient het arbeidsrecht dat van toepassing is op een *insolvente* onderneming gelijk te zijn ongeacht of er sprake is van een formele procedure. Op deze wijze zal er geen sprake meer zijn van ‘misbruik van recht’, in die zin dat een insolvente onderneming zich tot het faillissement wendt met als louter doel om van de soepeler ontslagbescherming gebruik te maken. Het fenomeen ‘misbruik van recht’ blijft dan beperkt tot het niet veel voorkomende geval waarin een solvete onderneming tracht een insolvente situatie voor te wenden om gebruik te kunnen maken van een ander arbeidsrechtregime. Daarnaast zullen de buitenwettelijke saneringen van insolvente ondernemingen niet meer hoeven te worden belemmerd door het verschil in ontslagbescherming in en buiten de faillissementsprocedure.

Bij de uitwerking van dit model dient het begrip insolventie nader te worden uitgewerkt en dient op basis van deze uitwerking voor de praktijk criteria te worden ontworpen aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of een onderneming al dan niet insolvent is. Ook zal een invulling moeten worden gegeven aan het arbeidsrecht dat van toepassing is voor insolvente ondernemingen. De vraag die dan centraal staat is: hoe behoren de belangen van de werknemers en de schuldeisers tegen elkaar te worden afgewogen? Hierbij speelt dat het belang van de werknemers in een insolvente situatie op een andere wijze dient te worden behartigd dan bij een solvete situatie. Genoemd is reeds dat het handhaven van het ontslagverbod bij overgang van een onderneming in een dergelijke situatie contraproductief kan werken jegens de gezamenlijke werknemers. Tevens behoren bij een insolventie de belangen van de werknemers te worden geplaatst ten opzichte van de belangen van de (verschillende rangordes) van de afzonderlijke crediteuren. Zolang de afzonderlijke crediteuren onderling in rang en belang verschillen vereist het incorporeren van de belangen van de werknemers in het arbeidsrecht van een insolvente onderneming een grondige analyse en (politiek) debat.

Alvorens een mogelijke invulling te schetsen, zij opgemerkt dat de opzegtermijn in deze bijdrage onbesproken zijn gelaten. Bij de hiernavolgende invulling wordt ervan uitgegaan dat de huidige opzegtermijn van (maximaal) 6 weken - welke kosten door UWV worden gedragen indien de ‘boedel’ ontoereikend is - gehandhaafd blijft en ook voor insolvente ondernemingen geldt. Een mogelijke invulling is de volgende. Er zijn twee mogelijkheden: voortzetting of geen voortzetting van een insolvente onderneming. Indien voortzetting van de onderneming mogelijk is door de beëindiging van de arbeidsovereenkomst met een deel van het personeelsbestand met behoud van de arbeidsovereenkomst met een ander deel van het personeelsbestand en daarmee ook (gedeeltelijke) voldoening van de vorderingen van de gezamenlijke schuldeisers, dan dient opzegging mijn inziens te kunnen plaatsvinden. Dit omdat hiermee het belang van de gezamenlijke werknemers op behoud van werkgelegenheid en het belang van de gezamenlijke schuldeisers op maximale opbrengsten wordt gediend. Bij de bepaling van of en hoe hoog een ‘ontslag-’ c.q. ‘schadevergoeding’ vervolgens behoort te zijn, kan niet de ‘kantonrechterformule’ als uitgangspunt te worden genomen. Immers in

deze formule wordt geen rekening gehouden met de belangen van de werknemers in een insolvente situatie en de schuldeisers. Indien de vergoeding de voortzetting van een onderneming in gevaar zou brengen en daarmee de belangen van de gezamenlijke werknemers en de gezamenlijke schuldeisers zou aantasten dan behoort deze vergoeding nihil te kunnen worden gesteld. Mocht dit niet het geval zijn dan zal een belangenafweging betreffende de werknemers en de schuldeisers uitsluitend dienen te geven. Hierbij is het van belang dat de groep ‘gezamenlijke schuldeisers’ niet als homogene groep wordt gezien. Maar dat het belang van de werknemers wordt afgezet tegen de posities van de afzonderlijke crediteuren zodat niet de ‘zwakste’ crediteuren de kosten van de ontslagvergoeding dienen te dragen. Immers indien in het huidige faillissementsrecht een ontslagvergoeding zou worden toegekend dan gaat dit veelvuldig ten koste van de ‘handelscrediteuren.’ Deze hebben reeds een zwakke positie. Zij genieten een zeer lage preferentie en recovery rate (2% concurrente crediteuren respectievelijk 7% preferente crediteuren (uitgezonderd fiscus en UWV)). Ze krijgen daarnaast slechts in 9% (concurrenten) respectievelijk 10% (preferenten (uitgezonderd UWV en fiscus)) van de faillissementen van ondernemingen überhaupt een uitkering. En zij hebben met ‘maatschappelijke’ doelen in beginsel niets van doen. Dit alles in tegenstelling tot de zogenaamde ‘maatschappelijke’ crediteuren (UWV en fiscus). Zij krijgen in 31% van de faillissementen een uitkering en hun recovery rate is 10% (fiscus) respectievelijk 12,5 % (UWV).⁵⁹ Zij hebben een sterke preferente positie en zijn gericht op ‘maatschappelijke’ doelen.⁶⁰ Het ligt derhalve mijn inziens meer in de rede om de kosten van een eventuele ‘ontslagvergoeding’ niet ten laste van de handelscrediteuren, maar ten laste van de ‘maatschappelijke’ crediteuren te laten komen.

Indien er geen sprake is van voortzetting van een onderneming dan dienen de arbeidsovereenkomsten te worden beëindigd. Voor de bepaling van de hoogte van de ‘schade-‘ c.q. ‘ontslagvergoeding’ geldt hetgeen hierboven is geschetst.

5. Tot besluit

In deze bijdrage is het model van Baird en Jackson zoals genuanceerd door schrijfster toegepast op de Nederlandse situatie. Het hierin resulterende onderscheid tussen het arbeidsrecht dat van toepassing is op een solvante en een insolvente onderneming vormt wellicht een (kleine) stap in de richting van het overbruggen van de schijnbaar onoverkomelijke kloof tussen de traditioneel gescheiden

⁵⁹ Zie A.P.K. Lutikhuis, Begrip ‘de gezamenlijke schuldeisers gedateerd. Nieuwe maatschappelijke doelen in Nederlandse Faillissementsprocedure nopen tot een genuanceerde invulling van het begrip ‘de gezamenlijke schuldeisers.’ *TvI* 2004, 3, p. 86.

⁶⁰ Zie hierover uitvoerig A.P.K. Lutikhuis, Begrip ‘de gezamenlijke schuldeisers gedateerd. Nieuwe maatschappelijke doelen in Nederlandse Faillissementsprocedure nopen tot een genuanceerde invulling van het begrip ‘de gezamenlijke schuldeisers.’ *TvI* 2004, 3, p. 84-95.

rechtsgebieden arbeidsrecht en faillissementsrecht.⁶¹

⁶¹ Hierbij zij opgemerkt dat het model van Baird en Jackson zoals genuanceerd door schrijfster op meerdere duurovereenkomsten en op andere onderdelen van het faillissementsrecht kan worden toegepast. Gelet op de omvang van deze bijdrage is deze beperkt tot een beschouwing over het arbeidsrecht. Het toepassen van het model van Baird en Jackson met de door schrijfster gemaakte nuances is onderwerp van haar dissertatie. Deze zal naar verwachting in het najaar gereed zijn.