

Forum

De gewijzigde hogerberoepsprocedure ex art. 67 lid 2 Fw: werknemer dubbel de klos door Mr. drs. A.P.K. **Luttikhuis** RA

Mr. drs. A.P.K. **Luttikhuis** RA is onderzoeker bij het Center for Company Law van de Universiteit van Tilburg en advocaat.

Het is nu ruim een jaar dat de Wet van 18 april 2002 in werking is.¹ Ter behartiging van de belangen van de werknemers zijn in deze wet twee maatregelen genomen teneinde misbruik van faillissementsprocedures te voorkomen: enerzijds zijn de rechtsgevolgen van een vernietiging van de faillietverklaring² gewijzigd door toevoeging van art. 13a Fw en 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). Vooral het nut van de hoger beroepsprocedure van art. 67 lid 2 Fw kan betwijfeld worden. Het is tijd voor een eerste (tussen)balans.

Als gevolg van de gewijzigde procedure van art. 67 lid 2 Fw kan de werknemer een beroep doen op de nietigheid van de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst dan wel de curator aansprakelijk stellen, indien zijn arbeidsovereenkomst is opgezegd door de curator zonder de machtiging van de R-C of in het geval de machtiging van de R-C in hoger beroep is vernietigd. Indien de curator heeft verzuimd hem te informeren over de beroepsmogelijkheid en de termijn daarvan, dan komt de werknemer alleen een beroep toe op deze nietigheid. In aanvulling op art. 64 Fw heeft de wetgever aldus aan de werknemer een toezichthoudende taak op de curator — en in feite ook op de R-C — toebedeeld in geval van opzegging van diens arbeidsovereenkomst. Door art. 67 lid 2 Fw wordt de werknemer aangespoord te controleren of het oordeel van de curator ter zake van de opzegging van zijn arbeidsovereenkomst en het oordeel van de R-C daaromtrent wel juist zijn om vervolgens, indien hij van mening mocht zijn dat dit niet het geval is, bij de rechtbank beroep aan te tekenen tegen de machtiging van de R-C. Uit de wetsgeschiedenis zou zelfs nog kunnen worden afgeleid dat deze rechten van de werknemer om zijn belangen na te streven zouden worden omgetoverd in een plicht om de belangen van het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) te behartigen. Voorgesteld werd dat het UWV zou kunnen overgaan tot het opleggen van een maatregel wegens verwijtbare werkloosheid of benadeling van de WW-fondsen, indien de werknemer zou nalaten de nietigheid van de opzegging in te roepen dan wel schadevergoeding te vorderen.³ Het UWV heeft zijn uitvoeringspraktijk op dit punt echter niet gewijzigd; het beroepsrecht van de werknemer staat haaks op de verplichtingen van het UWV op grond van hoofdstuk IV van de WW. Ex art. 64a WW van dit hoofdstuk dient de curator de arbeidsovereenkomst doorgaans onverwijld op te zeggen om een beroep op de loongarantieregeling zoveel mogelijk te beperken. Aldus vormt de beroepsprocedure van art. 67 lid 2 Fw een recht voor de werknemer, maar baat hem dit ook?

Om te beginnen is het onduidelijk in hoeverre van die beroepsmogelijkheid gebruik wordt gemaakt. Ter zake van de beroepsprocedure bestaat nauwelijks gepubliceerde jurisprudentie. Mij is dan ook geen zaak bekend waarin het beroep van de werknemers is toegewezen. Dit bevreedt enigszins, omdat door de wetswijziging de curator in elk faillissement elke werknemer op het bestaan van deze procedure dient te wijzen. Het is bovendien een snelle en eenvoudige procedure. Het ontbreken van succesvolle procedures roept de vraag op of die procedure wel een geschikt middel is om overeenkomstig het doel van deze maatregel misbruik van faillissementsprocedures tegen te gaan. Of zou er zich het afgelopen jaar geen misbruik hebben voorgedaan?

Het laatste onttrekt zich aan mijn waarneming, maar of een door de ontslagen werknemer ingesteld hoger beroep ex art. 67 lid 2 Fw⁴ een geschikt middel is, hangt af van de vraag of de werknemer over voldoende deskundigheid en informatie beschikt om het door de wetgever aan hem opgedragen 'toezicht' op de curator en de R-C te kunnen uitoefenen, alsook of de procedure kans van slagen heeft. Dit alles valt te betwijfelen.

Allereerst zal de werknemer in de regel niet over voldoende deskundigheid beschikken. Dit was juist de reden voor de wetgever om op de curator informatieplichten jegens de werknemer te leggen, alsook om de hoger beroepstermijn eerst te laten aanvragen op het moment dat de werknemer van de machtiging heeft kunnen kennismaken.⁵ De werknemer heeft geen procureur nodig en gelet op de kosten is het de vraag of de werknemer zich zal laten bijstaan door een deskundige.

In het geval hij zich evenwel zou laten bijstaan door een deskundige dan is het voorts niet eenvoudig een oordeel over de beslissing van de curator en de R-C te vormen. Het zal de werknemer en diens deskundige doorgaans ontbreken aan de benodigde informatie. De wetsgeschiedenis noemt als een bron van informatie weliswaar de openbare verslagen⁶, maar het

eerste verslag dient in de regel pas na drie weken na datum faillissement te worden ingediend. Bovendien zijn deze verslagen meestal vrij summier en voorlopig. De werknemer zal door de wetwijzigingen doorgaans wel voldoende geïnformeerd zijn over de procedurele aspecten van het hoger beroep. De werknemer wordt er weliswaar niet van op de hoogte gebracht dat indien hij wil bewerkstelligen dat de opzegging wordt vernietigd hij, strikt genomen, naast het hoger beroep tevens ex art. 72 lid 2 Fw een beroep dient te doen op de vernietigbaarheid van de opzegging. Dit kan hij doen door een buitengerechtelijke verklaring aan de curator binnen vijf dagen te rekenen vanaf de dag van de opzegging. Echter ik meen dat het hoger beroep van de werknemer volstaat. Het is in strijd met de bedoeling van de wetgever om enerzijds met het oog op de 'niet-juridisch geschoolde' werknemer² de hogerberoepsprocedure voor hem toegankelijker te maken en anderzijds, indien dit beroep zou slagen, aan diezelfde werknemer een van de rechtsgevolgen hiervan te ontnemen omdat hij niet tevens een beroep heeft gedaan op de vernietigbaarheid van de opzegging. Over dit laatste was hij nu juist niet geïnformeerd.

Mocht de werknemer wél over voldoende deskundigheid en informatie beschikken en er sprake zijn van misbruik van faillissementsprocedure, dan lijkt het 'toezicht' gedoemd te falen omdat de rechtbank ex art. 67 lid 2 Fw over de verleende machtiging oordeelt aan de hand van de door de curator gemaakte en de door de R-C goedgekeurde afweging van de belangen van de werknemers tegen die van de gezamenlijke crediteuren met inachtneming van de feiten en omstandigheden die bekend waren — dan wel bekend hadden dienen te zijn — niet later dan op het moment dat de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd.

Gezien de belangenafweging in het faillissement heeft deze procedure weinig kans van slagen voor de werknemers. De faillissementsprocedure is primair gericht op de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. De curator dient zich in beginsel door deze belangen te laten leiden met inachtneming van maatschappelijke belangen, waaronder de werkgelegenheid, voorzover dat niet ten koste gaat van de belangen van die gezamenlijke schuldeisers. Door middel van de machtiging toetst de R-C of de curator zich hierdoor heeft laten leiden. Bij het opzeggen van de arbeidsovereenkomsten zal de curator de belangen van de werknemers afwegen tegen die van de gezamenlijke schuldeisers. Aangezien het loon van de werknemers vanaf de dag van de faillietverklaring boedelschuld is, zal het doorgaans in het belang van de gezamenlijke schuldeisers zijn om de arbeidsovereenkomsten onverwijld op te zeggen. De curator zal dan ook in de regel terecht verzoeken om machtigingen tot ontslag, de R-C zal deze terecht verlenen en de rechtbank een eventueel beroep van de werknemers meestal afwijzen.

Mocht er evenwel sprake zijn van misbruik van faillissementsprocedure en van een boedel met een positief saldo waardoor het belang van de werknemers niet strijdt met het belang van de gezamenlijke schuldeisers dan nog zal het hoger beroep van de werknemers doorgaans stranden. Aangezien de curator meestal op het moment dat hij de arbeidsovereenkomsten opzegt nog niet bekend is dan wel had dienen te zijn met deze feiten en omstandigheden.³ Onderwerp van de beroepsprocedure is of de machtiging aan de curator tot ontslag terecht is verleend en de curator terecht om een machtiging heeft verzocht, bij gebreke waarvan de curator overeenkomstig het gewijzigde art. 72 lid 2 Fw aansprakelijk kan worden gesteld. De rechtbank zal derhalve oordelen aan de hand van de feiten en omstandigheden die de curator bekend waren — dan wel hadden dienen te zijn — niet later dan op het moment dat de arbeidsovereenkomst wordt opgezegd. Doorgaans zal de curator, gelet op het spoedeisende karakter van de beslissing om al dan niet de arbeidsovereenkomsten op te zeggen, alsdan nog geen volledig beeld hebben van de (financiële) toestand van de boedel. Indien de curator vervolgens de arbeidsovereenkomsten opzegt heeft hij niettemin juist gehandeld en heeft de R-C terecht de machtigingen verleend. Het beroep van de werknemers zal dan falen.

Indien men overigens van mening mocht zijn dat de rechtbank dient te oordelen met inachtneming van de feiten en omstandigheden die eerst na de opzegging van de arbeidsovereenkomsten zijn opgekomen (ex-nunc toetsing)⁴ dan zal dit doorgaans niet tot een ander resultaat leiden gelet op het onverwijld karakter van de procedure. Tenzij de werknemer tijdens de procedure informatie verstrekt waarin aangetoond wordt dat er sprake is van een boedel met een positief saldo en van misbruik van faillissementsprocedure. Mocht de rechtbank alsdan de machtiging vernietigen dan dient dit niet tot aansprakelijkstelling van de curator te leiden.

Gezien het voorgaande zullen zich derhalve weinig situaties voordoen waarin de werknemers een geslaagd beroep kunnen doen op de vernietiging van de machtiging van de R-C en lijkt het ontbreken daarvan gedurende het afgelopen jaar goed verklaarbaar.

Maar zelfs al zou de werknemer — ondanks alle bovenstaande belemmeringen — een geslaagd beroep kunnen doen op art. 67 lid 2 Fw, dan leidt dit weliswaar tot een nietigheid van de opzegging dan wel aansprakelijkstelling van de curator, maar indien er sprake is van overgang van de onderneming tijdens faillissement zal zijn arbeidsovereenkomst niet mee overgaan ook al wordt de opzegging vernietigd. Wanneer niet tevens de faillietverklaring is vernietigd ontbreekt de

werknemer deze bescherming, zoals hem deze wel op basis van art. 13a Fw wordt geboden. In dit verband is het van belang te constateren dat de werknemer alleen een beroep kan doen op art. 13a Fw, indien hij (tevens) het rechtsmiddel verzet (art. 10 Fw) aanwendt — of, indien dit faalt met succes hoger beroep instelt ex art. 11 Fw — waardoor de faillietverklaring wordt vernietigd. Over dit rechtsmiddel wordt hij overigens niet geïnformeerd.

Indien de door de curator ontslagen werknemer zou vermoeden dat zijn (voormalige) werkgever het faillissement heeft aangevraagd met het oogmerk afbreuk te doen aan zijn arbeidsrechtelijke bescherming, is het wrang wanneer hij vol vertrouwen de door de curator nadrukkelijk aangegeven weg van art. 67 lid 2 Fw inslaat. Deze procedure is gedoemd te falen en in de schaarse gevallen dat hij mocht slagen dan kan hij niet bewerkstelligen dat de werknemer mee overgaat indien er sprake is van overgang van onderneming gedurende het faillissement. De werknemer wordt niet alleen gedupeerd door zijn (voormalige) werkgever maar ook door de aangereikte beroepsprocedure; de werknemer is dubbel de klos.

¹ *Stb.* 2002, 215, in werking per 1 juli 2002 (Besluit van 17 mei 2002, *Stb.* 2002, 245). De Wet van 18 april 2002 is strikt genomen gemaakt ter uitvoering van 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 ondernemingen of vestigingen. Inmiddels was deze richtlijn alweer ingetrokken op grond van art. 12 jo. Bijl. I A van de daarvoor in de plaats getreden Richtlijn 2001/23/EG van de Raad van 12 maart 2001 (*PbEG* 2001, L 82 van 22 maart 2001). Voor de onderhavige kwestie maakt dit alles geen verschil. [Terug](#)

² 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. [Terug](#)

³ Zie *Kamerstukken II* 2000 /01, 27 469, nr. 4, p. 6 en *Kamerstukken II* 2000/ 01, 27 469, nr. 5, p. 11. [Terug](#)

⁴ Ik bespreek alleen het hoger beroep zoals dat door de werknemer wordt ingesteld bij de rechtbank. De kwesties dat een curator verzuimt een machtiging te vragen aan de R-C dan wel melding te maken van de beroepsmogelijkheid en de termijn laat ik verder onbesproken. [Terug](#)

⁵ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 18. [Terug](#)

⁶ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 18. [Terug](#)

⁷ *Kamerstukken II* 2000/01, 27 469, nr. 3, p. 18. [Terug](#)

⁸ Vgl. de procedure waarin de werknemer, tot op heden zonder succes, stelt dat het ontslag door de curator kennelijk onredelijk is o.a. Ktr. Utrecht 8 januari 2003 (*Tvl* 2003/2, Nieuwsbrief, p. 17) en Ktg. Amsterdam 31 augustus 2000 en 7 juni 2001, *JOR* 2002/41. [Terug](#)

⁹ Vgl. het hoger beroep bij faillietverklaring ex art. 8 Fw. [Terug](#)