Faillissement en werknemers

Mr. drs. R.M. Beltzer en dr. R. Knegt*

1. Inleiding

In deze bijdrage gaan wij na in hoeverre faillissementen gebruikt kunnen worden, en feitelijk gebruikt worden om het aantal werknemers van een onderneming te reduceren. Als een bedrijf in moeilijkheden zijn personeelsbestand wil inkrimpen, dan gelden daarvoor diverse beperkende regels; een aantal daarvan geldt echter niet bij faillissement (zie paragraaf twee). Dit zou ondernemers ertoe kunnen brengen het eigen faillissement aan te vragen om zo eenvoudig van personeel af te komen en vervolgens de onderneming voort te zetten ("door te starten"). Op deze situatie, en op de vraag of dit misbruik van bevoegdheid oplevert, gaan wij in paragraaf drie in. In de vierde paragraaf staat het door het HSI uitgevoerde onderzoek naar "oneigenlijk" gebruik van het faillissementsrecht centraal. In paragraaf vijf bekijken wij of werknemers voldoende worden beschermd tegen dergelijk oneigenlijk gebruik. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een korte conclusie.

2. Bedrijven in moeilijkheden en ontslagrecht

Voor ondernemingen die worden geconfronteerd met teruglopende bedrijfsresultaten is het terugbrengen van de omvang van het personeelsbestand veelal een voor de hand liggende optie om inkomsten en uitgaven weer in balans te brengen. Aan die mogelijkheid kleven echter voor de ondernemer enkele nadelen – die overigens de keerzijde vormen van de

* De auteurs zijn als onderzoekers verbonden aan het Hugo Sinzheimer Instituut voor onderzoek van arbeid en recht, Universiteit van Amsterdam.

onvolprezen ontslagbescherming van werknemers in het Nederlandse stelsel.[1] Een nadeel is dat het doorgaans niet mogelijk is arbeidsverhoudingen 'zo maar' te beëindigen: meestal moet daartoe eerst een procedure worden doorlopen, hetzij via de Regionaal Directeur voor Arbeidsvoorzieningsorganisatie (de RDA, de aanvraag ontslagvergunning ex art. 6 BBA) hetzij via de kantonrechter (verzoek tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst ex art. 7:685 BW). Deze procedures kosten in ieder geval tijd, en vaak ook geld in de vorm van door de ondernemer te betalen compensatie, suppletie (op uitkering of lager loon) en/of ontslagvergoedingen.

Vooral de hoogte van de ontslagvergoedingen die de kantonrechter in de ontbindingsprocedure, doorgaans met toepassing van de zogenaamde kantonrechtersformule, aan de werkgever oplegt, wordt wel bekritiseerd (Hansma 1996). In vergelijking zowel met de compensatie die werknemers ontvangen die via de RDA-procedure hun baan verliezen, als met compensatie die in het buitenland bij ontslag wordt verkregen, steken de ontbindings-vergoedingen in Nederland voor werknemers gunstig af (Boonstra, De Kleermaeker & Knegt 1999). Weliswaar is dit bij collectief ontslag niet in zijn volle omvang aan de orde: regelmatig komt dan in overleg met de vakbonden een sociaal plan tot stand dat een aanzienlijk gematigder compensatie kent (Beltzer, Knegt & Van Rijs 1999, § 4.2). Maar het blijft een feit dat een collectieve beëindiging van arbeidsverhoudingen voor een in financiële moeilijkheden verkerend bedrijf nog aanzienlijke kosten meebrengt.

Een bijkomend nadeel vanuit het perspectief van de ondernemer die bedrijfseconomisch redenerend geneigd zal zijn het bedrijf met de meest productieve werknemers voort te zetten, is dat hij niet geheel vrij is in de selectie van het voor ontslag voor te dragen personeel (art. 4:2 Ontslagbesluit). Bij collectief ontslag kan toepassing van het anciënniteitbeginsel de bedrijfseconomische rationaliteit doorkruisen en blijft de werkgever zijns ondanks achter met

[1] Zij levert o.m. een bijdrage aan de relatief niet onaardige prestaties van Nederland op het gebied van de reïntegratie van werknemers; vgl. Prins & Veerman 1999.

op zijn best een “afspiegeling” van de sterke en zwakke kanten van zijn personeelsbestand. En ten slotte vergt een reorganisatie het nodige overleg met vakbonden en/of ondernemingsraad. In geval van faillissement van de onderneming echter, en vooral als die wordt gevolgd door een “doorstart”, is die situatie heel anders. De curator kan werknemers ontslaan zonder ontslagvergunning en met toepassing van relatief korte opzegtermijnen (art. 6 lid 2 onder c BBA en art. 40 Fw.). Daarnaast is hij voor het ontslag van een grote groep werknemers niet gebonden aan de Wet melding collectief ontslag. Ontslagen personeel kan bij een eventuele voortzetting naar believen al dan niet in dienst worden genomen: de artikelen met betrekking tot overgang van onderneming (en de verplichte overname van de aan de onderneming verbonden werknemers) zijn immers niet van toepassing op de overgang van een failliete onderneming.[2] De financiële lasten van de afvloeiing komen maar in beperkte mate ten laste van de (voortgezette) onderneming en kunnen voor een groot deel worden afgewenteld op de crediteuren, de gemeenschap en de ontslagen werknemers. Ten slotte staan vakbonden en ondernemingsraad, afgezien van enkele formele bevoegdheden, in het hele gebeuren praktisch buitenspel.

3. Doorstart en misbruik van faillissementsrecht

Aldus redenerend kan een faillissement dus voor een ondernemer een aantrekkelijke optie worden voor het reduceren van zijn personeelsbestand, mits althans de genoemde voordelen opwegen tegen nadelen als reputatieverlies en verbroken relaties met leveranciers en geldschieters. De ondernemer vraagt zijn faillissement aan, dat wordt uitgesproken, waarna hij van de curator de vermogensbestanddelen uit de failliete boedel koopt en de onderneming voortzet met medeneming van de productieve werknemers.

[2] Art. 7:666 BW. Deze artikelen zijn wel van toepassing bij overgang van een onderneming die in surséance van betaling verkeert.

Of deze handelwijze vanuit juridisch oogpunt door de beugel kan, hangt af van een ieders perceptie ten aanzien van het doel van het faillissement en de rol van de curator daarbij. In 1985 wees een deel van de SER er in een advies al op dat ondernemers zouden kunnen aansturen op een faillissement om zo, zonder last te hebben van de beschermende werking van de art. 7:662 e.v. BW (toen: art. 1639aa e.v. BW), gemakkelijker hun onderneming in afgeslankte vorm te kunnen overdragen of te kunnen voortzetten (doorstarten) (SER 1985, p. 23-24). Een ander deel van de SER achtte dit "misbruik" niet voor de hand te liggen, nu het faillissement op het functioneren van de onderneming of op onderdelen daarvan een prohibitief nadelige werking zou hebben (SER 1985, p. 31-32). De voordelen van een dergelijke aansturing op faillissement zouden nooit opwegen tegen de nadelen ervan.

Dat het wellicht niet voor de hand ligt, betekent niet dat het ook niet gebeurt. In 1996 wees het Hof 's-Gravenhage het Ammerlaanarrest[3] waarin een uitspraak werd gedaan over de toelaatbaarheid van het aansturen op faillissement met als doel gemakkelijker werknemers te kunnen ontslaan. Toen Ammerlaan Diensten B.V. bij het Kantongerecht Delft niet snel genoeg de (goedkope) ontbindingen van de arbeidsovereenkomsten van een aantal werknemers voor elkaar kreeg, vroeg zij kort daarna haar eigen faillissement aan. Het faillissement werd uitgesproken; de curator ontsloeg de werknemers. Enkele ontslagen werknemers kwamen tegen de faillietverklaring in verzet. De rechtbank wees dat verzet af, maar het Hof 's-Gravenhage concludeerde dat Ammerlaan haar eigen faillissement had aangevraagd met het vooropgezet doel afbreuk te doen aan de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers, hetgeen misbruik van bevoegdheid oplevert. Volgens het Hof moest de faillissementsaanvraag alsnog worden afgewezen.

Uit de Ammerlaanzaak (en enkele uitspraken daarvóór[4]) kan de conclusie worden getrokken dat een faillissement vernietigbaar is wegens misbruik van bevoegdheid en/of strijd met de

[3] Hof 's-Gravenhage 10 januari 1996, *JOR* 1996/16. Zie over deze uitspraak Van het Kaar 1996.
[4] Zie HR 7 oktober 1983, NJ 1984, 74 en Rb. Utrecht 9 december 1992, *JAR* 1993/57.

redelijkheid en billijkheid, indien het voortzetten van de onderneming in afgeslankte vorm de enige dan wel de hoofdreden was het faillissement aan te vragen. Dit is lastig te bewijzen. Voor de bewijslevering zou men kunnen wijzen op de factoren die het Hugo Sinzheimer Instituut in het hierna te behandelen onderzoek noemde als factoren die een rol kunnen spelen bij de bepaling of “oneigenlijk gebruik van de faillissementsaanvraag” door de werkgever is nagestreefd, zoals het feit dat de verhouding tussen de activa en de passiva op het moment van faillissementsaanvraag onvoldoende aanleiding geven tot een faillissement en het feit dat er een zeer korte tijdsduur tussen de faillissementsaanvraag en de verkoop van de onderneming zit.

4. Onderzoek HSI

In juni 1995 spraken de Tweede-Kamerleden Rosenmöller en Vreeman er hun zorg over uit dat het faillissement door ondernemers in toenemende mate zou worden gebruikt om op eenvoudige wijze van personeel af te komen. Aanleiding tot de kamervragen (nr. 2949598450) was een onderzoek van de Industriebond FNV die een aantal gevallen had gedocumenteerd waaruit geconcludeerd leek te kunnen worden dat het faillissement vooral ten koste van de werkgelegenheid was gegaan. In het daarop volgende onderzoek van het Hugo Sinzheimer Instituut is in 1995/96 nagegaan in hoeverre ook daadwerkelijk van deze mogelijkheid gebruik wordt gemaakt en welke consequenties dat heeft voor de positie van werknemers.[5] Als onderzoeksmateriaal fungeerde een representatieve steekproef van 286 dossiers van faillissementszaken van vennootschappen met vijf of meer werknemers, aangevuld met informatie uit de registers van de Kamers van Koophandel, uit het bestand “Vennoot”van het Ministerie van Justitie en uit de verzekerdenadministratie van de uitvoeringsinstanties sociale verzekeringen.

Allereerst hebben wij getracht vast te stellen in hoeveel gevallen sprake is van een doorstart van een onderneming. Van een doorstart spreken we als de bedrijfsactiviteiten, na verkoop door de curator van een deel van de boedel van de failliete aan een nieuwe rechtspersoon, ten minste ten dele worden voortgezet en als er bovendien aantoonbare overeenkomsten of banden bestaan tussen de failliete en de nieuwe rechtspersoon, in de vorm van personele identiteit van, of familiebanden tussen oude en nieuwe eigaren en/of bedrijfsleiders.
De volgende combinatie van omstandigheden is daarbij heuristisch als een indicatie voor doorstart beschouwd:

- (het bestuur van) de onderneming vraagt zelf het faillissement aan;[6]
- de tijdsduur tussen de faillissementsaanvraag en de verkoop van (een deel van) de onderneming is relatief kort;
- de curator heeft niet of nauwelijks contact gehad met andere gegadigden voor de koop.

In driekwart van de onderzochte faillissementen blijkt de curator contact te hebben met een of meer gegadigden voor koop van (een deel van) de onderneming. In slechts een op de vijf zaken blijkt uit het dossier dat hij met meerdere gegadigden contact heeft. In meer dan de helft van de gevallen waarin de curator contact heeft met een gegadigde, is alleen al uit het dossier op te maken dat er een poging wordt ondernomen tot een ‘doorstart’ te komen. Hoe groter de onderneming, des te vaker wordt dat geprobeerd.
In tweederde van de zaken komt het uiteindelijk daadwerkelijk tot verkoop van een deel van de onderneming. Nemen we deze gevallen van verkoop tot uitgangspunt, dan blijkt in niet minder dan 55 procent van die zaken sprake te zijn van een doorstart. De doorstart blijkt vooral uit overeenkomsten in de leiding van de failliete en de nieuwe onderneming (in

[5] Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Justitie, vgl. Knegt 1996.
[6] Op zich is dat niet bijzonder: in 79% van de hier onderzochte faillissementen is dat van toepassing.

driekwart van de zaken dezelfde persoon) en in de eigendom (in tweederde van de zaken in handen van dezelfde persoon).

Typologie van faillissementen

Nadere analyse van de onderzochte faillissementen leidt tot een typologie van faillissementen. Op basis van een viertal criteria kunnen zes verschillende typen worden onderscheiden.
In de eerste plaats kan de achtergrond van het faillissement geheel of hoofdzakelijk in de financiële situatie van de onderneming liggen zonder dat er enig zicht is op voortzetting van de activiteiten. Soms wordt nog wel een deel van de bedrijfsinventaris verkocht, maar daar blijft het bij. Bij het tweede type, de *overname*, zijn er bovendien kopers, die niet afkomstig zijn uit de sfeer van de gefailleerde onderneming, en die niet alleen inventaris overnemen maar ook met behulp daarvan een deel van de activiteiten voortzetten.
Het derde type is dat van de *spontane doorstart*: ook hier zijn het financiële problemen die aan de aanvraag ten grondslag liggen; kenmerkend is dat eerst de problemen hoog oplopen en dat men pas op het moment dat een faillissement onvermijdelijk is geworden, gaat bekijken of er in afgeslankte vorm nog iets te redden valt. Bij het vierde type, de *voorbereide doorstart*, is het faillissement niet het dreigende culminatiepunt van de problemen, maar veeleer een middel dat taktisch wordt ingezet om tijdig te zorgen dat de ondernemingsactiviteiten, ondanks de financiële problemen, kunnen worden gecontinueerd.
In de laatste twee typen zijn niet de financiële problemen de drijvende kracht achter de aanvraag, maar wordt het middel van faillissement gehanteerd om conflicten binnen een onderneming te beëindigen of om een bepaald deel van het personeel te doen afvloeien.

Faillissementen en het afvloeien van personeel

Vanuit het perspectief van het personeel van een onderneming bezien is de betekenis van een faillissement niet eenduidig. Afhankelijk van de context kan het een ramp of een zegen zijn. In de dossiers troffen wij gevallen aan waarin het faillissement de enige uitweg was om de activiteiten juist zo veel mogelijk met het bestaande personeel te kunnen voortzetten.
Zo bijvoorbeeld een onderneming die een kostbare machine, vitaal voor het productieproces, door brand verliest en de financiële consequenties daarvan alleen via faillissement kan oplossen; korte tijd later start het in nieuwe vorm, met dezelfde eigenaar/directeur, door. Een ander voorbeeld betreft een computerbedrijf dat zijn *human capital* tijdig de overstap laat maken naar een nieuwe BV van een bevriende ondernemer, waarna voor de crediteuren alleen de passiva en de lege inventaris overblijven.
Al lijken in deze gevallen vooral de crediteuren het nakijken te hebben, over het algemeen geldt dat de boedel gebaat is bij een maximale overname van personeel door de koper, omdat dan minder loondoorbetaling hoeft plaats te hebben. In die zin lopen belangen van werknemers en crediteuren veelal parallel.
Aan het andere uiterste van het spectrum komen we gevallen tegen waarin het in hoge mate de werknemers zijn die onder het faillissement te lijden hebben. Zo bijvoorbeeld in het geval waarin een reorganisatieproces en lopend overleg met de vakbonden abrupt wordt afgebroken door een faillissementsaanvraag van de directie van de onderneming, gevolgd door verlies van werk voor tweederde van het personeel. Of gevallen waarin de bescherming die bij overgang van onderneming aan werknemers toekomt (art. 7:662 e.v. BW) wordt omzeild door het te verkopen bedrijf eerst failliet te laten gaan.
Soms is het faillissement specifiek op één of enkele werknemers gericht. Wij troffen bijvoorbeeld het geval aan van een bakkerij die faillissement aanvroeg en doorstartte. De

bedrijfseconomische prognoses voor het bedrijf waren volgens de curator niet ongunstig. Alle werknemers werden weer in dienst genomen op één na: de echtgenote van de eigenaar die al geruime tijd een Ziektewetuitkering genoot.

Berekeningen op basis van de uitkomsten van het in 1996 gerapporteerde onderzoek wezen uit dat toen jaarlijks ruim 7000 werknemers na faillissement van hun werkgever hun baan verloren. Voor de stelling dat het daarbij disproportioneel vaak om oudere of om zieke en arbeidsongeschikte werknemers zou gaan, hebben we geen bewijs kunnen vinden.[7]

De curator en de positie van werknemers

Het klassieke doel van de faillissementsprocedure is liquidatie van het vermogen van de schuldenaar ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers. De Hoge Raad heeft echter de laatste jaren het doel van de faillissementsprocedure een andere inhoud gegeven. In de arresten Sigmacon II en de Leidsche Wolspinnerij[8] heeft de Hoge Raad aangegeven dat andere belangen dan dat van een zo hoog mogelijke liquidatieopbrengst ten behoeve van de gezamenlijke schuldeisers voor de curator evenzeer een rol kunnen spelen en zelfs kunnen prevaleren boven de belangen van de gezamenlijke schuldeisers. Deze andere belangen waarmee de curator ook rekening heeft te houden zijn van maatschappelijke aard, zoals de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid.

In de literatuur is er discussie over de vraag wat deze uitspraken voor gevolgen hebben voor de werkzaamheden van de curator. Daarbij zijn twee stromingen te ontwaren. In de “schuldeisersbenadering” worden de arresten beperkt gelezen. Het traditionele doel van de Faillissementswet blijft in deze opvatting overeind. Dat doel biedt de curator een duidelijk handvat; hij zou niet toegerust zijn verschillende maatschappelijke belangen te wegen. In de

[7] Vgl. Knegt 1996, p. 37-44.
[8] HR 12 mei 1989, *NJ* 1990, 130 en HR 24 februari 1995, *NJ* 1996, 472.

“forumbenadering” gaat men ervan uit dat de uitspraken van de Hoge Raad aangeven dat het faillissementsrecht een forum dient te scheppen waarbij alle betrokken belangen worden gehoord en gewogen. Uitkomst hiervan kan zijn dat de onderneming dient te worden geliquideerd of dat belanghebbenden dienen mee te werken aan een reddingsplan (Beltzer 1999). Naar onze mening komt de formumbenadering het meest overeen met de rechtspraak van de Hoge Raad. Zij laat echter de belangrijke vraag open onder welke omstandigheden de curator aan welke belangen het meeste gewicht moet toekennen.

Wat hier van zij, in de praktijk lijken curatoren over het algemeen wel met het werkgelegenheidsbelang rekening te houden. Volgens enkele respondenten in het onderzoek zou dat mede verband houden met het door de rechter-commissaris uitgeoefende toezicht en met de binnen rechtbanken fungerende toewijzingsmechanismen; kort gezegd: wie als curator een faillissement goed en sociaal verantwoord weet af te wikkelen, maakt de volgende keer meer kans op toewijzing van (ook financieel) “interessantere” zaken. Dit is een interessante informele normering van het gedrag van de curator, maar we weten niet in welke mate zij algemeen geldig mag worden geacht.

De mogelijkheden van de curator zijn echter beperkt, niet alleen door het vrijwel alom aanvaarde primaat van het belang van de boedel maar ook door de feitelijke machtsverhoudingen waarin zij moeten opereren. Niet zelden klinkt in het verslag van de curator enig defaitisme door. “Geconstateerd kan worden dat het faillissement een paardemiddel is geweest om van overtollig personeel (…) af te komen”, meldt een curator, en een andere noteert dat “de boedel, ook al zou zij dat willen, feitelijk en juridisch de ex-directeur niet zal kunnen beletten in een andere BV ondernemingsactiviteiten te ontplooien. Vanwege het daaraan voor de boedel te onlenen voordeel ben ik bereid mee te werken aan een doorstart.”

Een andere oplossing dan mee te gaan in de doorstartplannen is er, gelet op het belang van de boedel, vaak niet. In sommige gevallen is de doorstart helemaal “voorgekookt” en kan het voorkomen dat de curator vrijdagmiddag om vier uur een kant en klaar contract en bedrijfsplan voor de doorstartende onderneming onder zijn neus krijgt, met het dringende verzoek dit onmiddellijk voor akkoord te tekenen opdat de bedrijfsactiviteiten maandagmorgen gewoon door kunnen gaan; zou de curator niet op dat verzoek ingaan, aldus wordt hem daarbij te verstaan gegeven, dan kan hij rekenen op een schadeclaim in verband met het waardeverlies van de boedel.[9]

In sommige gevallen heeft de curator echter wat ruimte voor een keuze tussen gegadigden en kan hij de keuze mede laten afhangen van het behoud van werkgelegenheid. Daardoor zag de directie van een failliet bouwbedrijf met eenenveertig werknemers haar plannen tot doorstart de mist in gaan toen de curator merkte dat het om een “technisch faillissement” ging, uitsluitend gericht op afvloeiing van personeel. De curator verkocht de onderneming vervolgens aan een andere gegadigde die betere waarborgen bood voor behoud van werkgelegenheid. Het kan ook voorkomen dat de curator invloed uitoefent op de condities van de verkoop ten gunste van het personeel. Zo werd in een geval bedongen dat een deel van het personeel direct door het doorstartend bedrijf in dienst werd genomen, en dat bij uitbreiding eerst de ex-werknemers in aanmerking zouden komen; tegelijkertijd echter werden twaalf werknemers met naam en toenaam daarvan uitgezonderd.

In weer andere gevallen is het de curator zelf die initiatief neemt en de betrokken partijen stimuleert om na te gaan in hoeverre een doorstart mogelijk zou zijn.

Over het geheel genomen kon worden vastgesteld dat in tenminste een op de vijf gevallen van doorstart het achterlaten van personeel een prominente overweging is geweest om faillissement aan te vragen.

[9] Aldus de ervaring van een respondent in het onderzoek, meegedeeld aan de onderzoekers.

5. Voldoende waarborgen tegen misbruik?

De voormalige minister van Justitie Sorgdrager heeft in het rapport geen aanleiding gezien dieper onderzoek in te stellen of maatregelen te treffen.[10] Het lijkt erop dat de minister meende dat de art. 10 (verzet) en 11 (hoger beroep) Fw. voldoende waarborgen bieden tegen misbruik van de bevoegdheid het faillissement aan te vragen.

In zijn voornoemde advies was de SER overigens tot de conclusie gekomen dat van deze artikelen weinig heil te verwachten was voor de werknemers als het er hen om te doen is hun baan terug te krijgen (SER 1985, p. 11). Dit hangt samen met de werking van art. 13 Fw. Een van de eerste acties die een curator onderneemt is veelal het ontslaan van al het personeel. Na vernietiging van het faillissement wegens misbruik krijgen werknemers niet automatisch hun baan terug. Art. 13 Fw. bepaalt dat indien de faillietverklaring wordt vernietigd niettemin de handelingen die de curator vóór of op de dag van publicatie van de vernietiging heeft verricht voor de schuldenaar geldig en verbindend blijven. Heeft de curator ten tijde van het faillissement een werknemer volgens de regels van het ontslagrecht ontslagen, dan blijft dat ontslag dus ondanks de latere vernietiging van de faillietverklaring geldig. Er rest de betreffende werknemer dan niets anders dan zijn voormalig werkgever tot schadevergoeding aan te spreken. Dit probleem speelde ook in de zaak Ammerlaan. Het faillissement werd weliswaar wegens misbruik vernietigd, maar de werknemers restte door de werking van art. 13 Fw. niets anders dan genoegen te nemen met een schadevergoeding. Hieruit blijkt duidelijk dat voor ten onrechte ontslagen werknemers van de art. 10 en 11 Fw. (verzet en hoger beroep) niet veel heil kan worden verwacht indien het hen erom te doen is hun baan terug te krijgen.

[10] *Kamerstukken II* 1995/1996, 24 400 VI, nr. 53. De minister besloot uiteindelijk wel de Vereniging Insolventie-Advocaten (Insolad) om een reactie op het rapport van het HSI te vragen. Insolad stelde een commissie in die op 3 februari 1997 verslag deed. Dit verslag is opgenomen in een brief van Insolad aan de minister van Justitie van 4 maart 1997. De commissie stelde vraagtekens bij de uitkomsten van het rapport en concludeerde dat een meer diepgaand onderzoek naar oneigenlijk gebruik van het faillissement niet nodig is.

Art. 13 Fw. is op dit punt overigens in strijd met de richtlijn overgang van ondernemingen.[11] Art. 4 van deze richtlijn bepaalt dat werknemers niet alleen vanwege de overgang van de onderneming mogen worden ontslagen, doch door de werking van art. 13 Fw. is dit feitelijk toch mogelijk. Het zou mogelijk moeten zijn art. 13 Fw. in geval van misbruik van faillissementsrecht terzijde te stellen (Lennarts & Van Straalen 1997). De gedachtegang achter art. 13 Fw. is immers dat de curator niet aansprakelijk kan worden gehouden voor de door hem verrichte rechtshandelingen, terwijl men evenmin derden die te goeder trouw met de curator handelden de schade kan laten dragen wanneer later een vernietiging van het faillissement volgt. Art. 13 Fw. beoogt niet het belang van de schuldenaar te beschermen. Dat belang wordt echter wel beschermd indien tijdens het faillissement door de curator ontslagen werknemers na het wegens misbruik vernietigde faillissement tegen de werking van art. 13 Fw. aanlopen: de ondernemer die zijn onderneming zonder of met minder werknemers wilde vervreemden of voortzetten krijgt zo ondanks de vernietiging van het faillissement alsnog zijn zin, al kan daar een verplichting tot schadevergoeding jegens de ontslagen werknemers tegenover staan.

6. Conclusie

Aangezien werknemers in geval van faillissement van hun werkgever grotendeels zijn uitgezonderd van de arbeidsrechtelijke bescherming, heeft de curator volop mogelijkheden mee te werken aan een doorstart van de onderneming. Hiermee wordt kapitaalvernietiging en verlies van know how binnen de failliete onderneming voorkomen. De uitzondering bevestigt echter de regel: het is in strijd met de achter het arbeidsrecht liggende gedachte dat tijdens faillissement de belangen van werknemers worden vergeten. De door de Hoge Raad

[11] Richtlijn van 29 juni 1998 tot wijziging van Richtlijn 77/189/EEG inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van

geformuleerde forumgedachte bevestigt dat aan deze belangen niet minder (en soms zelfs meer) waarde moet worden toegekend dan aan de belangen van andere crediteuren. Hoewel deze gedachte in de toekomst nadere invulling behoeft, staat vast dat het aanvragen van het faillissement met als enkel doel personeel te lozen als misbruik van faillissementsrecht moet worden beschouwd. De richtlijn overgang van ondernemingen verplicht de nationale wetgever dergelijk misbruik te voorkomen en effectief te redresseren. Ons art. 13 Fw. staat daar echter aan in de weg; werknemers hebben na vernietiging van het faillissement geen waarborg dat zij hun baan terug krijgen. De wetgever werkt momenteel aan een wetsvoorstel ter implementatie van voornoemde richtlijn. Wij hopen dat daarbij kritisch naar art. 13 Fw. zal worden gekeken.

---

ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (Richtlijn 98/50/EG)

Literatuur

Beltzer, R.M.

Insolvente ondernemingen en werknemers in transitie

In: Hugo Sinzheimer Instituut, Naar een nieuwe rechtsorde van de arbeid?, Den Haag, Sdu Uitgevers 1999, p. 81-108

Beltzer, R.M., R. Knegt & A.D.M. van Rijs

Vergoedingen bij ontslag van werknemers en ambtenaren

’s-Gravenhage, SZW/Elsevier, 1999

Boonstra, K., M. De Kleermaeker & R.Knegt

Flexibiliteit en ontslagbescherming

Utrecht, Onderzoekschool AWSB, 1999

Hansma,R.

Weg met de rechterlijke loongolf

NJB 1996, p. 1635

Kaar, R.H. van het

Faillissementsaanvraag als misbruik van bevoegdheid

ArbeidsRecht 1996, p. 50.

Knegt, R.

Faillissementen en selectief ontslag: een onderzoek naar ‘oneigenlijk gebruik’ van de Faillissementswet

Amsterdam, HSI, 1996.

Lennarts, M.L. & P.M. van Straalen

Toepassing van artt. 7A:1639aa e.v. BW, ook in faillissement?

TVVS 1997, p. 1-5.

Prins, R. & Th. Veerman

In distant mirrors

Den Haag, Min. SZW 1999.

SER

Overgang van ondernemingen

Advies 1985/23 d.d. 15 november 1985, Den Haag, SER, 1985

Summary: R.M. Beltzer & R. Knegt, *Bankruptcy and the position of employees*

To what extent is it possible for a company to use bankruptcy as a tactical means to get rid of part of its personnel without infringing legal rules, and to what extent is it actually used this way? Empirical research points out that in the Netherlands in more than half of the cases of bankruptcy of companies employing five people or more the enterprise appears to be continued in a new legal skin, usually under practically identical ownership or leadership. On the basis of an analysis of 286 court files a typology of bankruptcy cases is presented and illustrated. The article goes into the position of the official receiver, bound to represent creditors'interests but at the same time keen on retaining employment. Current Dutch bankruptcy law is argued to be unnecessarily lacking in the legal protection of employees.