MISBRUIK VAN FAILLISSEMENTSRECHT BIJ OVERGANG VAN ONDERNEMING

Mr. G.W. van der Voet
Rotterdam: Erasmus Centre for Labour Law and Industrial Relations,
Nummer 6, 2000
ISBN 90-800806-6-7; 70 pag., *f*

Met de uitgave van deze publicatie ziet het zesde deel in de reeks van het Erasmus Centre for Labour Law and Industrial Relations het licht. In tegenstelling tot de vorige uitgaven, waarin de resultaten van derdegeldstroomonderzoek waren opgenomen - betreft het nu de afstudeerscriptie van G.W. van der Voet, thans aio bij de sectie arbeidsrecht van de EUR. De redactie van de reeks, bestaande uit prof. mr. C.J. Loonstra en mr. W.A. Zondag, hopen hiermee een impuls te geven aan jonge onderzoekers na de afronding van hun studie door te gaan met het verrichten van wetenschappelijk onderzoek.

Van der Voet heeft zichzelf tot opdracht gesteld te onderzoeken wanneer sprake is van misbruik van faillissement in het kader van overgang van onderneming en welke maatregelen daartegen kunnen worden genomen. In de inleiding stelt zij vast dat zij er al schrijvend achter kwam dat de meningen hieromtrent in de rechtspraak en literatuur nogal verschillen en dat de kwestie veelal benaderd wordt vanuit het faillissementsrecht. Van der Voet wil het onderwerp tevens vanuit het algemene vermogensrecht, maar met name ook vanuit het arbeidsrecht benaderen. Daartoe behandelt zij in het eerste hoofdstuk eerst het begrip "overgang van onderneming" en in het bijzonder artikel 7:666 BW dat in navolging van het in 1986 gewezen arrest Abels bepaalt dat de artikelen 7:662-665 BW niet van toepassing zijn in geval van overgang van een failliete onderneming.
In het tweede hoofdstuk komt het in de winter van 1995/1996 uitgevoerde onderzoek van het HSI naar oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht aan bod. Het hoofdstukje leest als een samenvatting van dat onderzoek. Zoals bekend zag de toenmalige minister van justitie Sorgdrager in de bevindingen van het HSI geen grond concrete stappen te ondernemen, waarbij zij wees op de mogelijkheden die de Faillissementswet in de artikelen 10 en 11 (verzet en beroep) biedt. Daarbij ging zij voorbij aan het probleem dat artikel 13 Fw. handelingen van de curator – zoals inmiddels gedane opzeggingen – onaantastbaar maakt. Dat werd de werknemers in de veelbesproken zaak Ammerlaan op pijnlijke wijze duidelijk. Het is hier aardig te vermelden dat na het verschijnen van Van der Voets boekje de wetgever een wetvoorstel ter uitvoering van Richtlijn 98/50 (overgang van ondernemingen) heeft ingediend waarin dit probleem met behulp van een nieuw artikel 13a Fw. wordt geredresseerd.

De definitie van misbruik van faillissementsrecht behandelt Van der Voet in het derde hoofdstuk. Verschillende meningen in rechtspraak en literatuur komen aan de orde. Terecht merkt zij op dat uit de rechtspraak moeilijk is af te leiden welk belang er bij het vaststellen van misbruik dient te worden toegekend aan de aan- of afwezigheid van een "reële faillissementssituatie", waarmee zij, naar ik aanneem, doelt op de situatie dat de schuldenaar heeft opgehouden te betalen (artikel 6 lid 3 Fw.). Om zelf tot een definitie te komen, zoekt Van der Voet aansluiting bij de rechtspraak over misbruik van faillissementsrecht door de schuldenaar. Zij stelt vast dat drie gevallen kunnen worden onderscheiden waarin de faillissementsaanvraag wegens misbruik zijn afgewezen: het faillissement wordt uitgelokt voor een ander doel dan verdeling van het vermogen onder de schuldeisers; de omstandigheden geven aan dat het aanvragen van het faillissement onnodig is en/of het faillissement wordt aangevraagd in strijd met eerder gemaakte afspraken (bijvoorbeeld met de ondernemingsraad/vakbonden). Deze gevallen kunnen ook worden

toegepast in situaties waarin de schuldenaar met misbruik van zijn recht zijn faillissement aanvraagt.

Uit de verschillende definities die in de literatuur worden gehanteerd – en Van der Voet noemt er een aardig aantal – leidt Van der Voet af dat de meeste schrijvers hun definitie baseren op hun persoonlijke (niet-juridische) gevoelens en opvattingen omtrent misbruik van faillissementsrecht, in plaats van op juridische gronden. Ook mij lijkt dat het geval te zijn, vooral waar het schrijvers betreft die in de praktijk als advocaat of curator in de insolventiepraktijk werkzaam zijn. Verhelderend is vervolgens Van der Voets teruggrijpen op het algemene leerstuk van misbruik van bevoegdheid, zoals opgenomen in artikel 3:13 BW. Zij onderscheidt op basis van de tekst van dat artikel en de daarop gebaseerde rechtspraak vijf vormen van misbruik van bevoegdheid. Uiteindelijk komt zij tot een eigen definitie van misbruik. Zij onderscheidt een drietal situaties. De werkgever gebruikt diens bevoegdheid zijn eigen faillissement aan te vragen en/of de door artikel 7:666 lid 1 BW geboden uitzondering voor faillissementssituaties:

1. met een ander doel dan waarvoor zij zijn gegeven, namelijk met doorslaggevende reden de – met name door de Wet overgang van ondernemingen geboden – arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers te ontduiken (détournement de pouvoir).
2. terwijl de financiële toestand van de onderneming geen directe aanleiding tot het faillissement vormt en een sanering van het personeelsbestand buiten faillissement had kunnen worden gedragen zonder de continuïteit van de onderneming in gevaar te brengen (technisch faillissement).
3. in strijd met door hem met de ondernemingsraad en/of de vakbonden gemaakte afspraken (er lag bijvoorbeeld een sociaal plan) of in strijd met door hem bij de ondernemingsraad en/of de vakbonden gerechtvaardigde verwachtingen.

Wordt dit vastgesteld, dan dienen de artikelen 7:662 e.v. BW gewoon van toepassing te zijn. Voldoende is volgens Van der Voet dat de werknemer misbruik slechts aannemelijk maakt, om een te zware bewijslast te voorkomen. Wat Van der Voets keuze voor het woordje "doorslaggevende" bij de eerste situatie betreft, merkt zij op dat zij hiermee afstand neemt van schrijvers die het exclusieve oogmerk van de ondernemer als vereiste stellen. Ik teken hierbij aan dat ook het vaststellen van wat de doorslaggevende reden is geweest, geen eenvoudige aangelegenheid is. Hoeveel gewicht moet het in de schaal leggen? Mag het de druppel zijn die de emmer naar faillissement doet overlopen of moet het zelfstandig 'een belang van meer dan 50%' vertegenwoordigen (en hoe onderzoek je dat dan?)?

In het laatste hoofdstuk behandelt Van der Voet de mogelijkheden tot het tegengaan van misbruik. De nieuwe richtlijn 98/50 EG kan daarbij een rol spelen. Deze richtlijn biedt de lidstaten de mogelijkheid in het kader van overgang van een insolvente onderneming uitzonderingen te formuleren op de hoofdregel dat de verkrijger alle oude schulden overneemt. Daarnaast kunnen verkrijger of vervreemder met werknemers(vertegenwoordigers) wijzigingen in de arbeidsvoorwaarden aanbrengen om het voortbestaan van de onderneming veilig te stellen. Deze mogelijkheden, staan opgenomen in artikel 4 bis (door Van der Voet abusievelijk als artikel 4a aangeduid). Ons artikel 7:666 BW, dat een "alles of niets"-karakter heeft, steekt bij dit artikel volgens Van der Voet wat schraal af. Vervolgens gaat Van der Voet in op de mening van enkele auteurs ten aanzien van de vraag hoe misbruik van faillissementsrecht bij overgang van onderneming geredresseerd kan worden. Ook hier blijkt duidelijk dat de meningen uiteenlopen van de stelling dat artikel 7:666 BW – misbruik of niet - de toepasselijkheid van de artikelen 7:662-665 nu eenmaal uitsluit tot de stelling – en dat is ook die van Van der Voet – dat deze artikelen in geval van "fraus legis" gewoon van toepassing dienen te zijn. Dat zij in haar overzicht mij stellingen toeschrijft die ik nooit heb geuit, is natuurlijk wel jammer. Vervolgens komen de rol van de kredietverstrekkers en de houding van de curator aan de orde. Van der Voet verwacht dat wanneer de voorgestelde verlenging van de

afkoelingsperiode tijdens surseance van betaling wet zal zijn geworden, het aantal gevallen van misbruik zal afnemen. Haastige spoed is immers zelden goed en de afkoelingsperiode geeft de bewindvoerder en debiteur onder meer de mogelijkheid in rust naar andere kredietmogelijkheden te zoeken. Van de curator mag volgens haar worden verwacht dat deze zich alle mogelijke belangen aantrekt en een weging maakt. De eventueel aanwezige ondernemingsraad – die, naar Van der Voet mijns inziens met juistheid stelt, zijn bevoegdheden tijdens faillissement behoudt - kan daarbij goede diensten bewijzen. Van der Voet wil de bevoegdheden van de ondernemingsraad (en de vakbonden) uitbreiden zodat zij ook bij de rechter-commissaris tegen handelingen van de curator (zoals gedane opzeggingen) kunnen opkomen. Daarnaast zouden zij de bevoegdheid dienen te krijgen surseance van betaling van de ondernemer te vragen, nu ook andere belangen dan die van de schuldenaar bij continuïteit van de onderneming zijn betrokken. Dit past goed bij de al eens genoemde "forumgedachte": bij insolventie van een onderneming dienen de belangen van alle belanghebbenden te worden gewogen. De vraag die Van der Voets voorstellen bij mij oproept, is of dan soms ook de schuldeisers surseance van betaling mogen aanvragen.

Alvorens het boekje af te sluiten met de eindconclusie die de titel "samenvatting" had moeten dragen, eindigt Van der Voet het laatste hoofdstuk met de volgende alinea die eerlijk gezegd, gezien het voorgaande, een beetje uit de lucht komt vallen: "De beste manier om misbruik tegen te gaan is ten slotte – en ik sluit mij hierbij aan bij de vakcentrales en bij schrijvers als Lennarts, Van Straalen, Fase en vele anderen – de gelijkschakeling van de werkingssfeer van de WOVO (Wet overgang van ondernemingen, RMB) voor zowel de surséance als het faillissement, waarbij de verplichtingen van voor de overname niet overgaan op de verkrijger."