

# Wat behelst de positie van de werknemer bij een doorstart?

Een werknemer die geconfronteerd wordt met het faillissement van zijn werkgever heeft arbeidsrechtelijk een sterk verzwakte positie. Maar wat als het bedrijf een doorstart maakt?

Job van der Pijl<sup>1</sup>

Natuurlijk, de positie van een werknemer van een failliete werkgever is zwak: de arbeidsovereenkomst zal worden opgezegd zonder voorafgaande UWV-toets, de opzegtermijn is gemaximeerd, opzegverboden gelden in principe niet en aanspraak op een ontslagvergoeding bestaat slechts in zeer bijzondere gevallen. Maar hoe zit dat bij een doorstart?

In de praktijk zegt een curator dan daags na de faillietverklaring alle arbeidsovereenkomsten op, waarna het een doorstarter vrijstaat om nieuwe arbeidsovereenkomsten met werknemers van zijn keuze aan te gaan. Vanuit werknemersperspectief is er dan een aantal aandachtspunten.

In de eerste plaats heeft een werknemer het recht zich te verzetten tegen de faillietverklaring. Dat kan succesvol zijn indien hij de rechtbank kan overtuigen dat er misbruik is gemaakt van de bevoegdheid het (eigen) faillissement aan te vragen, omdat het doel van de faillietverklaring voornamelijk was gelegen in het omzeilen van arbeidsrechtelijke bescherming.<sup>2</sup>

Een tweede vraag is of de nieuwe werkgever werkelijk vrij is in zijn keuze van werknemers die hij wel of niet meeneemt bij de doorstart. Uitgangspunt is dat de regels van overgang van onderneming niet gelden bij een faillissement (art. 7:666 BW). Dit artikel is in lijn met Europese rechtspraak en regelgeving.<sup>3</sup>

Hier wringt zich de schoen naar mijn overtuiging omdat uit genoemde regelgeving valt af te leiden dat de Overgang van Onderneming (OvO)-regels niet gelden bij faillissement, vanwege het feit dat de faillissementsprocedure gericht is op liquidatie van de onderneming. Daarom gelden die regels wel bij surseance; deze richt zich immers op voortzetting van de onderneming. Overigens staat het de lidstaten vrij om OvO-regels ook in faillissement van toepassing te laten zijn, zoals in Duitsland het geval is. Als een faillissement wordt aangevraagd en sprake is van een voorbereide doorstart, dan is het zo gek nog niet om, in het licht van de Europese richtlijn en de bedoeling daarvan, te stellen dat de OvO-regels toch van toepassing zouden moeten zijn.

## Nieuw fenomeen

Nadrukkelijker dringt dit standpunt zich op bij een nieuw fenomeen in de insolventierechtpraktijk: de *pre-pack*. Dit betreft een voorbereide activatransactie, waarbij een in zwaar weer verkerende onderneming zich op voorhand informeel tot de rechtbank wendt met het verzoek aan te geven wie, mocht het tot een faillissement komen, tot curator wordt benoemd. Daarmee komt er een soort stille bewindvoerder die alvast meekijkt met de onderneming bij diens voorbereidingen voor een doorstart. Zo kan een onderneming naadloos doorstarten, met als belangrijk voordeel dat de reputatie van een onderneming minder schade oploopt.

Zowel vanuit insolventierechtelijk perspectief<sup>4</sup> als vanuit arbeidsrechtelijk perspectief valt tegen deze, nog niet in de wet geregelde, maar door veel rechtbanken omarmde werkwijze het nodige in te brengen. Ik beperk me hier tot het

punt dat de *pre-pack* wel heel nadrukkelijk op continuïteit van de onderneming is gericht; is dan niet toch sprake van toepassing van de OvO-regels? Het wachten is op de eerste rechter die hierover vragen stelt aan het Europese Hof.

Dan is ook de Wet melding collectief ontslag van belang, niet alleen ten aanzien van de *pre-pack*, maar bij elke doorstart. Ook bij faillissement rust op curatoren bij ontslag van meer dan twintig werknemers de verplichting vakorganisaties voor ontslag te raadplegen. De sanctie op niet-naleving hiervan door de curator is vernietiging van de opzegging.<sup>5</sup> Dit dwingt curatoren tot overleg met vakorganisaties, met als belangrijkste gevolg dat deze invloed kunnen uitoefenen op de selectiemethode bij het overnemen van personeel. Naar mijn overtuiging heeft voorts ook de ondernemingsraad een rol bij faillissement van de werkgever en een doorstart, zeker als het een *pre-pack* betreft, omdat het dan vaak adviesplichtige besluiten zal betreffen.<sup>6</sup>

Een laatste aandachtspunt bij een doorstart betreft de positie van werknemers die mee overgaan. Op grond van jurisprudentie van de Hoge Raad kunnen zij zich onder omstandigheden beroepen op opvolgend werkgeverschap, hetgeen gevolgen heeft voor hun anciënniteit en dus voor de ontslagvolgorde, de lengte van de opzegtermijn en de hoogte van een ontslagvergoeding.<sup>7</sup>

1 Advocaat bij DingemansVanderKind te Amsterdam en als buitenpromovendus verbonden aan de Universiteit van Amsterdam.

2 Recent voorbeeld: Rechtbank Noord-Nederland 4 april 2013, JAR 2013/136, met in de noot een schets van alle (ook andere) juridische mogelijkheden voor een werknemer.

3 HvJ EG 7 februari 1985, NJ 1985/900 (Abels) en Richtlijn 2001/23/EG van de Raad d.d. 12 maart 2001.

4 Zie J.C. van Apeldoorn, *pre-packs*, Tijdschrift voor Insolventierecht 2011/17.

5 Art. 7 lid 1 WMCO, met als gevolg een preferente boedelschuld in de vorm van een loondoorbetalingsverplichting (als de curator al niet persoonlijk aansprakelijk is).

6 Art. 25 lid 1 aanhef sub c, d en e WOR, waaraan ook een curator is gebonden.

7 HR 14 juli 2006, JAR 2006/190 (Isik/Boekenvoordeel) en HR 25 mei 2012, JAR 2012/150 (Van Tuinen Taxicentrale/Wolters).