

Vereniging voor Arbeidsrecht OvO & Faillissement

Job van der Pijl
18 juni 2024

DINGEMANSVANDERKIND

Onderwerpen

Voorgeschiedenis (2012-2023)

- De opkomst van de pre-pack
- Smallsteps
- Heiploeg

Heden en toekomst (2024-?)

- WCO-I en wettelijke basis pre-pack
- Richtlijnvoorstel
- Wovof 2.0

DINGEMANSVANDERKIND

Arbeidsrecht en faillissement - 2

De voorgeschiedenis (2012 - 2023)

DINGEMANSVANDERKIND

Ontslagbescherming bij faillissement werkgever

Forse kloof tussen arbeidsrecht binnen en buiten faillissement:

Bij faillissement:

- Geen toets vooraf door UWV of kantonrechter (wel r-c)
- Verkorting opzegtermijn tot max zes weken
- Geen opzegverboden
- Geen transitievergoeding (ook niet bij surseance), art. 7:673c BW
- Regels overgang van onderneming zijn, aldus artikel 7:666 BW niet van toepassing bij de faillissementsdoorstart, oftewel bij de overname van (een deel van) de onderneming uit de failliete boedel
- Geen selectiecriteria

DINGEMANSVANDERKIND

Arbeidsrecht en faillissement - 4

Ontslagbescherming bij faillissement werkgever

Dit alles maakt de doorstart via faillissement voor werkgevers met (ernstige) financiële problemen aantrekkelijk.

Dit heeft geleid tot:

- a. **misbruik** van de mogelijkheden die een doorstart biedt
- b. toenemend **gebruik** van reorganisatiemogelijkheden via een faillissementsdoorstart, culminerend in de zgn. pre-packpraktijk

Hoofregel: art. 3 en 4 Richtlijn (2001/23/EG)

Art. 3:

1. De rechten en verplichtingen welke voor de vervreemder voortvloeien uit de op het tijdstip van de overgang bestaande arbeidsovereenkomst of arbeidsbetrekking, gaan door deze overgang op de verkrijger over (...).

Art. 4:

1. De overgang van de onderneming, vestiging of onderdeel van de onderneming of vestiging vormt op zichzelf voor de vervreemder of de verkrijger geen reden tot ontslag. Deze bepaling vormt geen beletsel voor ontslagen om economische, technische of organisatorische redenen die wijzigingen voor de werkgelegenheid met zich brengen.

Uitzondering: art. 5 Richtlijn

Art. 5 lid 1:

De artikelen 3 en 4 van deze richtlijn zijn niet van toepassing op een overgang van onderneming, vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie.

Dit is in feite codificatie van Abels-arrest uit 1985 (HvJ EU 7 februari 1985, *NJ* 1985, 900).

Uitzondering: art. 5 Richtlijn

Deze bepaling (artikel 5 lid 1 Richtlijn) is Nederland geïmplementeerd in artikel 7:666 BW.

Echter, niet heel nauwkeurig:

"De artikelen 662 tot en met 665 en 670 lid 8 zijn niet van toepassing op de overgang van en onderneming indien:

a. De werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort; (..)

Richtlijnconform?

De faillissementsprocedure in Nederland was oorspronkelijk van nature gericht op liquidatie: vereffening van het vermogen van de onderneming in betalingsproblemen en verdeling van het boedelactief onder de schuldeisers.

Maar inmiddels vormt doorstarten in faillissement al geruime tijd en in toenemende mate (ook) een reorganisatie-instrument.

Dit past ook in Europese benadering: ondernemingen verdienen een tweede kans (zie ook richtlijnvoorstel harmonisatie insolventierecht van 7 december 2022).

Pre-pack

In 2012 zette het fenomeen pre-pack voet aan de grond in Nederland.

Een pre-pack, wat is het?

1. Rechtbank wijst op verzoek van een in zwaar weer verkerende onderneming een *beoogd curator* aan.
2. Beoogd curator schuift op voorhand aan bij de gesprekken over een potentiële doorstart.
3. Indien het tot een succesvolle pre-pack komt is de doorstart voorbereid en vindt naadloos plaats, in onmiddellijke aansluiting op faillietverklaring.

Pre-pack

Wat is er tegen?

- Concurrentievervalsing/oneerlijke concurrentie niet transparant
- Geen wettelijke basis (3 van de 11 rechtbanken doen niet mee)

en natuurlijk:

- Is het wel in overeenstemming met (Europese) regelgeving? Meer precies: is deze procedure niet gericht op voortzetting van de onderneming en (dus) niet op liquidatie?

Rechtspraak – Smallsteps

Casuspositie

- De grootste kinderopvangorganisatie van NL, in zwaar weer, voorziet ernstige liquiditeitsproblemen op termijn van half jaar; herfinanciering (plan A) lijkt niet te lukken
- Plan B ('Butterfly')
- Verplaatsing statutaire zetel
- Nieuwe BV (gelieerd)
- Doorstart rond: behoud 2600 banen (van 3500)
- Beoogd curator stemt (aarzelend) in
- Op liquidatie gericht?

Smallsteps-arrest Hof van Justitie EU

Het Europese Hof spreekt zich hier in 2017 over uit (HvJ EU 22 juni 2017, JAR 2017/189)

Artikel 5 (uitzondering) van de richtlijn van toepassing op de zaak, op voorwaarde dat procedure voldoet aan in die bepaling genoemde, cumulatieve voorwaarden:

1. Vervreemder moet verwickeld zijn in faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure;
2. Procedure is ingeleid met oog op liquidatie van het vermogen van de vervreemder;
3. Onder toezicht van bevoegde overheidsinstantie.

Uitzondering: art. 5 Richtlijn

Art. 5 lid 1:

Tenzij de Lidstaten anders bepalen zijn de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn zijn niet van toepassing op een overgang van onderneming, vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging wanneer de vervreemder verwickeld is in een (1) faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure (2) met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder (3) onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (die een door de overheid gemachtigde curator mag zijn).

Rechtspraak - Heiploeg

Casuspositie:

- Garnalenpeller met 300 wn'ers is verlieslijdend en grote boete Europese Commissie (EUR 27 miljoen), zoekt - in 2014 - oplossing;
- 'Pre-pack': twee 'stille bewindvoerders' aangewezen;
- Met meerdere potentiële kopers gesproken; keuze valt op een (niet-gelieerde kandidaat), die zelf Heiploeg-nieuw opricht;
- Na voorbereiding volgt faillietverklaring en dag later de doorstart.
- Actie FNV

DINGEMANSVANDERKIND

Arbeidsrecht en faillissement - 15

Heiploeg HR-arrest (JAR 2020/125)

Uitspraak HR op 17 april 2020 (ECLI:NL:HR:2020:753)

Een nieuw hoofdstuk dankzij de Hoge Raad:

1. HR lijkt Smallsteps te willen reduceren tot uitzonderlijke casus en geeft HvJ EU nieuwe kans pre-pack onder uitzondering richtlijn te laten vallen (er volgen prejudiciële vragen),

en
2. HR stelt vast dat de reguliere NL faillissementsprocedure in wezen altijd aan de drie voorwaarden van HvJ EU voldoet

DINGEMANSVANDERKIND

Arbeidsrecht en faillissement - 16

HvJ EU 28 april 2022 (JAR 2022/127)

HvJ EU op 28 april 2022:

Het Hof komt terug op Smallsteps-arrest uit 2017, althans nuanceert dat arrest in vergaande mate.

Op basis van verwijzingsarrest van HR neemt HvJ EU tot uitgangspunt, dat het primaire doel van de pre-pack een zo hoog mogelijke opbrengst in het kader van liquidatie van de onderneming is (r.o. 53).

HvJ EU 28 april 2022 (FNV/Heiploeg)

Nog wel blijven er twee 'voorwaarden' staan:

1. Volgens HvJ EU steeds van geval tot geval ('in elke afzonderlijke situatie', r.o. 53) bezien te worden of in een concreet geval dit inderdaad het primaire doel is en dat deze pre-pack op liquidatie is gericht.
2. Ook dient dit alles – met oog op rechtszekerheid - wettelijk geregeld te zijn (r.o. 54), hetgeen nu nog niet het geval is.

HvJ EU 28 april 2022 (FNV/Heiploeg)

De tweede vraag (over de 'derde voorwaarde' overheidstoezicht) wordt door het Europese Hof in feite hetzelfde beantwoord:

- wettelijke regeling is noodzakelijk, maar als die wettelijke basis er is, voldoet de huidige/omschreven werkwijze aan de derde voorwaarde van artikel 5 Richtlijn.

Het woord was toen weer aan de Hoge Raad

HR 6 oktober 2023, JAR 2023/290 (FNV/Heiploeg)

r.o. 3.2.2

Gelet op het hiervoor in 3.1.2 geciteerde antwoord van het HvJ EU geldt dat aan de voorwaarden van art. 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG (hierna: de Richtlijn) dat de faillissementsprocedure of soortgelijke procedure is ingeleid met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder en dat deze procedure onder toezicht van een overheidsinstantie staat, slechts kan zijn voldaan als die procedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen.

HR 6 oktober 2023, JAR 2023/290 (FNV/Heiploeg)

r.o. 3.2.3

In deze zaak staat vast dat, in afwijking van de gang van zaken in een gewone faillissementsprocedure, reeds voorafgaand aan de faillietverklaring van Heiploeg-oud de mogelijkheden van een pre-pack zijn onderzocht en dat de rechtbank daartoe twee beoogd curatoren en een beoogd rechter-commissaris heeft aangewezen (zie 2.1 onder (viii) en (x) van het tweede tussenarrest). De positie van de beoogd curatoren en de beoogd rechter-commissaris is niet in de wet geregeld en zij hebben dan ook geen wettelijke bevoegdheden (zie 3.6.2 van het tweede tussenarrest). Aan de eis dat de gevolgde pre-packprocedure wordt geregeld in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen is dus niet voldaan. De hierop gerichte klachten slagen.

DINGEMANSVANDERKIND

Arbeidsrecht en faillissement - 21

Wat nu, na Heiploeg?

Vraag 1: dus toch (Pyrrhus)overwinning FNV in deze zaak?

Vraag 2: snelle aanname WCO-I in Eerste Kamer?

Vraag 3: wie bepaalt straks 'in elk afzonderlijk geval' of sprake is van procedure die op de liquidatie is gericht? De rechtbank die de aanvraag behandelt? Tot nu: marginale toetsing ('summierlijk')

Vraag 4: wat betekent dit arrest voor de 'reguliere' doorstart?
Zie ook FNV/Vleems: HR 14 oktober 2022, JOR 2023/109.

DINGEMANSVANDERKIND

Arbeidsrecht en faillissement - 22

Heden en toekomst (2024 - ?)

DINGEMANSVANDERKIND

Wet Continuïteit Ondernemingen I (WCO-I)

Wetsvoorstel dat pre-pack regelt en dus wettelijke basis verleent.

Het is al sinds 2015 in behandeling, aangenomen door Tweede Kamer, maar in 2017 'on hold' gezet in Eerste Kamer in afwachting van Heiploeg-ontwikkeling.

Na Heiploeg: nu snel aannemen?

Nee, want:

1. geen politiek draagvlak zonder oplossing voor oovo-problematiek
2. is niet in lijn met richtlijnvoorstel uit 2022 (eerst afwachten wat daar uitkomt, dan implementatie)

DINGEMANSVANDERKIND

Arbeidsrecht en faillissement - 24

WVOF 2.0

Opmerkelijk: in 2019 is al een eerdere versie van de WVOF in internetconsultatie gegaan, nu deze aangepaste versie.

Consultatieperiode loopt nu, nog tot 22 juli 2024.

Beoogt oplossing voor gesignaleerde 'selectieproblematiek'.

Bedoeling is dat invoering gelijktijdig plaatsvindt met (aangepaste) 'richtlijnconforme' WCO-I.

WVOF – Uitgangspunt: de 'Lidstaat-optie'

Toepassing lidstaatoptie uit artikel 5 lid 1 van de Richtlijn overgang van onderneming: de beschermingsregels uit de richtlijn worden ook toegepast in een faillissementsprocedure, die dan – aldus artikel 5 lid 2 - naast op liquidatie van het vermogen van de vervreemder, ook gericht mag zijn op continuering van de onderneming!

Zie tekst artikel 5 lid 1:

Uitzondering: art. 5 Richtlijn

Art. 5 lid 1:

Tenzij de Lidstaten anders bepalen, zijn de artikelen 3 en 4 van deze richtlijn niet van toepassing op een overgang van onderneming, vestiging of een onderdeel van een onderneming of vestiging wanneer de vervreemder verwickeld is in een faillissementsprocedure of in een soortgelijke procedure met het oog op de liquidatie van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van een bevoegde overheidsinstantie (..).

WVOF - voorvraag

Uitgangspunt Wovof wordt aldus in beginsel: 'iedereen gaat mee over'

Voorvraag is daarbij steeds: kwalificeert de transactie ('doorstart') als een overgang van onderneming?

Zo nee, dan is WVOF vanzelfsprekend niet relevant.

WOVOF - Uitgangspunt: wat mag een Lidstaat doen?

Toepassing lidstaatoptie uit artikel 5 van de Richtlijn overgang van onderneming:

Lid 2: de gevolgen van die toepassing worden verzacht:

- schulden gaan niet mee over, en
- arbeidsvoorwaarden kunnen in overleg met de vakbonden worden aangepast.

WOVOF - Uitwerking

Deze verplichting is facultatief bij faillissement van 'kleine ondernemers'(definitie 'klein' via AMvB, nu is plan: 20 of minder werknemers). Het mág dus wel (denk aan eventueel gewenste rechtszekerheid na 'Heiploeg'). MvT: aantal werknemers kan in praktijk naar boven en naar beneden worden bijgesteld.

Art. 7:666 lid 1 (nieuw):

"De artikelen 662 tot en met 665 en 670 lid 8 zijn niet van toepassing op de overgang van en onderneming indien:

a. de werkgever in staat van faillissement is verklaard met het oog op liquidatie van het vermogen van de werkgever, de onderneming tot de boedel behoort en de onderneming een kleine werkgever is; (..)

WVOF - Uitwerking

- De werknemers van de gefailleerde werkgever komen onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst bij de verkrijger.
- Als er bij de overgang echter arbeidsplaatsen verdwijnen als gevolg van bedrijfseconomische omstandigheden, is het de verkrijger toegestaan minder werknemers over te nemen en moet op een objectieve en transparante manier bepaald worden welke werknemers wel en niet meegaan.
- Toets bij R-C, geen beroepsmogelijkheid

WVOF - Uitwerking

Systematiek:

Wederindienstnemingsverplichting voor de verkrijger.

Niet iedereen mee, vanwege bedrijfseconomische omstandigheden? Dan:

a. inspiegelen (= "omgekeerd afspiegelen") én bovendien mag 10% buiten inspiegelingsverplichting worden gehouden en dus vrij gekozen worden door de verkrijger.

óf

b. alternatieve objectieve selectiemethode i.p.v. afspiegelen.

Opnieuw: de rechter-commissaris toetst (dus niet UWV).

WVOVF - Uitwerking

- Werknemer die geen arbeidsovereenkomst wordt aangeboden kan in beroep bij kantonrechter en kiezen: 'aanbod arbeidsovereenkomst', of billijke vergoeding.
- De kantonrechter toetst marginaal (namelijk of sprake is van 'kennelijk onjuiste toepassing van het bepaalde in (..) artikel 666b").

WVOVF - Bijzonderheden

Vragen die rijzen:

- Is doorstart nog wel aantrekkelijk genoeg? Met andere woorden, is dit niet een rem op doorstarts, wat ook nadelig zou zijn voor werkgelegenheid?
- Bij kleine werkgevers: alsnog rechtsonzekerheid ('Heiploeg'-doctrine: altijd toets oogmerk)
- Waarom de bandbreedte van vrije keuze bij 10% van de werknemers?
- Waarom ook nog een alternatieve selectiemethode?
- Is (kwaliteit) toezicht door R-C voldoende gewaarborgd? Misschien speciale kamer instellen ? Of een 'pool' a la WHOA? Of assistentie UWV?

WVOF - Bijzonderheden

Andere aspecten wetsvoorstel:

Voor werknemers aan wie na de overgang geen arbeidsovereenkomst wordt aangeboden door de verkrijger vervalt het concurrentiebeding.

WVOF - Bijzonderheden

Andere aspecten wetsvoorstel:

De OR heeft:

1. informatierecht bij verlening surseance en faillissementsaanvraag
2. adviesrecht voordat de curator beslist over de doorstart, hierin wordt voorzien in nieuw artikellid in art. 25 WOR (= codificatie DA-beschikking van de HR)
3. recht om door de r-c te worden gehoord, alvorens deze toestemming voor de doorstart geeft ('tenzij de curator het betreffende OR-advies geheel volgt').

WVOF

Samenvattend:

De combinatie Wovof en een pre-pack-wet (WCO-I?) biedt voor elk wat wils:

- de kloof tussen arbeidsrecht binnen en buiten faillissement wordt flink verkleind, en
- de pre-pack krijgt een nieuw leven ingeblazen