

## Denkbare verbeteringen in de positie van werknemers bij bedrijven in moeilijkheden en de Wet Continuïteit Ondernemingen II

Ph.W. Schreurs, actueel tot 05-03-2016

Actueel tot	05-03-2016
Auteur	Ph.W. Schreurs <sup>[1]</sup>
Folio weergave	<a href="#">Download gedrukte versie (PDF)</a>
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Algemeen

Herstructurering van bedrijven in moeilijkheden staat in onafgebroken aandacht. Niet alleen door de faillissementen van grotere bedrijven in de afgelopen maanden, maar ook vanwege de vele initiatieven op dit gebied. In de herijkingsoperatie doemen er mogelijkheden op die, voorafgaand aan een faillissement, wellicht bij kunnen dragen aan de continuïteit van levensvatbare onderdelen van bedrijven. Hoewel daarbij aan de positie van werknemers wel aandacht wordt besteed, vertaalt dat zich nog niet in veel concrete voorstellen. In dit artikel wordt bekeken welke rol werknemers nu precies hebben en welke zij zouden kunnen spelen bij bedrijven in moeilijkheden. Met name wordt stil gestaan bij de vraag of in de Wet Continuïteit Ondernemingen II over het buitengerechtelijk dwangakkoord niet ook – en anders dan thans voorgesteld – een rol voor werknemers zou moeten zijn weggelegd.

Mede aan de hand van enkele praktijkvoorbeelden wordt betoogd dat zo een reële mogelijkheid gecreëerd wordt om *collectief* aanpassingen in de arbeidsvoorwaarden door te voeren ter voorkoming van een deconfiture van de werkgever.

### 1. Inleiding

Het herstructureringslandschap bood tot voor kort een nogal eenzijdige en hoekige aanblik. Het terrein werd slechts onderbroken door de diepe kloof tussen de situatie mét en zónder faillissement. Door allerlei initiatieven en ontwikkelingen is zich inmiddels een veel glooiender en begaanbaarder terrein aan het ontwikkelen. De vraag, die ik in dit artikel aan de orde wil stellen, is of werknemers daarin de plek hebben die hen toekomt en wat daaraan zou moeten en kunnen veranderen.

Eerst geef ik een onderverdeling van bedrijven in moeilijkheden, die nu eenmaal in soorten en maten voorkomen en schets ik het huidige insolventielandschap en de gebiedsontwikkelingen daarin (paragraaf 2). In paragraaf 3 zet ik uiteen wat de positie is van werknemers bij bedrijven in moeilijkheden. Daarna (paragraaf 4) zet ik uiteen wat naar mijn mening moet worden toegevoegd om in enkele lacunes te voorzien. Het ligt daarbij voor de hand stil te staan bij vraagstukken van rechtsbescherming. Als een en ander gerealiseerd wordt ontstaat een evenwichtiger beeld dat ik in de samenvatting en conclusie (paragraaf 5) neerzet.

### 2. Bedrijven in moeilijkheden – een praktische indeling

Alvorens te bespreken welke geneesmiddelen worden toegepast, is het zaak voor ogen te hebben welke ziektebeelden worden onderscheiden. Een (wat ruwe) opsomming daarvan hoort te beginnen bij *gezonde* ondernemingen die *tijdig* aanslaan op hen bedreigende ontwikkelingen: bedrijven als Air France-KLM, Ordina, PostNL, DSM, Rabo en ING kondigden in 2015 omvangrijke aanpassingen in hun bedrijfsvoering aan in de veronderstelling zo gezond te kunnen blijven. Een onderneming als PostNL is, ondanks een extreem snel wijzigende marktsituatie, in staat gebleken door ingrijpende operaties haar businessmodel aan te passen, uiteraard in de hoop dat dat voldoende zal blijken.

Een volgende groep bestaat uit in beginsel gezonde bedrijven, die evenwel kampen met een incidenteel probleem.<sup>[2]</sup> Een dergelijk bedrijf beschikt derhalve nog over voldoende cashflow voor de toekomstige activiteiten, maar worstelt met bijvoorbeeld een aanzienlijke claim, het onverwachte faillissement van een grote afnemer of een langjarig en duur huurcontract van inmiddels overbodig gebleken bedrijfsruimte. Er is in zekere zin sprake van een probleem op de “balans”.

Enigszins vergelijkbaar met de eerste groep (nog gezonde) ondernemingen, maar in veel diepere (en in dat eerdere stadium onopgelost gebleven) problemen, is die van bedrijven met een structureel probleem. Langdurige uitval van omzet, zoals de afgelopen zeven jaren in de bouw; opereren in een sector waarin concurrentie opkomt met een totaal ander kostenniveau door innovatie, etc. Er is in zekere zin sprake van een probleem op de “resultatenrekening”.

Onderaan bungelen de ondernemingen met een combinatie van dergelijke problemen. Bedrijven die niet tijdig de bedrijfsvoering hebben aangepast of te maken hebben met het ongunstige economische getij én daarnaast een incident meemaken, waardoor de problemen acuut en onoverbrugbaar worden.

Al dergelijke bedrijven kunnen een levensvatbare onderneming in zich bergen. Van een dergelijke onderneming is sprake wanneer de waarde van de activa in die onderneming hoger is dan bij een alternatieve aanwending. Daarvan is het de moeite waard een redding te overwegen. Het behoud van *bestaande* werkgelegenheid is daarbij een argument dat van voldoende belang is om ruimschoots besproken te worden:<sup>[3]</sup> het gaat immers over de positie van mensen die in iets belangrijks geraakt worden, namelijk in de wijze waarop zij in hun bestaan voorzien.

De middelen waarmee de hiervoor beschreven problemen kunnen worden aangepakt in een min of meer (chrono)logische volgorde zijn de volgende:

- Reorganisatie. Wanneer een onderneming voldoende vermogen en weerstand heeft, zal het de consequenties van ingrijpen in de bedrijfsvoering zelf kunnen en moeten dragen. Waar het het personeel betreft kondigden de hiervoor bedoelde multinationals in 2015 omvangrijke reorganisaties aan. De aanpassingen in het personeelsbestand worden dan mogelijk gemaakt door middel van een sociaal plan. Daarbij vindt onder andere “afspiegeling” plaats: dat wil zeggen dat de pijn in zekere zin gelijkmatig verdeeld wordt over het personeel. Dergelijke reorganisaties vinden in nauw overleg met bonden en medezeggenschapsorganen plaats. Het ingrijpen beoogt normaal gesproken een kostenreductie op middellange termijn.
- Met het consultatievoorstel WCO II is een, al ruimschoots besproken en grotendeels positief ontvangen, voorstel gelanceerd om een buitengerechtelijk *dwang*akkoord mogelijk te maken. De schuldenaar kan dan zijn crediteuren een akkoord aanbieden die daarover in klassen kunnen stemmen. Zowel binnen een klasse als *overall* kan de minderheid door rechterlijke

algemeen verbindend verklaring mee in het akkoord worden gedwongen. Het (naar Nederlandse maatstaven) bijzondere van het voorstel is dat niet alleen bestaande “molenstenen” of onoverbrugbare crediteurenposities kunnen worden aangepakt, maar dat ook toekomstige verplichtingen gereduceerd kunnen worden. De tegenstemmende minderheid kan meegedwongen worden en heeft daarom en daarna het recht de verbintenis te beëindigen.

- Surseance van betaling. De afgelopen tientallen jaren was surseance alleen zinvol in situaties waarin sprake was van een incidenteel probleem op de balans bij een overigens gezond bedrijf, maar waarbij het snijden in personeelskosten niet noodzakelijk was. Het uitstel van betaling ziet immers niet op preferente schuldeisers als werknemers.<sup>[4]</sup> Maar bovenal gelden de regels van overgang van onderneming bij surseance onverminderd, waardoor dit middel niet gebruikt kan worden om een doorstart te realiseren indien personeelsreductie nodig is. Surseance kan wel nuttig zijn wanneer bijvoorbeeld van een langjarig te duur huurcontract afgekomen moet worden. Ook kan een (anders) onoverkomelijk groot probleem met een of enkele concurrente schuldeisers of de schuldenlast over de hele lijn worden aangepakt, namelijk door het aanbieden van een crediteurenakkoord, waarbij de tegenstemmende minderheid door homologatie kan worden overstemd.<sup>[5]</sup>
- Recent hieraan toegevoegd is de mogelijkheid om te reorganiseren en de daaruit voortvloeiende *transitievergoedingen* “af te vangen” in een surseance. In het wetgevingstraject van de nieuwe Wet Werk en Zekerheid is namelijk uitdrukkelijk voorzien dat transitievergoedingen in surseance en faillissement komen te vervallen.<sup>[6]</sup> Denkbaar is derhalve dat een collectief ontslag opgevolgd wordt door een surseance en een dwangakkoord aan de overige crediteuren. Buiten het loon over de opzeggingsperiode is de werkgever dan niets meer aan de ontslagen werknemers verschuldigd. Na afloop daarvan kan het bedrijf voort met een gezonde balans en hersteld kostenniveau. Er zijn nog weinig ervaringen mee opgedaan en met name de grens met “misbruik van faillissementsrecht” zal goed in de gaten moeten worden gehouden.<sup>[7]</sup>
- WCO I voorziet in de mogelijkheid om – normaal gesproken direct voorafgaand aan een (niettemin niet noodzakelijkerwijs volgend) faillissement – een beoogd curator mee te laten kijken met de schuldenaar naar mogelijkheden om een doorstart te bewerkstelligen. Die doorstart zal dan vrijwel steeds *na* faillissement worden geëffectueerd.
- Laatste in de rij is vanzelfsprekend het faillissement. In (wat mij betreft: te) sterke mate is bij de discussies over stille bewindvoering en WCO I stil gestaan bij mogelijk misbruik daarvan om af te komen van personeel. De Memorie van Toelichting bij WCO I probeert terecht duidelijk te maken dat dan niet zo zeer sprake is van misbruik van stille bewindvoering, maar van misbruik van faillissement.<sup>[8]</sup> Een “misbruik” dat jarenlang weinig bekritiseerd en hooguit door symboolpolitiek bestreden is geweest.<sup>[9]</sup> Een “misbruik” waarbij ik overigens aanhalingstekens plaats. Tot voor kort immers had een ondernemer *uitsluitend* de keuze tussen de dure reorganisatievariant en de goedkope faillissementsvariant. De sociale partners noch de wetgever waren in staat daar goede varianten tussenin te plaatsen. De overwegingen die in de herijkingsoperatie daaraan zijn gewijd, zijn dan ook terecht nuancerend. Het is uiterst laakbaar indien een faillissement *uitsluitend* gebruikt wordt vanwege de mogelijkheden de arbeidsovereenkomsten door de curator te doen opzeggen zonder enige vergoeding, maar<sup>[10]</sup> veeleer is sprake van situaties waarin een ondernemer uiteindelijk bij gebrek aan alternatieven *geen andere keuze* heeft dan een faillissement. Als eenmaal de keuze gevallen is op de (wel financierbare) faillissementsroute, blijven de excessieve voordelen daarvan<sup>[11]</sup> meestal niet

### 3. De positie van werknemers bij bedrijven in moeilijkheden

Weinigen zullen willen betwisten dat de positie van werknemer bij ondernemingen in distress belabberd is. Die situatie is overigens niet veel slechter dan andere stakeholders (afdoende gedekte zekerheidsgerechtigden daargelaten): waar niet is, verliest nu eenmaal zelfs de keizer zijn recht. In sommige opzichten zou deze positie evenwel best verbeterd kunnen worden en dichter in de buurt kunnen komen van de sociale verhoudingen die gelden bij een reorganisatie, waar bonden en medezeggenschapsorganen een duidelijke rol en aantoonbare invloed hebben.

#### a.

In een vroeg stadium dient een ondernemer op grond van de WOR<sup>[12]</sup> tijdig en regelmatig relevante financiële informatie te verschaffen. Of het te verwachten valt dat de ondernemer tijdens de reguliere overlegvergaderingen de OR niet alleen informeert over financiële problemen maar ook over een dreigende insolventie, lijkt me (althans in zijn algemeenheid) onwaarschijnlijk. In de brief van de SER-Commissie Bevordering Medezeggenschap aan de Minister van Sociale Zaken van 14 december 2015 wordt dat<sup>[13]</sup> nogal vanzelfsprekend verondersteld. In mijn waarneming gaan ondernemers met dergelijke informatie vaak uiterst behoedzaam om, uit vrees dat leveranciers en klanten daar iets van te horen krijgen.

#### b.

In WCO II (over het buitengerechtelijk dwangakkoord) is geen rol weggelegd voor de werknemers. Art. 368, lid 9 bepaalt dat uitdrukkelijk. In het volgende hoofdstuk wordt hier dieper op ingegaan. Op grond van art. 31a WOR dient de OR wel geïnformeerd te worden over belangrijke financiële gegevens.

#### c.

In WCO I is veel nadruk gelegd op de mogelijkheden om (vertegenwoordigers van) werknemers actief te betrekken in de vertrouwelijke voorfase. Enige scepsis is op zijn plaats en de geheimhouding wordt in deze uiterst vertrouwelijke fase dan wel heel erg belangrijk. Uitgaande van het normaal-type dat in stille bewindvoering vooral onderzocht zal worden of doorstart door een *buitenstaander* mogelijk is, is daarin voor werknemers van het bedrijf in moeilijkheden bovendien geen reële overleg-positie voorhanden. Dat zou wel kunnen indien ook de zittende ondernemer gebruik kan maken van de stille bewindvoering. Dat is naar huidig inzicht niet onmogelijk, maar wordt wel uiterst kritisch bejegend.

#### d.

Met de WWZ beschikt de werkgever over de mogelijkheid om (met afspiegeling e.d.) een deel van het personeel te ontslaan zonder vergoeding. Daardoor ontstaat een krachtenveld waarin bonden en OR enerzijds en werkgever (die surseance liever zal vermijden) anderzijds moeten afwegen op welke wijze zij inzetten bij de voorafgaande (en ter vermindering van surseance ingezette) onderhandelingen over een sociaal plan. De uit een sociaal plan voortvloeiende verplichtingen in samenhang met een

vóór surseance gegeven ontslag blijven namelijk wél verschuldigd in surseance. Midden in de aloude gapende kloof tussen herstructurering via faillissement of via collectief ontslagprocedure, is derhalve sinds 1 juli 2015 een tussenvariant opgedoemd, de WWZ-surseance-route.<sup>[14]</sup> Gegeven het feit dat bona fide ondernemers, die doende zijn het levensvatbare deel van hun onderneming te behouden, zelden staan te trappelen om faillissement of surseance aan te vragen, kunnen bonden en OR derhalve daadwerkelijk invloed uitoefenen op die keuze, in welk kader zij dan wel een of andere bijdrage moeten willen leveren aan het overleven van het bedrijf.

e.

Surseance van betaling. Werknemers worden formeel niet geraakt door de surseance en het medezeggenschapsregime blijft ongewijzigd.<sup>[15]</sup> Vaak resteert een enigszins onwerkelijke situatie. Naast de ondernemer komt een bewindvoerder aan boord. In mijn ervaring met een drietal langer durende surseances biedt de OR dan een uitstekend gremium om de communicatie met het personeel te stroomlijnen. In surseance is dergelijke communicatie ook belangrijk om de werknemers gemotiveerd te houden.

f.

In het door Insolad gelanceerde wetsvoorstel voor ingrijpende modernisering van de surseancewetgeving<sup>[16]</sup> wordt in de toelichting<sup>[17]</sup> uiteengezet dat één van de grote hinderpalen voor succesvolle toepassing van de huidige surseance als herstructureringsinstrument is gelegen in het feit dat die geen effect heeft op arbeidsovereenkomsten. Het voorstel kiest er daarom voor in zekere mate aan te sluiten bij de regels die gelden in faillissement, zij het dat de termijnen in de surseance nieuwe stijl wat betreft Insolad langer kunnen zijn in verband met art. 7:672, lid 2 BW. Verder wordt voorzien in een meldplicht onder de Wet Melding Collectief Ontslag (“WMCO”) en in adviesrecht voor de OR. Tenslotte is toegevoegd dat de rechter-commissaris toestemming moet geven en daarvan (met korte termijnen) beroep voor de werknemer openstaat bij het Hof. Het voorstel van Insolad betekent per saldo met name dat er beperkte ontslagbescherming is en – in dit opzicht – surseance overeenkomsten vertoont met faillissement waar het de mogelijkheden betreft om personeelsomvang te reduceren. Hierop is kritiek gekomen van o.a. Lennarts.<sup>[18]</sup> Om het draagvlak van het zeer innovatieve voorstel te vergroten dient (zoals hiervoor in noot 7 aangegeven) meer nadruk te worden gelegd op de in par. 74 van de toelichting van het voorstel uiteengezette verschillen tussen de voorgestelde surseanceregeling en het huidige faillissement.

g.

De WMCO heeft voorafgaand aan een deconfiture zin, omdat OR en de bonden daardoor voldoende tijd en mogelijkheden hebben om een positie te kunnen innemen en onderbouwen bij het overleg over sociale plannen e.d. In surseance en faillissement heeft de WMCO onverminderd gelding. In de praktijk voldoen curatoren ook aan de daaruit voortvloeiende meldingsverplichting omdat de sanctie (*vernietigbaarheid van het ontslag*) anders op de loer ligt. Mij zijn echter geen gevallen bekend waarin de bonden vervolgens *gebruik* hebben gemaakt van hun recht om met de curator<sup>[19]</sup> inhoudelijk in overleg te treden over de gevolgen van het voorgenomen ontslag. Weliswaar hoeft het “raadplegen” niet te leiden tot “overeenstemming” met OR en bonden. Maar hoe klein de werkelijke invloed wellicht ook kan zijn, het is een uitgelezen moment voor bonden om concrete aandacht te vragen voor het belang van de werknemers bij bijvoorbeeld doorstartplannen en met de curator te overleggen over

mogelijkheden de kansen op behoud van werkgelegenheid te maximaliseren.

**h.**

Aan het eind resteert het faillissement. Weliswaar zorgt het UWV voor betaling van de salarissen, maar er is de facto geen *enkele* vorm van ontslagbescherming. De curator moet in feite zelfs ommegeand overgaan tot ontslag, omdat het UWV alleen in dat geval de loonverplichtingen overneemt. De SER-Commissie CBM<sup>[20]</sup> stelt dat de curator bestuurder wordt in de zin van de WOR en gehouden is die na te leven. De praktijk is, zoals die Commissie terecht stelt, anders, ook omdat hectiek en tijdgebrek anders bepalen. De Commissie stelt overigens<sup>[21]</sup> ook voor om de OR in faillissement de mogelijkheid te bieden op grond van art. 69 Fw op te komen tegen handelingen van de curator. Dat zou m.i. alleen dan interessant kunnen zijn voor werknemers indien de OR daarmee een stem zou hebben in het kader van een door de curator beoogde doorstart. Het zou in ieder geval wenselijk zijn indien een einde komt aan de rituele dans dat na berichtgeving omtrent een gerealiseerde doorstart, vakbonden in de publiciteit aandacht vragen voor behoud van werkgelegenheid en arbeidsvoorwaarden. Dat is te laat en voor de bühne.

### **3.1 Intermezzo: enige voorbeelden**

#### **3.1.1 Praktijkvoorbeeld 1**

Egidius Janssen (EJA) was een bloeiende ordnerfabrikant in het zuiden des lands. Door een efficiënte productie behoorde het tot de leiders op de wereldmarkt. Het ging de eigenaren goed en zij lieten dat graag zien (de directielift was daadwerkelijk bekleed met goud!). Maar – geworteld in de regio als zij waren – zij lieten hun werknemers ook mee profiteren. Het arbeidsvoorwaardenpakket kwam in het begin van deze eeuw uit op een niveau dat ruim 10% boven cao-niveau lag. Door allerlei factoren ging het toen snel achteruit. Fricties binnen het familieverband, toegenomen concurrentie uit China en een knellende hand van de bank. Voor de ingevlogen interim-manager was het helder. Naast een grote belastingschuld (de molensteen) was het vooral de post arbeidskosten die doorgaan onmogelijk maakte. Het opgezegde bankkrediet en de ruziënde familie maakte de tijdsdruk hoog en daardoor ontbrak de mogelijkheid om langzaam te komen tot neerwaartse aanpassing van de arbeidsvoorwaarden met bijvoorbeeld 5% (wat al uitzicht geboden zou hebben op herstel). Toen de familie weinig andere mogelijkheden zag dan het aanvragen van faillissement, stond de interim-manager op als reddende engel met een doorstartplan. Zijn aankondiging daarvan incl. het behoud van een groot deel van de werkgelegenheid werd, ondanks de mededeling dat het arbeidsvoorwaardenniveau gelijk zou worden getrokken naar cao-niveau (dus +/- 10%), door het in de fabriekshal verzamelde personeel onthaald met een luid applaus. “Dat had veel eerder moeten gebeuren, dan waren we nooit failliet gegaan ...”.

#### **3.1.2 Praktijkvoorbeeld 2**

Penca BV was een ingenieursbureau dat zeer gekwalificeerde specialisten leverde voor de technische industrie. Om in de toenmalige hausse haar personeel te kunnen vasthouden had de werkgever hen contractueel gebonden aan een opzegtermijn van maar liefst 6 maanden, waardoor de werkgever een opzegtermijn van 12 maanden in acht moest nemen. Toen de economische crisis toesloeg en de opdrachten bijna 50% terugliepen (omdat allerlei klanten m.n. hun investeringsbeslissingen “even” on hold zetten) kon Penca niet buiten faillissement tot een personeelsreductie komen: daarvoor waren de opzegtermijnen een onoverkomelijke hinderpaal. Direct na faillissement werd doorgestart met de helft

van het personeel. De andere helft van het personeel richtte een concurrent op en ging de competitie met de doorstarter aan.

### 3.1.3 Praktijkvoorbeeld 3

De problemen waarmee V&D het afgelopen jaar heeft geworsteld zijn algemeen bekend. De private equity partij die eigenaar was, zocht op Angelsaksische wijze de confrontatie met de werknemers, leveranciers, verhuurders en schuldeisers. In de nadien hoog opgelopen spanning werd gedeeltelijk overeenstemming bereikt met een groot deel van de verhuurders. Het conflict met de bonden mondde uit in een mediationtraject onder leiding van oud Ondernemingskamer-voorzitter Ingelse. In ruil voor 300 tot 400 ontslagen bleven de lonen gelijk. Door het warme herfstweer ging het vlak voor Kerst toch nog mis, op dezelfde dag overigens dat V&D een uiterst gunstige uitspraak ontving van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in een zaak tegen één van de dwarsliggende huurders. De surseance werd snel opgevolgd door het faillissement. Bij het afsluiten van dit artikel is inmiddels duidelijk geworden dat de doorstartpogingen zijn mislukt. In de nabije toekomst zal blijken of de verhuurders niettemin partijen weten te bewegen tot een beperkte voortzetting van warenhuis-activiteiten.

## 4. WCO II en werknemers

Per saldo hebben werknemers als *collectiviteit* derhalve slechts reële invloed bij bedrijven die veronderstellen nog niet in onoverkomenlijke problemen te verkeren en op de in dat kader beoogde reorganisaties waarbij een gedeelte van het *aantal* werknemers op het spel staat.

Invloed op aanpassing van hun arbeidsvoorwaarden hebben werknemers slechts *individueel*. Voor aanpassingen op individuele basis ontbreekt het de werkgever in *distress* echter eenvoudigweg aan tijd en overigens ook wel aan onderhandelingspositie. Individuele werknemers kunnen – omdat zij individueel de aanpassing van hun arbeidsvoorwaarden kunnen tegenhouden – daardoor collectieve aanpassingen belemmeren.

Wat in het nieuwe insolventie-landschap derhalve ontbreekt is de mogelijkheid om niet een percentage van het aantal dienstverbanden te beëindigen, maar de arbeidsvoorwaarden van een *collectief* aan te passen, zodat alle werknemers een percentuele bijdrage leveren, maar (al) hun banen behouden blijven.

Het consultatievoorstel Wet Continuïteit Ondernemingen II inzake het buitengerechtelijk dwangakkoord voorziet in de mogelijkheid om, zonder surseance of faillissement, aan crediteuren betaling van een gedeelte van hun vorderingen aan te bieden en met hen aanpassingen van toekomstige verplichtingen vast te leggen. Indien een meerderheid van de crediteuren instemt met het aangeboden akkoord is het aangenomen. Via algemeen verbindend verklaring van het akkoord kan de tegenstemmende minderheid worden overruled en dan geldt het *dwangakkoord* voor alle stakeholders.<sup>[22]</sup>

Geheel in lijn met de aanbevelingen uit Europese hoek<sup>[23]</sup> stelt de Memorie van Toelichting bij het consultatievoorstel<sup>[24]</sup> dat de regeling geschikt moet zijn voor zowel grote ondernemingen als voor het MKB. Daarvan zal evenwel pas echt sprake zijn als het hiervoor beschreven probleem wordt opgelost: de (gezamenlijk) beschikbare regelingen zullen *moeten* voorzien in mogelijkheden om eenvoudiger het aantal personeelsleden terug te kunnen brengen danwel hun arbeidsvoorwaarden te kunnen aanpassen. Dat doet het WCO II-voorstel echter *niet*. Artikel 368, lid 9, bepaalt immers dat de regeling

*niet* van toepassing is op bestaande arbeidsovereenkomsten. De hete aardappel<sup>[25]</sup> van de werknemer bij bedrijven in moeilijkheden wordt weer doorgeschoven. Maar waar naartoe?

Op de bijeenkomst in december 2014 ter bespreking van de pre-adviezen van de Vereniging Handelsrecht<sup>[26]</sup> vernam ik dat de *sociale partners* dit onderwerp nog voor zich uitgeschoven zouden hebben. Bewijzen voor die stelling heb ik niet teruggevonden in de stukken. De Memorie van Toelichting bij het consultatievoorstel WCOII is op dit punt sowieso nogal summier:

“Werknemers vallen niet onder de voorgestelde regeling. De Wet Werk en Zekerheid (...) biedt reeds mogelijkheden om aan te sluiten bij gewijzigde bedrijfseconomische omstandigheden.”<sup>[27]</sup>

In zijn voortgangsbrief van 7 juli 2015 aan de Tweede Kamer<sup>[28]</sup> over de modernisering en herijking van het faillissementsrecht schrijft de Minister van Veiligheid en Justitie iets dat wellicht dichterbij de werkelijkheid ligt.

Het rechtsvergelijkend onderzoek dat reeds is gedaan<sup>[29]</sup> wordt immers nog aangevuld met empirisch onderzoek naar de arbeidsrechtelijke positie van werknemers bij bedrijven in moeilijkheden in Nederland. Het door het WODC opgestelde onderzoeksrapport is in december 2015 aangeboden aan de minister en zal vermoedelijk binnenkort openbaar worden. De minister schrijft ter zake:

“Omdat ik meen dat de uitkomsten van het onderzoek van essentieel belang kunnen zijn om te kunnen komen tot effectieve maatregelen in het kader van de WCO III, heb ik besloten dit wetgevingstraject even aan te houden (...).”

Dat maakt natuurlijk nieuwsgierig. Tot nu toe leek in WCO III steeds de doorleveringsverplichting te zullen worden gaan geregeld.<sup>[30]</sup> Maar als ook passende oplossingen voor arbeidsrechtelijke aanpassingen worden geboden is dat prima. Als ze er maar komen!

Wachten op WCO III is echter niet nodig. Het schrappen van artikel 368, lid 9, in WCO II volstaat volledig en zou leiden toe een snelle, evenwichtige en volwassen methode om werkgever en werknemers bij bedrijven in moeilijkheden de gelegenheid te bieden tot het vinden van een nieuwe balans. Dit zou een belangrijke bijdrage kunnen leveren aan het dichten van de kloof tussen reorganiseren mét en zónder faillissement. Bovenal zou het leiden tot een behandeling van werknemers (en hun belangenbehartigers) als een volwassen marktpartij die heel wel in staat is om haar eigen gezonde belangenafwegingen te maken als zij daartoe de kans maar krijgt.

De situatie die dan zou ontstaan is immers de volgende:

- a. In de wetenschap dat een dwangakkoord mogelijk is, ontstaat normaal gesproken vooroverleg met de belangrijkste stakeholders: bank(en), key-leveranciers, werknemers. In dat overleg kunnen de contouren van een akkoord worden verkend.
- b. Een WCO II-dwangakkoord als zodanig is in de thans voorgestelde vorm (dus incl art. 368, lid 9) m.i. niet adviesplichtig onder de WOR. In het IJsselwerf-arrest<sup>[31]</sup> is uitgemaakt dat er geen adviesrecht is in geval surseance wordt aangevraagd en dit pre-insolventie-instrument is nog minder vérstrekkend. Indien voor het akkoord een “belangrijk krediet” moet worden aangetrokken geldt adviesrecht op grond van art. 25, lid 1 sub i WOR. Overigens geldt slechts het algemene informatierecht van art. 31 en 31a WOR. In mijn voorstel zou een WCOII-dwangakkoord adviesplichtig dienen te zijn<sup>[32]</sup>. De OR kan aldus zijn visie op het voornemen van de werkgever kenbaar maken.
- c. Mijns inziens is geen twijfel denkbaar dat werknemers aangemerkt zullen (moeten) worden



als een aparte klasse.<sup>[33]</sup>

- d. Personeel vormt bij de gemiddelde MKB-onderneming wellicht de grootste kostenpost, maar meestal ook het hart van het bedrijf. Bij het aanbieden van een akkoord is de schuldenaar zich als geen ander bewust van het feit dat het onderste uit de kan vaak het deksel op de neus betekent. Het verzoek een “haircut” toe te staan is uiterst precair. Dat geldt bij leveranciers, en zeker bij toekomstige verplichtingen. Het zal niet verbazen dat bij werknemers daarom omzichtigheid eens te meer aangewezen is. Een al te zwaar loonoffer zal betekenen dat de besten vertrekken.<sup>[34]</sup> Maar in de voorafgaand aan dit hoofdstuk gegeven voorbeelden van EJA, Penca en V&D zou een beperkt collectief loonoffer uiterst zinvol kunnen zijn geweest.<sup>[35]</sup>
- e. Het voorstel kan verschillende elementen bevatten (of bestaan uit een combinatie daarvan). Onderstaande voorbeelden put ik uit de praktijk<sup>[36]</sup>:
- aanpassing primaire arbeidsvoorwaarden door middel van een percentueel loonoffer;
  - aanpassing werktijden/vakantiedagen;
  - korting op opgebouwde overuren of (de bij sommige bedrijven onvoorstelbaar grote hoeveelheid) niet opgenomen vakantiedagen;
  - aanpassing van secundaire of tertiaire arbeidsvoorwaarden;
  - aanpassing opzegtermijnen, concurrentiebedingen etc.
- Deze en dergelijke aanpassingen kunnen nu, als de wet ze al toestaat, in feite alleen worden besproken in het kader van CAO-overleg, hetgeen bij een distress-situatie vanzelfsprekend vaak veel te omslachtig en tijdrovend is. Maar het gaat om rechten die in een faillissement ook verloren kunnen gaan: denk aan opgebouwde vakantiedagen ouder dan één jaar, die niet door het UWV vergoed worden.
- f. Indien het bod door de meerderheid is aanvaard, worden tegenstemmende<sup>[37]</sup> schuldeisers gebonden door rechterlijke algemeen verbindend verklaring. Maar ook als het bod niet door alle klassen in meerderheid is aanvaard kan de schuldenaar de rechter vragen het akkoord verbindend te verklaren. Werknemers hebben in een dergelijke situatie toegang tot de rechter om gehoord te worden en zowel hun argumenten voor als tegen aan te voeren.
- g. Mijn voorstel tot het schrappen van artikel 368, lid 9, zou als gezegd uitgebreid kunnen (en mijns inziens moeten) worden door de OR adviesplichtig te maken (met zodanige termijnen dat een en ander past binnen de WCO II-termijnen) en door relevante bonden de status van belanghebbende te geven in de a.v.v.-procedure (uitsluitend, althans in ieder geval, in de situatie dat het aangeboden akkoord de arbeidsovereenkomsten raakt). Ook zullen wettelijke beperkingen (zoals art. 7:640 BW ten aanzien van de beperkte mogelijkheid af te zien van vakantiedagen e.d.) nader genuanceerd moeten worden.

## 5. Afronding

Met dit voorstel hebben de gezamenlijke werknemers van een bedrijf de mogelijkheid om een bijdrage

te leveren aan het redden van de onderneming waar zij hun geld verdienen en zo *bestaande* werkgelegenheid te handhaven. Die mogelijkheid hebben zij tot nu toe niet. Ze geven dan wellicht een deel van de rechten prijs waarvan ze echter een veel groter deel verliezen in geval van faillissement. Van een individuele werknemer kan niet verwacht of verlangd worden dat hij zijn werkgever aanbiedt individueel genoeg te nemen met minder arbeidsvoorwaarden. Maar ik waag mij aan de veronderstelling dat werknemers wel bereid zijn om hun stem daadwerkelijk te laten gelden en zo de werkgever te dwingen een zo redelijk mogelijk aangepast arbeidsvoorwaardenpakket aan te bieden. Een vóór stemmende klasse werknemers zal bovendien een belangrijk argument zijn in de a.v.v.-procedure ten opzichte van de andere schuldeisers.

Is er reden te vrezen voor misbruik? Het antwoord is bevestigend, zoals de praktijk helaas altijd leert. Maar dat misbruik is mijns inziens bijna per definitie kleiner dan het *huidige* misbruik. Mijn voorstel beoogt dat misbruik in ieder geval te bestrijden. Het huidige misbruik bestaat in het onverhoeds vragen van een faillissement om zo in één klap van alle arbeidsovereenkomsten af te komen en door te starten met aangepaste arbeidsvoorwaarden en louter de jongste, fitste en goedkoopste werknemers.

Een WCO II-akkoord waaraan ook werknemers mogen meedoen maakt dat er een alternatief is, waarvan dan ook verlangd mag worden dat de werkgever het onderzoekt. Indien niet geprobeerd wordt (te onderzoeken of het mogelijk is) de arbeidsovereenkomsten in het kader van een dwangakkoord aan te passen, kan het rücksichtslos aanvragen van een eigen faillissement ook eerder daadwerkelijk worden aangemerkt als misbruik; nu kan een rechter alleen in extreme situaties daartoe besluiten. In de hiervoor in noot 13 bedoelde CBM-brief wordt op pag. 4 voorgesteld dat bij een verzoek eigen aangifte faillissement aangegeven moet worden of er een OR is en of die voorafgaand gehoord is. *“De beantwoording van die vragen kan voor de rechter aanleiding zijn om de aanvraag aan te houden (...) of – wanneer hij oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht vermoedt – de OR zelf te horen, of in het ultieme geval de aanvraag af te wijzen.”*<sup>[38]</sup>

In theorie is zelfs denkbaar dat de werknemers zelf een akkoord opdringen aan de werkgever op grond van artikel 368, lid 2, WCO II, maar dat zal zich zelden voordoen. Voor de hand liggender wellicht is dat een beoogd curator in de vertrouwelijke fase de schuldenaar ertoe beweegt de mogelijkheden voor een buitengerechtelijk dwangakkoord te onderzoeken.

Ten slotte is van belang dat het buitengerechtelijk akkoord bij toepassing van mijn suggesties voor heel veel meer bedrijven – en dan met name in het midden- en grootbedrijf – een echte oplossing zou kunnen bieden in *distressed* situaties. Bij dergelijke bedrijven zit immers vrijwel altijd een personeelscomponent in de problematiek; meestal is dat het grootste en niet zelden het enige.

In een volwassen overleg-economie zoals Nederland die heeft, moet dat probleem tussen de direct betrokkenen kunnen worden opgelost.

Voetnoten

[1]

Flip Schreurs is advocaat te Eindhoven en bestuurslid van Insolad. Dit artikel is geschreven op persoonlijke titel.

[2]

Wel aangeduid als de “molensteen”. De vergelijking komt uit het verhaal van De Vier Heemskinderen. Het onoverwinnelijk geachte Ros Beiaard werd in opdracht van een jaloerse Karel de Grote verdrongen door hem met zware molenstenen om de nek in de Maas te gooien. Tot tweemaal toe verbrijzelde het dier met een hoefslag de stenen. Ook een derde maal kwam hij boven water, reikhalzend

naar zijn meester. Die kon het niet aanzien en wendde zijn ogen af. Denkend dat zijn meester hem in de steek liet, verdrong Beiaard uiteindelijk. Meesters dienen hun ogen niet af te wenden, is de moraal derhalve.

[3]

Ik laat hier onbesproken het feit dat werknemers na ontslag bij een bedrijf in moeilijkheden heel wel nieuw emplooi kunnen vinden bij een nieuw, gezond bedrijf. Macro-economisch is dat gewenst, maar op micro-niveau leidt faillissement en ontslag maar zelden spontaan tot dergelijke positieve connotaties. Na het faillissement van V&D zijn zelfs rouwklasjes gevormd door ontslagen werknemers.

[4]

Hierdoor moest bij V&D op 31 december 2015 de surseance worden omgezet in een faillissement: omdat het uitstel van betaling niet van toepassing is op werknemers moesten anders op die dag de salarissen van de ca 10.000 personeelsleden worden overgemaakt.

[5]

Voor effectuering zijn de in art. 268 en 268a Fw beschreven meerderheden nodig en homologatie van het akkoord door de rechtbank. Preferente crediteuren als fiscus en UWV doen normaliter mee tegen het dubbele percentage.

[6]

Art. 7:673c lid 1 BW en de toelichting daarop [Kamerstukken II 2013/14, 33818, nr. 3](#) p. 24, 42 en 114. Onder het oude recht was als gevolg van het Van Gelder Papier-arrest evenmin plaats voor ontslagvergoedingen op basis van een voor surseance overeengekomen sociaal plan. Vergoedingen uit hoofde van een sociaal plan in samenhang met een reeds voor surseance gegeven ontslag leverde evenwel een preferente schuld op.

[7]

Hier wordt nog gewezen op het Insolad voorstel tot ingrijpende herziening van de surseancewetgeving. Daarin kan de “debtor-in-possession” effectiever herstructureren. De positie van de werknemer is daarin enigszins vergelijkbaar met die in faillissement. Het voorstel zou wellicht aan draagvlak winnen indien de positie van de werknemers in surseance *waarneembaar* gunstiger wordt dan in faillissement. Zo is tot nu toe onderbelicht gebleven dat in het voorstel de voorziene toetsing van het ontslag door de RC veel intenser en concreter dient te worden dan thans in faillissement (zie par. 74 van de Toelichting op het Insolad-wetsvoorstel via [www.insolad.nl/publicaties](http://www.insolad.nl/publicaties) waar ook de andere verschillen zijn toegelicht).

[8]

In de MvT WCO I wordt in de onderdelen 2.2 en 2.3 uitvoerig en overtuigend betoogd dat WCO I misbruik van faillissement juist kan verminderen. Dat misbruik bestaat er dan uit dat op door de wetgever onbedoeld eenvoudige wijze van personeel afgekomen kan worden, zonder dat de werkgever daar overigens al te grote nadelen van ondervindt. Kennelijk om de maatschappelijke kritiek van Estro te laten verstommen heeft de minister ervoor gekozen het werknemersbelang in de toelichting bij art. 363, leden 1 en 4 steeds in nogal zalvende, maar m.i. niet steeds even realistische bewoordingen een prominente plaats te geven.

[9]

Het duidelijkste voorbeeld daarvan is natuurlijk wel de uit 2002 daterende volstreekte symboolwetgeving gebleken regeling terzake de wijze waarop een curator de arbeidsovereenkomst moet opzeggen. Op grond van art. 68, lid 2 Fw is daarvoor machtiging van de RC vereist. Art. 67, lid 2 Fw bepaalt dat de hoger beroepstermijn van 5 dagen pas aanvangt op de dag dat de werknemer kennis heeft kunnen nemen van de machtiging. Op straffe van vernietiging wijst de curator de werknemer bij de opzegging op de mogelijkheid van beroep en de termijn. Zo zou de werknemer misbruik kunnen aankaarten. Echter, na de daardoor gerealiseerde vernietiging van het ontslag herleeft de arbeidsovereenkomst, maar blijft de schuldenaar failliet. De curator zal opnieuw moeten opzeggen en de werknemer heeft hooguit een iets grotere *boedel*ordering. Daarnaast zou de werknemer verzet kunnen instellen op grond van art. 10 Fw. Bij toewijzing bepaalt art. 13a Fw dat de opzegging van de arbeidsovereenkomst met terugwerkende kracht beheerst wordt door Boek 7 BW (en zou de werknemer dus aanspraak kunnen maken op de “billijke vergoeding” als bedoeld in art. 7:682, lid 1 sub b BW). Ook werkt dan art. 7:662 e.v BW waardoor een werknemer van rechtswege in dienst komt bij een eventuele doorstarter. Voor terechte vernietigende kritiek (“*Wie googelt op art. 13a Fw treft geen jurisprudentie aan: een loze antimisbruikbepaling*”) verwijs ik verder naar P.R.W. Schaink, *ArbeidsRecht* 2013/39, Misbruik van Faillissementsrecht: pro's en contra's. Zie ook J.W. Loman, *ArbeidsRecht* 2002/26, Vernietiging van faillissement en overgang van onderneming: een amendement te ver.

[10]

Zoals ook naar voren is gekomen in het WODC-(voor)onderzoek naar de rol die de arbeidsrechtelijke positie van werknemers speelt bij de wijze waarop geprobeerd wordt noodlijdende ondernemingen te reorganiseren. Dit empirisch onderzoek wordt naar verwachting in december 2015 aangeboden aan de Minister van V&J en zal nadien worden gepubliceerd. Zie laatstelijk: Brief Minister V&J 26 augustus 2015, TU 2014-2015, 33695, nr. 9.

[11]

Waaronder met name het “cherry picking”.

[12]

Art. 31a WOR.

[13]

Op p. 2-3. Te raadplegen via <https://www.ser.nl/nl/publicaties/overige/2010-2019/2015/werknemers-insolventie.aspx>

[14]

Zie ook hiervoor sub noot 6. Over de mogelijkheid de WWZ toe te passen bij het saneren van een onderneming valt overigens nog veel meer te zeggen. O.a. dat doorstart vanuit een faillissement veel moeilijker is geworden voor een buitenstaander. Die wordt nl. geconfronteerd met aanzienlijk strengere regels over opvolgend werkgeverschap en daardoor potentieel zwaardere effecten van de afspiegingsregels. Voor een buitenstaander die echt *geen enkele* kennis heeft van het personeel(sbestand) is doorstarten daardoor een groot risico geworden. Dit, voor zover mij duidelijk, niet bewust beoogde gevolg van de WWZ, leidt ertoe dat de kans dat buitenstaanders zich naast de zittende ondernemer opwerpen als kandidaat-doorstarter aanzienlijk is afgenomen, zo niet gedecimeerd. Het eerste nadeel daarvan is dat het de opbrengst drukt en dus nadelig is voor de gezamenlijke crediteuren. Juist de dreiging van een buitenstaander prest een zittende ondernemer tot het doen van “hoge” biedingen. Erger wellicht is het nadeel dat misbruik *aanzienlijk* makkelijker is geworden, incl. het in de UK verfoeide “phoenixing”. De ondernemer die, via een faillissement, zijn oude personeel van zich af wil schudden, en via een doorstart als een phoenix uit de as herrijst, hoeft zich immers veel minder het hoofd te breken over het risico dat een derde zich in de strijd mengt. Hij kan daardoor zelfs achterover leunen en wachten tot de curator hem smeekt toch alsjeblieft een bod uit te brengen. Zie voor veel goed onderbouwde kritiek op de WWZ bij bedrijven in moeilijkheden [www.btu-advocaten.nl/articles/12?page=1](http://www.btu-advocaten.nl/articles/12?page=1) alwaar publicaties van advocaat Herman Kreikamp op dit punt verzameld zijn.

[15]

Zoals in de hiervoor in noot 13 bedoelde brief met kracht van argumenten aan de orde wordt gesteld.

[16]

[www.insolad.nl/publicaties](http://www.insolad.nl/publicaties).

[17]

Sub 16 en 74.

[18]

M.L. Lennarts, Flitsontslag, in *Tvl* 2015/26.

[19]

Of in de surseance/WWZ-combinatie: met de bestuurder en bewindvoerder gezamenlijk.

[20]

Te raadplegen via <https://www.ser.nl/nl/publicaties/overige/2010-2019/2015/werknemers-insolventie.aspx> pag. 2. Recentelijk werd bekend dat de ondernemingsraad van drogisterijketen DA een procedure aanhangig maakt bij de Ondernemingskamer. Denkelijk wil men ageren tegen het feit dat de ondernemer in de zin van de WOR geen overleg gevoerd heeft met de OR over de doorstartplannen die 8 uur na het faillissement werden gerealiseerd. De gesprekken met de overnemende partij liepen al geruime tijd voor het faillissement. Of die procedure zich zal richten op de “gewone” bestuurder of ook op de curator is bij mij nog niet bekend (bron: Het 26 januari 2016).

[21]

P. 5.

[22]

Art. 373, WCO II.

[23]

Zie uitgebreid over deze Europese agenda: P.M. Veder, Europese ontwikkelingen in het insolventierecht *Tvl*/2013/32. Met name van belang zijn de Resolutie van het Europees Parlement van 15 november 2011 en de aanbeveling van de Europese Commissie van 12 maart 2014 “A new approach to business failure and insolvency”.

[24]

P. 13.

[25]

Zoals terecht opgemerkt in het in de volgende noot bedoelde preadvies, Hoofdstuk 2.3 § 96.

[26]

Wet continuïteit ondernemingen (delen I en II) en het bestuursverbod, Preadvies van de Vereniging Handelsrecht 2014.

[27]

MvT WCOII, p.1.

[28]

*Kamerstukken II* 33695, nr. 8.

[29]

Het zeer lezenswaardige Rapport Bouwens, voluit: Werknemers en insolventie – een rechtsvergelijkende studie naar de rechtspositie van werknemers bij de insolventie van de werkgever. VU Amsterdam 2015.

[30]

Zie bij MVT WCO I, p. 6: “verschillende maatregelen ten behoeve van de voortzetting van de onderneming in faillissement waaronder een doorleveringsverplichting voor leveranciers van essentiële goederen en diensten, die vorm zullen krijgen met het voorstel voor de Wet Continuïteit Ondernemingen III”. In de meest recente (zesde) voortgangsbrief (van 18 december 2015, *Kamerstukken II* 33695 nr 10) staat op p. 3 vermeld dat de uitkomsten van het empirisch onderzoek “*kunnen worden meegenomen bij de voorbereiding van de WCO III*”.

[31]

Hoge Raad 6 juni 2001, *JOR* 2001/146, m.nt S.C.J.J. Kortmann.

[32]

Desnoods zonder beroepsmogelijkheid, zoals ook wel gesuggereerd in de literatuur met betrekking tot een mogelijk adviesrecht ten aanzien van eigen aangifte surseance of faillissement.

[33]

Ik laat hier onbesproken de denkbare variant dat er méérdere klassen werknemers zijn.

[34]

Niet zozeer omdat artikel 373, lid 4, WCO II dat toestaat, maar omdat ze elders wellicht een betere betrekking kunnen aanvaarden.

[35]

Anders dan Ferdinand Grapperhaus in zijn column “Loonconcurrentie” in Het Financieele Dagblad van 28 februari 2015 stelde, meen ik (zoals hierna sub e blijkt) dat er situaties kunnen zijn waarin de neerwaartse aanpassing van de arbeidsvoorwaarden aan de marktcondities bij sommige bedrijven in moeilijkheden niet snel genoeg kan plaatsvinden.

[36]

Uit de praktijk waarin dergelijke concept-oplossingen werden besproken, wat uitvoering betreft vervolgens onhaalbaar bleken en noodgedwongen werd besloten tot een faillissement.

[37]

en niet verschenen.

[38]

Enkele overige voorstellen uit deze brief zijn helaas toch weer vooral van het kaliber van de maatregelen die ik hiervoor in noot 9 besprak, zoals bijvoorbeeld scholing van jonge curatoren.