

ANNOTATIE

De ontslagen werknemer en (misbruik van) faillissementsrecht: einde oefening?

mr. dr. G.W. van der Voet

1. In het faillissement van Inge Been- En Ondermode B.V. wordt een door de rechter-commissaris (R-C) afgegeven machtiging van de curator tot opzegging van de arbeidsovereenkomst met de betrokken werknemer - die is vereist op grond van art. 68 lid 2 jo. art. 40 Fw - door de sector civiel van de Rechtbank Den Haag vernietigd. De vernietiging volgde nadat de werknemer hoger beroep tegen de machtiging had ingesteld op grond van art. 67 lid 1 Fw. 2. Als de curator een arbeidsovereenkomst opzegt, dient hij de werknemer - op straffe van vernietigbaarheid van de opzegging - expliciet op deze beroepsmogelijkheid te wijzen (art. 67 lid 2 Fw). De werknemer heeft vervolgens (slechts) vijf dagen de tijd om zich door middel van een verzoekschrift tot de rechtbank te wenden. Hoewel de werknemer zich daarbij in de onderhavige zaak liet bijstaan door een advocaat, is dit niet wettelijk verplicht: de werknemer kan zich ook zelfstandig tot de rechtbank wenden (art. 5 lid 2 Fw). 3. Indien de machtiging van de R-C door de rechtbank wordt vernietigd - zoals in de onderhavige zaak het geval was - komt deze met terugwerkende kracht te vervallen. De opzegging is in dat geval wegens het ontbreken van de machtiging van de R-C vernietigbaar op grond van art. 72 lid 2 Fw. Het beroep op de vernietigbaarheid kan door de werknemer worden gedaan door middel van een buitengerechtelijke verklaring, hetgeen uiterlijk binnen vijf dagen na de opzegging dient te gebeuren. Omdat deze vijfdaagse termijn na de vernietiging door de rechtbank van de machtiging door de R-C (ruimschoots) zal zijn verstreken, is het van belang dat een werknemer die hoger beroep instelt tegen de machtiging van de R-C, gelijktijdig met dit hoger beroep al een voorwaardelijk beroep doet op de vernietigbaarheid van de opzegging (namelijk onder de voorwaarde dat de machtiging in hoger beroep door de rechtbank zal worden vernietigd). Hoewel de onderhavige uitspraak hierover niets meldt, mag ervan worden uitgegaan dat de (advocaat van de) betrokken werknemer op de zojuist omschreven wijze heeft gehandeld. Centraal staat echter de vraag waarom zij hoger beroep instelde tegen de

machtiging van de R-C. Daarvoor is het allereerst van belang om kennis te nemen van hetgeen aan het afgeven van de machtiging door de R-C vooraf ging. 4. Het ging in casu om een werknemster met een leeftijd van 60 jaar die reeds 21 jaar bij de gefailleerde in dienst was. Indien haar werkgeefster haar op de reguliere wijze - buiten een faillissement om - had willen ontslaan, dan was dit ontslag zonder het toekennen van een ontslagvergoeding vermoedelijk kennelijk onredelijk geweest, omdat de gevolgen van het ontslag voor deze werknemster in de gegeven omstandigheden, zonder het treffen van een financiële voorziening te ernstig voor haar zouden zijn geweest (art. 7:681 lid 2 sub b BW). Aannemelijk werd in deze zaak voorts dat de eigen aangifte van het faillissement door deze werkgeefster ex art. 1 lid 1 Fw slechts ten doel had betaling van een ontslagvergoeding aan deze werknemster te voorkomen. Zo had de directeur-groootaandeelhouder de werknemster bij brief van 9 december 2009 meegedeeld dat het faillissement zou worden aangevraagd, als zij niet akkoord zou gaan met de eerder aangeboden ontslagregeling. Toen de werknemster met de aangeboden regeling niet akkoord ging, werd daadwerkelijk het faillissement door haar werkgeefster aangevraagd. De directeur-groootaandeelhouder heeft vanuit het faillissement voorts de gehele onderneming van de gefailleerde overgenomen, en alle werknemers - op de betrokken werknemster na - in dienst genomen. De bevoegdheid om het eigen faillissementsrecht aan te vragen werd kortom gebruikt met het vooropgezette doel de ontslagbescherming van deze werknemster te omzeilen, in welk geval volgens vaste jurisprudentie sprake is van misbruik van faillissementsrecht (HR 29 juni 2001, *JOR* 2001/169 (MTW/FNV) en HR 28 mei 2004, LJN AP0084 (Digicolor)). In die zin vertoont de onderhavige situatie sterke gelijkenis met de situatie in de zaak Digicolor waarin het eveneens ging om een enkele werknemer (Van Gorp) die aan het eind van de rit - nadat eerst was geprobeerd op een goedkope wijze buiten faillissement om van hem af te komen - door zijn werkgeefster was 'beentje gelicht', door het faillissement aan te vragen, hem zonder vergoeding door de curator te laten ontslaan, om de onderneming vervolgens op de oude wijze - alleen dan zonder de werknemer - via een doorstart voort te zetten. Vaak speelt de directeur-groootaandeelhouder in zulke zaken voorafgaand aan het faillissement een krachtige sturende rol en duikt hij na de faillietverklaring veelal op als 'spin in het web' van de doorstart, zo merkt Schaik op naar aanleiding van zijn uitvoerige analyse van de jurisprudentie op het gebied van misbruik van faillissementsrecht (P.R.W. Schaik, 'Faillissement', par. C.5.3, in: C.J. Loonstra en W.A. Zondag, *Sdu Commentaar Arbeidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2010). 5. De werknemster liet het er in de onderhavige zaak echter niet bij zitten en startte een verzetprocedure tegen de faillietverklaring op grond van art. 10 Fw. Indien deze verzetsprocedure zou hebben geresulteerd in een vernietiging van het faillissement, dan zou dit tot gevolg hebben gehad dat een eventueel reeds door de curator gegeven ontslag, met terugwerkende kracht zou zijn beheerst door de gewone regels van het ontslagrecht (art. 13a Fw). Vernietiging van het ontslag

op grond van het ontbreken van toestemming van het UWV WERKbedrijf ex art. 6 lid 2 BBA had dan bijvoorbeeld tot de mogelijkheden behoord. Zo ver kwam het in casu echter niet, omdat de werkneemster haar verzoekschrift had ingetrokken nadat de curator haar een ontslagvergoeding in het vooruitzicht had gesteld. 6. Dat de curator inderdaad van plan was een ontslagvergoeding aan de werkneemster te betalen, blijkt uit het feit dat hij aan de R-C niet alleen machtiging vraagt voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst van de werkneemster, maar tevens voor het aan haar als boedelvordering voldoen van een vergoeding van € 29.840 ter voorkoming van een kennelijk onredelijk ontslag ex art. 7:681 BW (in de beschikking staat *wegens* kennelijk onredelijk ontslag, maar dit is vermoedelijk een verschrijving, aangezien voor de opzeggingshandeling nog geen sprake kan zijn van een kennelijk onredelijk ontslag). Het is opmerkelijk dat de curator een machtiging vraagt aan de R-C voor het betalen van de ontslagvergoeding, aangezien hij dat op grond van art. 68 lid 2 Fw niet verplicht is. Omdat het betalen van een ontslagvergoeding bij een ontslag tijdens faillissement ongebruikelijk is en de R-C een algemene toezichthoudende taak heeft ten aanzien van het beheer en de vereffening van de failliete boedel door de curator (art. 64 Fw), heeft de curator dit voornemen kennelijk eigener beweging aan de R-C voorgelegd. 7. Opvallend is dan dat de R-C vervolgens wel een machtiging verleent voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst, maar zijn goedkeuring voor het betalen van de ontslagvergoeding onthoudt, omdat dit in strijd zou zijn met de wet. Waarom de R-C dit in strijd acht met wet wordt niet expliciet in de beschikking vermeld. De curator heeft de werkneemster vervolgens, tegen de bij haar gewekte verwachtingen in, zonder ontslagvergoeding ontslagen. 8. De rechtbank onderzocht in het door de werkneemster daarop tegen de machtiging van de R-C ingestelde hoger beroep, of de R-C deze in de gegeven omstandigheden had mogen afgeven. De rechtbank acht het belang van de boedel daarbij leidend, zij het dat daarbij het belang van werkneemster bij behoud van haar werkgelegenheid mede in aanmerking dient te worden genomen (r.o. 2.2). De curator meent daarentegen dat voor een dergelijke belangenafweging geen plaats is, nu vaststaat dat de boedel niet is gebaat bij de voortzetting van het dienstverband en beroept zich daarbij op het arrest Van Gelder Papier (HR 12 januari 1990, *NJ* 1990, 662). De vraag is dus of de rechtbank hier een juist toetsingscriterium heeft gehanteerd. Hetzelfde criterium werd overigens eerder al door deze rechtbank gehanteerd (zie Rechtbank Den Haag 12 november 2002, *JOR* 2003/26). Ook werd eerder al een vergelijkbaar (en zelfs nog iets ruimer) criterium gehanteerd, waarbij werd getoetst aan de vraag of het ontslag ongegrond en/of onredelijk was (zie Rechtbank Den Haag 24 april 2003, *JOR* 2003/214). Op deze uitspraak werd kritiek geuit door annotator Loesberg, die meent dat een minder zware toetsingsnorm zou moeten worden gehanteerd. Loesberg beroept zich daarbij - evenals de curator in de onderhavige zaak - op het arrest Van Gelder Papier, waarin de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat de curator de arbeidsovereenkomst met de werknemer kan opzeggen, indien

voortzetting van het dienstverband niet in het belang is van de boedel. Daaruit leidt Loesberg af dat de R-C slechts mag toetsen of het ontslag in het belang in de boedel is. Ditzelfde geldt ook voor de rechtbank in appèl. Dit (veel engere) toetsingscriterium wordt in de praktijk regelmatig toegepast (zie o.a. Rechtbank Den Bosch 22 februari 2004, *JOR* 2005/108), hetgeen tot gevolg heeft dat machtigingen voor opzeggingen vrijwel automatisch worden verleend en dat zij in appèl zelden worden vernietigd. 9. Mede in dat licht bezien is het oordeel van de rechtbank in de onderhavige zaak opvallend. De rechtbank neemt - mijns inziens overigens terecht - aan dat het Van Gelder Papier-arrest wel degelijk ruimte laat voor een afweging van het belang van de boedel enerzijds, tegen het belang van de betrokken werkneemster anderzijds. In het bedoelde arrest stelt de Hoge Raad weliswaar voorop dat aan de regeling van art. 40 Fw - dat het recht op loon van de werknemer over de opzegtermijn kwalificeert als boeschuld - al een afweging tussen het belang van de werknemers en het belang de (overige) crediteuren ten grondslag ligt. Dit laat echter onverlet dat de Hoge Raad in het Van Gelder Papier-arrest tevens heeft geoordeeld dat deze regeling niet uitsluit dat onder bijzondere omstandigheden een overeenkomstig art. 40 Fw door de curator gegeven ontslag als kennelijk onredelijk kan worden aangemerkt. De Hoge Raad dacht daarbij echter met name aan de situatie waarin een curator die slechts een deel van de werknemers ontslaat, daarbij een kennelijk onredelijke (bijvoorbeeld een discriminerende) selectiemaatstaf hanteert. Hoewel van een discriminerende selectiemaatstaf in casu geen sprake was, achtte de rechtbank het ontslag van de werkneemster, gezien het ontbreken van een ontslagvergoeding en de overige bijzondere omstandigheden van het geval (zoals het gemaakt misbruik van faillissementsrecht), kennelijk onredelijk in de zin van art. 7:681 BW. De R-C had voor zo'n ontslag geen machtiging mogen verlenen, om welke reden deze machtiging door de rechtbank wordt vernietigd. 10. Het onderhavige oordeel van de Haagse rechtbank is niet alleen bijzonder vanwege de aangelegde toetsingsmaatstaf, maar tevens vanwege het feit dat in eerdere, vergelijkbare (vermeende) gevallen van misbruik van faillissementsrecht, door de appèlinstantie werd geoordeeld dat de beroepsprocedure ex art. 67 lid 2 Fw niet de aangewezen weg was, maar dat in die zaken de verzetprocedure (ex art. 10 Fw) of de kennelijk onredelijk ontslagprocedure (ex art. 7:681 BW) diende te worden gevolgd (zie Rechtbank Den Haag 12 november 2002, *JOR* 2003/26 respectievelijk Rechtbank Breda 12 november 2002, *JOR* 2003/179). Dat de rechtbank in deze zaak anders oordeelde en overging tot vernietiging van de machtiging van de R-C, houdt verband met de bijzondere concrete omstandigheden van het geval. In deze zaak was namelijk ten tijde van het vragen van de machtiging aan de R-C voor alle partijen al duidelijk dat het faillissement was aangevraagd om de ontslagbescherming van de werkneemster te omzeilen, zodat er geen afzonderlijke verzetprocedure behoefde te worden gevoerd om tot deze vaststelling te komen. Vernietiging van de machtiging zou voorts niet leiden tot benadeling van andere crediteuren, afgezien van de directeur-

grootaandeelhouder, die als enige een vordering van enige betekenis had ingediend in het faillissement (anders was de situatie in bijvoorbeeld Rechtbank Breda 12 november 2002, *JOR* 2003/179), zodat het voeren van een procedure ex art. 7:681 BW om binnen die procedure alle belangen goed in kaart te kunnen brengen, evenmin noodzakelijk was.

11. Geconcludeerd kan worden dat de vernietiging van de machtiging van de R-C niet in strijd is met het Van Gelder Papier-arrest. Integendeel, de vernietiging doet juist recht aan de bescherming die de wetgever de werknemer met de appèlmogelijkheid van art. 67 Fw beoogde te bieden. Zo is in 2002 art. 67 lid 2 Fw samen met art. 72 lid 2 Fw ingevoerd om de positie van de werknemer te versterken, met name met het oog op voorkoming van misbruik van faillissementsrecht (Wet van 18 april 2002, *Stb* 215 tot implementatie van richtlijn 98/50/EG). De R-C zal in zulke gevallen machtiging voor de opzegging van het dienstverband van de werknemers dienen te weigeren, of slechts een voorwaardelijke machtiging dienen af te geven (waarbij kan worden gedacht aan voorwaarden als van het hanteren van het reguliere afspiegelingsbeginsel, het betalen van een reguliere ontslagvergoeding et cetera). Nu de huidige Faillissementswet de arbeidsrechtelijke bescherming tijdens faillissement maar zeer summier regelt en het Voorontwerp Insolventierecht - dat deze arbeidsrechtelijke bescherming beoogt uit te breiden - zich nog altijd 'in de ijskast bevindt', is de werknemer voor deze bescherming sterk afhankelijk van de alertheid, creativiteit en daadkracht van advocaten en rechters. De onderhavige zaak vormt daar een mooi voorbeeld van. Het is wenselijk dat de daarmee ingezette koers navolging krijgt, om te voorkomen dat misbruik van faillissementsrecht loont.