

Faillissement en doorstart

Het was deze maand behoorlijk onrustig in Faillissementsland. Niet omdat er nu zoveel bedrijven omvielen, gelukkig is het aantal faillissementen ten opzichte van een jaar geleden aanzienlijk gedaald, maar omdat er twee uitspraken zijn gedaan die flinke gevolgen hebben voor de 'doorstartpraktijk'.

Advies Ondernemingsraad

In het eerste geval (het faillissement van drogisterijketen DA) had de curator de activa verkocht aan de partij die ook de meeste werknemers wilde overnemen. De ondernemingsraad (OR) vond dat de curator hierover haar advies had moeten vragen. De Ondernemingskamer oordeelde anders: het adviesrecht van de OR is niet verenigbaar met de rol van de curator, die op afwikkeling van de boedel is gericht.

De OR ging hiertegen in cassatie. De Hoge Raad oordeelde dat de Wet op de Ondernemingsraden (WOR) ook tijdens faillissement van toepassing is en dat de curator moet zorgdragen voor het naleven van de WOR. Echter werd ook geoordeeld dat de OR in beginsel geen adviesrecht heeft over de verkoop van activa of het ontslag van werknemers op grond van de Faillissementswet. Dat zijn namelijk handelingen die gericht zijn op de liquidatie van de onderneming.

Maar, en nu komt het, dit is weer anders wanneer de verkoop van de activa plaatsvindt in het kader van een doorstart van (een deel van) de onderneming waarbij ook zicht bestaat op het behoud van arbeidsplaatsen. Dan is kennelijk (de Hoge Raad zegt dat niet met zoveel woorden) niet echt sprake van liquidatie en dan gaan de door het adviesrecht van de OR beschermde belangen voor het belang van de schuldeisers bij een voortvarende en voordelige afwikkeling van het faillissement.

Pre-pack en overgang van onderneming

In een procedure bij de Rechtbank Midden-Nederland was aan de orde of werknemers na toepassing van een pre-pack en een daaropvolgend faillissement automatisch bij de doorstartende partij (Smallsteps) in dienst waren getreden. Voor het beoordelen daarvan heeft de rechtbank vragen gesteld aan het Europees Hof van Justitie

Een pre-pack? Daarbij wordt al vóór het faillissement aan de rechtbank gevraagd wie te zijner tijd tot curator wordt benoemd. Die persoon krijgt, als een 'stille' curator, de tijd om een doorstart voor te bereiden, die hij vervolgens direct na het uitspreken van het faillissement, wanneer hij echt tot curator is aangesteld, ten

uitvoer brengt. Zoals bij het faillissement van de onderneming van lingerie-ontwerpster Marlies Dekkers (ik zie ook niet direct een relatie tussen lingerie en beton, maar dit haalde destijds wel de landelijke pers). Op deze wijze wordt getracht zoveel mogelijk werkgelegenheid en ondernemingswaarde te behouden.

Bij overgang van een onderneming gaan de rechten en verplichtingen die voor de werkgever uit een arbeidsovereenkomst voortvloeien over op de verkrijgende partij. Anders gezegd: werknemers gaan mee over met behoud van hun arbeidsvoorwaarden. Dit geldt echter niet als de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Ook hier (in de Europese richtlijn waarop deze bepalingen zijn gebaseerd) wordt als reden aangevoerd "de liquidatie van het vermogen van de vervreemder (...)".

Het Hof oordeelde (onder meer) dat de Nederlandse pre-pack uiteindelijk niet gericht is op liquidatie van de onderneming maar juist op een snelle doorstart daarvan. Om die reden kunnen de regels omtrent overgang van onderneming niet buiten beschouwing worden gelaten. Dat zal ertoe kunnen leiden, de rechtbank moet nog uitspraak doen, dat de werknemers van het failliete bedrijf inderdaad automatisch en met behoud van hun arbeidsvoorwaarden bij de nieuwe vennootschap in dienst zijn getreden.

Sixpack

Een doorstart na -of in het zicht van- een faillissement, wordt er al met al niet eenvoudiger op. Of dat nou een gunstige ontwikkeling is???

Tijdens de vakantie nog maar eens over mijmeren. Onder een (palm)boom, met een stuk of zes flesjes van het een of ander. Of dacht u bij dit kopje aan uw buikspieren?

Ik wens u een prettige vakantie!



*Per van der Kooi
 Advocaat bouw- en aanbestedingsrecht
 De Clercq Advocaten | Notariaat, Leiden
 p.vanderkooi@declercq.com*