

**Jutd 2012/23 Faillissement misbruikt om personeelsbestand te verkleinen: bestu...**

Jutd 2012/23 d.d. 20-12-2012

**Auteur(s):** Mr. F.F.A. Smetsers, Van Iersel Luchtman NV, Breda.

Het faillissement wordt door veel ondernemers gezien als een eenvoudige manier om van overtollige of anderszins ongewenste werknemers af te komen. Zodra het faillissement is uitgesproken, zijn de werknemers de verantwoordelijkheid van de curator en zal de curator over het algemeen op basis van artikel 40 Fw (met machtiging van de rechter-commissaris) tot opzegging van de arbeidsovereenkomsten overgaan. Het dienstverband komt hiermee inderdaad snel en eenvoudig tot een einde.

Als de ondernemer vervolgens een doorstart bewerkstelligt en daarmee de activiteiten van de gefailleerde onderneming voortzet, is (anders dan in situaties waarbij van een faillissement geen sprake is) geen sprake van overgang van onderneming, zoals bedoeld in artikel 7:662 e.v. BW. Artikel 7:666 BW bepaalt immers dat de regeling ter zake de rechten van werknemers bij overgang van een onderneming niet van toepassing zijn op de overgang van een onderneming, indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Het door de curator gegeven ontslag, knipt als het ware de banden tussen de gefailleerde werkgever en de toekomstige werkgever door. De nieuwe werkgever (ook als hier feitelijk dezelfde persoon aan het roer staat) is niet gehouden de arbeidsvoorwaarden en de opgebouwde anciënniteit van het oude dienstverband over te nemen. De nieuwe werkgever kan dus zelf kiezen wie hij over wenst te nemen en tegen welke voorwaarden.

Hierop is wel één uitzondering: uit het Boekenvoordeel-arrest (HR 14 juli 2006, JAR 2006, 190) blijkt dat artikel 7:668a lid 2 ook geldt in het geval van een voortzetting van de onderneming na faillissement. Die bepaling regelt kort gezegd dat er sprake is van een contract voor *onbepaalde tijd*, indien (a) de werknemer 36 maanden of meer in dienst is geweest bij een werkgever op basis van één of meerdere contracten voor *bepaalde tijd*, dan wel (b) de werknemer op basis van drie (of meer) aaneengesloten contracten voor bepaalde tijd bij dezelfde werkgever in dienst zijn geweest. Die regeling blijft ook gelden na ontslag in het kader van een faillissement: de werkgever die een doorstart bewerkstelligt moet worden geacht opvolger van de gefailleerde werkgever te zijn.

Voor het overige hoeft een nieuwe werkgever (hoe nauw die ook betrokken was bij de gefailleerde) geen rekening te houden met het dienstverband van vóór datum faillissement. Het faillissement blijft dus een effectief middel om in het personeelsbestand te snoeien. Er kan echter wel sprake zijn van oneigenlijk gebruik, welk gebruik onder omstandigheden onrechtmatig jegens de werknemer kan zijn. Dit maakt het toch risicovol voor bestuurders om werknemers via een faillissement te laten afvloeien. In dit artikel zal ik daar verder op ingaan aan de hand van een vonnis van de rechtbank te Zwolle van 26 september 2012 (LJN BY3414).

**Casus**

De navolgende casus was aanleiding voor de hier besproken uitspraak:

- Noordhuis Emmen was een leverancier van kantoorbenodigdheden, waaronder meubilair en aanverwante artikelen. Noordhuis Emmen maakte onderdeel uit van de Noordhuis Groep.
- X B.V. is de enige bestuurder van Noordhuis Emmen (en haar zustervennootschappen). De heer Y is op zijn beurt weer enig bestuurder van X B.V.
- A en B zijn in 2001 en 1999 in dienst getreden bij Noordhuis Emmen, beiden in de functie van chauffeur en monteur kantoormeubilair.

- Op 3 juni heeft Y aan beide werknemers (A en B) het voorstel gedaan om de arbeidsovereenkomsten vanwege verslechterde bedrijfseconomische omstandigheden per 30 juni 2009 met wederzijds goedvinden te beëindigen. Zowel A als B wijzen dit voorstel af.
- Op 5 juni 2009 vraagt Noordhuis Emmen aan het UWV toestemming om de arbeidsovereenkomsten met A en B op te mogen zeggen, wederom in verband met bedrijfseconomische omstandigheden, waarbij met name wordt aangevoerd dat het bezorgen en monteren van kantoormeubilair al geruime tijd niet meer rendabel is.
- Het UWV Werkbedrijf weigert bij beslissingen van 30 juli 2009 de verzochte toestemmingen, dit in verband met het feit dat Noordhuis Emmen personeel inhuurt via de sociale werkvoorziening en niet is onderzocht of deze werkzaamheden door A en B kunnen worden verricht (na herplaatsing).
- Op 4 september 2009 legt de heer Z (die bedrijfsleider is bij Noordhuis Emmen, maar geen bestuurder en/of aandeelhouder is van die vennootschap) aan A en B een schriftelijke overeenkomst voor, strekkende tot beëindiging van het dienstverband per 30 september 2009 met wederzijds goedvinden. A en B weigeren wederom om op het voorstel in te gaan.
- Op 10 september 2009 ontvangt A een e-mailbericht namens Z dat wordt voorgesteld om de arbeidsovereenkomst per 1 november 2009 te ontbinden, om zo een geplande faillissementsaanvraag van Noordhuis Emmen te voorkomen. A gaat ook niet op dat voorstel in.
- Op 22 september 2009 wordt Noordhuis Emmen op eigen aangifte (ingediend door de heer Y) failliet verklaard.
- Op 5 oktober 2009 vindt een doorstart van de onderneming van Noordhuis Emmen plaats. Een groot deel van de activa is gekocht door Noordhuis KantoorSpecialisten Emmen B.V., die hierna als 'de doorstarter' zal worden aangeduid. Z is enig (indirect) aandeelhouder van de doorstarter.
- De doorstarter heeft aan alle werknemers een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden, met uitzondering van A en B.

### Het geschil

A en B zijn van mening dat de bestuurders (X B.V. en Y) misbruik hebben gemaakt van het faillissementsrecht en daarmee onrechtmatig jegens hen hebben gehandeld. A en B stellen dat (in het licht van de door hen geschetste omstandigheden) de faillissementsaangifte enkel is gedaan om zonder veel kosten van de arbeidsrechtelijke verplichtingen jegens hen af te komen, teneinde vervolgens de activa van Noordhuis Emmen te kunnen verkopen aan Z. X B.V. en Y zijn daarom, in de ogen van A en B, aansprakelijk voor de schade die zij hebben geleden. Volgens A en B zou er - indien er geen sprake van een faillissement was geweest - een grote kans zijn geweest dat de arbeidsovereenkomsten in stand waren gebleven. In dat geval had Noordhuis Emmen een ontbindingsprocedure bij de kantonrechter moeten starten, waarbij dan aan A en B een vergoeding conform de kantonrechtersformule zou zijn toegekend. Volgens A en B moet bij de bepaling van de hoogte van de door de bestuurders te betalen schadevergoeding dan ook bij de kantonrechtersformule worden aangesloten.

X B.V. en Y betwisten dat zij door het doen van de faillissementsaangifte misbruik van recht hebben gemaakt en dat zij daarmee onrechtmatig hebben gehandeld. Met de eigen aangifte zou volgens hen niet zijn beoogd om van werknemers A en B af te komen. De noodzaak tot het doen van de eigen aangifte zou zijn gelegen in het feit dat Noordhuis Emmen al jaren verlieslijdend was en de moeder- en zustervenootschappen de verliesfinanciering hadden stopgezet. Noordhuis Emmen verkeerde daardoor volgens X B.V. en Y in de situatie dat zij had opgehouden te betalen. X B.V. en Y stellen dat zij diverse pogingen hebben gedaan om de kosten van Noordhuis Emmen te beperken door het uitbesteden van de verzorging en montage van meubilair, en toen dat niet lukte geen andere mogelijkheid zag dan het faillissement aan te vragen. Toen dat besluit was genomen, meldde Z zich bij de directie met de wens om de activiteiten van Noordhuis Emmen

over te nemen. Ook Z wilde de activiteiten alleen overnemen zonder A en B. Het voorstel dat op 10 september 2009 door Z was gedaan, zou volgens X B.V. en Y buiten hem om zijn gedaan.

### **Het oordeel van de rechtbank**

De rechtbank stelt voorop dat in een geval zoals in deze casus aan de orde is, beoordeeld zal moeten worden of de eigen aangifte in hoofdzaak is gedaan met het doel om zich van de werknemers te kunnen ontdoen, zonder de hen onder normale omstandigheden toekomstige arbeidsrechtelijke bescherming. De feiten en omstandigheden moeten volgens de rechtbank uitwijzen of van een dergelijke situatie ook daadwerkelijk sprake is. Als de feiten en omstandigheden er inderdaad op wijzen dat de eigen aangifte met name met het hiervoor omschreven doel is gedaan, moet dit gedrag als onrechtmatig jegens die werknemers worden aangemerkt, ook al was de financiële situatie van de vennootschap ten tijde van de aanvraag mogelijk faillissementswaardig.

In dit concrete geval komt de rechtbank op grond van de feiten en omstandigheden inderdaad tot de conclusie dat de faillissementsaanvraag in hoofdzaak tot doel heeft gehad om A en B te laten afvloeien. De rechtbank bespreekt in het vonnis de diverse pogingen van Noordhuis Emmen om van A en B af te komen, zoals hierboven weergegeven. Het feit dat tot driemaal toe is gepoogd om het dienstverband met A en B te beëindigen, in combinatie met de mededeling van Z dat bij weigering van het laatste voorstel tot faillissementsaanvraag zal worden overgegaan, is voor de rechtbank een belangrijke aanwijzing dat oneigenlijk gebruik is gemaakt van de mogelijkheid om het eigen faillissement aan te vragen. Het feit dat het laatste voorstel (tot beëindiging met wederzijds goedvinden) door Z is gedaan (die geen directeur of aandeelhouder van Noordhuis Emmen was), maakt dat volgens de rechtbank niet anders. De rechtbank is ervan overtuigd dat Z dit voorstel namens Noordhuis Emmen heeft gedaan en aldus in samenspraak met X B.V. en Y. De rechtbank neemt in het oordeel ook mee dat Z zou hebben gezegd dat hij namens X B.V. en Y sprak. Z zou tegen A en B hebben gezegd dat hij er de voorkeur aan gaf om de onderneming buiten faillissement over te nemen, maar dat bij gebrek aan medewerking door A en B het faillissement door X en Y zou worden aangevraagd en dat dat 'kunstje' hem eerder was gelukt. De rechtbank acht het van groot belang dat dat laatste zich ook daadwerkelijk heeft voorgedaan. De hiervoor genoemde omstandigheden brengen de rechtbank ertoe om te concluderen dat alle pogingen om het ontslag van A en B te bewerkstelligen daadwerkelijk van de directie (X en Y) af kwamen. De rechtbank overweegt daarnaast dat niet valt in te zien waarom de directie niet een ontbindingsprocedure bij de kantonrechter is gestart.

Ter zake het verweer van de directie dat er wel degelijk sprake was van een faillissementssituatie bij Noordhuis Emmen overweegt de rechtbank het volgende:

*'Voorts staat vast dat de onderneming van Noordhuis Emmen er ten tijde van de faillissementsaangifte niet florissant voor stond. Niet is weersproken dat de onderneming vanaf 2003 tot aan de datum van haar faillissement ieder jaar verlies leed. Ging het financieel dus niet goed met Noordhuis Emmen ten tijde van de faillissementsaangifte, daarmee is nog niet gezegd dat het doen van de eigen faillissementsaangifte ook nodig was. X en Y hebben weliswaar aangevoerd dat Noordhuis Emmen niet meer aan haar lopende en toekomstige verplichtingen kon voldoen, maar dit is in het licht van de onweersproken gebleven stellingen van A en B dat het faillissementstekort slechts ongeveer € 10.000,00 bedroeg, dat dit is betaald door Y en dat daarmee alle schuldeisers in het faillissement van Noordhuis Emmen zijn voldaan, onvoldoende onderbouwd. (...) Kortom, dat dit ook nodig was om Noordhuis Emmen failliet te laten verklaren, is onvoldoende gebleken. Dit geldt temeer nu X en Y hebben aangevoerd dat de oorzaak van het faillissement gelegen was in de feiten dat Noordhuis Emmen al jaren verlies leed en dat haar moeder- en zustervenootschappen hadden besloten de verliesfinanciering stop te zetten.'*

De rechtbank stelt dus vast dat er van een nijpende financiële situatie, die geen andere uitkomst dan faillissement zou kunnen hebben, (nog) geen sprake was. De rechtbank noemt daarbij ook het feit dat de handelscrediteuren door een zustervennootschap werden betaald en dat voor het overige niet in de procedure door X B.V. en Y is uiteengezet welke andere schulden er dan waren. Kortom: de rechtbank is van mening dat het bestaan van een faillissementssituatie niet is aangetoond. Voor zover er al sprake was van liquiditeitskrapte, hadden X B.V. en Y de 'verliesfinanciering' kunnen voortzetten:

*'Y, die het alleen voor het zeggen binnen de moeder- en zustervennootschappen had, had er ook voor kunnen kiezen de verliesfinanciering voort te laten duren, zoals hij al jarenlang de verliezen van Noordhuis Emmen had gefinancierd vanuit de andere vennootschappen van de Noordhuis Groep.'*

Op grond van het hiervoor genoemde komt de rechtbank tot het volgende oordeel:

*'De rechtbank komt tot de slotsom dat tegen de achtergrond van de hiervoor genoemde feiten voldoende is komen vast te staan dat de aangifte van het faillissement van Noordhuis Emmen in hoofdzaak is gelegen in de bedoeling om aldus gemakkelijk en goedkoop af te komen van de arbeidsrechtelijke verplichtingen jegens A en B. Nu X en Y het alleen voor het zeggen hadden binnen Noordhuis Emmen hebben zij onrechtmatig gehandeld jegens de werknemers. De slechte financiële situatie van Noordhuis Emmen doet daar niets aan af.'*

Ter zake de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding, gaat de rechtbank niet mee in de gedachtegang dat de kantonrechttersformule moet worden gevolgd. Ten eerste stelt de rechtbank vast dat er voor Noordhuis Emmen geen gehoudenheid was om een ontbindingsprocedure bij de kantonrechter te starten. Ten tweede is het speculeren wat de kantonrechter in een dergelijke ontbindingsprocedure zou hebben beslist. Een ontbindingsverzoek zou ook afgewezen kunnen worden. Het karakter van een ontbindingsvergoeding is bovendien geen schadevergoeding, maar een vergoeding naar billijkheid. De rechtbank oordeelt dan ook dat de normale regels bij de begroting van de schadevergoeding dienen te worden toegepast, met artikel 6:97 BW als uitgangspunt. De rechtbank beveelt daarom een comparitie, waarin partijen zich kunnen uitlaten over de inkomensachteruitgang van A en B. De uitkomst van die comparitie is niet bekend.

### **Conclusie**

Uit het hiervoor besproken vonnis komt duidelijk naar voren dat bestuurders zich op glad ijs begeven, indien zij het faillissement gebruiken als mogelijkheid om eenvoudig van personeel af te komen, zonder dat er overigens een rechtvaardiging is voor de faillissementsaanvraag. Er moet daadwerkelijk sprake zijn van een faillissementssituatie, hetgeen betekent dat de onderneming is opgehouden met het betalen van haar schulden. Is dat stadium (nog) niet bereikt, en het faillissement dus nog niet noodzakelijk, dan verdient het zeker de voorkeur om de normale wijze van beëindiging dienstverband te gebruiken, wil men geen aansprakelijkheidsrisico lopen.

De overweging van de rechtbank dat de aan Noordhuis Emmen gelieerde vennootschappen er ook voor hadden kunnen kiezen om de verliesfinanciering nog voort te zetten, zodat van een faillissementssituatie überhaupt geen sprake kon zijn, valt op. Toch is ook die overweging geen verrassing, nu in de rechtspraak regelmatig wordt aangenomen dat moedervernootschappen aansprakelijk kunnen zijn voor schulden van een dochter, indien de dochter financieel in verregaande mate afhankelijk is van de moeder. Die situatie was hier ook aan de orde. Dat is echter een onderwerp dat het bereik van dit artikel te buiten gaat.