

Doorstart en de opzegtermijn in faillissement, recht op loon?

Dennis Helmons

Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad
10 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1168
A-G R.H. de Bock
art. 7:628 lid 1 BW (oud)

Rechtsvraag

Hebben werknemers na een 'going concern'-doorstart vanuit faillissement nog recht op loon over het restant van de opzegtermijn, terwijl zij al werkzaam zijn voor de doorstarter?

In het kort

Het UWV gaat in cassatie tegen het arrest van het hof dat voor de curator van [A] positief uitpakte. Het UWV is van mening dat de werknemers recht hebben op loon vanaf het moment van de doorstart tot aan het einde van de opzegtermijn. Deze vordering kan door het UWV als boedelvordering in het faillissement van [A] worden ingediend, aldus het UWV. De curator is van mening dat dit niet het geval kan zijn omdat de werknemers aan de slag zijn gegaan bij de doorstarter voor het einde van de opzegtermijn waardoor zij geen recht meer hebben op loon van de failliet. De vraag is of art. 7:628 lid 1 BW (oud) van toepassing is, omdat daarin is opgenomen dat de werknemer het recht op loon behoudt als de reden dat hij de arbeid niet kon verrichten toegerekend moet worden aan de werkgever. Het UWV zegt van wel, de curator en nu ook de A-G zeggen van niet.

Noot

1. Advocaat-generaal De Bock heeft op 10 december 2021 geconcludeerd in een geschil tussen het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (hierna: "UWV") en de curator van [A] B.V. Het

UWV heeft in eerste aanleg bij de rechtbank gevorderd dat de rechtbank bij vonnis voor recht zal verklaren dat de door het UWV ex art. 66 lid 1 jo. lid 3 WW ingediende vorderingen in het faillissement van [A] als boedelvordering dienen te worden aangemerkt. Deze verklaring voor recht is door de rechtbank Zutphen bij vonnis van 5 december 2018 toegewezen (<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBGEL:2018:5798>). Het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft in 2020 arrest gewezen (<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:GHARL:2020:6531>) en de uitspraak van de rechtbank Gelderland vernietigd. De kernvragen die in cassatie aan de Hoge Raad worden voorgelegd zijn 1) hadden de werknemers recht op loon vanaf het moment van de doorstart tot aan het einde van de opzegtermijn en 2) is de doorstart een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen?

2. Op 5 juli 2016 is [A] failliet verklaard met benoeming van [X] tot curator. De activiteiten van failliet zijn voortgezet en de curator heeft alle werknemers op grond van art. 40 Fw ontslagen met een opzegtermijn van zes weken, dat wil zeggen tegen 18 augustus 2016. De onderneming is uiteindelijk 'going concern' doorgestart en alle werknemers zijn met dezelfde arbeidsvoorwaarden per 11 juli 2016 in dienst getreden bij de doorstarter. De curator heeft op 11 juli 2016 het UWV geïnformeerd over de doorstart en het UWV heeft een aantal vorderingen ingediend, waaronder de door de curator

betwiste boedelvordering van € 353.067,52. Deze door het UWV ingediende boedelvordering zag op de periode vanaf de doorstart van de werknemers tot het einde van de opzegtermijn. Het UWV was van mening dat dit een boedelvordering was, omdat de werknemers in beginsel bereid waren te werken. Dat zij niet voor de curator hebben gewerkt is volgens het UWV een omstandigheid die voor rekening en risico van de werkgever (en dus de curator) moest komen.

3. De curator verweert zich tegen de vordering van het UWV omdat de werknemers vanaf 11 juli 2016 geen arbeid meer hebben verricht bij de failliete werkgever. De vraag die centraal staat is of art. 7:628 lid 1 BW (oud) van toepassing is. In dit artikel staat namelijk dat de werknemer zijn recht op loon behoudt indien hij de overeengekomen arbeid niet verricht maar de oorzaak die daaraan ten grondslag ligt in redelijkheid voor rekening van de werkgever dient te komen. De curator meent dat de werknemers vanaf 11 juli 2016 in dienst zijn getreden bij de doorstarter en zij geen werkzaamheden meer (konden) verrichten en dat dit niet in redelijkheid voor rekening van [A] kon komen en dat art. 7:628 lid 1 BW (oud) niet van toepassing is.
4. Het hof is van oordeel, in tegenstelling tot de rechtbank, dat de werknemers vanaf 11 juli 2016 geen recht meer op loon hadden omdat de werknemers tegen dezelfde arbeidsvoorwaarden hetzelfde werk zijn gaan doen bij de doorstarter. De curator mocht daaruit afleiden, aldus het hof, dat de werknemers niet (langer) beschikbaar waren voor het verrichten van de bedongen arbeid bij failliet. De uitzondering van art. 7:628 lid 1 BW (oud) is volgens het hof in dit geval niet van toepassing. Het hof overweegt dat het niet langer werken voor [A] - en dus de curator als werkgever - voor rekening en risico

komt van de werknemer. Het hof neemt daarbij de omstandigheden dat alle werknemers een nieuwe arbeidsovereenkomst bij de doorstarter met dezelfde voorwaarden hebben geaccepteerd en daar dezelfde werkzaamheden verrichten als voorheen mee in het oordeel dat de uitzondering van art. 7:628 lid 1 BW (oud) niet van toepassing is. Deze specifieke reden waardoor de werknemers het werk voor [A] niet meer kunnen verrichten ondanks dat ze daartoe bereid (zouden) zijn, kan volgens het hof in redelijkheid niet voor rekening van [A] komen. Het beginsel geen arbeid geen loon is van toepassing en de werknemers hadden dus vanaf 11 juli 2016 geen recht meer op loon. Daardoor kan geen sprake zijn van subrogatie door het UWV. De door het UWV ingediende vorderingen zijn dan ook - volgens het hof - geen boedelvorderingen.

5. De A-G concludeert dat de overgang van onderneming-regels niet van toepassing zijn omdat sprake is van een faillissementssituatie en Nederland de uitzondering van art. 5 lid 1 van Richtlijn 2001/23/EG (OVO-richtlijn) niet heeft toegepast, de regels van de overgang van onderneming zijn in faillissement niet van toepassing. Uit deze faillissementssituatie is een doorstart gerealiseerd waarbij alle werknemers met dezelfde arbeidsvoorwaarden zijn overgenomen. De A-G bespreekt eerst de voornaamste vraag: hadden de werknemers recht op loon vanaf het moment van de doorstart tot aan het einde van de opzegtermijn?
6. Om te bepalen of de werknemers recht op loon hadden is de loonrisicoregeling van belang. Indien een werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht moet aan de hand van de loonrisicoregeling beoordeeld worden of de werknemer al dan niet (alsnog) recht op loon heeft. Het uitgangspunt onder oud recht is dat de werkgever geen loon verschuldigd is voor

de tijd dat de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht. Dit is echter anders indien de werknemer de arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. Die toerekening gaat op basis van redelijkheid en waarbij alle omstandigheden van het geval relevant zijn en beoordeeld moeten worden.

7. De A-G bepleit dat de Hoge Raad een nieuw uitgangspunt zou moeten formuleren voor dit specifieke geval. Namelijk dat een werknemer die via een 'going concern'-doorstart na faillissement onder gelijke arbeidsvoorwaarden in dienst treedt bij de doorstarter vanaf dat moment geen recht meer heeft op loon. Indien dit uitgangspunt namelijk niet het geval zou zijn dan ontvangt de werknemer dubbel loon over de opzegperiode: van de doorstarter en van het UWV. De werknemers gaan er dan financieel op vooruit en de andere faillissementsschuldeisers worden hierdoor gedupeerd.
8. De A-G overweegt verder dat de suggesties van het UWV voor de curator niet redelijk haalbaar zijn, zoals het opzeggen van de arbeidsovereenkomsten tegen een eerdere datum van de doorstart of het sluiten van vaststellingsovereenkomsten met al die werknemers om dat te bewerkstelligen. Dat een werknemer überhaupt een vaststellingsovereenkomst met de curator zou tekenen in die onzekere omstandigheden is overigens ook maar de vraag.
9. Wat het UWV volgens de A-G vergeet is dat het UWV subrogeert in de rechten van de werknemers tegen de boedel. De vraag of de werknemers recht hebben op loon moet dan ook beantwoord worden door naar de verhouding tussen werknemer en failliet te kijken en niet naar de verhouding van de

werknemer met het UWV.

10. Het UWV heeft met twee cassatieklachten cassatie ingesteld tegen het arrest van het hof. Onderdeel 1 valt uiteen in twee subonderdelen die ieder afzonderlijk besproken worden. Het UWV bepleit dat juist wel sprake is van een boedelvordering en dat art. 7:628 lid 1 BW (oud) wel van toepassing is op deze situatie.
11. Subonderdeel 1a klaagt dat het oordeel van het hof van ro. 4.7. onjuist is omdat het hof (volgens het UWV) stelt dat voor toepasselijkheid van art. 7:628 lid 1 BW (oud) vereist is dat de werknemer bereid is de bedongen arbeid te verrichten en zich daartoe beschikbaar stelt. Het UWV bepleit dat art. 7:628 lid 1 BW (oud) ook van toepassing kan zijn als de werknemer niet bereid is om de arbeid te verrichten, maar zijn aanspraak op loon toch kan behouden indien de arbeid niet is verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever kan komen.
12. Deze klacht faalt volgens de A-G omdat het hof volgens de A-G op een juiste wijze heeft getoetst en geoordeeld dat de oorzaak dat de arbeid niet is verricht, niet in redelijkheid voor rekening van de werkgever kan komen.
13. Klachtonderdeel 1b mist volgens de A-G feitelijke grondslag en hoeft niet nader te worden besproken.
14. Onderdeel 2 klaagt tegen de grondslagen van het hof aan het oordeel dat geen sprake zou zijn van de toepassing van art. 7:628 lid 1 BW (oud). Volgens de A-G treffen deze klachten geen doel omdat zij gestoeld zijn op de voorwaarde dat alle drie de omstandigheden ((i) dat alle arbeid

is overgegaan van [A] naar de doorstarter, (ii) dat de curator met de verkoop van de onderneming geen werk meer voor de werknemers had en (iii) dat de werknemers akkoord zijn gegaan om onder gelijklopende voorwaarden hun arbeid bij en voor de doorstarter te verrichten (zie ro. 3.68)) steeds tot toepassing van art. 7:628 lid 1 BW (oud) zou moeten leiden. Die rechtsregel bestaat niet en zou zich ook niet goed verhouden met het uitgangspunt dat gekeken dient te worden naar alle feiten en omstandigheden van het geval.

15. De cassatiemiddelen kunnen volgens de A-G niet tot cassatie leiden en het cassatieberoep dient dan ook te worden verworpen. De conclusie is met name

interessant vanwege de oproep van de A-G aan de Hoge Raad om een rechtsregel aan te nemen voor het specifieke geval dat bij een doorstart uit faillissement álle werknemers onder dezelfde arbeidsvoorwaarden in dienst treden bij de doorstarter en dat in dat geval art. 7:628 lid 1 BW (oud) niet van toepassing is en de werknemers geen vordering hebben op de failliet. Of de Hoge Raad meegaat met deze oproep van de A-G is vooralsnog de vraag. Voor de faillissementspraktijk is deze conclusie en het arrest van het hof met name interessant omdat een doorstart onder deze omstandigheden (vooralsnog) geen boedelvordering van het UWV oplevert.

Vindplaatsen

ECLI:NL:PHR:2021:1168