

# **PREPACK**

## **Hoe werkt het (wel)?**

**Job van der Pijl**

**Vereniging voor Arbeidsrecht**

**26 november 2016**

# Insolventierecht vs Arbeidsrecht

Dit zie ik ongeveer als ik spreek voor een zaal vol met collega's uit de insolventierechtpraktijk:



# Insolventierecht vs Arbeidsrecht

En zo zien ze mij, geloof ik:



# Het arbeidsrecht bij insolventie werkgever

## Waar zit de pijn:

- **Geen ontslagbescherming;**
- **Verkorte opzegtermijn;**
- **Geen opzegverboden (toch?);**
- **Geen transitievergoeding (toch?);**
- **Geen OvO (toch?)**

## Maar wel:

- **Loongarantieregeling**
- **Preferentie**

# Doorstart

**Dat werkgeverswalhalla\* kan een reorganisatie aantrekkelijk maken, je begint gewoon opnieuw!**

\* copyright: curator mr. Ben Knüppe



# Doorstart

**“Phoenixing” is dat wel genoemd; de onderneming herrijst uit zijn as, en begint met een schone lei:**

- **Zelf kiezen wie je wilt meenemen;**
- **Geen last van zieke, dure of lastige werknemers;**
- **Nieuwe, gunstiger arbeidsvoorwaarden;**



# Doorstart

- En het mag van het Hof van Justitie (Abels, 1985)
- En van de Hoge Raad (Habbé Scheepstra, 1987)
- En van de wetgever (7:666 BW)

Maar het kan nog mooier: **de prepack**

**De doorstart 2.0 – in het geheim, als het even kan zonder overleg met ondernemingsraad en vakbonden**

# Prepack

**Natuurlijk ook voordelen:  
"meerwaarde"**

- **Bijvoorbeeld als maatschappelijke belangen in geding zijn (ziekenhuis, kinderopvang)**
- **Of als openbaarheid (inherent aan faillietverklaring) onevenredig schadelijk is (de bloemenveiling)**
- **Mijns inziens: bij hoge uitzondering toepassen (zeker ook vanwege niet-arbeidsrechtelijke argumenten)**



# Prepack

**Maar niet valt in te zien waarom niet binnen de mogelijkheden maximaal aangesloten is bij bestaande arbeids- en medezeggenschapsregels.**

**Neem de WOR:**

**Het woord *faillissement* komt in deze wet niet voor (en het woord *ondernemingsraad* ook niet in de Faillissementswet)**

# Medezeggenschap en insolventie

**Wat staat wel vast ten aanzien van het medezeggenschapsrecht en insolventie van de werkgever:**

- 1. Geen adviesrecht OR bij aanvraag surseance (YVC IJsselwerff, HR 6 juni 2001)**
- 2. Wel adviesrecht OR bij eigen aanvraag faillissement (o.m. Zaal) want nu wel "*wijziging in bevoegdheden*", 25-1 sub e WOR**

# Medezeggenschap en insolventie

**Wat staat wel vast ten aanzien van het medezeggenschapsrecht en insolventie van de werkgever:**

- 3. WOR is sowieso van toepassing ná faillietverklaring**  
*Dus in de regel ook bij doorstart, zie o.m. 25-1 sub a-f WOR*

**Bezwaar curatoren: geen tijd voor!!**

# Medezeggenschap en insolventie

## Maar:

- **Termijnen 25/26 WOR kunnen wijken voor redelijkheid en billijkheid (OK-zaken, JAR 2008/51, JAR 2009/161, JAR 2010/88)**
- **Waarom niet voorwaarde (te weten: positief of neutraal advies OR) stellen bij transactie, nu ook al ontbindende of opschortende voorwaarde**
- **Nog beter: betrek OR in voortraject**

# Medezeggenschap en insolventie

**Volgend bezwaar curatoren: geheimhouding**

**Mààr:**

- **Art 20 WOR**
- **Art. 13 WOR**
- **Boetebeding in arbeidsovereenkomst**
- **dringende reden (7:678 lid 2 sub i BW)**
- **opzettelijke schending is strafbaar: 272/273 Sr**
- **Plus: geheimhouding vrijwel geen issue in jurisprudentie**

# Medezeggenschap c.a.

Denk overigens ook aan:

- **artikel 2:107a BW voor naamloze vennootschappen**
- **artikel 7:665a BW voor kleine werkgevers zonder OR**
- **de SER Fusie Gedragscode (*as we speak* wordt naar verluidt aan aanpassing inclusief sancties gewerkt)**

# Prepack

**Adviesaanvraag bij doorstart**

**≠**

**mogelijk bij prepack**

**Oplossing: OR in voortraject betrekken**

# Prepack

**Nieuw artikel 25 lid 1 aanhef en sub o WOR:**

*De ondernemingsraad wordt door de ondernemer in de gelegenheid gesteld advies uit te brengen over elk door hem voorgenomen besluit tot:*

*(..)*

*o. het doen van een verzoek als bedoeld in art. 363 lid 1 Fw of het doen van een verzoek tot faillietverklaring van de onderneming.*



# Prepack art. 25 lid 7 (nieuw)

***7. De in lid 6 genoemde termijn bedraagt een week indien het een voorgenomen besluit als bedoeld in lid 1 aanhef en sub o. van dit artikel betreft, of de onderneming in staat van faillissement is verklaard.***

***8. De in lid 6 genoemde termijn wordt in geval van faillissement van de onderneming verkort tot 2 werkdagen indien in de drie maanden voorafgaand aan de faillietverklaring sprake is geweest van een aanwijzing als bedoeld in artikel 363 lid 1 Fw en er tenminste eenmaal voorafgaand aan het faillissement een overlegvergadering over het voorgenomen besluit heeft plaatsgevonden tussen de ondernemer, de beoogde curator(en) en de ondernemingsraad.***

# Surseance

**Zie ook "wetsvoorstel" surseance van Insolad:**

- **De termijn van artikel 25-6 WOR bedraagt drie dagen.**
- **De wachttijd uit de WMCO bedraagt een week.**

**WWZ al ten faveure van surseance:  
geen transitievergoeding**

# Medezeggenschap WCO 1

## Minder vergaand:

- **Bij aanvraag prepack: veel actievere rol OR tot uitgangspunt nemen.**
- **Tenminste verklaring bij aanvraag voegen dat OR geïnformeerd is, tenzij aanvrager uitlegt waarom niet (soort van "*pas toe, of leg uit*")**
- **Informereren OR is ook van invloed op redelijkheidstoets bij het niet in acht nemen van (volledige) WOR-termijnen bij de uiteindelijke doorstart**

## Raadpleging bonden in prepack fase

- **Gebeurt sinds 1 maart 2012 wel (ivm vernietigbaarheid individuele opzegging bij niet-raadpleging)**
- **Dus: wettelijke sancties leiden tot naleving wet door curatoren**
- **Probleem in de praktijk: geheimhouding**

# Prepack en OvO

**Meest besproken probleem blijft: OvO**

- **Is prepack procedure niet te nadrukkelijk gericht op continuïteit?**
  - denk aan titel wet
  - denk aan doelstelling wet/MvT
- **Heiploeg: niet voldoende doordachte uitspraak Rb. Almelo (JAR 2015/274)**
- **Vragen HvJ?**

# Prepack en OvO

- **Is oplossing wellicht:**

Onderscheid maken tussen gelieerde and niet-gelieerde doorstarter?

- **Wel OvO gelieerde doorstart; geen OvO bij "vreemde" verkrijger**
- **Definitie probleem? Zie suggestie J.J. van Hees**
- **Gedachte is in te passen in HvJ-rechtspraak: gaat ook om de modaliteiten van de procedure**

# Medezeggenschap c.a.

**En het Sociaal Akkoord dan?!**

**Zie pagina 24:**

- (...) **Bij aanbesteding, uitbesteding of (schijn)faillissement volgen de werknemers, die het desbetreffende werk doen, het werk met behoud van arbeidsvoorwaarden. Bezien zal worden of, en zo ja hoe, de Wet overgang van onderneming moet worden aangepast**  
(...)

**De Sociale partners schijnen zich hier nu over te buigen...**



**DINGEMANSVANDERKIND**