

Faillissementsrecht in cijfers: maatschappelijke belangen en misbruik van faillissement gerelativeerd

*Mr. drs. A.P.K. Lutikhuis RA
in samenwerking met Centraal Bureau voor de Statistiek (afd.
Rechtsbescherming en Veiligheid)*

Schrijver heeft in samenwerking met het Centraal Bureau voor de Statistiek een integraal empirisch onderzoek verricht naar onder meer 'maatschappelijke belangen' en 'misbruik van faillissementsrecht'. Hieruit blijkt dat genoemde fenomenen sterk gerelativeerd dienen te worden.

1 Inleiding

Na diverse eerdere aanzetten in de afgelopen decennia heeft de regering in 2003 de Commissie Insolventierecht de opdracht gegeven haar te adviseren omtrent herziening van de Faillissementswet. De stijgende aantallen faillissementen in de afgelopen jaren – van bijna 8750 in 2003 via ruim 9300 in 2004 tot circa 10.000 in 2005¹ – sporen de spelers aan tot haast. Tijdens het Insolad jaarcongres 2005 heeft voorzitter Kortmann aangekondigd dat de commissie in de eerste helft 2006 met een voorontwerp met toelichting voor een nieuwe Faillissementswetgeving naar buiten zal treden. Temidden van de vele kwesties die hierbij om aandacht vragen, moet de commissie onder meer aangeven hoe moet worden omgegaan met het maatschappelijke belang van de werkgelegenheid in het faillissement ten opzichte van het belang van de gezamenlijke schuldeisers en het behoud van onderneming en hoe 'misbruik van faillissementsrecht' (bij overgang van een onderneming) kan worden voorkomen? Deze vragen betreffen lastige problemen waarover de meningen verdeeld zijn.

Door de aandacht die bovenstaande vragen in de politiek en rechtsliteratuur krijgen, lijken het omvangrijke problemen te betreffen. Omvangrijk en objectief empirisch onderzoek naar de omvang en de aard van deze problemen ontbreken echter.² Onduidelijk is derhalve of er überhaupt wel een (omvangrijk) probleem is. Zijn er wel zoveel werknemers betrokken in een faillissement dat met behulp van het faillissementsrecht het belang van de werkgelegenheid en behoud van onderneming moet/kan worden gediend? Zijn er wel zoveel overgangen van ondernemingen in een faillissement en

¹ Persbericht CBS PB04-015 d.d. 4 februari 2004, PB 05-011 d.d. 4 februari 2005 resp. Statline.

² Voor de bespreking van de bestaande empirische onderzoeken zie par. 3.

gaan wel zo weinig werknemers over dat er daadwerkelijk sprake is van een omvangrijk probleem met ‘misbruik’ van recht? Of gaat het maar om relatief kleine aantallen en is het maar een illusie om te denken dat met het faillissementsrecht dergelijke doelen kunnen worden bereikt? Kunnen de inspanningen van de wetgever, de praktijk en de commissies zich niet beter richten op andere middelen om te bereiken dat de werkgelegenheid wordt behouden c.q. wordt bevorderd. Bijvoorbeeld door zich te richten op het creëren van een competitiever economisch klimaat opdat niet een deel van de ondernemingen hun vestigingen (en de werkgelegenheid) verplaatsen naar de lage loonlanden?

Voordat de juridische doctrine, de praktijk, de wetgever en de Commissie Insolventie verder hun hoofd buigen over genoemde fenomenen is het mijn inziens van belang om onderzoek te verrichten om inzicht te verkrijgen in de aard en omvang van de gesignaleerde problemen. Dit is het doel van het door mij in 2002 in samenwerking met het CBS opgezette empirisch onderzoek, waarvan een deel van de uitkomsten in deze bijdrage centraal staat.³

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. Allereerst volgen de onderzoeksvragen (§ 2). Daarna de gehanteerde onderzoeksopzet (§ 3) en de resultaten van het onderzoek (§ 4). Hieruit blijkt dat de maatschappelijke belangen van de werkgelegenheid, het behoud van de onderneming en de omvang van het fenomeen ‘misbruik’ sterk gerelativeerd dienen te worden. In § 5 volgen ten slotte enkele afrondende opmerkingen.

2 Onderzoeksvragen

2.1 Maatschappelijke belangen

De maatschappelijke belangen spelen indien de curator de kansen van een doorstart van een (deel van de) gefailleerde onderneming onderzoekt. Welk belang moet hij dan laten prevaleren: de zogenaamde ‘maatschappelijke belangen’, waaronder dat van de continuïteit van de onderneming en de werkgelegenheid, of het belang van de gezamenlijke schuldeisers? Deze vraag spitst zich toe op de situatie waarin hij twee of meer biedingen krijgt; het ene bod heeft betrekking op behoud van een substantieel aantal banen

³ Het empirisch onderzoek dat in samenwerking met het CBS in 2002 is opgezet en in 2004 en 2005 is uitgevoerd strekt verder dan het onderwerp van deze bijdrage. Tevens is onderzocht het onderwerp: toezicht. De onderzoeksresultaten staan in: *Faillissement in cijfers: werkgelegenheid en toezicht*, A.P.K. Lutikhuis i.s.m. CBS, Boom juridische uitgevers, 2005. Alsook de onderwerpen fraude en internationalisering. Deze onderwerpen zullen begin 2006 worden gepubliceerd.

tegen een relatief lage overnameprijs; in het andere bod daarentegen wordt minder personeel overgenomen en een hogere prijs geboden. Doctrine en praktijk lijken de vraag verschillend te beantwoorden. In de praktijk kiezen de rechter-commissaris en de curator met enige regelmaat voor de maatschappelijke belangen. Voor de doctrine staat het belang van de gezamenlijke schuldeisers nagenoeg onbetwist voorop. De Hoge Raad geeft geen uitsluitsel. Het kabinet speelt met de gedachte om maatschappelijke belangen in een bepaalde mate en vorm op te laten nemen in de Faillissementswet.⁴ Nu buigt de Commissie Insolventierecht zich hierover in het kader van de algehele herziening van de Faillissementswet.

Om te onderzoeken om hoeveel werkgelegenheid en behoud van onderneming in het faillissement het gaat, zijn de volgende vragen geformuleerd: hoeveel werknemers waren er in dienst ten tijde van de faillietverklaring? hoeveel werknemers zijn er overgegaan in het faillissement? Hoe vaak is er sprake van een (gedeeltelijke) overgang van een onderneming going concern in het faillissement?

2.2 *Misbruik van recht*

Teneinde het fenomeen misbruik van faillissementsrecht te onderzoeken diende dit fenomeen te worden ingevuld en geoperationaliseerd. Het probleem is dat over de definitie hiervan de nodige strijd bestaat. De arbeidsrechtsspecialisten⁵ staan hier tegenover de insolventierechtsspecialisten.⁶

De arbeidsrechtsspecialisten kiezen voor een ruim begrip. Zij stellen dat er al sprake is van misbruik van een faillissementsaanvraag als deze *hoofdzakelijk* wordt gebruikt om de werknemersbescherming te omzeilen. De

⁴ Wegens de omvang van deze bijdrage, volsta ik voor de behandeling van de maatschappelijke belangen in het faillissement met de verwijzing naar mijn bijdrage in de *TvI* 2004.3: 'Begrip 'de gezamenlijke schuldeisers' gedeut. Nieuwe maatschappelijke doelen in Nederlandse faillissementsprocedure nopen tot een genuanceerde invulling van het begrip 'de gezamenlijke schuldeisers', par. 2 en de aldaar genoemde noten.

⁵ Zie o.a. R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming in de private en publieke sector* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2000, p. 261, G.W. van der Voet, *Misbruik van faillissement bij overgang van onderneming* (scriptie EUR 2000), p. 37-45, A.T.M. Jacobs, 'Misbruik van faillissement om werknemers te kort te doen', *SMA* 2002, p. 362. Vgl. ook A-G Langemeijer in zijn conclusie voor HR 29 juni 2001 (MTW/FNV Bondgenoten (LJN AB2388)).

⁶ Noot van S.C.J.J. Kortmann onder Hof 's-Gravenhage 10 januari 1996 (Ammerlaan), *JOR* 1996/16; N.E.D. Faber, 'Misbruik van bevoegdheid tot aanvragen faillissement', *NbBW* 1996, 3, p. 29; R.D. Vriesendorp, Doorstarten en onbehoorlijk bestuur, in: *Insolad Jaarboek 1997* (Deventer Kluwer 1997), p. 77; E. Loesberg, 'De voorgestelde aanpassing van de Faillissementswet als gevolg van de richtlijn 98/50/EG: een stille revolutie?', *TvI* 2001/5, p. 158; Noot van R.D. Vriesendorp onder HR 29 juni 2001 (MTW/FNV Bondgenoten), *Ars Aequi* 2002/4, p. 266.

insolventierechtsspecialisten stellen dat een faillissementsaanvraag die *mede ten doel* heeft de arbeidsrechtelijke bescherming te ontlopen geen misbruik hoeft op te leveren. Zij zijn van mening dat een aanvraag van het faillissement door de schuldenaar geen misbruik kan opleveren als de schuldenaar zich in een reële faillissementssituatie bevindt.⁷ Noch de jurisprudentie⁸ noch de wetgever biedt een ondubbelzinnig antwoord.⁹

Voor de invulling van het begrip misbruik ben ik niet uitgegaan van het ruime begrip zoals van misbruik zoals door de arbeidsrechtsspecialisten wordt voorgestaan. Ik verwerp die definitie omdat het geen rekening houdt met het gegeven dat het huidige Nederlandse arbeidsrecht waarin een bepaalde mate van werknemersbescherming is opgenomen alleen ziet op solvante ondernemingen en niet op insolvente¹⁰ ondernemingen.¹¹

Hoewel ik de definitie van ‘misbruik’ van faillissement en het faillissementsrecht van de arbeidsrechtsspecialisten afwijs en mij in beginsel aansluit bij die van de insolventierechtsspecialisten, hanteer ik ook deze definitie niet in mijn onderzoek. Niet alleen is deze definitie moeilijk te operationaliseren, maar bovenal zou onderzoek hiernaar weer stuiten op (politiek) commentaar en discussie over de waardering van de uitkomsten.

Ik heb mij derhalve beperkt tot het analyseren van de mogelijke aard en de omvang van het probleem ‘misbruik’ van recht. Hiertoe heb ik onderzocht: hoe vaak er een (gedeeltelijke) overgang van een onderneming plaats vindt in een faillissement van een bedrijf of instelling, hoeveel werknemers daarbij

⁷ Zie hierover uitvoerig M.L. Lennarts, S.N. de Valk, ‘Aansprakelijkheid van bestuurders jegens werknemers wegens misbruik van faillissement,’ *ARA* 2004, 2, p. 113-114. Vgl. Kortmann en Vriesendorp in hun aangehaalde annotaties.

⁸ Zie voor de jurisprudentie o.a.: Hof ’s-Gravenhage 10 januari 1996, *JOR* 1996/16 (Ammerlaan), HR 29 juni 2001, *JOL* 2001, 413 (MTW/FNV en Vermaat) en HR 28 mei 2004, *JOR* 2004, 216 (De Boek/Van Gorp). Zie voor een beschrijving van de verschillende visies hierover in de doctrine M.L. Lennarts, S.N. de Valk, t.a.p, p. 113-114.

⁹ Zie § 1 en aldaar genoemde noten van mijn bijdrage: ‘Onderneming insolvent: onderscheid arbeidsrecht in solvent en insolvent recht noodzakelijk!’, *TvI* 2005, 2.

¹⁰ Insolventie is een breder begrip dan faillissement en surseance. Het ziet op de situatie dat een onderneming niet in staat is om zijn schuldeisers te betalen. Dit is de algemene definitie van insolventie. ‘Insolventie’ kan gerelateerd zijn aan verschillende concepten. Ik doel hier op de zogenaamde ‘cash-flow’ insolvency ofwel de door financiële economen vaak gebruikte term ‘financial distress’. Hieronder wordt verstaan: ‘the condition of a firm which is in substantial default on its debt obligations.’ Zie J. Armour: ‘The law and economics of corporate insolvency: a review,’ in: R.D. Vriesendorp e.a. (red.), *Comparative and international perspectives on bankruptcy law reform in the Netherlands*, Den Haag: Boom juridische uitgeverij 2001, p. 100-101 en de aldaar vermelde literatuurverwijzingen.

¹¹ Voor een toelichting hierop zie: *Faillissement in cijfers: werkgelegenheid en toezicht*, A.P.K. Lutikhuis i.s.m. CBS, Boom juridische uitgeverij, 2005. Alsook mijn bijdrage: ‘Onderneming insolvent: onderscheid arbeidsrecht in solvent en insolvent recht noodzakelijk!’, *TvI* 2005/2, § 3.2.1 en 3.2.2. Waarin dit punt wordt gemaakt.

betrokken zijn en of in die gevallen (een deel van de) werknemers mee overgaan. Met andere woorden, in dit onderzoek richt ik mij op de vraag hoeveel ‘werkgelegenheid’ betrokken is bij de overgang van ondernemingen in faillissement. Dit geeft aan de beleidsmakers ook een beeld van de context waarin ze het probleem ‘misbruik’ dienen te plaatsen.

In dit verband heb ik aansluiting gezocht bij de keuze die de Europese regelgever met Richtlijn 2001/23/EG aan de Nederlandse wetgever heeft geboden: ofwel automatische overgang van werknemers, ook in geval van een overgang van de onderneming in faillissement (waardoor het faillissement geen oneigenlijke sluiproute voor de afvloeiing van personeel kan vormen), ofwel maatregelen nemen ter voorkoming van misbruik.

2.3 *Effectiviteit Wet van 18 april 2002*

In verband met dit laatste aspect heb ik tot slot de effectiviteit geëvalueerd van de Wet van 18 april 2002, die door Nederland was opgesteld ter uitvoering van de verplichtingen in de Richtlijn 2001/23/EG ter bestrijding van misbruik. Hiertoe is gekeken hoe vaak werknemers op grond van artikel 67 Fw. in hoger beroep zijn gegaan van de machtiging van de r-c aan de curator waarin toestemming werd verleend voor de opzegging van de arbeidsovereenkomst.¹²

3 **Onderzoeksopzet**

Uitgangspunt voor het onderzoek is het tweejaarlijkse dossieronderzoek terzake van de beëindigde faillissementen door het CBS. Onderzoekers van de Buitendienst van het CBS gebruiken daarbij als bron zowel het openbare deel als het niet-openbare deel van de faillissementsdossiers van alle in 2004 beëindigde faillissementen van bedrijven en instellingen van de negentien rechtbanken.¹³

Ruim twee jaar geleden zijn in samenwerking met het CBS op het terrein van dit dossieronderzoek de vragen aangepast aan de hedendaagse situatie, voorzover dit technisch en financieel mogelijk was, opdat de

¹²Bij die wet zijn twee maatregelen genomen ter voorkoming van misbruik, het toegankelijker maken van de hoger beroepsprocedure is er één van. De andere is dat de rechtsgevolgen van een vernietiging van de faillietverklaring zijn gewijzigd door toevoeging van art. 13a Fw. De effectiviteit van deze maatregel kon niet onderzocht omdat het CBS onderzoek niet de vernietigde faillissementen beslaat. In het komende onderzoek van 2006 zullen deze faillissementen wel betrokken kunnen worden.

¹³Uitgezonderd die faillissementen die beëindigd zijn door vernietiging van het faillissement en door toepassing van de schuldsaneringsregeling. Er zijn in 2004 186 faillissementen van ondernemingen en/of instellingen beëindigd door vernietiging en 158 door toepassing van de schuldsaneringsregeling. Bron: CBS.

onderzoeksresultaten beter aansluiten bij de vragen uit de wetenschap en de praktijk. In dit verband is ook een aantal nieuwe onderzoeksvragen geformuleerd, die door het CBS in het onderzoek ten behoeve van de Faillissementsstatistiek zijn betrokken. Dit betreffen onder meer de hier gepresenteerde cijfers ten aanzien van de werkgelegenheid en de (gedeeltelijke) overgang van een onderneming in faillissement.

Een beperking van het onderzoek is dat de onderzoekers van het CBS op de rechtbanken niet alle dossiers aantreffen, die er behoren te zijn. Er ontbreekt ongeveer 3%.¹⁴ Statistisch acht het CBS een dergelijk ontbrekend percentage acceptabel en worden alle uitkomsten die aan het aantal faillissementen zijn gerelateerd opgehoogd met een factor van gemiddeld 1,03.¹⁵

Zoals hieronder blijkt, wijken de onderzoeksresultaten in dit onderzoek af van het OOR-Rapport: 'De efficiëntie van de Faillissementswet' uit 2001¹⁶ en van het onderzoek van het Hugo Sinzheimer Instituut uit 1996 naar oneigenlijk gebruik van het faillissementsrecht.¹⁷ Het onderhavige integrale onderzoek heeft betrekking op alle in 2004 beëindigde faillissementen van ondernemingen en instellingen¹⁸ en is representatiever dan voornoemde deelonderzoeken. Het belang van dit onderzoek is mede dat voorafgaand

¹⁴ Bij ieder tweejaarlijks onderzoek blijken een 100-200 dossiers door de onderzoekers van de Buitendienst niet bekeken te kunnen worden omdat ze ten tijde van het bezoek van de buitendienstmedewerker ergens binnen de rechtbank in behandeling zijn en dan niet onderzocht kunnen worden. Zie ook noot 23.

¹⁵ Hierdoor moeten sommige uitkomsten qua aantal toepasselijke faillissementen worden afgerond, omdat faillissementen niet in decimale vorm voorkomen. Door de afrondingen ontstaan dan soms optelverschillen, die derhalve door het gebruik van de ophoogfactor verklaard worden; wij hebben die 'fouten' verder niet gecorrigeerd. De ophoogfactor is gemiddeld 1,03, het kan per rechtsvorm iets afwijken.

¹⁶ Onderzoekscentrum Onderneming & Recht, april 2001, O. Couwenberg (economische onderzoeksleiding), S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber (juridische onderzoeksleiding). Dit verschil kan als volgt worden verklaard. Het OOR-onderzoek betreft ondernemingen die in de periode 1983-1999 in faillissement of surseance van betaling verkeerden en concentreerde zich op ondernemingen met een balanstotaal van fl 500.000 of meer dan wel op ondernemingen die op het moment van insolventie minimaal 15 tot 20 werknemers in dienst hadden. Uit de CBS-cijfers over 2004 blijkt dat slechts 412 bedrijven van de 4.167 faillissementen van ondernemingen en instellingen die in 2004 zijn beëindigd 15 of meer werknemers in dienst hebben. Dit is nog geen 10% (9,9%) van alle ondernemingen of instellingen waarvan het faillissement in 2004 is beëindigd.

¹⁷ Dit onderzoek had betrekking op 286 faillissementen die waren uitgesproken in de periode van 1 maart 1994 tot 1 juli 1995. De faillissementen betreffen niet alle rechtsvormen. Bovendien waren alleen die ondernemingen en instellingen betrokken die vijf of meer werknemers in dienst hadden. Dit betreft slechts een deel van de faillissementen. Van de 4.167 faillissementen van ondernemingen of instellingen die in 2004 zijn beëindigd, had nog geen kwart (slechts 988: 23,7%) vijf of meer werknemers in dienst.

¹⁸ Voor een verantwoording van de door het CBS gebruikte onderzoeksmethode: onderzoek van de beëindigde faillissementen van 2004, verwijs ik naar: *Faillissement in cijfers: werkgelegenheid en toezicht*, A.P.K. Luttikhuis in samenwerking met het Centraal Bureau voor de Statistiek, Boom juridische uitgevers: 2005, hoofdstuk 2.

hieraan onduidelijk was hoeveel werknemers er in dienst waren bij bedrijven en/of instellingen die in staat van faillissement zijn verklaard.¹⁹ Door dit integrale onderzoek is inzicht verkregen in de personeelsomvang van bedrijven die bij een faillissement betrokken zijn.

Terzake van het onderzoek door het Hugo Sinzheimer Instituut uit 1996²⁰ speelt tevens de vraag of dit onderzoek wel de juiste vraagstelling heeft gehanteerd, want deze luidde: “Bij welk percentage van de faillissementen van rechtspersonen en vennootschappen onder firma is er sprake van een oneigenlijk gebruik van de Faillissementswet, in die zin dat het faillissement in belangrijke mate wordt gebruikt om dienstverbanden met een bepaald deel van het personeel te beëindigen?”, waarop de conclusie was dat “in tenminste een op de vijf gevallen van ‘doorstarten’ van een onderneming het faillissement in deze zin als een ‘oneigenlijk’ middel wordt gehanteerd”.²¹ Met deze vraagstelling is echter een wezenlijk element buiten beschouwing gelaten, namelijk het verschil tussen een onderneming/werkgever die solvent is en die insolvent²² is. Door dit verschil niet in het onderzoek te betrekken is de conclusie dat het faillissement als oneigenlijk middel is gebruikt op zichzelf weinigzeggend. Het betekent in ieder geval nog niet dat er sprake is geweest van misbruik van het faillissement.

4 Resultaten

In deze paragraaf komen de resultaten van het onderzoek aan de orde, waarbij wederom een onderscheid is gemaakt tussen de rol van het maatschappelijke belang van de werkgelegenheid en de continuïteit van de onderneming in de faillissementsprocedure enerzijds en de omvang van mogelijk misbruik van faillissementsrecht ter ontloping van werknemersbescherming. Hierbij wordt in het bijzonder toegespitst op de overgang van de onderneming vanuit faillissement.

¹⁹Uitgezonderd van het bestaan van enkele schattingen hieromtrent. Zie bijvoorbeeld CBS Faillissementsstatistiek 1994 p. 20-21.

²⁰R.Knegt/R.M. Belzer, ‘Faillissementen en selectief ontslag. Een onderzoek naar ‘oneigenlijk gebruik’ van de Faillissementswet’ (Amsterdam 1996).

²¹R. Knegt/R.M. Belzer, t.a.p., p. 5 resp. 48.

²²Insolventie is een breder begrip dan faillissement en surseance. Het ziet op de situatie dat een onderneming niet in staat is om zijn schuldeisers te betalen. Dit is de algemene definitie van insolventie. ‘Insolventie’ kan gerelateerd zijn aan verschillende concepten. Ik doel hier op de zogenaamde ‘cash-flow’ insolvency ofwel de door financiële economen vaak gebruikte term ‘financial distress’. Hieronder wordt verstaan: ‘the condition of a firm which is in substantial default on its debt obligations.’ Zie J. Armour: ‘The law and economics of corporate insolvency: a review,’ in: R.D. Vriesendorp e.a. (red.), *Comparative and international perspectives on bankruptcy law reform in the Netherlands*, Den Haag: Boom juridische uitgeverij 2001, p. 100-101 en de daaar vermelde literatuurverwijzingen.

4.1 *Werknemers betrokken in een faillissementsprocedure*

Voor de bepaling van het aantal werknemers is aansluiting gezocht bij de definitie van banen zoals die wordt gehanteerd bij de Arbeidsrekeningen van het CBS. Hierbij registreert het CBS het aantal banen van werknemers in Nederland. Bij de vaststelling van het aantal banen van werknemers tellen ook kleine banen van minder dan 12 uur per week mee. Bovendien tellen ook banen van buitenlandse werknemers in dienst bij bedrijven in Nederland mee.²³ In aansluiting op de gebruikelijke terminologie in het juridische debat over dit onderwerp hanteer ik evenwel in het vervolg het vertrouwde begrip ‘werknemers’ in plaats van de op zichzelf zuiverder term ‘banen’.

Teneinde vast te stellen hoeveel werknemers betrokken zijn bij de faillissementen van ondernemingen en/of instellingen zijn de volgende vragen onderzocht: Hoeveel werknemers waren er in dienst op het moment dat de onderneming failliet werd verklaard? Hoeveel werknemers zijn er mee overgegaan? Bij de 4.167 in 2004 beëindigde faillissementen van ondernemingen en/of instellingen waren in totaal 19.253²⁴ werknemers in dienst. Van die 19.253 werknemers die in dienst waren zijn er 2.971²⁵ werknemers mee overgegaan.

De spreiding van het aantal werknemers per onderneming en per rechtsvorm is zichtbaar in de volgende tabel.

²³Bron CBS, Arbeidsrekeningen, staat 2.10, Rechtspraak in Nederland 2003, p. 36-37, dit betreft een voorlopig cijfer.

²⁴Er waren in totaal 18.939 werknemers in dienst bij 4099 ondernemingen en/of instellingen. Van 68 hiervan was het aantal werknemers in dienst onbekend. Gemiddeld waren er 4,6 werknemers in dienst bij de 4099 ondernemingen. 4,6 maal 68 is 314. 314 plus 18.939 is 19.253. Bron: *Faillissement in cijfers: werkgelegenheid en toezicht*, A.P.K. Luttikhuis in samenwerking met het Centraal Bureau voor de Statistiek, Boom juridische uitgevers.

²⁵Er waren in totaal 2.880 werknemers overgegaan bij 254 ondernemingen en/of instellingen. Van 8 hiervan was het aantal werknemers dat overgegaan was onbekend. Gemiddeld waren er 11,33 werknemers overgegaan. 11,33 maal 8 is 90,70. 91 plus 2.880 is 2.971. Bron: *Faillissement in cijfers: werkgelegenheid en toezicht*, A.P.K. Luttikhuis in samenwerking met het Centraal Bureau voor de Statistiek, Boom juridische uitgevers.

Tabel 4.1.1

Aantal werknemers in dienst bij aanvang faillissement van bedrijven en/of instellingen waarvan het faillissement is beëindigd in 2004

| Werknemers | BV | NV | Personen vennoot- schap | Een- mans- zaak | Neder- landse rechtsper- soon (overig) | Buiten- landse rechts- vorm | Totaal |
|---------------|-------------|-----------|-------------------------------|-----------------------|---|--------------------------------------|-------------|
| 0 | 1324 | 8 | 133 | 605 | 57 | 20 | 2145 |
| 1 | 274 | 3 | 20 | 127 | 8 | 9 | 442 |
| 2 | 195 | 0 | 37 | 28 | 4 | 6 | 270 |
| 3-4 | 270 | 0 | 22 | 23 | 3 | 3 | 321 |
| 5-9 | 343 | 2 | 18 | 25 | 9 | 1 | 398 |
| 10-19 | 241 | 2 | 9 | 12 | 5 | 2 | 272 |
| 20-49 | 171 | 0 | 2 | 7 | 7 | 1 | 189 |
| 50-99 | 43 | 1 | 2 | 0 | 1 | 0 | 47 |
| 100-49 | 9 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 9 |
| 150-199 | 2 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 2 |
| 200-249 | 2 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 2 |
| 250-499 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 |
| Onbe- kend | 56 | 0 | 6 | 6 | 0 | 0 | 68 |
| Totaal | 2931 | 17 | 249 | 833 | 95 | 42 | 4167 |

Bron: CBS en A.P.K. Lutikhuis²⁶

4.2 *Behoud van een onderneming door overgang gedurende faillissement*

Wanneer men de data beschouwt op de vraag naar het aantal faillissementen van bedrijven en/of instellingen waarbij sprake is van een overgang van de onderneming going concern, ontstaat het volgende beeld.²⁷ Het blijkt dat maar in een zeer gering percentage sprake is van geheel of gedeeltelijke overgang van onderneming going concern. Slechts in 2,9 % van de faillissementen van bedrijven en/of instellingen worden alle activiteiten van de onderneming overgedragen en bij maar 3,4% van de gevallen is er sprake van een gedeeltelijke overgang van de activiteiten van de onderneming going concern. Bij elkaar betekent dit dat in totaal slechts 262 van de 4.167 beëindigde faillissementen van ondernemingen en/of instellingen in 2004 hebben geleid tot een geheel of gedeeltelijke overgang van de onderneming.

²⁶Bron: *Faillissement in cijfers: werkgelegenheid en toezicht*, A.P.K. Lutikhuis in samenwerking met het Centraal Bureau voor de Statistiek, Boom juridische uitgevers.

²⁷Onder overgang van de onderneming going concern wordt verstaan als (een deel) van de activiteiten van de gefailleerde wordt voortgezet door een derde. Dit is een andere definitie dan gebruikt onderzoek van het Hugo Sinzheimer Instituut uit 1996: "Om van 'doorstart' te kunnen spreken moet worden vastgesteld: dat er overeenkomsten of banden bestaan tussen de gefailleerde onderneming en een of meer overnemende ondernemingen, met name in de sfeer van eigenaren en/of bedrijfsleiding."(p. 6).

Tabel 4.2.1

(Gedeeltelijke) overgang onderneming van de in 2004 beëindigde faillissementen van bedrijven en/of instellingen

| Overgang onderneming | Aantal | % |
|----------------------|-------------|--------------|
| nee | 3905 | 93,7 |
| ja, geheel | 122 | 2,9 |
| ja, gedeeltelijk | 140 | 3,4 |
| totaal | 4167 | 100,0 |

Bron: CBS en A.P.K. Lutikhuis²⁸

Tabel 4.2.2

(Gedeeltelijke) overgang onderneming van de in 2004 beëindigde faillissementen van bedrijven en/of instellingen naar rechtsvorm

| Overgang onderneming | BV | NV | Persone- vennoot- schap | Een- mans- zaak | Nederlandse rechts- persoon (overig) | Buiten- landse rechts- vorm | Totaal |
|----------------------|-------------|-----------|-------------------------------|-----------------------|---|--------------------------------------|-----------------|
| Nee | 2698 | 17 | 242 | 816 | 91 | 42 | 3905 (93,7%) |
| ja, geheel | 103 | 0 | 5 | 11 | 2 | 0 | 122 (2,9%) |
| ja, gedeeltelijk | 130 | 0 | 2 | 6 | 2 | 0 | 140 (3,4%) |
| Totaal | 2931 | 17 | 249 | 833 | 95 | 42 | 4.167 |

Bron: CBS en A.P.K. Lutikhuis²⁹

4.3 *Overname van een onderneming gedurende faillissement en het aantal betrokken werknemers*

Bij de 262 ondernemingen waar een overgang onderneming going concern heeft plaatsgevonden waren er bij 21 bedrijven en/of instellingen nul werknemers in dienst.

²⁸Zie noot 26.

²⁹Zie noot 26.

Tabel 4.3.1

Per rechtsvorm aantallen werknemers in dienst van bedrijven en/of instellingen waarbij sprake is van (gedeeltelijke) overgang van de onderneming bij faillissementen die in 2004 zijn beëindigd

| Aantal werknemers in dienst | BV | NV | Personevenootschap | Eenmanszaak | Nederlandse rechtspersoon (overig) | Buitenlandse rechtsvorm | Totaal |
|-----------------------------|------------|----------|--------------------|-------------|------------------------------------|-------------------------|------------|
| 0 | 13 | 0 | 0 | 7 | 1 | 0 | 21 |
| 1 | 8 | 0 | 1 | 5 | 1 | 0 | 15 |
| 2 | 8 | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 | 9 |
| 3-4 | 26 | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 | 27 |
| 5-9 | 43 | 0 | 3 | 1 | 0 | 0 | 47 |
| 10-19 | 43 | 0 | 0 | 3 | 0 | 0 | 46 |
| 20-49 | 56 | 0 | 0 | 0 | 1 | 0 | 57 |
| 50-99 | 22 | 0 | 1 | 0 | 1 | 0 | 24 |
| 100-149 | 5 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 5 |
| 150-199 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 200-249 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 |
| 250-499 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| onbekend | 8 | 0 | 0 | 2 | 0 | 0 | 10 |
| Totaal | 233 | 0 | 7 | 18 | 4 | 0 | 262 |

Bron: CBS en A.P.K. Lutikhuis³⁰

Bij de overige 241 ondernemingen waren er in totaal 5.363³¹ werknemers in dienst. In totaal zijn 2.971³² werknemers mee overgegaan bij de verkoop van de onderneming going concern.

De spreiding van het aantal werknemers per onderneming en per rechtsvorm is zichtbaar in de volgende tabel.

³⁰Zie noot 26.

³¹Bij 252 bedrijven (262 totaal minus 10 onbekend) zijn in totaal 5.158 werknemers in dienst. 5.158 gedeeld door 252 bedrijven is gemiddeld 20,46. Dit maal 10 is 204,6. 205 plus 5.158 is 5.363. Bron: *Faillissement in cijfers: werkgelegenheid en toezicht*, A.P.K. Lutikhuis in samenwerking met het Centraal Bureau voor de Statistiek, Boom juridische uitgevers.

³²Zie noot 25.

Tabel 4.3.2

Per rechtsvorm aantallen werknemers die zijn overgegaan bij (geheel of gedeeltelijke) overgang van onderneming in faillissementen van bedrijven en/of instellingen (met tenminste één werknemer) die in 2004 zijn beëindigd

| Aantal overgegangene werknemers | BV | NV | Personeenvoetschap | Eenmanszaak | Nederlandse rechtspersoon (overig) | Buitenlandse rechtspersoon | Totaal |
|---------------------------------|------------|----------|--------------------|-------------|------------------------------------|----------------------------|------------|
| 0 | 23 | 0 | 3 | 3 | 0 | 0 | 30 |
| 1 | 16 | 0 | 1 | 3 | 1 | 0 | 20 |
| 2 | 14 | 0 | 1 | 0 | 0 | 0 | 15 |
| 3-4 | 30 | 0 | 0 | 1 | 0 | 0 | 31 |
| 5-9 | 45 | 0 | 1 | 1 | 0 | 0 | 47 |
| 10-19 | 37 | 0 | 0 | 1 | 1 | 0 | 39 |
| 20-49 | 30 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 30 |
| 50-99 | 12 | 0 | 1 | 0 | 1 | 0 | 14 |
| 100-149 | 1 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 1 |
| 150-199 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 200-249 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| 250-499 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 | 0 |
| onbekend | 12 | 0 | 0 | 2 | 0 | 0 | 14 |
| Totaal | 220 | 0 | 7 | 11 | 3 | 0 | 241 |

Bron: CBS en A.P.K. Lutikhuis³³

4.4 Analyse

De cijfers die uit het onderzoek naar voren zijn gekomen nopen soms tot een andere kijk op de onderhavige problematiek, vergeleken bij de discussies, zoals die tot op heden in de praktijk en doctrine voordoen. In deze paragraaf komen achtereenvolgens de werkgelegenheid en het behoud van de onderneming als door de curator in zijn afwegingen te betrekken maatschappelijk belang aan de orde, alsmede de kwestie van het misbruik van faillissementsrecht.

4.4.1 *Relevantie van werkgelegenheid als maatschappelijk belang in faillissement?*

Uit het onderzoek blijkt dat bij alle beëindigde faillissementen van bedrijven en/of instellingen in 2004 er in totaal 19.253³⁴ werknemers in dienst waren op het moment dat de ondernemingen in staat van faillissement werden verklaard. 2.971³⁵ van deze werknemers zijn mee overgegaan. In hoeverre zijn dit nu aantallen op grond waarvan moet worden vastgesteld dat de bestaande 'werkgelegenheid' in Nederland door faillissementen

³³Zie noot 26.

³⁴Zie noot 24.

³⁵Zie noot 25.

ernstig wordt bedreigd, zodat een curator zich bij zijn afwegingen het maatschappelijke belang van de ‘werkgelegenheid’ moet betrekken? Hiertoe moet gekeken worden naar de totale werkgelegenheid in Nederland. Uit de zogenaamde Arbeidsrekeningen van het CBS kan worden afgeleid dat het gemiddelde aantal banen in de jaren 2001-2004 in Nederland 7.367.800 per jaar bedroeg.³⁶ Het aantal werknemers dat als gevolg van het faillissement zijn arbeidsrelatie heeft verloren is 16.282.³⁷ Dit vormt slechts 2,2 pro mille van de totale werkgelegenheid in Nederland en betreft derhalve een zeer klein deel van de bestaande ‘werkgelegenheid’.

Dit belang wordt nog aanmerkelijk kleiner, indien alleen de werknemers in ogeschouw worden genomen die in dienst waren bij ondernemingen indien er sprake is van (gedeeltelijke) overgang van onderneming. De jurisprudentie van de Hoge Raad wijst erop dat hij vooral in die gevallen ruimte ziet voor het nastreven van het maatschappelijke belang ‘werkgelegenheid’. Immers in beginsel alleen in die gevallen bestaat er voor de werknemers een kans op daadwerkelijk behoud van hun baan. Er was in 241 bedrijven en/of instellingen die werknemers in dienst hadden sprake van een overgang van een onderneming. Tezamen hadden zij 5.363 werknemers in dienst. Momenteel gaan er 2.392 werknemers niet over, dit is nog maar 0,324 pro mille van de totale werkgelegenheid. Uitgaande van het aantal keren dat er sprake is van een overgang van een onderneming en de 5.363 werknemers die hierbij betrokken zijn, dan zou de maximale werkgelegenheidswinst van het streven naar werkgelegenheid 5.363 banen zijn. Dit is 0,728 pro mille van de totale werkgelegenheid in Nederland. Dit is in mijn ogen te laag om de stelling te handhaven dat in het faillissement de curator dan wel de r-c met hun handelen ook maar enigszins substantieel kunnen bijdragen aan het maatschappelijke belang van de ‘werkgelegenheid’.

4.4.2 *Relevantie van behoud van de onderneming als maatschappelijk belang in faillissement?*

Uit het onderzoek blijkt voorts dat er slechts in 262 bedrijven en/of instellingen sprake is van een (een deel of een gehele) overgang van een onderneming dus van behoud van (een deel of een gehele) onderneming.³⁸

³⁶Dit is het gemiddelde van 7,186 mio (2000), 7,537 mio (2001), 7,453 mio (2002), 7,475 mio (2003) en 7,368 mio (2004); zie Rechtspraak in Nederland 2003, p. 36-37.

³⁷Dit is 19.253 (aantal werknemers in dienst) minus 2.971 (aantal werknemers overgegaan).

³⁸Daarnaast kan de onderneming ook worden behouden door een akkoord in faillissement, waarmee voorkomen wordt dat de rechtspersoon ontbonden wordt. In 2004 zijn 122 faillissementen op deze wijze beëindigd. Hiervan hadden 23 betrekking op ondernemingen, de andere 99 op natuurlijke personen. Aangezien bij die 23 ondernemingen slechts 27 werknemers betrokken waren, is deze categorie te verwaarlozen en blijft die hier verder buiten beschouwing. Bron:

Alvorens een uitspraak te kunnen doen of en in hoeverre in de Nederlandse faillissementsprocedure het maatschappelijke belang 'behoud van onderneming' moet worden behartigd, dienen de onderzoeksresultaten te worden gerelateerd aan het totale aantal ondernemingen in Nederland. Dit is in de periode 2000-2004 gemiddeld 694.691.³⁹ De 262 ondernemingen die vanuit faillissement overgaan vormen derhalve slechts 0,38 pro mille. Ook als dit aantal niet gerelateerd wordt aan het totaal aantal ondernemingen, maar aan het aantal succesvolle informele reorganisaties van ondernemingen, blijft het aantal succesvolle doorstarts in faillissement verwaarloosbaar klein. In 2002-2003 hebben gemiddeld bij benadering 24.500 informele reorganisaties per jaar plaatsgevonden.⁴⁰ Dan is het aantal van 262 doorstarts in faillissement nog steeds maar 1,07 %. Ook als dit aantal gerelateerd wordt aan het totaal aantal ondernemingen dat in staat van faillissement verkeerd dan is dit aantal klein. Bij circa 6,3 % van het totaal aantal beëindigde faillissementen van bedrijven of instellingen van 2004 is er sprake van een (gedeeltelijke) overgang van onderneming. Het aantal van 262 is zodoende veel te laag om de stelling te handhaven dat in het faillissement de curator dan wel de r-c met hun handelwijze een materiële bijdrage kunnen verlenen aan het maatschappelijke belang 'behoud van onderneming'.

4.4.3 *Rol en betekenis van werkgelegenheid en behoud van ondernemingen als algemeen maatschappelijk belang bij de afwikkeling van faillissement overschat*

Uit de onderzoeksresultaten blijkt derhalve dat de in de praktijk en doctrine gevoerde discussie over de werkgelegenheid en het behoud van ondernemingen als belangrijke afwegingsfactor voor curator en rechter-commissaris in werkelijkheid nauwelijks effect heeft op het maatschappelijk en economisch verkeer. De betekenis van die aspecten bij de afwikkeling van faillissementen lijkt dan ook ernstig te worden overschat. In het licht van de relatief kleine omvang van het aantal ondernemingen waarin er sprake is van een (gedeeltelijke) overgang van een onderneming gedurende de faillissementsprocedure en het betrokken aantal werknemers in verhouding tot de totale populatie valt niet vol te houden dat met het nastreven van behoud van die ondernemingen en arbeidsplaatsen daadwerkelijk

Faillissement in cijfers: werkgelegenheid en toezicht, A.P.K. Lutikhuis i.s.m. CBS, Boom juridische uitgevers, 2005.

³⁹Dit is het gemiddelde van 694.085 (2000), 702.285 (2001), 689.625 (2002), 685.775 (2003) en 701.685 (2004) (Bron: CBS Statline, aantal ondernemingen in Nederland).

⁴⁰Zie Informele reorganisatie in het perspectief van surseance van betaling, WSNP en faillissement, J.A.A. Adriaanse c.s., WODC 2004, p. 11 en 12 (2002: 23.000) en Restructuring in the shadow of the law. Informal reorganisation in the Netherlands (diss. Leiden), J.A.A. Adriaanse, Kluwer 2005, p. 150 (2003: 26.000).

maatschappelijke belangen worden gediend. Dit staat uiteraard los van de dramatische gevolgen van het faillissement voor de individuele werknemers die daardoor hun baan verliezen, maar een substantiële aantasting van 'de werkgelegenheid' wordt hierdoor niet veroorzaakt.

Mocht desalniettemin de praktijk of de wetgever er toch voor willen kiezen om het behoud van individuele banen en/of ondernemingen na te streven, dan dient dit mijn inziens niet ten koste te gaan van de gezamenlijke schuldeisers maar ten koste van de zogenaamde 'maatschappelijke schuldeisers'.⁴¹

4.4.4 *In potentie relatief weinig misbruik van faillissementsrecht met het oog op ontlopen van werknemersbescherming*

Uit het onderzoek blijkt voorts dat slechts in 262 van de 4.167 gefailleerde ondernemingen sprake is van (gedeeltelijke) overgang onderneming going concern vanuit faillissement. Bij 21 van deze 262⁴² ondernemingen waren nul werknemers in dienst, zodat deze voor de beoordeling van eventueel misbruik verder buiten beschouwing kunnen blijven. Een en ander leidt ertoe dat het onderhavige misbruik per definitie niet kan hebben plaatsgevonden in 3.926⁴³ van de 4.167 faillissementen. Dus in ieder geval is er bij 94,2 % van alle bedrijven en/of instellingen wier faillissement beëindigd is in 2004 geen sprake van 'misbruik' met het oog op het ontlopen van de reguliere werknemersbescherming.

Wanneer wij vervolgens kijken naar het aantal opgezegde arbeidsovereenkomsten en de aantallen werknemers die bij de gehele of gedeeltelijke overgang van de onderneming zijn overgegaan, ontstaat het volgende beeld. Bij de 241 ondernemingen die vanuit faillissement geheel of gedeeltelijk zijn overgegaan en waarbij tenminste één werknemer in dienst was, waren in totaal 5.363 werknemers in dienst. Daarnaast is bekend dat

⁴¹Zie A.P.K. Lutikhuis, 'Begrip 'de gezamenlijke schuldeisers' gedateerd', *TvI* 2004/3 waarin dit punt wordt toegelicht.

⁴²Misbruik van faillissementsrecht kan ook voorkomen bij de vernietigde faillissementen. Deze vallen in 2004 nog buiten het bereik van dit onderzoek. Wel is bekend dat in 2004 186 faillissementen van bedrijven en/of instellingen zijn beëindigd door vernietiging. Onbekend is om welke reden. Maar hieruit kan worden geconcludeerd dat de maximale omvang van het 'misbruik' 4,3 % van de ondernemingen kon betreffen. In het onderzoek van 2006 worden deze faillissementen wel betrokken. De verwachting is dat het aantal uitgesproken vernietigde faillissementen ten gevolge van 'misbruik' (het verzet danwel hoger beroep tegen het verzetvonnis van de werknemers) zeer gering zal zijn. Ik laat dit verder buiten beschouwing.

⁴³4.167 minus 262 (waarbij geheel of gedeeltelijke overgang van de onderneming heeft plaatsgevonden) plus 21 (ondernemingen met 0 werknemers).

2.971⁴⁴ werknemers mee zijn overgegaan bij de verkoop van de onderneming going concern en 2.392⁴⁵ werknemers niet. Met betrekking tot deze groep werknemers lijkt er van misbruik van faillissementsrecht dus geen sprake te zijn.

Onbekend is hoeveel van de 2.971 werknemers zijn overgegaan door contractovername door de overnemende partij, dus zonder dat de curator de arbeidsovereenkomst eerst heeft opgezegd in het faillissement. Eveneens onbekend is van hoeveel van die werknemers de curator eerst de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd alvorens die werknemers in dienst traden bij de overnemer. In het laatstgenoemde geval kan er wel sprake zijn van 'misbruik', in die zin dat het faillissement wordt gebruikt om een andere – mindere – arbeidsovereenkomst aan te bieden, maar geen 'misbruik' in de zin dat de werknemer zijn baan wordt ontnomen. Hiernaar zal nog nader onderzoek worden verricht en dit zal ook worden meegenomen in het onderzoek van 2006. Deze vorm van mogelijk misbruik laat ik verder buiten beschouwing.

Op grond van bovenstaande cijfers moet worden geconstateerd dat de maximale mogelijke omvang van het misbruik ten hoogste 241 ondernemingen en 2.392 werknemers kan betreffen. Uit deze data kan niet worden afgeleid of er in die gevallen sprake is van 'misbruik' danwel noodzakelijk 'gebruik' van het faillissementsrecht. Dit zal dienen te blijken uit nader onderzoek. Maar dat al deze gevallen uiteindelijk als 'misbruik' zullen worden betiteld lijkt niet aannemelijk gelet op het in deze bijdrage genoemde gebrek in het huidige arbeidsrecht buiten faillissement dat het niet ziet op insolvente ondernemingen⁴⁶ en op het gegeven dat in de gevallen waarin sprake is geweest van een gedeeltelijke overgang van de onderneming het onontkoombaar lijkt dat niet alle werknemers mee over zijn gegaan.

De 2.392 werknemers die niet mee overgaan vormen 54,6% van het totaal aantal werknemers dat bij de overgang van een onderneming vanuit faillissement betrokken is en 12,4 % van het aantal werknemers dat in zijn totaliteit bij de in 2004 beëindigde faillissementen een rol speelt. Indien het aantal werknemers dat in zijn geheel niet mee overgaat van 2.392 wordt

⁴⁴Zie noot 48. Weliswaar is dit aantal berekend op 254 ondernemingen, maar gezien het feit dat zich hierbij tenminste 13 ondernemingen (254-241) met 0 werknemers bevinden, kan dit getal ook hier als uitgangspunt worden genomen.

⁴⁵Dit is 5.363 minus 2.971.

⁴⁶Zie ook mijn bijdrage: 'Onderneming insolvent: onderscheid arbeidsrecht in solvent en insolvent recht noodzakelijk!' *TvI* 2005/2.

gerelateerd aan het aantal gedwongen beëindigde relaties⁴⁷ in 2004 buiten het faillissement op basis van hetzij een ontslagvergunning van het CWI, hetzij een uitspraak door de kantonrechter ex art. 7:685 BW, tezamen 135.045⁴⁸, dan is dit aantal klein (1,77 %).

Een ander gegeven dat de mogelijke omvang van ‘misbruik’ in faillissement relativeert is dat uit onderzoek is gebleken dat er jaarlijks bij circa 24.500 ondernemingen informele reorganisaties plaatsvinden, waarbij het ‘gewone’ arbeidsrecht buiten faillissement geldt en de werknemer zijn reguliere ontslagbescherming heeft.⁴⁹ Hier kan van ‘misbruik’ dus geen sprake zijn. In dit licht beschouwd vormt het aantal van 262 (gedeeltelijke) overgangen van ondernemingen in faillissement slechts iets meer dan 1% van alle gevallen.

4.4.5 *Effectiviteit van misbruikbestrijding door Wet van 18 april 2002 bijzonder laag*

Ter uitvoering van de verplichting van art. 5 Richtlijn 2001/23/EG om misbruik te voorkomen heeft de wetgever de Wet van 18 april 2002 ingevoerd. Door deze wet is de Faillissementswet gewijzigd met als doel werknemers de mogelijkheid te bieden op te komen tegen misbruik van het faillissementsrecht met het oog op het ontlopen van de werknemersbescherming. Ter behartiging van de belangen van de werknemers zijn in deze wet twee maatregelen genomen teneinde ‘misbruik’ van faillissementsprocedures te voorkomen: enerzijds zijn de rechtsgevolgen van een vernietiging van de faillietverklaring gewijzigd door toevoeging van

⁴⁷Hierbij wordt afgezien van de andere wijzen van beëindiging van de arbeidsrelatie. Uit het rapport ‘Het duaal ontslagstelsel – beëindiging van arbeidsrelaties in de praktijk’, maart 2000, dit is een onderzoek uitgevoerd door Research voor Beleid in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, blijkt dat de volgende beëindigingswijzen in de volgende frequenties voorkomen: beëindiging van rechtswege 48%, met wederzijds goedvinden 17%, ontslag in proeftijd 14%, ontbinding door kantonrechter 9%, ontslagvergunning 8%, ontslag op staande voet 4%.(p. iv).

⁴⁸Uit de Ontslagstatistiek 2004 (Ontslagstatistiek, jaarrapportage 2004. Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. Directie Arbeidsverhoudingen. Mei 2005, p. 3) blijkt dat in 2004 69.232 ontslagvergunningen zijn verleend. Bij de rechtbanken werden in 2004 68 200 beschikkingen ex 7:685 BW gegeven (Bron CBS, civiele rechtspraak 2004). Bij deze cijfers is niet bekend of de verzoeken zijn gehonoreerd. Maar uit onderzoek blijkt circa 3,5% van de ontbindingsverzoeken wordt geweigerd. (Zie het rapport ‘Het duaal ontslagstelsel – beëindiging van arbeidsrelaties in de praktijk’, maart 2000, dit is een onderzoek uitgevoerd door Research voor Beleid in opdracht van het Ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, p.xii. De 3,5% is gebaseerd op de aantallen afwijzingen van ontbindingsverzoeken die de werkgevers noemen in een grootschalige telefonische enquête.). Hiervan uitgaande zijn er in 2004 65.813 verzoeken gehonoreerd. Zodat er in totaal 65.813 en 69.232 arbeidsrelaties zijn beëindigd.

⁴⁹Zie Informele reorganisatie in het perspectief van surseance van betaling, WSNP en faillissement, J.A.A. Adriaanse c.s., WODC 2004, p. 11 en 12 (2002: 23.000) en Restructuring in the shadow of the law. Informal reorganisation in the Netherlands (diss. Leiden), J.A.A. Adriaanse, Kluwer 2005, p. 124 (2003: 26.000).

art. 13a Fw en anderzijds is de hoger beroepsprocedure overeenkomstig art. 67 lid 2 Fw toegankelijker gemaakt voor de werknemer (art. 5 lid 2 Fw) en zijn de rechtsgevolgen ervan gewijzigd (art. 72 lid 2 Fw).

Dit onderzoek kan geen inzicht geven in de eerste maatregel aangezien het CBS geen onderzoek heeft verricht op de faillissementen die in 2004 beëindigd zijn door vernietiging. Deze zullen wel in het onderzoek van 2006 worden betrokken.⁵⁰ Wel kan door dit onderzoek inzicht worden verkregen in hoeverre werknemers zich tot de rechtbank hebben gewend teneinde in hoger beroep te gaan van de machtiging van de r-c voor het aan hen gegeven ontslag. Gebleken is dat vanaf inwerkingtreding van de nieuwe bepalingen per 1 juli 2002 er 3.657 faillissementen van ondernemingen zijn uitgesproken die in 2004 zijn beëindigd. In deze groep van 3.657 faillissementen waren 2.626 faillissementen zonder werknemers. In de groep van 1.031 faillissementen met één of meer werknemers hadden er maar twee werknemers hoger beroep aangetekend bij de rechtbank tegen de machtiging van de r-c tot goedkeuring van het ontslag door de curator. In deze beide procedures ex art. 67 Fw. was het hoger beroep zonder succes.⁵¹

5 Tot besluit

Een belangrijke conclusie uit dit integrale onderzoek is dat bij een faillissementsprocedure veel relatief kleine ondernemingen betrokken zijn, met weinig werknemers (in totaal: 19.253) en dat er maar in zeer weinig gevallen een (gedeeltelijke) overgang van onderneming (262 keer) plaatsvindt. Omdat eerdere empirische onderzoeken deelonderzoeken (eigenlijk onderzoeken op steekproefbasis) betroffen was dit nooit eerder duidelijk boven tafel gekomen.

Verder blijkt uit het onderzoek dat de maatschappelijke belangen werkgelegenheid en behoud onderneming geen materiële rol spelen in het faillissement en daarom naar mijn mening ten onrechte veel gewicht krijgen in de doctrine en de politiek. Voorzover behoud van ondernemingen en werkgelegenheid als een maatschappelijk belang moeten worden aangemerkt, is gebleken dat deze aspecten in faillissement een kleine rol spelen. In faillissementen staat slechts 2,2 pro mille van het totale aantal banen in Nederland op de tocht en blijkt maar 0,38 pro mille van het totale Nederlandse ondernemingsbestand te worden behouden in een faillissementsprocedure.

⁵⁰Zie noot 42.

⁵¹Bron: *Faillissement in cijfers: werkgelegenheid en toezicht*, A.P.K. Luttikhuis in samenwerking met het Centraal Bureau voor de Statistiek, Boom juridische uitgevers, 2005.

Met betrekking tot het fenomeen 'misbruik van faillissementsrecht' is gebleken dat ook de reikwijdte hiervan belangrijk moet worden gerelativeerd. Het fenomeen is in mogelijke omvang beperkt: het heeft ten hoogste betrekking op 241 ondernemingen en 2.392 werknemers. In de praktijk zullen deze getallen vermoedelijk veel lager liggen, aangezien deze gevallen zowel 'gebruik' als 'misbruik' van het faillissementsrecht kunnen zijn, maar dit zal uit nadere studie dienen te blijken.

Tot slot blijkt dat het gehanteerde voorlopige instrument van de Faillissementswet die geïncorporeerd is bij Wet van 18 april 2002 om misbruik te bestrijden vooralsnog niet effectief is.