

Hoge Raad: geen recht op loon van failliete werkgever in geval van indiensttreding bij een doorstarter op gelijke arbeidsvoorwaarden

Bb 2022/59

In dit arrest is aan de orde of een ontslagen werknemer van een failliete werkgever die bij een 'going concern'-doorstart op gelijke arbeidsvoorwaarden in dienst treedt bij de doorstarter, nog recht heeft op loon van de failliet vanaf het moment van indiensttreding bij de doorstarter tot aan het einde van de opzegtermijn. De Hoge Raad beantwoordt die vraag negatief.

1. Inleiding

In geval van faillissement geldt op grond van artikel 40 lid 1 Fw dat de curator arbeidsovereenkomsten met werknemers kan opzeggen tegen een termijn van maximaal zes weken. Het loon van een werknemer en de met de arbeidsovereenkomst samenhangende premieschulden zijn vanaf de faillietverklaring en tot het einde van de overeenkomst een boedelschuld (artikel 40 lid 2 Fw).

In de praktijk komt het dikwijls voor dat een curator een (gedeeltelijke) doorstart van de failliete onderneming realiseert, waarbij een deel van het personeel (nog tijdens de opzegtermijn) in dienst treedt van de doorstarter. De vraag is of deze werknemers dan alsnog recht hebben op hun loon over de opzegtermijn of niet. Dit is uiteindelijk vooral van belang voor het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) dat op grond van de loongarantieregeling uitkeringen doet aan werknemers en vervolgens in hun rechten subrogeert. De Hoge Raad scheidt (gedeeltelijk) duidelijkheid. In deze bijdrage worden de belangrijkste elementen van het arrest besproken.

2. De casus

X B.V. is op 5 juli 2016 failliet verklaard. Kort na faillissement heeft de curator alle werknemers ontslagen met inachtneming van de wettelijke opzegtermijn van zes weken, dat wil zeggen tegen 18 augustus 2016. De activiteiten van de door X B.V. gevoerde onderneming zijn in de dagen na faillissement voortgezet en op 11 juli 2016 is de onderneming 'going concern' doorgestart. Daartoe is een groot deel van de activa overgenomen door de doorstarter en alle personeelsleden zijn onder dezelfde arbeidsvoorwaarden vanaf die datum bij de doorstarter in dienst getreden. Het staat vast dat de personeelsleden vanaf dat moment geen werkzaamheden meer hebben verricht voor de failliet.

Op grond van de loongarantieregeling (artikel 61 e.v. WW) neemt het UWV de loonbetalingsverplichtingen over van de failliete werkgever. In het onderhavige geval heeft het UWV over de periode van 11 juli 2016 tot 18 augustus 2016 voor

in totaal ruim EUR 350.000 betalingen gedaan aan de voormalige werknemers van X B.V. Vervolgens heeft het UWV een aantal vorderingen ingediend bij de curator als boedelvordering, waaronder het voornoemde bedrag van ruim EUR 350.000. De curator heeft dit deel van de ingediende vorderingen betwist met het argument dat de werknemers bij de 'going concern'-doorstart geen recht hebben op loon van de failliet gedurende het restant van de opzegtermijn, vanaf de datum waarop zij in dienst zijn getreden bij de doorstarter. Het UWV start een procedure en vordert een verklaring voor recht dat de door het UWV in het faillissement van X B.V. ingediende vorderingen op de voet van artikel 66 lid 1 en 3 WW als boedelvorderingen dienen te worden aangemerkt. In eerste aanleg heeft het UWV succes, maar het vonnis van de rechtbank wordt in hoger beroep vernietigd waarna het UWV cassatie heeft ingesteld.

3. De Hoge Raad

De Hoge Raad stelt vast dat op de vraag of de werknemers recht hebben op loon, in deze zaak artikelen 7:627 en 7:628 lid 1 BW zoals zij luiden tot 1 januari 2020 van toepassing zijn. Artikel 7:627 (oud) BW bepaalde dat een werkgever geen loon is verschuldigd voor de periode waarin de werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht. Artikel 7:628 lid 1 (oud) BW hield in dat de werknemer het recht op het naar tijdruimte vastgestelde loon behoudt indien hij de overeengekomen arbeid niet heeft verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen. In hun onderling verband komen deze bepalingen er, aldus de Hoge Raad, op neer dat voor de aanspraak op loon beslissend is of de oorzaak van het niet verrichten van de arbeid meer in de risicosfeer van de werknemer ligt dan in die van de werkgever. Indien een werknemer de bedongen arbeid niet heeft verricht, geldt als uitgangspunt dat hij uitsluitend aanspraak kan maken op loon, wanneer hij bereid is geweest de bedongen arbeid te verrichten. Daarbij is het niet uitgesloten dat ondanks het ontbreken van deze bereidheid toch aanspraak op loon bestaat wanneer ondanks het ontbreken van bereidheid moet worden aangenomen dat de arbeid niet is verricht door een oorzaak die in redelijkheid voor rekening van de werkgever behoort te komen.

De Hoge Raad overweegt vervolgens dat indien een werknemer na faillietverklaring van zijn werkgever bij een doorstart van diens onderneming of een deel daarvan tegen gelijke arbeidsvoorwaarden in dienst treedt van de verkrijger, de curator daaruit mag afleiden dat de werknemer niet langer bereid is arbeid bij de gefailleerde werkgever te verrichten. De oorzaak van het niet langer verrichten van arbeid bij de gefailleerde werkgever behoort in zo'n geval

¹ Loek Kerstens is als advocaat verbonden aan Rutgers & Posch te Amsterdam.

in redelijkheid niet voor rekening van de gefailleerde te komen. Dat zou immers, aldus de Hoge Raad, tot gevolg hebben dat een werknemer in zo'n geval in de periode vanaf de datum van indiensttreding bij de verkrijger tot het einde van de wettelijke opzegtermijn die de curator in acht moet nemen, zowel aanspraak heeft op loonbetaling door de curator als op loonbetaling door de verkrijger. Daarvoor bestaat volgens de Hoge Raad geen rechtvaardiging.

De Hoge Raad concludeert dan ook dat bij toepassing van artikel 7:627 en 7:628 lid 1 (oud) BW als uitgangspunt geldt dat in een geval als dit een werknemer vanaf het moment van indiensttreding bij de verkrijger geen recht heeft op loon van de gefailleerde. Dienovereenkomstig heeft de werknemer over de periode vanaf de indiensttreding bij de verkrijger dan geen aanspraak op het UWV uit hoofde van de loongarantieregeling. Dat brengt met zich dat het UWV ook geen aanspraak heeft op de boedel. Ten overvloede overweegt de Hoge Raad nog dat dit uitgangspunt ook geldt onder het huidige recht.

4. Commentaar

De uitkomst van dit arrest is op het eerste gezicht alleszins redelijk te noemen. Een rechtvaardiging voor een dubbele loonbetaling is immers moeilijk voor te stellen. Toch zal in de praktijk moeten blijken wat het effect van dit arrest is. Strikt genomen geldt de door de Hoge Raad geformuleerde rechtsregel immers uitsluitend in gevallen waarin een werknemer onder dezelfde arbeidsvoorwaarden bij de doorstarter in dienst is getreden. Indien een werknemer bij de doorstarter onder andere maar gunstigere voorwaarden aan de slag gaat, zal de uitkomst niet anders worden. Maar wat te denken van een geval waarin een werknemer bij een doorstart genoeg moet nemen met een lager loon of bijvoorbeeld hetzelfde uurloon behoudt maar met minder uren genoeg moet nemen. Bestaat er dan voor het "mindere" alsnog recht op loon van de failliet? En hoe dient een eventuele wijziging van secundaire arbeidsvoorwaarden te worden verdisconteerd?

Daarbij komt dat het niet in alle gevallen evident zal zijn dat een werknemer niet (ook) nog werkzaamheden ten behoeve van de boedel verricht. Denk bijvoorbeeld aan een administratief medewerker die (ook na de doorstart) nog vragen van de curator heeft beantwoord over bijvoorbeeld financiële gegevens of uitstaande debiteuren. Behoudt een werknemer in dergelijke gevallen wel (gedeeltelijk) aanspraak op 'dubbel' loon?

Het zijn zo maar een aantal voor de hand liggende variaties die de uitkomst in concrete gevallen zouden kunnen beïnvloeden.

Hier komt nog een praktisch probleem bij. Het UWV zal, ter beperking van haar eigen risico, vanaf nu vermoedelijk willen controleren tegen welke arbeidsvoorwaarden een werknemer in dienst treedt bij een doorstarter. Die informatie heeft het UWV doorgaans niet, nog daargelaten of het UWV de mankracht heeft om een grote hoeveelheid individuele arbeidsovereenkomsten te vergelijken.

Voor het UWV is de uitkomst van dit arrest ongetwijfeld een tegenvaller. In dit concrete geval heeft het UWV mogelijk een vordering uit hoofde van ongerechtvaardigde verrijking op de werknemers die een uitkering hebben ontvangen. Maar of die vorderingen in de praktijk ook eenvoudig te innen zijn, is de vraag.

Kortom, het is niet ondenkbaar dat het arrest van de Hoge Raad in de praktijk zal leiden tot discussies die op hun beurt voor problemen kunnen zorgen in de uitvoering van de loongarantieregeling.