

ANNOTATIE

Overgang van onderneming en faillissement – van schot in de roos tot koude douche

prof. mr. dr. S.S.M. Peters

*Annotatie bij Rechtbank Noord-Nederland, 22-08-2014,
ECLI:NL:RBNNE:2014:4598 (AR-2014-0822)*

1. Inleiding

Jan de Roos is gespecialiseerd in exceptioneel transport, hoogwerkers en mobiele kranen. Een ander specialisme van deze ondernemer is, hoewel zijn website dát niet vermeldt, het laten failleren en doorstarten van BV's. De onderhavige zaak, die eind augustus door de Kantonrechter Leeuwarden werd beslist, betreft niet zo maar een faillissement annex doorstart. De onderhavige faillissementen en doorstarts van drie Jan de Roos BV's zijn de zoveelste in een lange reeks (maart 2011, februari 2013, mei 2014). Het werd Jan de Roos deze keer echter moeilijk gemaakt. De curator wenste niet mee te werken aan de doorstart van de drie BV's en weigerde het personeel te ontslaan. Vervolgens weigerde het UWV de loonbetalingsverplichtingen van de gefailleerde vennootschappen over te nemen, omdat sprake zou zijn van overgang van onderneming. Ten slotte bleek het betoog van werknemers dat zij in casu, ondanks de faillissementen, bescherming ontlenen aan de regels inzake overgang van onderneming, een schot in de roos. De kantonrechter veroordeelde de op 27 mei 2014 opgerichte vennootschappen, de doorstarters alias verkrijgers, tot betaling van het achterstallige loon.

Nog geen maand later eindigt de zaak alsnog – of vooralsnog? – in een koude douche voor de werknemers. De doorgestarte BV's zijn op 16 september jongstleden alweer failliet verklaard. De uitspraak van de Kantonrechter Leeuwarden zou ten grondslag liggen aan deze laatste faillissementen. Volgens zijn advocaat kon De Roos het benodigde bedrag, ca. € 100.000, niet opbrengen. 'Voor de werknemers zat er toen weinig anders op dan faillissement aanvragen. Toen de Roos dat hoorde, zei hij: "dat wil ik ze niet aandoen. Dan vraag ik het zelf wel aan"' (Nieuwsbericht 18 september 2014, www.transport-online.nl/site/51449/opnieuw-drie-bvs-van-jan-de-roos-failliet-verklaard/). Kennelijk is deze keer niet in een (gelijktijdige) doorstart van de BV's voorzien. De werknemers zijn weer terug bij af. Zij zullen wederom bij het UWV

moeten aankloppen en zijn, zo lijkt het, deze keer definitief hun baan bij Jan de Roos kwijt.

De onderhavige zaak ziet (dus) op de voorlaatste faillissementsronde van 27 mei 2014. De Kantonrechter Leeuwarden zag zich gesteld voor een situatie die alle schijn heeft van misbruik van faillissement. Hij biedt de werknemers bescherming door te oordelen dat, ondanks de faillissementen, de regels inzake overgang van onderneming van toepassing zijn. In deze bijdrage wordt de uitspraak op haar juridische merites beoordeeld.

2. De zaak

Eisers in deze zaak zijn twintig werknemers die in dienst waren van drie (van de vele) Jan de Roos BV's. Deze vennootschappen zijn op 27 mei 2014 failliet verklaard. Op dezelfde dag zijn drie nieuwe Jan de Roos BV's opgericht, met namen die vrijwel identiek zijn als die van de oude BV's. De werknemers zijn volgens de ook op 27 mei opgemaakte arbeidsovereenkomsten per 28 mei in dienst getreden van de nieuwe vennootschappen. De curator weigerde, zoals gezegd, mee te werken aan de doorstartoperatie en het UWV weigerde de loonbetalingsverplichtingen van de gefailleerde vennootschappen over te nemen. De werknemers vorderen daarom in deze kortgedingprocedure achterstallig loon c.a. van hun nieuwe werkgevers – de doorstartende BV's.

3. Oordeel kantonrechter

De kantonrechter oordeelt dat sprake is van overgang van onderneming. De identiteit van de drie ondernemingen is behouden gebleven, nu de exploitatie in feite is voortgezet door de verkrijgers. Daarbij wijst de rechter in de eerste plaats op het feit dat Jan de Roos het oogmerk had de drie BV's te laten failleren en de activiteiten onder de vlag van gedaagden (de doorstartende BV's) voort te zetten met medeneming van de werknemers. Dit blijkt onder andere uit de mededeling van Jan de Roos op 24 mei aan vier werknemers dat het faillissement van de drie BV's aanstaande was, maar dat dit voor de werknemers geen problemen zou opleveren omdat het werk door zou gaan en zij direct weer in dienst zouden worden genomen. In de tweede plaats stelt de rechter vast dat de bij de gefailleerde vennootschappen onderhanden werkzaamheden na de faillissementen ook daadwerkelijk zijn voortgezet door de nieuwe BV's. Zij maken daarbij gebruik van dezelfde, door gelieerde vennootschappen ter beschikking gestelde, bedrijfsmiddelen en van de aan de gefailleerde BV's verleende vergunningen.

Vervolgens oordeelt de kantonrechter dat de uitzondering van artikel 7:666 lid 1 BW – de regels inzake overgang van onderneming vinden kort gezegd geen toepassing in geval van faillissement – in casu niet geldt. Hij overweegt daartoe dat uit jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat een reden voor de in artikel 7:666 BW neergelegde uitzondering was 'om de curator meer mogelijkheden te geven om een doorstart van een gefailleerde onderneming te bewerkstelligen teneinde zoveel mogelijk werkgelegenheid te kunnen behouden'. Voorts leidt hij uit HR 30 oktober 1987 (NJ 1988/191) af, 'dat in een geval als het onderhavige, waarbij is aangestuurd op een faillissement met het voortzetten van de feitelijke activiteiten met dezelfde bedrijfsmiddelen en hetzelfde personeel, dit alles buiten de curator om, deze

uitzondering niet van toepassing is'. Het beroep van de doorstartende vennootschappen op artikel 7:666 faalt daarom. Zij zijn derhalve op grond van artikel 7:663 BW gehouden de gevorderde achterstallige bedragen aan loon en overige emolumenten aan werknemers te voldoen.

4. Commentaar

Dat de (hierboven vermelde) feitelijke gang van zaken rond de drie Jan de Roos BV's inderdaad, zoals de kantonrechter oordeelt, kwalificeert als overgang van onderneming in de zin van artikel 7:662 BW, behoeft mijns inziens geen nadere toelichting. Het wordt spannend bij de volgende stap: de uitschakeling van artikel 7:666 BW. Voordat ik naar de argumentatie van de kantonrechter kijk, eerst een korte schets van de achtergrond van laatstgenoemd artikel.

Het behoud van rechten dat artikel 3 Richtlijn 2001/23/EG werknemers bij overgang van onderneming garandeert, geldt niet indien de vervreemder in een faillissementsprocedure is verwickeld. Hetzelfde geldt voor het recht op ontslagbescherming ex artikel 4 richtlijn. Deze in artikel 5 lid 1 richtlijn neergelegde faillissementsuitsondering is een codificatie van de arresten die het Hof van Justitie EG op 7 februari 1985 wees (zaak 135/83, ECLI:EU:C:1985:55; NJ 1985/900 (*Abels*), NJ 1985/901 en NJ 1985/902). Het Hof overwoog in de Nederlandse *Abels*-zaak dat het faillissementsrecht wordt gekenmerkt door bijzondere procedures die tot doel hebben de diverse belangen, vooral die van de verschillende categorieën schuldeisers, met elkaar in evenwicht te brengen. Daartoe bestaan er in alle lidstaten bijzondere voorschriften die ertoe kunnen leiden dat geheel of gedeeltelijk wordt afgeweken van onder andere sociaalrechtelijke bepalingen. Het Hof besliste dat er ook een uitzondering moet gelden voor de ovo-regels: de richtlijn mist toepassing in een faillissementssituatie waarbij de onderneming van de vervreemder in de boedel valt. Met die uitzondering worden niet alleen de belangen van de schuldeisers het beste gewaarborgd, aldus het Hof, maar uiteindelijk ook de belangen van de werknemers als collectiviteit. Toepasselijkheid van de richtlijn zou een potentiële verkrijger ervan kunnen weerhouden de onderneming op voor de boedel aanvaardbare voorwaarden – dus tegen een redelijke prijs – over te nemen. Dit zou kunnen resulteren in een liquidatie van het bedrijf waarbij alle arbeidsplaatsen verloren gaan, in plaats van een doorstart met een deel van het personeel. Artikel 5 van de richtlijn is geïmplementeerd in artikel 7:666 BW. Nederland heeft dus geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid die de richtlijn biedt (in art. 5 lid 1) om artikel 3 en 4 van de richtlijn wél van toepassing te verklaren (al dan niet geclausuleerd) in faillissementssituaties.

Niet-toepasselijkheid artikel 7:666 BW

De kantonrechter oordeelt in de Jan de Roos-zaak dat de faillissementsuitsondering niet van toepassing is. De argumentatie daarvoor is echter dun. In de eerste plaats wordt gesteld, onder verwijzing naar het *Abels*-arrest van het Hof van Justitie, dat 'een reden' voor de uitzondering van artikel 7:666 BW was om de curator meer mogelijkheden te geven een doorstart te bewerkstelligen teneinde zo veel mogelijk werkgelegenheid te kunnen behouden. Het feit dat

de toepasselijkheid van de ovo-regels in een faillissementssituatie uiteindelijk juist averechts zou kunnen uitpakken voor de betrokken werknemers, was de achtergrond voor de uitzondering van artikel 5 lid 1 richtlijn (en dus van art. 7:666 BW). Het betekent echter niet dat, indien die situatie zich niet voordoet, de uitzonderingsbepaling dus niet van toepassing is. Dat is uiteraard ook niet in de genoemde bepalingen te lezen. Sterker nog, uit de richtlijn blijkt dat de Europese wetgever voor bepaalde gevallen van misbruik een andere oplossing heeft voorzien. Daar kom ik hierna op terug. In de tweede plaats wijst de kantonrechter op een arrest van de Hoge Raad uit 1987, gewezen voordat artikel 7:666 BW werd ingevoerd. Dit arrest behelst niet veel meer dan de vaststelling dat de Nederlandse regeling van overgang van onderneming niet geldt indien de vervreemder in staat van faillissement is gesteld. Hetgeen de kantonrechter daaruit afleidt, namelijk dat indien is aangestuurd op een faillissement terwijl in wezen sprake is van voortzetting van het bedrijf ('technisch faillissement') artikel 7:666 BW niet van toepassing is, valt in het arrest niet te lezen. De rechtbank suggereerde iets in die richting, maar de Hoge Raad laat zich daar niet over uit.

De verwijzing naar de achtergrond van artikel 7:666 BW levert, evenmin als genoemd arrest van de Hoge Raad, een valide argument op om deze bepaling weg te lezen teneinde de werknemers ovo-bescherming te bieden. Niettemin is er wel degelijk een juridische weg waarlangs dit resultaat kan worden bereikt. Voordat ik daaraan toekom, terzijde nog het volgende.

Het Hof oordeelde in Abels dat de richtlijn geen toepassing vindt op een overgang die plaatsvindt 'in het kader van een faillissement, dat gericht is op de vereffening van het vermogen van de vervreemder onder toezicht van de bevoegde rechterlijke instantie'. De richtlijn geldt daarentegen wel bij surseance van betaling, nu die procedure primair gericht is 'op het behoud van de boedel en, zo mogelijk, de voortzetting van de onderneming'. Sommigen betogen, onder verwijzing naar onder ander Abels, dat in doorstartgevallen, in het bijzonder met een pre-pack, artikel 7:666 BW niet van toepassing zou moeten zijn. Er zou dan in feite geen sprake zijn van een procedure gericht op liquidatie (vereffening), maar een procedure gericht op continuïteit van de onderneming (zie bijv. de noot van P. Huffman bij de onderhavige uitspraak, *JAR* 2014/234; P. Huffman en I. Zaal, 'De toepasselijkheid van de Richtlijn overgang van onderneming bij insolvente ondernemingen', *TAP* 2014/98; J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet?', *ArbeidsRecht* 2013/38). Het is de vraag of dit juist is. In geval van een pre-pack is de (beoogd) curator vroegtijdig betrokken bij de noodlijdende onderneming teneinde eventuele doorstartmogelijkheden af te tasten. Zijn handelingen in het pre-packstadium zullen uiteindelijk vaak bepalend zijn voor het faillissement. Niettemin vervult hij in dat (aanstaande) faillissement zijn gebruikelijke rol. Hij treedt primair op voor de gezamenlijke crediteuren van de noodlijdende onderneming, in wier belang de onderneming zal worden geliquideerd. Hij beoogt in hun belang een zo hoog mogelijke opbrengst te realiseren en, in het algemeen belang, zo mogelijk een deel van de werkgelegenheid te behouden. Uiteraard zal de curator zijn medewerking niet (mogen) verlenen indien hij een misbruik vermoedt (zie daarover hieronder). Het doel van de faillissementsprocedure, ongeacht de

(doorstart)bedoelingen van de vervreemder en/of verkrijger en/of curator, blijft gelijk. Het is niet duidelijk of de bedoelingen van betrokkenen (blijkend uit de feitelijke gang van zaken) überhaupt een rol zouden moeten spelen volgens het Europese recht (vgl. F.M.J. Verstijlen, 'Reorganisatie van ondernemingen en pre-pack', preadvies voor Vereniging Handelsrecht, 2014, p. 60). Indien men aanneemt dat die bedoelingen wel degelijk relevant zijn, dan zal dat ook moeten gelden voor een doorstart/overgang na faillissement *zonder* pre-pack. Dat is de situatie waarmee een 'geprepackte doorstart' in de eerste plaats moet worden vergeleken (en dus niet in de eerste plaats met een herstructurering buiten faillissement, vgl. pre-advies Verstijlen, p. 55). Mij lijkt dat men dan in beide situaties de intenties van betrokkenen – streeft men primair naar continuering van de onderneming of is veeleer sprake van 'redden wat er te redden valt' na een onvermijdelijk faillissement? – moet onderzoeken. Ik betwijfel of daarmee de rechtszekerheid en de rechtspositie van de betrokken werknemers wordt gediend. Voorts is natuurlijk de vraag of deze bedoelingentoets te scharen valt onder artikel 7:666 BW, dat nu eenmaal simpelweg bepaalt dat de regels inzake overgang van onderneming niet van toepassing zijn in geval van faillissement. Mocht de relevantie van de intenties al uit artikel 5 van de richtlijn, zoals uitgelegd door het Hof, voortvloeien, dan kan richtlijnconforme interpretatie geen oplossing bieden (aldus ook Hufman, JAR 2014/234).

Hoe dit ook zij, het onderhavige geval is onvergelijkbaar met een 'geprepackte' doorstart. Er was niet alleen geen sprake van een pre-pack, er werd door de curator zelfs helemaal niet meegewerkt. Gesteld kan worden dat in casu het hele door Jan de Roos geschreven scenario volledig op continuïteit van de BV's was gericht – maar dan onder *nét* iets andere namen. De oude BV's zijn echter gefailleerd en daarmee is aan de voorwaarden van artikel 7:666 BW voldaan. De oplossing van het probleem moet mijns inziens niet in de voorgedrukte doorstart worden gezocht, maar in het oneigenlijke gebruik van het aanvragen van het eigen faillissement.

De werknemers staan gelukkig niet met lege handen. De Europese wetgever heeft voorzien dat de faillissementsuitzondering kan leiden tot misbruik. Het feit dat in geval van faillissement allerlei werknemersbeschermende regels niet gelden, maakt het aanvragen van eigen faillissement nu eenmaal aantrekkelijk. De onderneming kan worden voortgezet met alleen dat deel van het personeel waarin de ondernemer gelooft. Bovendien kan in Nederland de rest van het personeel eenvoudig en goedkoop worden ontslagen, aangezien de normale ontslagregels evenmin van toepassing zijn. Daarom bepaalt artikel 5 lid 4 richtlijn dat de lidstaten de nodige maatregelen treffen om misbruik van insolventieprocedures, met het doel de werknemers van de in de richtlijn bedoelde rechten te beroven, te voorkomen. Deze bepaling is in 2002 geïmplementeerd via artikel 13a Fw. In dat artikel is bepaald dat indien de faillietverklaring wordt vernietigd, de opzegging van een arbeidsovereenkomst door de curator in afwijking van artikel 13 Fw met terugwerkende kracht beheerst wordt door de gewone ontslagrechtelijke regels die buiten faillissement gelden. Dit betekent met name dat de opzegging vernietigbaar is wegens het ontbreken van een ontslagvergunning. Met deze bepaling schieten de werknemers van Jan de Roos echter niet veel op, alleen al omdat zij allen in dienst van de verkrijger zijn gekomen. In zoverre is de onderhavige casus atypisch: de

werknemers zijn wel in dienst genomen door de nieuwe BV's en hadden dus geen ontslagbescherming nodig (waarschijnlijk op een of twee werknemers na, maar daarover ontbreken nadere gegevens, ik laat dat hier buiten beschouwing). Zij hadden wel, nu UWV had geweigerd de loondoorbetalingsverplichting van de gefailleerde BV's over te nemen, een partij nodig die zij aansprakelijk konden stellen voor het achterstallige loon. Daartoe bestaan echter wel mogelijkheden, namelijk met behulp van het leerstuk van misbruik van bevoegdheid en/of bestuurdersaansprakelijkheid.

Misbruik van bevoegdheid

Artikel 3:13 BW bepaalt dat degene aan wie een bevoegdheid toekomt, haar niet kan inroepen voor zover hij haar misbruikt. Volgens het tweede lid kan een bevoegdheid onder meer worden misbruikt 'door haar uit te oefenen (...) met een ander doel dan waarvoor zij is verleend' (*détournement de pouvoir*). Dit leerstuk geldt in het faillissementsrecht, ook indien het de schuldenaar zelf is die het faillissement aanvraagt. Aangenomen kan worden dat wanneer de faillissementsaanvraag uitsluitend of hoofdzakelijk is geschied teneinde daarmee de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers te omzeilen en/of op anderen af te wentelen, de aanvrager van het faillissement misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt (vgl. HR 29 juni 2001, *JOR* 2001/169 (Multi-Terminals Waalhaven/FNV Bondgenoten), met name de conclusie daarbij van P-G Langemeijer). Van dergelijk misbruik kan ook sprake zijn als er op zichzelf wel een financiële aanleiding is voor het aanvragen van het faillissement: die aanleiding – betalingsonmacht – kan immers worden gearrangeerd. Deze zogenoemde ruime leer kan impliciet worden afgeleid uit HR 28 mei 2004, *JOR* 2004/216, ECLI:NL:HR:2004:AP0084 (Digicolor). Zie hierover uitgebreid M.L. Lennarts en S.N. de Valk, 'Aansprakelijkheid van bestuurders jegens werknemers wegens misbruik van faillissement', *ArA* 2004/2, p. 108-123.

In casu is duidelijk sprake van het orkestreren van de betalingsonmacht van de drie BV's waarbij de werknemers in dienst waren. Het zijn min of meer lege BV's, de contracten en de bedrijfsmiddelen zitten elders in het concern. Op elk moment kan Jan de Roos (en/of Jan de Roos Lemmer B.V.) 'de stekker eruit trekken', om zo de normale arbeidsrechtelijke verplichtingen te ontlopen en het UWV op te laten draaien voor achterstallige lonen. Dat sprake is van misbruik wordt onderstreept door de weigering van de curator de werknemers te ontslaan en mee te werken aan de doorstarts. (NB: de vraag of de werknemers wellicht nog een arbeidsovereenkomst bij de gefailleerde BV's hebben laat ik rusten, uiteindelijk schieten ze daar ook niets mee op.)

In de Multi-Terminals Waalhaven-zaak was door FNV Bondgenoten binnen acht dagen verzet aangetekend tegen de faillietverklaring ex artikel 10 Fw en was vervolgens de faillietverklaring door de rechtbank vernietigd wegens misbruik van bevoegdheid (art. 13 Fw). Die vernietiging hield tot en met cassatie stand. Deze weg had naar mijn mening in casu moeten worden gevolgd, maar kennelijk is er geen verzet aangetekend tegen de faillietverklaring. Indien dat wél was gebeurd, en de faillietverklaringen wegens misbruik van bevoegdheid zouden zijn vernietigd, dan waren de rechtsgevolgen als volgt geweest. Krachtens artikel 13 Fw blijven alle

door de curator verrichte handelingen geldig en verbindend voor de schuldenaar. Op deze hoofdregel is slechts een uitzondering gemaakt voor de opzeggingen door de curator: deze worden met terugwerkende kracht beheerst door de gewone ontslagrechtelijke regels (art. 13a Fw). Voor het overige geldt de hoofdregel van artikel 13 Fw, hetgeen impliceert dat, ondanks de vernietiging van de faillietverklaring, de rechtsgevolgen van artikel 7:662 e.v. BW wel in stand blijven. Ten opzichte van een verkrijger te goeder trouw is dat ook goed te verdedigen. In de onderhavige zaak ligt dat anders. Van belang daarbij is in de eerste plaats dat in casu het faillissement van de drie BV's werd gearrangeerd teneinde de activiteiten voort te zetten in drie nieuwe – en speciaal daartoe opgerichte – BV's. Er is met andere woorden geen sprake van een verkrijger te goeder trouw. Daarnaast is van belang dat de curator zijn handen van de zaak heeft afgetrokken, en kennelijk noch de werknemers heeft ontslagen, noch aan de overgang heeft meegewerkt. Onder die omstandigheden kan op grond van het leerstuk van misbruik van bevoegdheid worden betoogd dat noch de Jan de Roos-vervreemders, noch de Jan de Roos-verkrijgers zich op de aan de faillissementen van de vervreemders verbonden bevoegdheid – i.e. het kunnen bewerkstelligen van een overgang van onderneming zonder dat daarvoor de regels van artikel 7:662 e.v. BW gelden – kunnen beroepen (vgl. W.C.L. van der Grinten, *Arbeidsovereenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 296-297).

Mijns inziens kan dit laatste zelfs worden betoogd, indien, zoals waarschijnlijk in casu, niet op tijd verzet is aangetekend tegen de faillietverklaring en deze dus niet is vernietigd. Iemand die een bevoegdheid misbruikt, kan zich niet op die bevoegdheid beroepen, zo bepaalt het eerste lid van artikel 3:13 BW. De wetgever merkte hierover op: 'Degene aan wie de bevoegdheid toekomt, kan haar niet inroepen – d.w.z. noch haar uitoefening afdwingen, noch haar inroepen ter rechtvaardiging van een reeds voltrokken "uitoefening" –, voor zover hij die bevoegdheid misbruikt' (Parl. gesch. Inv. Boeken 3, 5 en 6, Boek 3 (MvT Inv.), p. 1048). Hij zal een rechtsvordering dus niet kunnen afweren onder verwijzing naar die bevoegdheid. Men zou dus – onder de hierboven genoemde specifieke omstandigheden – kunnen betogen dat de werkgever zich niet kan beroepen op de bijzondere regels die in geval van faillissement gelden. De faillietverklaring komt in zoverre geen rechtskracht toe (vgl. m.b.t. de opzeggingsbevoegdheid HR 11 december 2009, *JAR* 2010/17 (Van Hooff Elektra), r.o. 3.5). Per saldo kan zo op grond van het leerstuk van misbruik van bevoegdheid 'sec' tot een vergelijkbare uitkomst worden gekomen als via de vernietiging van de faillietverklaring ex artikel 10 Fw wegens misbruik. Uiteraard is dit laatste de koninklijke (en zekerste) weg.

Het leerstuk van misbruik van bevoegdheid biedt dus de mogelijkheid het resultaat te bereiken waarnaar de kantonrechter op zoek was: het bieden van ovo-bescherming aan de werknemers. Beide wegen – die van misbruik van bevoegdheid en die van de kantonrechter – lopen in casu echter dood voor werknemers. Zij waren reeds in dienst van de nieuwe BV's en hun achterstallige loon zullen ze niet meer door die 'nieuwe' werkgevers vergoed krijgen, aangezien ... ook de nieuw opgerichte BV's zoals gezegd op 16 september alweer failliet zijn verklaard.

Bestuurdersaansprakelijkheid

Wat resteert is de mogelijkheid van bestuurdersaansprakelijkheid. De werknemers kunnen proberen de kwade genius achter de gefailleerde en nieuw opgerichte Jan de Roos BV's aan te spreken tot vergoeding van de door hen geleden schade op grond van onrechtmatige daad. Enig aandeelhouder en bestuurder van de nieuwe vennootschappen is Jan de Roos Materieel BV, waarvan Jan de Roos directeur is. Ik vermoed dat Jan de Roos (persoonlijk) enig (in)direct bestuurder/aandeelhouder is van en volledige zeggenschap heeft in vrijwel alle Jan de Roos BV's. Dat betekent dat hij persoonlijk aansprakelijk kan zijn uit onrechtmatige daad voor het hierboven beschreven misbruiken van de bevoegdheid tot het aanvragen van het eigen faillissement van de BV's (vgl. HR 28 mei 2004, *JAR* 2004/166 (Digicolor); Pres. Rb. Den Haag 26 januari 1996, *JAR* 1996/58 (Ammerlaan) en Lennarts en De Valk, *ArA* 2004/2, p. 118 e.v.). Daarvoor zal moeten worden aangetoond dat de faillissementsaanvragen als vooropgezet doel hadden te bewerkstelligen dat de Jan de Roos BV's de facto op de oude voet zouden worden voortgezet, terwijl tegelijkertijd de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers werd omzeild (vgl. Digicolor, r.o. 3.5.3). Het is de vraag of er voldoende 'ligt' om te stellen dat Jan de Roos persoonlijk onrechtmatig heeft gehandeld jegens de werknemers. Dat direct aansluitend op de faillissementsaanvragen de ondernemingen door Jan de Roos op de oude voet zijn voortgezet en dat dit van meet af aan de bedoeling was, staat wel vast. Zijn mededelingen aan een aantal werknemers vlak voor het faillissement, dat het faillissement aanstaande was, maar 'dat dit voor de werknemers geen problemen zou opleveren omdat het werk door zou gaan en zij direct weer in dienst zouden worden genomen' is in dit verband veelzeggend. Maar anders dan in Digicolor lijken de faillissementsaanvragen van 27 mei 2014 door Jan de Roos niet in hoofdzaak gericht te zijn op het ontnemen van de arbeidsrechtelijke bescherming van de betrokken werknemers, maar vooral op het afwentelen van een deel van de daaraan verbonden kosten op anderen (UWV). De uitspraak biedt echter onvoldoende informatie om dat te beoordelen. Een aanwijzing voor de onrechtmatigheid is de weigering van de curator zijn medewerking aan de operatie te verlenen. Bovendien is duidelijk dat dit al de derde faillissements- annex doorstartronde is in een tijdsbestek van amper drie jaar, hetgeen eveneens in de richting wijst van – in de woorden van A-G Timmerman in zijn conclusie bij Digicolor – een kras geval van onbehoorlijk handelen jegens de betrokken werknemers.

De vraag is ten slotte tot welke schadevergoeding een succesvolle onrechtmatigedaadsvordering tegen Jan de Roos kan leiden. Indien de werknemers na de faillissementen van 16 september jongstleden inderdaad definitief hun baan kwijt zijn, dan is verdedigbaar dat de begroting van de schadevergoeding geschiedt overeenkomstig de door de Hoge Raad gegeven regels voor de artikel 7:681-vergoeding (kennelijk onredelijk ontslag) of overeenkomstig de kantonrechtersformule (dit laatste was de oplossing van Hof Den Bosch 17 oktober 2002 in de Digicolor-zaak). De schadevergoeding is dan gelijk aan het bedrag dat volgens die regels respectievelijk formule moet worden geplakt op een verwijtbare beëindiging van de betreffende arbeidsovereenkomsten.

5. Ten slotte

De argumentatie van de kantonrechter (in r.o. 5.6) waarom het beroep van Jan de Roos op artikel 7:666 BW faalt, is weliswaar kort, maar juridisch niet krachtig. Met het leerstuk van

misbruik van bevoegdheid had de kantonrechter het resultaat kunnen bereiken waarnaar hij op zoek was, namelijk het bieden van ovo-bescherming aan de werknemers ondanks het faillissement van de vervreemder. Die ovo-bescherming zal de werknemers echter uiteindelijk niet verder helpen, nu de in mei jongstleden opgerichte nieuwe BV's in september alweer ter ziele zijn gegaan. Wat resteert is de mogelijkheid van bestuurdersaansprakelijkheid. Misbruik van bevoegdheid noch bestuurdersaansprakelijkheid zijn gemakkelijk begaanbare paden, maar zo lang de wetgever artikel 7:666 BW niet wijzigt, zal men het hiermee in misbruiksituaties moeten doen.