

RECHTSPRAAK

## werknemers/Thebe Huishoudelijke Zorg B.V.

### ***Eigen faillissement Wmo-aanbieder na afwijzing UWV-ontslagaanvragen levert geen misbruik van faillissementsrecht op. Voorbereide doorstart is niet per definitie oneigenlijk.***

Bij vonnis van 18 december 2014 heeft de rechtbank Thebe op eigen aangifte in staat van faillissement verklaard en de curatoren als zodanig aangesteld. Werknemers hebben verzet aangetekend tegen deze faillissementsverklaring. Aan het verzet lag de stelling ten grondslag dat Thebe misbruik heeft gemaakt van de bevoegdheid het eigen faillissement aan te vragen. Het eigen faillissement zou uitsluitend dan wel hoofdzakelijk zijn aangevraagd om daarmee de werknemers de aan hen toekomende arbeidsrechtelijke bescherming te onthouden. Werknemers stellen dat Thebe het faillissement heeft gebruikt om op een gemakkelijke en goedkope manier van hen (en andere werknemers) af te komen, nadat het UWV de door Thebe gevraagde ontslagvergunningen had geweigerd. De faillissementsaanvraag is derhalve gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze is bedoeld, aldus werknemers. Voorts menen werknemers dat sprake is geweest van een pre-pack: binnen twee dagen na het faillissement vond de overname dan wel doorstart door TSN Thuiszorg en Tzorg plaats. De rechtbank heeft het verzet afgewezen.

Het hof oordeelt als volgt. In de rechtspraak en de literatuur zijn diverse indicatoren genoemd die aanleiding kunnen geven tot het oordeel dat sprake is van misbruik van faillissementsrecht. Voorbeelden van deze indicatoren – het betreft hier dus een enuntiatieve en geen limitatieve opsomming – zijn: (1) de onderneming vraagt zelf het faillissement aan; (2) de financiële noodzaak – indien aanwezig – vloeit (onder meer) voort uit een overschot aan personeel; (3) de aanvraag van het faillissement vindt plaats kort nadat ontslagvergunningen of collectief ontslag zijn geweigerd of kort na het intrekken van ontbindingsverzoeken; (4) op het moment van de faillietverklaring ligt reeds een uitgebreid plan voor een doorstart klaar; (5) de bedrijfsactiviteiten van de onderneming worden voortgezet in een andere rechtspersoon of personenvennootschap door de bestuurders of verwante rechtspersonen of er zijn op andere wijze nauwe banden tussen de verkrijger en de vervreemder; en (6) de verkrijger wil de onderneming alleen in afgeslankte vorm overnemen. Er zijn echter ook situaties denkbaar op grond waarvan ondanks het aanwezig zijn van één of meer van de bovenstaande indicatoren, misbruik niet aannemelijk is te achten. De faillissementsaanvraag dient in ieder geval als ‘misbruik’ te worden gekwalificeerd indien

zij uitsluitend of hoofdzakelijk is gedaan met het oogmerk de werknemers de hen buiten faillissement toekomende arbeidsrechtelijke bescherming te (kunnen) onthouden (met andere woorden: achterwege zou zijn gebleven indien dat voordeel niet had kunnen worden bereikt). Het hof is van oordeel dat Thebe de bevoegdheid tot het aanvragen van haar eigen faillissement niet voor een ander doel heeft gebruikt dan waarvoor zij is verleend, terwijl ook niet gezegd kan worden dat de faillissementsaanvraag uitsluitend of hoofdzakelijk is geschied met het vooropgezette doel de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers te (kunnen) ontgaan. Voldoende aannemelijk is geworden dat het aanvragen van het eigen faillissement voor Thebe op 18 december 2014 de enige uitweg was. Reeds om deze reden gaat de stelling van werknemers niet (langer) op dat de faillissementsaanvraag enkel en uitsluitend is geschied met het doel de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemers te ontgaan.

Thebe voerde een onderneming die zich in de kern bezighield met het leveren van vanuit de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) gefinancierde huishoudelijke zorg bij cliënten thuis, ook wel aangeduid als 'Hulp bij het Huishouden'. Sinds de invoering van de Wmo in 2007 is een teruggang waarneembaar in zowel het aantal als de omvang (het aantal uren per indicatie) van de HbH-indicaties. Gevolg voor Thebe was een structurele omzetsdaling, terwijl de kosten hoog bleven. Thebe had, kort gezegd, te veel thuishulpen in dienst in verhouding tot de gerealiseerde en de te realiseren productie. Samengevat had Thebe te maken met een 'volume probleem'. Daarbij komt dat de huishoudelijke zorg die Thebe bood, veelal werd verleend door ervaren (oudere) werknemers met een lang dienstverband, die (bijgevolg) voor het overgrote deel waren ingeschaald in de (hoogste) salarisschaal 'FWG 15' en bovendien merendeels boven in die schaal zaten. Gevolg was dat de salarissen van (het merendeel van) de werknemers van Thebe in relatie tot het tarief dat voor de werkzaamheden werd betaald, te hoog waren. Worden de tarieven die op basis van de inschaling van het personeel betaald zouden moeten worden, vergeleken met de door gemeenten gemiddeld betaalde tarieven, dan blijkt dat HbH1 én HbH2 alleen kostendekkend geboden kunnen worden bij inschaling van personeel in 'FWG 10': de laagste FWG-schaal die voor volwassenen bestaat binnen de FWG-systematiek. De mogelijkheden om zittend personeel terug te schalen van 'FWG 15' naar 'FWG 10' zijn – en waren dus ook voor Thebe – beperkt, en bovendien bezien vanuit het perspectief van goed werkgeverschap onwenselijk. Getracht is de salarissen met instemming van de werknemers naar beneden toe bij te stellen. Voorts is getracht samen met een schoonmaakbedrijf de werkzaamheden aan te besteden. Het hof stelt voorop dat het feit dat, voorafgaand aan de faillissementsaanvraag, allerlei pogingen zijn ondernomen om het lot van de onderneming nog ten goede te keren een indicatie vormt voor de goede trouw van Thebe en een contra-indicatie voor het aannemen van misbruik. De overgang, na faillissementsdatum, van de zorgverlening en de medewerkers van Thebe naar TSN Thuiszorg, Tzorg en ActiefZorg, betrof geen 'overname', dan wel 'doorstart' in de eigenlijke zin van het woord, maar was (enkel) ingegeven door de wens de zorgverlening aan de cliënten van Thebe zo veel mogelijk te continueren, alsmede de werkgelegenheid en de bestaande cliënt-hulpverlenerrelatie (zo veel mogelijk) te behouden.

Ten overvloede overweegt het hof als volgt. Een tevoren voorbereide doorstart van de

onderneming betekent niet zonder meer dat er sprake is van oneigenlijk gebruik van het middel van de faillissementsaanvraag. De financiële toestand van de onderneming kan immers zodanig zijn dat zij verkeert – of naar verwachting binnenkort zal verkeren – in de toestand van te hebben opgehouden te betalen, ongeacht of de bedrijfsactiviteiten nu wel of niet in een andere onderneming worden voortgezet. In dat geval is de doorstart vaak een kwestie van: redden wat er nog te redden valt. Men pleegt eerst van ‘oneigenlijk gebruik’ te spreken indien de betalingsonmacht van de onderneming wordt bewerkstelligd (‘georkestreerd’), bijvoorbeeld door het staken van de activiteiten van de vennootschap of het stopzetten van de concernfinanciering, teneinde na faillietverklaring van de vennootschap en overname van de activa te kunnen profiteren van de verminderde arbeidsrechtelijke bescherming die de wet in een faillissementssituatie biedt. Thebe had per faillissementsdatum een negatief eigen vermogen van circa 6 miljoen euro en was sinds in ieder geval 2010 verliesgevend, waarbij dat verlies sinds 2012 jaarlijks (fors) opliep. Niet gezegd kan dan ook worden dat Thebe bewust is gebracht in de toestand dat zij heeft opgehouden te betalen middels het stopzetten van de concernfinanciering, in het laatste kwartaal van 2014; nog daargelaten dat deze beslissing uitsluitend ter beoordeling stond van de holding en niet van Thebe. Het bestaan van een (formele) verplichting van de holding om een volledig onrendabele dochter – tot in lengte van jaren – in stand te houden, is gesteld noch gebleken. Daarenboven was de holding naar het oordeel van het hof gerechtigd de stortingen aan Thebe te staken, nu Thebe al jaren geen betalingen aan de holding had kunnen doen en daarop gezien de negatieve financiële situatie ook geen uitzicht bestond, met een oplopende rekening-courantschuld tot gevolg. Daarbij komt dat de stortingen vanuit de holding in de jaren voorafgaande aan het faillissement zich niet verhouden met de gedachte dat Thebe de bedoeling zou hebben gehad op een later tijdstip te failleren om op een gemakkelijke wijze van de werknemers ‘af te komen’.

---

**Instantie:** Gerechtshof 's-Hertogenbosch

**Datum uitspraak:** 26-03-2015

**ECLI:** ECLI:NL:GHSHE:2015:1079

**Zaaknummer:** HR 200.163.308\_01

**Rechters:** A.P. Zweers-van Vollenhoven, L.Th.L.G. Pellis en G. Feddes

**Advocaten:** J.L. van J-L Os en J.W. Andringa

**Wetsartikelen:** 11 Fw, 3:15 BW en 3:13 BW