



Herstructurering in crisistijd

Hoe red ik mijn onderneming?

INHOUD

- 03 Beslisboom: de juiste route voor ondernemers in crisistijd
- 05 Afbreken van onderhandelingen
- 07 Opzegging kredietrelatie door de bank
- 09 Een crediteurenakkoord buiten faillissement
- 11 Debt for equity swap
- 13 Selectieve betaling van crediteuren
- 15 Afwenden van een verzoek tot faillietverklaring
- 17 Reorganisatie en ontslaan van personeel
- 20 Wet homologatie onderhands akkoord
- 22 Surseance van betaling
- 24 Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement
- 26 Bestuurdersaansprakelijkheid en deponeringsverplichting
- 28 Doorstart na een faillissement
- 30 Overname van personeel bij een doorstart

INLEIDING

Al sinds het uitbreken van de coronacrisis wordt een golf aan faillissementen voorspeld. Tot op dit moment is deze vrees nog geen werkelijkheid geworden.

Sterker nog: er worden zelfs historisch weinig faillissementen uitgesproken. Desondanks lijkt het slechts een kwestie van tijd voordat de echte klap gaat komen.

In deze whitepaper bespreken wij – de insolventierechtsspecialisten van [Hekkelman advocaten en notarissen](#) en [Watsonlaw](#) – diverse onderwerpen waarmee een ondernemer in crisistijd te maken kan krijgen. Wij geven concrete tips om de onderneming te redden en aansprakelijkheid te voorkomen. Zelfs als dat betekent dat een faillissement moet volgen. In het uiterste geval kan namelijk een faillissement uitkomst bieden om in ieder geval een deel van de onderneming te redden.

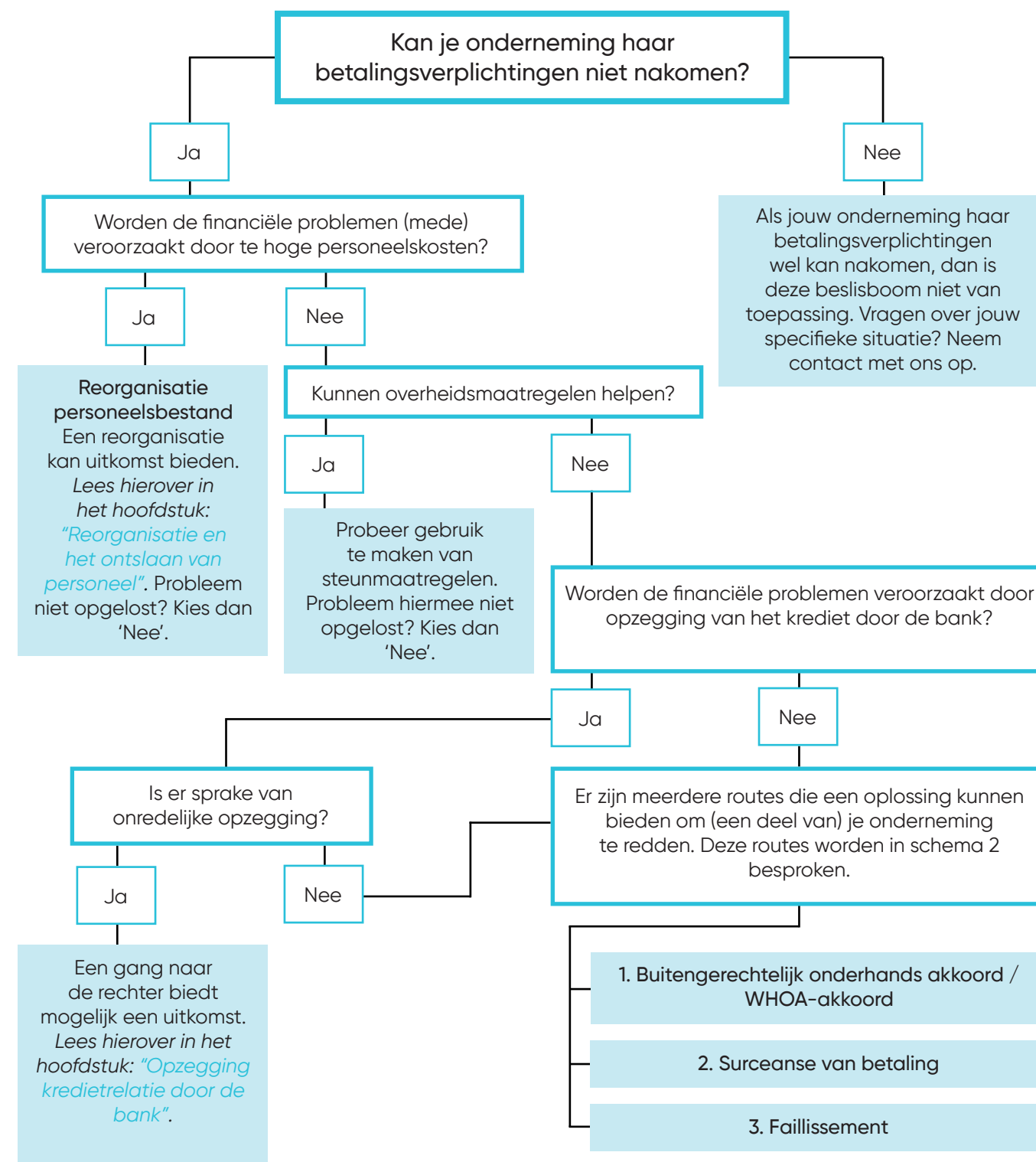
Meer informatie?

Ga naar www.watsonlaw.nl of www.hekkelman.nl

De juiste route voor ondernemers in crisistijd

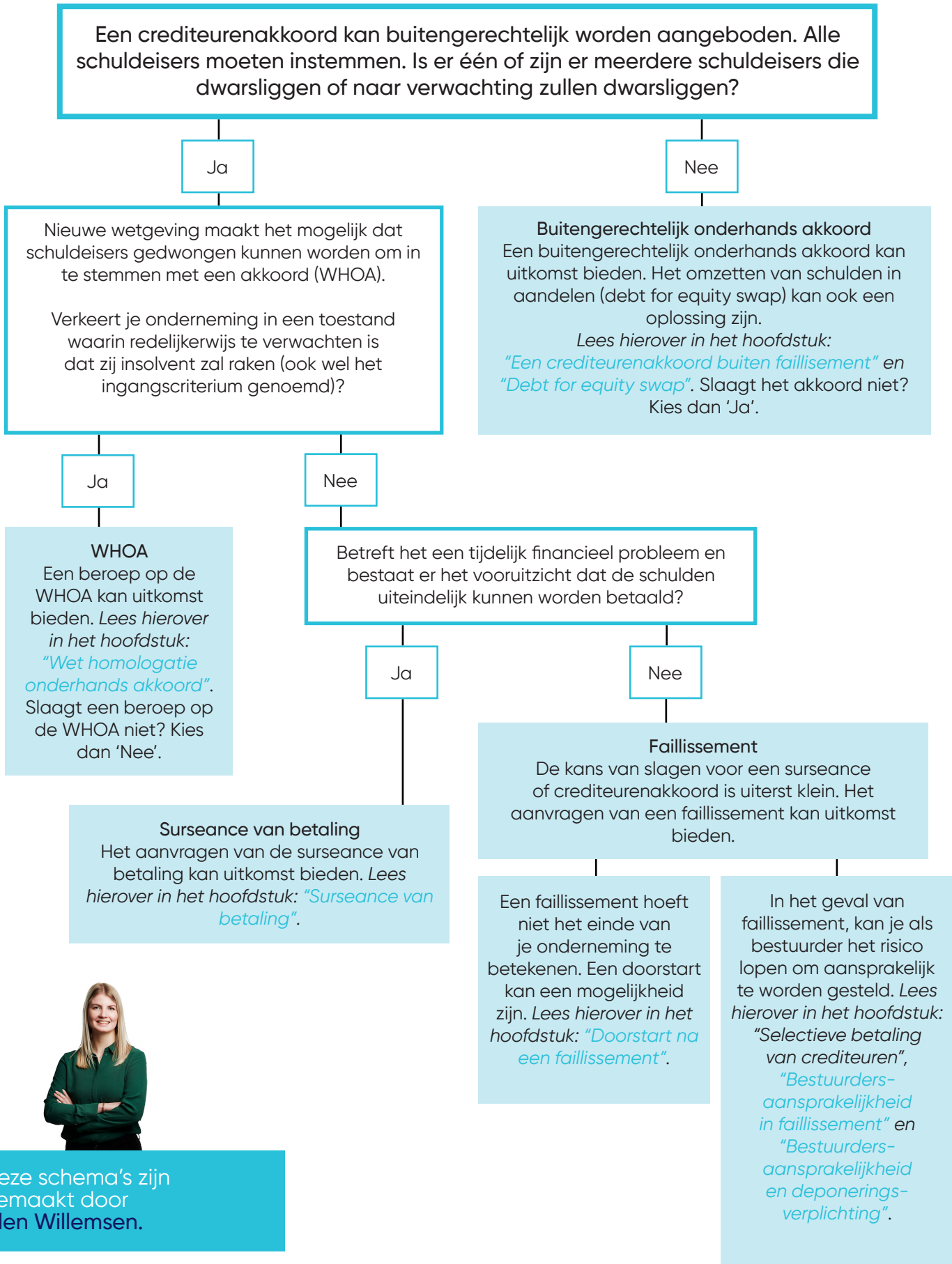
Kan jouw onderneming de betalingsverplichting niet meer nakomen en weet je niet wat je kunt doen om jouw onderneming te redden? Deze beslisboom helpt je op weg om de oplossing te vinden die bij jouw situatie past.

Schema 1



De juiste route voor ondernemers in crisistijd

Schema 2



Afbreken van onderhandelingen



We beginnen bij het begin, of beter gezegd, misschien nog wel vóór het daadwerkelijke begin: je bent nog in onderhandeling over een overeenkomst met een potentiële toekomstige contractpartij.

De kans is klein dat je gedurende de gesprekken met de betreffende wederpartij nog niet over corona (of een andere onvoorziene crisis) en de gevolgen daarvan gesproken hebt, al is het maar vanwege de interesse in het welzijn van de persoon waarmee je spreekt of de small talk.

De vraag is echter of je in verband met een plotselinge crisis, zoals de coronacrisis, de onderhandelingen zomaar mag afbreken.

Het kan echter zo zijn dat je dusdanig (ver) gevorderd bent in de onderhandelingen en/of er zich omstandigheden voordoen waardoor jij of je toekomstige wederpartij er gerechtvaardigd op mag vertrouwen dat er op grond van de onderhandelingen daadwerkelijk een overeenkomst tot stand komt. In zo'n situatie bestaat de mogelijkheid dat je niet meer 'zomaar' de onderhandelingen mag afbreken en dat je wanneer je dat toch doet, schadeplichtig bent tegenover de wederpartij. De mate waarin je in een dergelijk geval schadeplichtig bent is afhankelijk van de precieze omstandigheden van het geval.

Uitgangspunten bij het afbreken van onderhandelingen

Het uitgangspunt bij te maken afspraken met een toekomstige wederpartij is dat je pas aan afspraken gebonden bent wanneer beide partijen wilsovereenstemming hebben bereikt. Een aanbod gedaan door de ene partij dient door de andere partij aanvaard te zijn.

Aldus lijkt het logisch dat wanneer je nog niet definitief het aanbod van een toekomstige wederpartij aanvaard hebt, partijen in beginsel vrij zijn om uit elkaar te gaan zonder dat daar verstrekende gevolgen aan verbonden zijn. Die aanname is juist en is ook door de Hoge Raad bevestigd: het staat onderhandelende partijen in beginsel vrij om onderhandelingen af te breken (HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467 (CBB/JPO)).

De rol van de coronacrisis en de (mogelijke) gevolgen daarvan

In hoeverre spelen de coronacrisis en de gevolgen daarvan in dit kader een rol? Het antwoord op die vraag is afhankelijk van de mate waarin de coronacrisis en de gevolgen daarvan voorzienbaar waren voor jou dan wel de wederpartij bij het aangaan van de onderhandelingen.

De Hoge Raad heeft namelijk geruime tijd geleden al geoordeeld dat het afbreken van onderhandelingen bij onvoorziene (bijkomende) omstandigheden geoorloofd kan zijn, ondanks dat er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen bij de wederpartij (HR 14 juni 1996, NJ 1997, 481 (De Ruiters/MBO) en bevestigd in het eerder genoemde arrest CBB/JPO). Een hard vereiste daarbij is dat de afbrekende partij het ontstaan van die onvoorziene omstandigheden niet in de hand gewerkt heeft of in de hand had.

In de lagere rechtspraak is er inmiddels een aantal uitspraken over het afbreken van onderhandelingen in combinatie met de coronacrisis gedaan. Zo oordeelde de Netherlands Commercial Court – onderdeel van de rechtbank Amsterdam – dat de coronacrisis en haar gevolgen onvoorziene omstandigheden (kunnen) zijn, maar dat de tussen partijen gemaakte afspraken daardoor niet beïnvloed zijn, omdat zij niet van de (mogelijke) gevolgen daarvan afhankelijk waren (Rb. Amsterdam (NCC) 29 april 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:2406).



Deze schema's zijn gemaakt door Ellen Willemsen.

De rechtbank Amsterdam oordeelde in kort geding, waar partijen de coronacrisis en haar gevolgen durende de onderhandelingen besproken hadden maar besloten om daar geen (gewijzigde) clause voor op te nemen in de overeenkomst, dat er geen sprake was van onvoorziene omstandigheden (Rb. Amsterdam 14 mei 2020, [ECLI:NL:RBAMS:2020:2644](#)).

Een andersluidend oordeel werd door de rechtbank Amsterdam in kort geding gegeven met betrekking tot onderhandelingen waarbij partijen zich geen rekenschap hadden gegeven van de coronacrisis (toen nog in een zeer vroegtijdig stadium) en de mogelijke gevolgen daarvan (Rb. Amsterdam 19 juni 2020, [ECLI:NL:RBAMS:2020:3091](#)). Dit leidde in laatstgenoemde uitspraak echter niet tot een substantiële wijziging van de tussen partijen gemaakte afspraken.

Samenvattend

Uit voornoemde uitspraken kan het volgende opgemaakt worden.

De mate waarin je de coronacrisis en haar gevolgen voor de potentiële transactie voorafgaand en/of gedurende de onderhandelingen bespreekt met je wederpartij, alsook of je daaraan vervolgens concrete acties verbindt, zijn van invloed op de '(on)voorzienbaarheid' van de coronacrisis en haar gevolgen als (bijkomende) omstandigheid.

Het is dus zeer goed denkbaar dat wanneer je de gevolgen van de coronacrisis op de potentiële transactie met jouw wederpartij bespreekt, dat dit ertoe leidt dat je de onderhandelingen niet meer om die reden mag afbreken.

Conclusie: de coronacrisis kan een rol spelen bij het afbreken van onderhandelingen

Concluderend zijn de coronacrisis en de gevolgen daarvan dus wel degelijk omstandigheden om rekening mee te houden gedurende de onderhandelingen die je voert met jouw potentiële wederpartij.

Je hebt als onderhandelende partij (als uitgangspunt) al het recht om van het aangaan van een overeenkomst af te zien, maar wanneer daar de negatieve gevolgen van de coronacrisis tevens een rol bij spelen, geeft dit daar nog een aanvullende reden voor en mogelijk ook een legitimatie om geen schadevergoeding te hoeven betalen. Een en ander wordt als gezegd anders wanneer je dit reeds met de potentiële wederpartij besproken hebt en daar vervolgens al dan niet op hebt ingespeeld.



Heb je vragen? Stel ze gerust. Neem contact op met **Camiel Vermeulen** van Watsonlaw.



Opzegging kredietrelatie door de bank



De afgelopen maanden hebben banken ondernemers meer tijd gegund om aan hun betalingsverplichtingen te voldoen. Van uitstel komt in de meeste gevallen echter geen afstel. De bank zal moeten worden betaald. Als dat niet gebeurt dan kan de bank uiteindelijk de kredietrelatie opzeggen en de vordering opeisen.

Kan dat zomaar en wat kun je eraan doen?

Wanneer mag de bank opzeggen?

Een bank mag alleen opzeggen als dit contractueel overeengekomen is. In de overeenkomst die je met de bank hebt gesloten, is opgenomen wanneer de bank de overeenkomst mag opzeggen. Als er sprake is van een geldleningsovereenkomst dan zal dit over het algemeen pas mogelijk zijn als je niet aan je verplichtingen richting de bank hebt voldaan. Dit is bijvoorbeeld het geval als een aflossing niet op tijd is verricht.

In een rekening-courantovereenkomst is vaak opgenomen dat de bank op elk moment mag opzeggen. Zelfs als je alle verplichtingen richting de bank nakomt, mag de bank ervoor kiezen om de overeenkomst op te zeggen en de vordering op te eisen.

Wanneer mag de bank niet opzeggen?

Ook als de bank op grond van de tekst van de overeenkomst het recht heeft om op te zeggen, kan het zo zijn dat de opzegging niet rechtsgeldig is. Een bank heeft namelijk een bijzondere zorgplicht ten opzichte van haar klanten.

De Hoge Raad heeft in 2014 geoordeeld dat een bank niet van een contractuele opzeggingsbevoegdheid gebruik mag maken als dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Van geval tot geval zal dus moeten worden beoordeeld of de opzegging redelijk is. Is dat niet zo, dan houdt de opzegging geen stand.

Bij deze beoordeling kunnen onder andere de volgende factoren een rol spelen:

- De duur en het verloop van de kredietrelatie.
- Een toename van het bancaire kredietrisico.
- De dekking van de verstrekte zekerheden.
- Het gedrag en de betrouwbaarheid van de kredietnemer.
- Of en in welke mate de kredietnemer zijn verplichtingen niet is nagekomen.
- De kans dat de onderneming van de kredietnemer een reorganisatie zal overleven.
- De termijn die de kredietnemer krijgt om een andere financier te vinden.
- De wijze van besluitvorming van de bank en de wijze waarop overleg is gevoerd met de kredietnemer.
- Of de bank door eigen gedragingen (zoals toelating van overschrijding van de kredietlimiet) verwachtingen heeft gewekt.
- Andere maatschappelijke belangen, zoals werkgelegenheid.



Tips voor de praktijk

Een opzegging door de bank zal in de meeste gevallen niet plotseling komen. Hier gaat vaak een heel traject aan vooraf. Zodra je onderneming betalingsverplichtingen (tijdelijk) niet meer na kan komen, is het dan ook van belang om in gesprek te gaan met je bank. Wellicht is de bank bereid om mee te werken aan een oplossing en kan zo een opzegging worden voorkomen of kan je tijd worden gegund om een nieuwe financier te vinden.

Als het krediet dan toch is opgezegd, is snelle actie vaak van groot belang. Is de opzegging onredelijk? Dan biedt een gang naar de rechter mogelijk een oplossing. Als de rechter oordeelt dat de opzegging onredelijk is, dan houdt deze geen stand.

Staat de bank in haar recht om het krediet op te zeggen? Ook dan zijn er misschien nog wel oplossingen te vinden om te voorkomen dat de opzegging het faillissement van je onderneming tot gevolg heeft. Hierbij is het wel belangrijk om tijdig deskundig advies in te winnen. Een kredietopzegging hoeft dan misschien niet het einde van je onderneming te betekenen.



Heb je vragen? Stel ze gerust. Neem contact op met **Christiaan Donners** van Hekkelman.



Een crediteurenakkoord buiten faillissement



Bijzondere tijden vragen om bijzondere oplossingen. Er zijn vele redenen waarom bedrijven in continuïteitsproblemen kunnen komen. De coronacrisis is er maar één van.

Failliet of niet?

Veel ondernemers zijn vooral bezig met het managen van liquiditeiten tot het moment dat discontinuïteit dreigt en denken dat het daarmee een kwestie is van pompen of verzuipen. Of liever: 'failliet of toch niet?'.

Herstructurering en recovery is niet simpelweg het voorkomen van een faillissement. Het is zoeken naar passende oplossingen binnen de wettelijke kaders. Om dat te kunnen, is inzicht vereist naar de oorzaak van de discontinuïteit en naar het model van de onderneming. Het begrijpen van de ondernemer en soms, de 'zoektocht naar het tafelzilver'. Dat klinkt abstract, maar soms zijn er mogelijkheden die de ondernemer in eerste instantie niet (meer) ziet.

Zo kunnen soms verlieslatende activiteiten worden afgestoten of opgeschoond, wat meer dan eens leidt tot een betere winst- en verliesrekening, maar bovendien tot een betere kaspositie. Ook verlieslatende activiteiten beschikken immers soms over kapitaalintensieve activa.

Herstructurering door crediteuren

De uitdaging bij herstructurering is in veel gevallen dat onder tijdsdruk met oplossingen moet worden gekomen. Die oplossingen worden vaak gezocht in het aantrekken van externe financiering. 'Nieuw geld' om oude problemen het hoofd te bieden. Die oplossing is eenvoudig, maar aan de andere kant vereist de nieuwe financier ook het nodige.

Crediteuren daarentegen zijn – soms tegen wil en dank – al bestaande financiers. Zij zijn vaak het liquiditeitsprobleem, maar tegelijkertijd ook de oplossing.

Het meest eenvoudige is om crediteuren een percentage van hun vordering aan te bieden tegen finale kwijting, wat ook wel een crediteurenakkoord wordt genoemd.

Dat is zeker niet in alle gevallen eenvoudig te realiseren. Zo kunnen percentages die worden aangeboden onvoldoende overtuigend zijn om alle crediteuren over de streep te trekken. Crediteuren dragen immers al een ondernemersrisico voor de onderneming van een ander en soms is het mogelijk meer te bieden dan enkel een betaling van een percentage.

Dit kan bijvoorbeeld worden opgelost door een absoluut minimumbedrag op te nemen. Ook kan worden gedacht aan het sluiten van een langdurig leverancierscontract, waarbij al dan niet opslagen worden gehanteerd. Uiteindelijk is iedereen immers gebaat bij continuïteit.

Een buitengerechtelijk (onderhands) akkoord

Een buitengerechtelijk (onderhands) akkoord Een crediteurenakkoord kan dus om een onderneming te redden 'buitengerechtelijk' (buiten een faillissement) worden aangeboden.

Het staat de schuldenaar geheel vrij de inhoud van een crediteurenakkoord vast te stellen en het staat de schuldeiser in beginsel vrij om dit akkoord te weigeren. Dit is anders in het geval de uitoefening van deze bevoegdheid wordt misbruikt of het niet-instemmen met het akkoord naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het ligt op de weg van de schuldenaar om de specifieke feiten en omstandigheden te stellen en zo nodig te bewijzen, waaruit blijkt dat er inderdaad zodanige zeer bijzondere omstandigheden zijn dat de schuldeiser naar redelijkheid niet tot weigering van instemming met het aangeboden akkoord heeft kunnen komen en aldus misbruik van recht maakt.

Van misbruik van recht is niet snel sprake, maar wij leven in bijzondere tijden. Als duidelijk is dat de schuldeiser niets beters te verwachten heeft en zeker als een grote meerderheid van de schuldeisers daarvan overtuigd kan worden, behoort ook een onderhands akkoord tot de mogelijkheden.

Een crediteurenakkoord in faillissement

Ook in faillissement kan aan de schuldeisers een crediteurenakkoord worden aangeboden. In dat geval wordt door de schuldenaar gedeeltelijke betaling van de schulden aangeboden, waartegenover hij volledige kwijting van de gehele vordering bedingt.

Indien het aangeboden akkoord door een gekwalificeerde meerderheid wordt aangenomen of door de rechter-commissaris of rechtbank wordt vastgesteld als ware het aangenomen en door de rechtbank wordt goedgekeurd, eindigt het faillissement.

Wijziging Faillissementswet

Wat niemand ontgaan zal zijn, is dat de [Wet homologatie onderhands akkoord](#) in een stroomversnelling terecht is gekomen sinds de coronacrisis. De WHOA ziet op een wijziging van de Faillissementswet.

Deze wijziging strekt ertoe een regeling in te voeren op basis waarvan de rechtbank een onderhands akkoord kan goedkeuren. Het gaat dan om een akkoord dat is gesloten tussen een onderneming, haar schuldeisers en ook haar aandeelhouders en dat betrekking heeft op het herstructureren en saneren van de schuldenlast van de onderneming.

Zodra de rechtbank het akkoord goedkeurt, zijn alle schuldeisers daaraan gebonden; dus ook degene(n) die tegen het akkoord hebben gestemd. Vandaar dat het onderhandse akkoord ook wel een dwangakkoord wordt genoemd.

Het nieuwe hieraan is dat een dergelijk dwangakkoord ook buiten een faillissement aangeboden kan worden. Dit is misschien wat vergaand, maar de visie van de wetgever is duidelijk. Een akkoord bereiken is een betere oplossing dan een faillissement. Met de WHOA zou een surseance van betaling of het faillissement van ondernemingen kunnen worden voorkomen.

Meer weten over de WHOA? Kijk dan op [onze website](#).

Samenvattend

Het aanbieden van een onderhands akkoord klinkt gemakkelijker dan het in de praktijk is. Niet alleen moet de financierbaarheid onder ogen worden gezien, maar ook moet worden gezien wat de meest optimale scenario's zijn voor zowel ondernemer als schuldeisers. Het biedt ook wel degelijk kansen sterker uit moeilijke tijden te komen.



Heb je vragen? Stel ze gerust. Neem contact op met **Maarten van Ingen** van Watsonlaw.



Debt for equity swap



Een onderneming in de problemen heeft diverse manieren om tot een oplossing te komen. Een van die manieren is om van schuldeisers aandeelhouders te maken. Dat klinkt cryptisch, daarom leggen wij je uit wat het is en hoe je het voor elkaar krijgt.

Wat is een debt for equity swap?

Met een debt for equity swap worden schulden van de onderneming omgezet in aandelenkapitaal. Dat kunnen schulden zijn aan betrokken partijen zoals aandeel- of obligatiehouders, maar ook relaties die wat verder van de vennootschap af staan, zoals leveranciers.

Op deze wijze wordt vreemd vermogen omgevormd tot eigen vermogen. Dit levert een directe verbetering van de solvabiliteit van de onderneming op, terwijl de transformatie geen liquiditeitsbeslag met zich meebrengt. Schuldeisers krijgen op deze manier het vooruitzicht dat zij in de toekomst dividenden van de gesaneerde vennootschap kunnen ontvangen.

Debt for equity deals komen meestal voor bij grote ondernemingen in ernstige financiële problemen, maar het is een instrument dat ook relatief snel en eenvoudig bij een MKB-onderneming kan worden ingezet.

Uitgifte van nieuwe aandelen

Om een debt for equity swap tot stand te brengen, dient de vennootschap nieuwe aandelen uit te geven. De betreffende aandelen worden vervolgens uitgegeven aan de schuldeisers die bij de deal betrokken zijn.

Als gevolg van de uitgifte van de nieuwe aandelen, ontstaat er een vordering van de vennootschap op de schuldeiser: de zogenaamde stortingsplicht. Deze vordering wordt in geval van een debt for equity swap voldaan door verrekening met de oorspronkelijke vordering van de schuldeiser op de vennootschap. De waarde van de aandelen zou gelijk moeten zijn aan de waarde van de oorspronkelijke vordering van de schuldeiser.

De uitgiftekoers bepaalt dan ook hoeveel aandelen de nieuwe aandeelhouder precies krijgt.

Voorwaarde: medewerking van schuldeisers en aandeelhouders

Om tot een deal te komen is medewerking van diverse betrokken partijen vereist. Allereerst natuurlijk de schuldeisers die zich erbij moeten neerleggen dat hun vordering niet in geld wordt betaald, maar in de vorm van aandelen. Daarnaast de zittende aandeelhouders die hun bestaande aandelenbelang zien verwateren.

Voor het uitgeven van nieuwe aandelen is in veel gevallen – afhankelijk van de exacte inhoud van de statuten – een besluit van de algemene vergadering vereist. Bovendien hebben de zittende aandeelhouders normaal gesproken een voorkeursrecht. Dat betekent dat zij als eerste het recht hebben om nieuw uit te geven aandelen te verkrijgen. Om een debt for equity swap tot stand te brengen, zullen aandeelhouders met een voorkeursrecht afstand moeten doen van dit recht.

Geen medewerking van aandeelhouders?

Als de zittende aandeelhouders niet bereid zijn om medewerking te verlenen, kan er een zodanige impasse ontstaan dat het voortbestaan van de onderneming in gevaar komt. In dat geval kan een procedure bij de Ondernemingskamer uitkomst bieden. Uit rechtspraak van de Ondernemingskamer kunnen drie voorwaarden afgeleid worden:

- In de eerste plaats moet de onderneming worden geconfronteerd met een financieel probleem dat het voortbestaan ervan bedreigt.
- Daarnaast moet sprake zijn van een besluitvormingsproces binnen de onderneming dat in een impasse verkeert.
- Ten slotte moet de oplossing voor het financiële probleem dat de continuïteit van de onderneming bedreigt, bij afwezigheid van alternatieve oplossingen, zijn gelegen in het emitteren van aandelen.

Geen medewerking van de schuldeisers?

Mocht een deel van de schuldeisers een blokkade opwerpen voor de totstandkoming van de deal, dan kunnen zij via een gerechtelijk akkoord tot medewerking worden gedwongen.

Daarbij rijst overigens de vraag of in het kader van zo'n gerechtelijk akkoord schuldeisers gedwongen kunnen worden genoeg te nemen met een betaling in natura (aandelen) in plaats van in geld. De bepalingen over het akkoord in de Faillissementswet nemen namelijk betaling in geld als uitgangspunt (zie bijvoorbeeld art. 163 Faillissementswet). Toch is het in de praktijk mogelijk gebleken om een debt for equity swap via een gerechtelijk akkoord te forceren. Er is inmiddels een aantal precedents. Daarbij moet uiteraard wel zijn voldaan aan het zogenaamde quorum en quorum van het akkoord; de meerderheid van de betrokken schuldeisers – zowel qua aantal als qua omvang van de schuldenlast – dient met het akkoord in te stemmen.

Debt for equity eenvoudiger dankzij WHOA

De [Wet homologatie onderhands akkoord](#) (WHOA) die op 1 januari 2021 in werking is getreden, maakt het bewerkstelligen van een debt for equity swap eenvoudiger.

De wet biedt een mechanisme om financiers in het zicht van een onvermijdelijk faillissement te dwingen mee te werken aan de omzetting, mits het omzettingsvoorstel de toets aan de homologatiecriteria kan doorstaan. Dat betekent dat in ieder geval één schuldeisersklasse heeft ingestemd met het onderhands akkoord en de rechtbank het akkoord heeft vastgesteld (homologatie).

De WHOA stelt bovendien de vennootschapsrechtelijke regels ter zake van de uitgifte van nieuwe aandelen en het voorkeursrecht van zittende aandeelhouders buiten werking. Het is daardoor niet langer noodzakelijk dat een uitgiftebesluit wordt genomen door de algemene vergadering. Het vonnis van homologatie treedt in de plaats van een dergelijk besluit.

Samenvattend

Een debt for equity swap kan een elegante oplossing zijn om een onderneming in problemen te herstructureren. Schuldeisers met een korte-termijn-betrokkenheid bij het bedrijf worden omgevormd tot lange-termijn-aandeelhouders. Het is niet altijd eenvoudig om alle belanghebbenden op één lijn te krijgen, maar als dat wél lukt zorgt het voor een situatie waarbij juist die belanghebbenden voor lange termijn aan de onderneming worden gebonden.



Heb je vragen? Stel ze gerust. Neem contact op met **Willem-Jan Smits** van Watsonlaw.

Selectieve betaling van crediteuren



Tijdens de coronacrisis is het onvermijdelijk dat sommige bedrijven hun inkomsten zien teruglopen. Hoe langer de crisis duurt, hoe groter de kans dat bedrijven niet meer aan hun verplichtingen kunnen voldoen.

Juist op dat moment dienen bestuurders na te gaan of zij kunnen kiezen welke verplichtingen als eerste worden nagekomen. In sommige gevallen kan het immers noodzakelijk zijn bepaalde leveranciers met voorrang te betalen. De vraag is of dit ook zomaar kan.

Wat zijn de do's en don'ts bij het (selectief) betalen van crediteuren in aanloop naar (een mogelijk) faillissement?

Selectieve betaling

Selectieve betaling is de situatie waarbij de ene schuldeiser met voorrang wordt betaald boven een andere schuldeiser. Vaak blijft de andere schuldeiser met lege handen achter. Een voorbeeld van selectieve betaling is het betalen van een handelscrediteur boven bijvoorbeeld de bank.

De Hoge Raad heeft in 2019 geoordeeld dat er geen algemene regel bestaat op grond waarvan een schuldenaar, die niet in staat is al zijn schuldeisers volledig te betalen, onrechtmatig handelt wanneer hij een schuldeiser voldoet vóór andere schuldeisers (Hoge Raad 12 april 2019, [ECLI:NL:HR:2019:576](#)). Met andere woorden: in beginsel staat het een bestuurder vrij om op grond van een eigen afweging te bepalen welke schuldeisers in de gegeven omstandigheden zullen worden voldaan.

Op het moment dat een bedrijf in zwaar weer verkeert, bijvoorbeeld als de activiteiten worden afgebouwd of een faillissement dreigt en onvoldoende middelen aanwezig zijn om alle schuldeisers te betalen, wordt de hiervoor beschreven betalingsvrijheid echter beperkt. Ook als de bestuurder een persoonlijk belang bij de betaling heeft, zijn de mogelijkheden beperkter.

Het bestuur moet in dat geval ook de belangen van de gezamenlijke schuldeisers respecteren. Toch lijkt de Hoge Raad de bestuurder in het geval van een faillissement recentelijk tegemoet gekomen.

De Hoge Raad oordeelde dat een bestuurder niet persoonlijk aansprakelijk is tegenover zijn schuldeisers op de enkele grond dat hij het faillissement heeft aangevraagd en een of meerdere schuldeisers met voorrang heeft betaald (Hoge Raad 17 januari 2020, [ECLI:NL:HR:2020:73](#)). Voor bestuurdersaansprakelijkheid geldt bovendien de maatstaf dat aan de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Bestuurdersaansprakelijkheid

Op het moment dat de selectieve betaling onrechtmatig is tegenover een schuldeiser, kan een bestuurder hiervoor aansprakelijk worden gesteld. Zoals hiervoor aangegeven moet de bestuurder een persoonlijk ernstig verwijt kunnen worden gemaakt.

Een persoonlijk ernstig verwijt kan zich bijvoorbeeld voordoen indien sprake is van samenspanning tussen de bestuurder en de schuldeiser en de bestuurder op het moment van betaling wist, dan wel had moeten weten, dat daardoor andere schuldeisers onbetaald zouden blijven.

Een betaling aan een gelieerde onderneming (bijvoorbeeld een onderneming waarvan dezelfde persoon bestuurder is) zal in de regel sneller een ernstig verwijt voor de bestuurder tot gevolg hebben.



Selectieve betaling en NOW-regeling

Veel bedrijven in moeilijkheden zullen de afgelopen periode gebruik hebben gemaakt van de NOW-regeling. Met de NOW-regeling neemt de overheid een deel van de loonkosten en loonheffingen voor haar rekening.

De Belastingdienst heeft aan de andere kant uitgebreid uitstel van betaling voor onder andere de Loonheffingen verleend. Bedrijven zullen dus over het algemeen liquide middelen overhouden. Het is vervolgens de vraag of met deze middelen andere schuldeisers mogen worden voldaan dan de Belastingdienst. Ook in dit geval is de bestuurder uitsluitend aansprakelijk voor de selectieve betaling indien hem een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt. Het is echter geen uitgemaakte zaak dat een dergelijk verwijt ook kan worden gemaakt wanneer de Belastingdienst betalingsuitstel heeft verleend.

De subsidievoorwaarden zijn echter strikt. Op grond van artikel 13 sub c van de NOW-regeling is de werkgever verplicht de subsidie uitsluitend aan te wenden voor de betaling van de loonkosten. Als niet aan deze verplichting wordt voldaan, kan de subsidie zelfs worden teruggevorderd.

Conclusie

Een bestuurder heeft dus in beginsel een grote mate van vrijheid met betrekking tot welke schuldeisers hij betaalt.

Op het moment dat de financiële positie van het bedrijf verslechtert, heeft de bestuurder echter minder vrijheid. Uiteindelijk zal een bestuurder pas aansprakelijk zijn voor de selectieve betaling op het moment dat hem een persoonlijk ernstig verwijt kan worden gemaakt.

Door deze strenge maatstaf heeft de bestuurder behoorlijke vrijheid om betalingen te verrichten die hij in het belang van de vennootschap acht. Toch blijft het voor een bestuurder van een bedrijf in moeilijkheden altijd oppassen.



Heb je vragen? Stel ze gerust. Neem contact op met **Christiaan Donners** of **Ruud Berndsen** van Hekkelman.

Afwenden van een verzoek tot faillietverklaring



Als ondernemer kun je je eigen faillissement aanvragen, maar je kunt ook geconfronteerd worden met een schuldeiser die het faillissement van je onderneming aanvraagt. Zelfs als je de schuld erkent, zijn er toch nog mogelijkheden om het faillissement van je onderneming te voorkomen.

Het verzoek tot faillietverklaring

Een schuldeiser kan het faillissement van je onderneming aanvragen door een advocaat een verzoek bij de rechtbank in te laten dienen. Nadat de rechtbank het verzoekschrift heeft ontvangen, zal de rechtbank over het algemeen binnen een termijn van 4 tot 6 weken een mondelinge behandeling plannen. Deze zitting vindt bij bijna alle rechtbanken op een dinsdagochtend plaats.

Voorafgaand aan de faillissementszitting

Nadat het verzoek is ingediend, heb je dan ook nog even om het faillissement te voorkomen door je schuld gewoon te betalen. Als dit niet mogelijk is, is het van belang in overleg te gaan met de aanvrager. Mogelijk kan een betalingsregeling worden getroffen zodat de behandeling van het faillissementsverzoek wordt uitgesteld. Het uitstel vindt in beginsel niet vaker plaats dan vier keer en niet langer dan in totaal acht weken. Dit betekent dat er nog voldoende tijd is om tot een definitieve regeling met de aanvrager te komen.

Als het faillissementsverzoek door de schuldeiser wordt gebruikt als drukmiddel om de vordering uiteindelijk betaald te krijgen, dan bestaat de mogelijkheid om in een kortgeding een verbod op het aanvragen van het faillissement te vragen. Dit is een uitzonderlijk middel, maar in de huidige coronacrisis niet bij voorbaat kansloos. Onder omstandigheden kan een schuldeiser namelijk misbruik maken van zijn bevoegdheid om het faillissement aan te vragen, terwijl hij weet dat de financiële problemen door de coronacrisis zijn ontstaan en mogelijk tijdelijk van aard zijn. Als het verbod wordt opgelegd, verbeurt de schuldeiser een dwangsom als het faillissement toch wordt aangevraagd (Annotatie E.M. Loesberg, JOR 2020/186).

Behandeling ter faillissementszitting in verband met corona

Onder normale omstandigheden vindt er naar aanleiding van een faillissementsverzoek altijd een mondelinge behandeling bij de rechtbank plaats. Tijdens de coronacrisis is dit echter niet altijd het geval.

De rechtbanken hanteren op dit moment de Tijdelijke regeling insolventiezaken rechtbanken ([rechtspraak.nl](#)). Dit houdt in dat de partij waarvan het faillissement is aangevraagd ('verweerder') een formulier van de rechtbank ontvangt waarin wordt verzocht om nadere toelichting.

Op het formulier kan door de verweerder onder andere worden toegelicht waarom hij het niet eens is met het faillissementsverzoek en de onderliggende vordering. Daarnaast kan worden aangegeven of een betalingsregeling mogelijk is. Deze toelichting kan ook telefonisch worden gegeven.

Het formulier dient op de dag voorafgaande aan de behandeling van het verzoek door de rechtbank zijn ontvangen. Indien het formulier niet is ontvangen en van verweerder niets wordt vernomen, terwijl aan de vereisten voor het uitspreken van het faillissement is voldaan, wordt het faillissement uitgesproken (zie o.a. Rechtbank Rotterdam 14 april 2020, [ECLI:NL:RBROT:2020:3441](#)).



Mogelijkheden voorkomen faillissement tijdens de zitting

Uit de Tijdelijke regeling insolventiezaken rechtbanken blijkt dat de rechtbank bij de behandeling van het verzoek tot faillietverklaring meeweegt dat rechtsbescherming en bescherming tegen misbruik van de (huidige) situatie van groot belang is. De rechtbank kijkt hierbij naar alle relevante omstandigheden, waaronder ook de huidige crisis en de daarmee samenhangende economische situatie.

De ervaring leert dat rechters tijdens een faillissementszitting actief aansturen op een betalingsregeling. De rechtbank wil voorkomen dat bedrijven onnodig failliet gaan vanwege een tijdelijk gebrek aan liquiditeit.

Indien een betalingsregeling niet tot de mogelijkheden behoort, zal de rechtbank moeten oordelen of aan de vereisten voor faillietverklaring is voldaan. Hieraan is voldaan als de schuldenaar "verkeert in de toestand opgehouden hebben te betalen". Hiervan is in ieder geval sprake als de vordering van de aanvrager voldoende vaststaat en er minstens één andere schuldeiser is.

Als er geen regeling met de aanvrager mogelijk is, terwijl je de vordering erkent en er ook minimaal één andere schuld is, kan tijdens de zitting nog worden aangevoerd dat sprake is van misbruik van bevoegdheid door in de coronacrisis het faillissement aan te vragen.

Misbruik van bevoegdheid kan bijvoorbeeld worden aangenomen indien voor de aanvrager geen enkel positief gevolg te verwachten is (Hoge Raad 10 november 2000, [ECLI:NL:HR:2000:AA8256](#)).

Conclusie

Voor en tijdens de zitting zijn er mogelijkheden om een faillissement te voorkomen. Treed hiervoor tijdig in overleg met je schuldeiser. Ook als het faillissement toch wordt aangevraagd, kun je het uitspreken van het faillissement nog voorkomen.

Vanwege de coronacrisis sturen de rechtbanken nadrukkelijk aan op een betalingsregeling en hebben hierbij oog voor de gevolgen van de pandemie. Leg daarom zo goed mogelijk uit waarom een vordering door de coronacrisis (tijdelijk) niet kan worden betaald.



Heb je vragen? Stel ze gerust. Neem contact op met **Ruud Bernds** van Hekkelman.

Reorganisatie en ontslaan van personeel



Bedrijven zijn in crisistijd soms genoodzaakt om ingrijpende maatregelen te nemen. De bedrijfsvoering gaat gedwongen en wezenlijk op de schop. Een dergelijke herstructurering kan tot gevolg hebben dat een deel van het personeel (gedwongen) overtoollig wordt.

Vanwege de grote impact van een reorganisatie op de werkgelegenheid binnen een onderneming, is het van belang dat een reorganisatie zorgvuldig wordt uitgevoerd. Daarnaast gelden er eisen aan het (gedwongen) ontslaan van personeel.

Vorbereiding reorganisatie(plan) en medezeggenschap

Voordat een reorganisatie kan worden doorgevoerd, is een reorganisatieplan vereist.

Reorganisatieplan

De volgende zaken verwerk je in een reorganisatieplan:

- Een onderbouwing van de financiële en/of organisatorische redenen die dwingen tot aanpassing.
- Een beschrijving van de huidige organisatie (optioneel).
- Een uitwerking van de 'nieuwe organisatie'.
- De stappen die nodig zijn om tot deze nieuwe organisatie te komen.

Het plan vormt de basis voor de verdere uitvoering. Mede daarom geldt ten aanzien van het reorganisatieplan (het voorgenomen besluit tot wijziging van de organisatie) medezeggenschap, in de zin dat de Ondernemingsraad een adviesrecht heeft.

Medezeggenschap en het adviestraject

Kort gezegd betekent dit dat de ondernemer zijn voorgenomen besluit schriftelijk voor advies voorlegt aan de Ondernemingsraad. Het advies moet op een zodanig moment worden gevraagd, dat het nog van wezenlijke invloed kan zijn op het te nemen besluit.

Behalve de hiervoor genoemde beweegredenen voor de organisatiewijziging, is de ondernemer ook verplicht om inzicht te geven in de gevolgen die het besluit naar verwachting heeft voor personeel (de personele gevolgen) en van de naar aanleiding daarvan voorgenomen maatregelen.

Voor wat betreft de voorgenomen maatregelen, geldt dat in geval van een reorganisatie met grote personele gevolgen, er vaak een Sociaal Plan wordt afgesloten. Dit Sociaal Plan kan (en moet soms ook, zie hierna) worden afgesproken met de vakbonden, maar kan ook met de Ondernemingsraad worden overeengekomen. Dit eventuele overleg over een Sociaal Plan staat los van het adviesrecht van de Ondernemingsraad. Voor het adviestraject geldt enkel dat er inzicht moet worden gegeven hoe de personele gevolgen worden opgevangen.

Over het voorgenomen besluit dient tenminste één maal overleg te worden gevoerd in de overlegvergadering. Ook los van deze overlegvergadering kan de Ondernemingsraad nog (schriftelijke) vragen stellen aan de ondernemer. De ondernemer zal zich vergaand moeten inspannen om de gevraagde nadere informatie ook te verstrekken, of eventuele bestaande vragen te beantwoorden. Immers is de ondernemer gebaat bij een positief advies op de kortst mogelijke termijn.

In geval van een positief advies kan de ondernemer door. In geval van een negatief advies, is de ondernemer, indien hij wil vasthouden aan zijn oorspronkelijke besluit, gehouden om de uitvoering van de reorganisatie tenminste een maand op te schorten. In deze tussenliggende periode kan de Ondernemingsraad beroep instellen tegen het reorganisatiebesluit bij de Ondernemingskamer van het hof Amsterdam.



Een reorganisatie betekent niet altijd ontslag. Er zijn ook andere wijzigingen in een arbeidscontract mogelijk, bijvoorbeeld verandering van functie, of wijziging van de standplaats. Hierna wordt ingegaan op het ontslag van personeel bij een reorganisatie en de regels die hieromtrent gelden.

Ontslag van personeel

In het geval je als werkgever door de reorganisatie genooddaakt bent om personeel te ontslaan, kun je hiervoor een vergunning aanvragen bij het UWV Werkbedrijf (UWV).

Het is – in beginsel – niet mogelijk om het ontslag via de kantonrechter aan te vragen. Je kan wel bij de kantonrechter terecht op het moment dat het UWV de ontslagaanvraag afwijst.

Het is daarnaast ook mogelijk dat in een cao een onafhankelijke ontslagcommissie is ingesteld. De ontslagaanvraag zal dan bij deze ontslagcommissie moeten worden ingediend.

Toetsingscriteria van het UWV

Het UWV zal de ontslagaanvraag aan de volgende criteria toetsen.

Allereerst zullen werkgevers moeten aantonen dat sprake is van een bedrijfseconomische noodzaak voor het ontslag. Bij bedrijfseconomische redenen kan het gaan om een slechte, of slechter wordende financiële situatie van het bedrijf of werkvermindering.

Daarnaast geldt dat het zogenoemde 'afspiegelingsbeginsel' juist moet worden toegepast. Het afspiegelingsbeginsel is een methode die bepaalt welke medewerkers voor ontslag in aanmerking komen. Werknemers met een uitwisselbare functie worden in 5 leeftijdscategorieën ingedeeld. Op basis daarvan vindt een berekening plaats welke werknemers voor ontslag in aanmerking komen.

Tot slot zal je moeten aantonen dat er inspanningen zijn gedaan om de werknemers te herplaatsen. Dit houdt in dat bij andere afdelingen binnen het bedrijf moet worden gekeken of werknemers geplaatst kunnen worden, al dan niet door middel van scholing.

Beoordeling van het UWV

Het UWV beoordeelt of de door de werkgever aangevoerde reden van reorganisatie ontslag zwaarwegend genoeg is. Het UWV zal echter slechts 'marginaal' toetsen. Er is een grote mate van vrijheid voor werkgevers om organisaties op gewenste wijze in te richten. Dit neemt echter niet weg dat je als werkgever verantwoordelijkheden hebt tegenover je personeel.

In geval het UWV de ontslagaanvraag van de werkgever positief beoordeelt, krijgt de werkgever toestemming om de arbeidsovereenkomsten met de betrokken medewerkers op te zeggen. De werkgever dient hierbij de geldende opzegtermijn in acht te nemen, maar mag hierop de proceduurtijd bij het UWV in mindering brengen, zolang in ieder geval een maand resteert.

Hoe afgerekend moet worden met de medewerkers, wordt geregeld via de wet – de werknemer heeft immers een aanspraak op de transitievergoeding –, maar kan ook zijn vastgelegd in een Sociaal Plan.

Ontslag met wederzijds goedvinden

Werkgevers kunnen ook op individueel niveau met werknemers een regeling overeenkomen. Dit gaat door middel van een vaststellingsovereenkomst. In de vaststellingsovereenkomst worden de voorwaarden opgenomen over het einde van de arbeidsovereenkomst.

Collectief ontslag

Indien meer dan twintig werknemers wegens bedrijfseconomische redenen (gedwongen) worden ontslagen, is sprake van een collectief ontslag en ben je als werkgever gebonden aan de Wet melding collectief ontslag (Wmco). Het voorgenomen ontslag dient op grond van de Wmco gemotiveerd medegedeeld te worden aan het UWV, de Ondernemingsraad en de vakbonden.

De werkgever dient ook rekening te houden met de wachttijd. Dit houdt in dat arbeidsovereenkomsten niet binnen een maand nadat het voorgenomen collectief ontslag bij het UWV, de Ondernemingsraad en de vakbonden is gemeld, mogen worden beëindigd. Er mogen daarnaast ook geen andere stappen worden genomen, zoals het indienen van een aanvraag bij het UWV, of het voorleggen van een vaststellingsovereenkomst.



Selectieve betaling en NOW-regeling

Een Sociaal Plan is een collectieve ontslagregeling waarin voorzieningen worden opgenomen, zoals het bieden van hulp bij het vinden van een andere baan en financiële vergoedingen. Daarnaast kan het Sociaal Plan ook bepalingen bevatten over de wijze waarop, of volgens welke principes, de boventallige medewerkers herplaatst worden in de 'nieuwe organisatie' en/of welke andere herplaatsingsinspanningen de werkgever nog op zich neemt alvorens over te gaan tot ontslag.

Een Sociaal Plan kan eenzijdig door de werkgever worden opgesteld, maar vaak gebeurt dit in overleg met vakbonden of met de Ondernemingsraad.

Ondanks dat een Sociaal Plan niet wettelijk verplicht is, wordt het wel in veel cao's verplicht voorgeschreven. Bij grote reorganisaties kan een Sociaal Plan ook voorzien in een vrijwillige vertrekregeling, waarmee gedwongen ontslagen kunnen voorkomen.

Reorganiseren in coronatijd

Ook tijdens de coronacrisis zullen veel bedrijven overwegen om te reorganiseren om overleefbaar te blijven. Waar voorheen de subsidie op basis van de Tijdelijke Noodmaatregel Overbrugging voor behoud Werkgelegenheid (NOW) fors werd gekort op moment dat een ontslagaanvraag bij het UWV werd ingediend, is dit in de thans geldende NOW 3.0 aangepast.

In de NOW 3.0 wordt meer ruimte gegeven aan werkgevers om de loonsom te laten dalen. Dit betekent dat er meer ruimte is voor bedrijfseconomisch ontslag zonder dat daarvoor een korting op de subsidie wordt toegepast. Er is echter wel een beperking gesteld aan het dalen van de loonsom.

Wil je meer informatie over de NOW 3.0? Lees dan [deze blog](#).

Conclusie

Een reorganisatie waarbij personeel wordt ontslagen, is ingrijpend. Het is dan ook belangrijk dat een reorganisatie zorgvuldig en volgens de voorgeschreven stappen wordt voorbereid. Daarbij is ook van belang dat de (wettelijke) regels worden nageleefd, om uiteindelijk tot ontslag te kunnen komen.



Heb je vragen? Stel ze gerust. Neem contact op met **Marleen Koeslag** van Hekkelman.



Wet homologatie onderhands akkoord



Op 1 januari 2021 is de Wet homologatie onderhands akkoord – beter bekend als de WHOA – in werking getreden. Vanaf dat moment bevat de Faillissementswet een nieuw instrument om een dwangakkoord met de crediteuren te bewerkstelligen. In tegenstelling tot andere landen (bijv. Amerikaanse 'Chapter 11' en Engelse 'scheme of arrangements') bestond een dergelijke regeling niet in Nederland.

Wat is het doel van de WHOA? Hoe komt het WHAO-akkoord tot stand?

Doel van het WHOA-akkoord

De WHOA biedt ondernemingen de kans om de schuldenlast van de onderneming te herstructureren of saneren, zodat een surseance van betaling of een faillissement kan worden voorkomen.

Als onderneming in financieel zwaar weer kun je de crediteuren een percentage van hun vordering aanbieden tegen finale kwijting, wat ook wel een crediteurenakkoord wordt genoemd. Voordat de WHOA bestond kon slechts een buitengerechtelijk crediteurenakkoord worden bereikt als alle crediteuren met het akkoord instemden.

Crediteuren konden niet gedwongen worden om een akkoord te accepteren. Het is dan ook zeker niet eenvoudig om een crediteurenakkoord te realiseren. Percentages die worden aangeboden kunnen onvoldoende overtuigend zijn om alle crediteuren over de streep te trekken.

Door het wetsvoorstel kan het akkoord aan de rechter worden voorgelegd. Wanneer het akkoord door de rechtbank wordt goedgekeurd, kan een dwarsliggende schuldeiser worden gedwongen het akkoord te accepteren.



Aanvang WHOA-procedure

Een WHOA-procedure kan worden geïnitieerd als de onderneming in een toestand verkeert waarin redelijkerwijs te verwachten is dat zij insolvent zal raken (het 'ingangscriterium').

Niet alleen het bestuur kan de procedure aanvangen. Schuldeisers of aandeelhouders kunnen de rechtbank verzoeken om een herstructureringsdeskundige aan te wijzen. Deze deskundige krijgt dan als taak om een akkoord voor te bereiden en (indien mogelijk) ter homologatie (goedkeuring) aan de rechtbank voor te leggen.

Klassenindeling crediteuren

Voor de totstandkoming van een WHOA-akkoord dient het bestuur of de aangestelde deskundige de crediteuren kortgezegd in klassen in te delen. Voor de klassenindeling geldt dat crediteuren met gelijksoortige rechten in dezelfde klasse worden geplaatst.

Per klasse zal een specifiek voorstel worden gedaan. Dit betekent dat de voorstellen per klasse kunnen verschillen. Als uitgangspunt dient te worden genomen dat de crediteuren meer zullen ontvangen dan in het geval van een liquidatiescenario. Ten aanzien van de concurrente crediteuren is het uitgangspunt dat zij een uitkering ontvangen en/of een recht verkrijgen van minstens 20% van hun vordering. Slechts op basis van zwaarwegende gronden kan dit percentage lager zijn.

Stemming door crediteuren

Elke klasse stemt afzonderlijk. Een klasse stemt met het akkoord in wanneer ten minste twee derde van de totale vordering van de klasse of ten minste twee derde van het geplaatst kapitaal met het akkoord instemmen. Niet stemmers hebben geen invloed op de vraag of een klasse accepteert.

Zodra minstens één klasse met het akkoord instemt, kan het akkoord ter goedkeuring aan de rechtbank worden voorgelegd. Vereist is wel dat die klasse ook bij een faillissement naar waarschijnlijkheid een bedrag uitgekeerd zou krijgen. In de praktijk betekent dit dat niet alleen de concurrente schuldeisers kunnen instemmen om een akkoord te bewerkstelligen.

Te goedkeuring bij de rechtbank

Wanneer het akkoord aan de rechter wordt voorgelegd, toetst hij ambtshalve of het akkoord aan de algemene vereisten voldoet (o.a. toetsing van het ingangscriterium en de redelijke termijnen). Op verzoek van een crediteur of aandeelhouder dient de rechter het akkoord ook aan de aanvullende vereisten te toetsen.

Indien aan alle vereisten is voldaan, keurt de rechter het akkoord goed waardoor het akkoord verbindend is voor alle betrokkenen. Dus ook voor degenen die tegen of niet hebben gestemd. De beslissing van de rechter is definitief. Er is geen mogelijkheid tot hoger beroep of cassatie.

Conclusie

De WHOA biedt ondernemingen in coronatijd de mogelijkheid om een faillissement af te wenden en tegelijkertijd hun (financiële) zaken op orde te brengen.

Tegelijkertijd zijn er de nodige haken en ogen om tot een daadwerkelijk akkoord te komen. Een onderneming die al in financieel zwaar weer verkeert dient naast de lopende kosten ook aanzienlijke kosten te maken om een WHOA-akkoord te bewerkstelligen. De WHOA is daarom met name voor grote ondernemingen een instrument om een faillissement af te wenden.



Heb je vragen? Stel ze gerust. Neem contact op met **Thomas Schelfaut** van Watsonlaw.



Surseance van betaling



Als je onderneming tijdelijk haar betalingsverplichtingen niet kan nakomen, kan het aanvragen van de surseance van betaling een adempauze geven. Deze adempauze kun je gebruiken om een regeling met de schuldeisers te treffen en de financiële huishouding van je onderneming weer op orde te brengen. Bij een succesvolle surseance kan het faillissement van je onderneming worden voorkomen.

In dit deel leggen wij uit wat de surseance precies inhoudt en in welke gevallen de surseance een geschikt instrument kan zijn.

De aanvraag van de surseance van betaling

De surseance van betaling (uitstel van betaling) wordt aangevraagd door het indienen van een verzoekschrift bij de rechtbank. De surseance wordt vervolgens direct voorlopig verleend zonder dat er een zitting wordt gehouden. De rechtbank zal hierbij een datum bepalen voor de mondelinge behandeling van de definitieve surseance-verlening. Deze zitting vindt meestal ongeveer drie maanden na de voorlopige verlening plaats.

De surseance zal niet definitief worden verleend indien er gegronde vrees voor benadeling van schuldeisers bestaat of als het vooruitzicht niet bestaat dat na verloop van tijd de schulden kunnen worden voldaan.

Als de surseance definitief wordt verleend, is dit voor de duur van maximaal anderhalf jaar. Deze termijn kan eenmaal met maximaal anderhalf jaar worden verlengd.

Geen aandeelhoudersbesluit vereist

Het bestuur van een besloten vennootschap kan de surseance aanvragen zonder toestemming van de aandeelhouders. Bij een faillissementsaanvraag is wel een aandeelhoudersbesluit vereist. Om die reden komt het regelmatig voor dat een surseance wordt aangevraagd, terwijl een faillissement is beoogd.

Indien namelijk al snel duidelijk is dat de schulden na verloop van tijd niet kunnen worden voldaan, zal de surseance direct worden omgezet in een faillissement. Zo krijgt het bestuur dan alsnog het beoogde faillissement.

De gevolgen van de surseance van betaling

Bij de voorlopige verlening van de surseance stelt de rechtbank een bewindvoerder aan. Het bestuur van de onderneming is nog slechts bevoegd om daden van beheer en beschikking te verrichten met instemmen van deze bewindvoerder. Het bestuur en de bewindvoerder zullen dus moeten samenwerken om de surseance een succes te maken.

Het belangrijkste gevolg van de surseance is dat je onderneming de schulden waarvoor de surseance werkt gedurende de surseance niet hoeft te betalen. Je onderneming krijgt uitstel van betaling van bepaalde schulden.

Uitstel van betaling geldt niet voor alle schulden. Zo werkt de surseance niet voor vorderingen waaraan voorrang is verbonden. Dit betekent dat onder andere de belastingschuld gewoon (tijdig) zal moeten worden betaald. Ook kunnen schuldeisers met pand- of hypotheekrechten deze rechten uitwinnen. Als sprake is van een bancaire financiering, zullen dus ook de betalingsverplichtingen richting de bank moeten worden nagekomen.

Werknemers in de surseance van betaling

Het verlenen van de surseance heeft voor werknemers geen directe gevolgen. De werknemers blijven in dienst van de onderneming en zullen hun werk moeten blijven uitvoeren. Wel geeft de Faillissementswet de mogelijkheid om werknemers te ontslaan met inachtneming van de opzegtermijn op grond van het reguliere ontslagrecht. Er hoeft in dat geval geen transitievergoeding te worden betaald.

Deze versoepelde opzegmogelijkheid van arbeidsovereenkomsten biedt de mogelijkheid om tijdens de surseance een gedeelte van het personeelsbestand te saneren. De bewindvoerder zal hier wel aan moeten meewerken. De bewindvoerder zal deze medewerking slechts verlenen wanneer, mede door het ontslag van personeel, voldoende zicht is op het slagen van de surseance. Als dat niet zo is, zal de surseance in een faillissement worden omgezet.

Bij een faillissement kan de curator alle werknemers ontslaan met inachtneming van een opzegtermijn van maximaal zes weken. De werknemers kunnen dan wel aanspraak maken op de loongarantieregeling van het UWV die niet geldt bij een surseance. Het UWV zal bij een faillissement het loon van de werknemer betalen over de periode van 13 weken vóór de opzegdatum tot de datum dat de arbeidsovereenkomst eindigt. Daarnaast wordt ook onder andere vakantiegeld en vakantiedagen over een periode van maximaal 1 jaar voor het einde van het dienstverband vergoed.

Akkoord tijdens surseance van betaling

In deze whitepaper zijn al twee vormen van akkoord aan bod gekomen: een crediteurenakkoord buiten faillissement en het WHOA-akkoord. Ook tijdens de surseance kan een akkoord aan de schuldeisers worden aangeboden.

Een akkoord slaagt als tijdens de akkoordbehandeling op de rechtbank de meerderheid van de schuldeisers, die minimaal de helft van de schuldenlast vertegenwoordigen, met het akkoord instemmen. Ook mag er geen sprake zijn van bepaalde weigeringsgronden. Zo moet de nakoming van het akkoord gewaarborgd zijn, mag geen sprake zijn van bedrog en mogen bepaalde schuldeisers niet bevooroordeeld worden.

Bij het slagen van akkoord, ontvangen de schuldeisers een bepaald percentage van hun vordering waarna de resterende vordering niet meer betaald hoeft te worden. Vervolgens eindigt de surseance en kan de onderneming weer, zonder bewindvoerder, verder.

Is de surseance een bruikbaar instrument tijdens de coronacrisis?

Een surseance van betaling slaagt maar in een beperkt aantal gevallen. Bij de meeste ondernemingen die surseance aanvragen, bestaat namelijk geen vooruitzicht dat de schulden uiteindelijk kunnen worden betaald.

Daarnaast is van belang om in gedachten te houden dat een surseance slechts een tijdelijk uitstel van betaling betekent. De surseance zal dus uitsluitend een bruikbaar instrument zijn als je onderneming 'oude' schulden heeft die niet op korte termijn kunnen worden voldaan, maar binnen afzienbare tijd wel een winstgevend exploitatie mogelijk is.

Op het moment dat het einde van de coronacrisis in zicht is, kan de surseance dan ook een zinvol instrument zijn voor ondernemingen die tijdens de coronacrisis een aanzienlijke schuldenlast hebben opgebouwd, maar na de crisis weer winstgevend zullen zijn. Deze ondernemingen kunnen gebruik maken van een uitstel van betaling en hiermee de coronacrisis uiteindelijk overleven.



Heb je vragen? Stel ze gerust. Neem contact op met **Christiaan Donners** van Hekkelman.



Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement



Voor ondernemers brengt de coronacrisis een onzekere tijd met zich mee waarin menig ondernemer zich in financieel zwaar weer begeeft of zal gaan begeven. Zij zullen zichzelf in veel gevallen genoodzaakt zien tot het nemen van grote, soms risicovolle beslissingen, maar zij zullen mogelijk ook worden geconfronteerd met het feit dat er simpelweg onvoldoende inkomsten zijn om de rekening te kunnen (blijven) betalen.

Ben je ondernemer en heb je, mede met inachtneming van deze aspecten, zorgen over een bestuurdersaansprakelijkheid? Lees dan vooral verder.

Bestuurdersaansprakelijkheid

Ondernemers kiezen er vaak voor om hun onderneming te exploiteren in de vorm van een besloten vennootschap (een B.V.). Los van de mogelijk fiscale voordelen zorgt deze ondernemingsvorm ervoor dat je als bestuurder in beginsel niet zelf aansprakelijk bent voor de handelingen die je namens of voor de vennootschap verricht. Bestuurdersaansprakelijkheid betreft dan ook de uitzondering.

Alvorens na te gaan met welke aspecten je rekening kunt houden om te voorkomen dat je in verband met de coronacrisis aansprakelijk wordt gesteld, dient allereerst een onderscheid te worden gemaakt tussen de verschillende vormen van bestuurdersaansprakelijkheid, te weten: intern, extern en in faillissement.

Interne bestuurdersaansprakelijkheid

Van interne bestuurdersaansprakelijkheid is sprake wanneer je door de vennootschap zelf aansprakelijk wordt gesteld. Daartoe kan de vennootschap echter enkel overgaan indien er sprake is van onbehoorlijk bestuur, waarvan je bovendien een ernstig verwijt kan worden gemaakt (HR 10 januari 1997, NJ 1997/360, (Staleman/Van de Ven)). Bij onbehoorlijk bestuur kan onder meer worden gedacht aan falend risicomanagement, onverantwoorde investeringen en het schenden van eigen gedragsnormen.

Om bestuurdersaansprakelijkheid in haar algemeenheid maar ook gedurende of na de coronacrisis te voorkomen, is het onder meer van belang dat je de al dan niet genomen beslissingen documenteert en ondanks een eventuele taakverdeling voldoende toezicht houdt op je medebestuurders. In dit geval kun je jezelf namelijk verweren door aan te tonen dat je: i) geen ernstig verwijt kan worden gemaakt, en ii) niet nalatig bent geweest in het treffen van maatregelen om de gevolgen van onbehoorlijk bestuur af te wenden.

Externe bestuurdersaansprakelijkheid

Van externe bestuurdersaansprakelijkheid is sprake wanneer je aansprakelijk wordt gesteld door derden zoals schuldeisers of aandeelhouders. De derde kan daartoe enkel overgaan indien hij schade heeft geleden door jouw onrechtmatige handelingen, waarvan je bovendien – ook hier – een ernstig verwijt kan worden gemaakt (HR 8 december 2006, NJ 2006/659 (Ontvanger/Roelofsen)).

Van een dergelijke situatie is bijvoorbeeld sprake indien i) je tijdens de coronacrisis namens de vennootschap verbintenissen bent aangegaan terwijl je wist of je redelijkerwijze behoorde te begrijpen dat de vennootschap daardoor niet aan haar verplichtingen zou kunnen voldoen en geen verhaal biedt, of indien ii) jouw handelen of nalaten als bestuurder tijdens de coronacrisis ten opzichte van de derde in de gegeven omstandigheden van het geval tegenover de ander aantoonbaar onzorgvuldig is.

Bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement

Mocht een faillissement ondanks al je inspanningen onontkoombaar zijn, dan is het goed om te weten in welke gevallen een curator je aansprakelijk kan stellen.

Ten tijde van een faillissement zal de curator met name nagaan of er in de periode drie jaar voorafgaande aan het faillissement, inclusief de coronacrisis, sprake is geweest van kennelijk onbehoorlijk bestuur. Indien er (inderdaad) sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur zal de curator eveneens dienen na te gaan of het aannemelijk is dat het faillissement daardoor is veroorzaakt. Kennelijk onbehoorlijk bestuur is aan de orde indien je hebt gehandeld op een wijze zoals geen redelijk denkend bestuurder onder dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld.

Om de curator in zijn bewijspositie tegemoet te komen, bepaalt de wet dat in het geval dat niet is voldaan aan de boekhoudplicht of de jaarrekening niet tijdig is gedeponneerd het bestuur (als collectief) onweerlegbaar zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld en dat wordt vermoed dat de onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Om een aansprakelijkheid te voorkomen, is het derhalve van belang dat je de boekhouding zorgvuldig bijhoudt en tijdig de jaarrekeningen deponeert.

Let op: een 'tussengeschoven vennootschap' voorkomt geen aansprakelijkheid!

Het verdient tot slot opmerking dat je jezelf als bestuurder van de vennootschap, ook tijdens de coronacrisis, niet kunt verschuilen achter de rechtspersoonlijkheid van een andere vennootschap. De wet prikt daar als het ware doorheen.

Tips om bestuurdersaansprakelijkheid te voorkomen

Behoudens de situatie waarin de curator een bewijsvoordeel heeft, is het voor je aansprakelijkheid als bestuurder dus vereist dat je een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Dat geeft je enige vrijheid.

Aangezien rekening wordt gehouden met alle omstandigheden van het geval, speelt het zeker een rol dat je gezien de coronacrisis minder goed kunt inschatten hoe een beslissing uitpakt. Van belang is dat je kunt verantwoorden en zo nodig kunt aantonen waarom bepaalde beslissingen wel of niet zijn genomen.

Denk je er daarnaast over na om een reddingsplan in te zetten, dan geldt ook hier dat je het plan goed moet kunnen onderbouwen en bovendien dat het plan een reële kans van slagen dient te hebben. Hierbij enkele tips om bestuurdersaansprakelijkheid te voorkomen:

Documenteer waarom bepaalde beslissingen wel of niet zijn genomen.

- Wees voorzichtig met het aangaan van nieuwe verbintenissen.
- Denk (ook) aan het belang van je schuldeisers.
- Wees voorzichtig met selectieve betalingen.
- Houd toezicht op je medebestuurders.
- Zorg voor een ordentelijke boekhouding en deponeer tijdig de jaarrekeningen.
- Geef op tijd een melding van betalingsonmacht bij de Belastingdienst.
- Verzoek om uitstel van betaling bij de Belastingdienst.
- Maak gebruik van overheidshulp.
- Keer in onzekere tijden geen dividend uit.



Heb je vragen? Stel ze gerust. Neem contact op met **Eline Janssen** van Watsonlaw.



Bestuurdersaansprakelijkheid en deponeringsverplichting



Welke invloed heeft de huidige coronacrisis op deze deponeringsverplichting?

Opstellen van de jaarrekening

Het bestuur van een bv is op grond van de wet verplicht om binnen vijf maanden na een boekjaar de jaarrekening op te stellen en die voor de aandeelhouders ter inzage te leggen. De aandeelhouders dienen de jaarrekening vervolgens vast te stellen (goed te keuren). Heeft de bv een raad van commissarissen ('RvC'), dan dient niet alleen het bestuur de opgestelde jaarrekening te ondertekenen maar ook de RvC.

In geval van bijzondere omstandigheden kan de termijn van vijf maanden eenmalig door de aandeelhouders met vijf maanden worden verlengd. Deze verlenging van vijf maanden geldt echter enkel ten aanzien van boekjaren vanaf 2016. Ten aanzien van boekjaren van vóór 2016 geldt de oude verlengingstermijn van zes maanden. Het bestuur heeft daarom maximaal 10 of 11 maanden de tijd om de jaarrekening op te stellen.



Vaststellen en deponeren van de jaarrekening

Indien alle bestuurders ook alle aandeelhouders van de bv zijn, geldt dat ondertekening van de jaarrekening door alle bestuurders (en commissarissen) tevens geldt als vaststelling van de jaarrekening. Dit wordt ook wel de 'vereenvoudigde vaststelling' genoemd.

Is de jaarrekening vastgesteld, dan dient het bestuur de jaarrekening binnen 8 dagen, maar uiterlijk binnen 12 of 13 maanden na afloop van het desbetreffende boekjaar, te deponeren bij de Kamer van Koophandel. De termijn van 12 maanden geldt ten aanzien van boekjaren vanaf 2016 en de termijn van 13 maanden geldt ten aanzien van boekjaren van vóór 2016.

Indien alle bestuurders niet tevens alle aandeelhouders van de bv zijn, moet de jaarrekening binnen twee maanden door de aandeelhouders worden vastgesteld.

Gevolgen van te late deponering

Het niet of te laat deponeren van de jaarrekening is een economisch delict dat kan worden bestraft met een boete van de vierde categorie (momenteel € 21.750,-). Een andere sanctie van het niet voldoen aan de deponeringsverplichting betreft de mogelijke bestuurdersaansprakelijkheid in faillissement.

Bij niet tijdige deponering van de jaarrekening die zich heeft voorgedaan binnen drie jaar voor de faillissementsuitspraak, staat het vast dat het bestuur zijn taak onbehoorlijk heeft vervuld. Deze vaststelling vormt dan een weerlegbaar bewijsvermoeden dat het onbehoorlijk bestuur een belangrijke oorzaak is van het faillissement. Hier willen we aan toevoegen dat een termijnoverschrijding van enkele dagen niet meetelt indien daar een aantoonbare reden aan ten grondslag ligt.

Invloed coronacrisis

De Spoedwet COVID-19 bepaalt onder meer dat het bestuur, in plaats van de algemene vergadering, kan besluiten tot verlenging van de opsteltermijn. Daarnaast bepaalt de Spoedwet dat het niet tijdig deponeren van de jaarrekening geen onbehoorlijke taakvervulling van het bestuur oplevert indien de te late deponering te wijten is aan de gevolgen van de coronacrisis. Denk hierbij bijvoorbeeld aan een bestuurslid of de accountant die langdurig ziek is ten gevolge van het coronavirus.

Let op: dát het niet tijdig deponeren van de jaarrekening een gevolg van de coronacrisis is, dient het bestuur te stellen en zo nodig te bewijzen.

Conclusie

De Spoedwet COVID-19 creëert ruimte met betrekking tot het opstellen en deponeren van de jaarrekening. Als bestuurder is het echter zaak daar niet snel heil in te zoeken. Met een algemene verwijzing naar de coronacrisis zal de curator geen genoegen nemen, te meer omdat het bestuur de termijn tot het opstellen van de jaarrekening kan verlengen en omdat het deponeren van de jaarrekening zeggezegd 'met een druk op de knop' kan worden geregeld.

Neem dus geen risico en deponeer op tijd de jaarrekening, ook in de tijden van de coronacrisis. Daarbij kan gelukkig de aandeelhoudersvergadering op grond van dezelfde wet op afstand en digitaal plaatsvinden!



Heb je vragen? Stel ze gerust. Neem contact op met **Eline Janssen** van Watsonlaw.



Doorstart na een faillissement



Als een bedrijf tijdens de coronacrisis failliet gaat, betekent dat niet per se dat het bedrijf niets meer waard is. Integendeel, de curator zal eerst onderzoeken of een doorstart mogelijk is. Bij een doorstart wordt de gehele onderneming of een deel daarvan verkocht aan 'de hoogste bidder'. Dat hoeft echter niet per definitie degene te zijn die het meeste geld neerlegt.

Welke aspecten spelen een rol en waar dien je op te letten bij de overname van een failliete onderneming?

Interesse in een doorstart kenbaar maken

De curator behartigt de belangen van de gezamenlijke schuldeisers en zal daarom een zo hoog mogelijke opbrengst voor de boedel willen realiseren. Dat betekent in ieder geval dat de onderneming zo snel mogelijk moet worden doorgestart, zodat de meeste waarde behouden blijft. Daarom is het van belang direct jouw interesse kenbaar te maken aan de curator.

In praktijk ervaren wij dat gegadigden hun interesse pas laat laten blijken. Indien je op de hoogte wenst te blijven van bedrijven die failliet zijn gegaan, dan kun je dit dagelijks inzien in het [centraal insolventieregister](#) van [rechtspraak.nl](#).

Informatieverschaffing door de curator

Mocht je interesse hebben in het kopen van een failliete onderneming, dan kan een curator een bidbook opstellen met relevante informatie over het bedrijf. Na het tekenen van een geheimhoudingsverklaring heb je toegang tot o.a. taxatierapporten, informatie over inventaris en voorraad en een beperkt overzicht van de werknemers.

De curator is verplicht je tijdens de onderhandelingen deugdelijk te informeren. Laat hij dit na, dan kan hij daar aansprakelijk voor worden gehouden, aldus gerechtshof 's- Hertogenbosch ([ECLI:NL:GHSHE:2013:3332](#)).

Contractovername

De contracten die de gefailleerde onderneming heeft met derden, kunnen een grote waarde vertegenwoordigen.

In duurcontracten is vaak een bepaling opgenomen dat deze bij faillissement eindigen, of in ieder geval opzegbaar zijn. Toch is de wederpartij vaak bereid om mee te werken bij een doorstart, de contracten zullen immers ook voor hen van een bepaalde waarde zijn.

De curator kan het recht om een overeenkomst over te nemen aan jou overdragen, voor de overname van het contract zelf is de medewerking van de wederpartij vereist. De curator zal dan ook vaak bedingen dat het risico voor het al dan niet verkrijgen van deze medewerking voor risico van de koper is.

In de praktijk wil de wederpartij vaak gewijzigde condities waaronder het nieuwe contract wordt afgesloten, maar mijn ervaring is dat in overleg met de curator en de wederpartij hiervoor een oplossing kan worden gevonden.

Werkgelegenheid

Bij een doorstart na faillissement heb je als koper de keuze om bepaalde werknemers wel of niet over te nemen. De curator zal je erop wijzen dat bij het aanbieden van een arbeidscontract aan deze werknemers, het mogelijk is dat er ook arbeidsrechtelijke verplichtingen vanuit het verleden kunnen worden voortgezet.

Dit laatste is sterk afhankelijk van wie de doorstartende partij is. Indien de doorstarter historische kennis heeft van de failliete onderneming, wordt sneller aangenomen dat verplichtingen vanuit het verleden mee overgaan.

Bij een faillissement betaalt het UWV gedurende 6 weken de lonen van werknemers door, waardoor een vordering ontstaat op de boedel. Voor een curator is het interessant om zoveel mogelijk contracten over te dragen aan de koper. Mocht je bereid zijn een groot aantal werknemers over te nemen, dan kan de curator dit meewegen bij de overnamesom.

Maatschappelijke belangen

De curator dient de belangen van de schuldeisers te behartigen, maar dient onder omstandigheden ook rekening te houden met maatschappelijke belangen. In [dit arrest](#) bepaalde de Hoge Raad dat de continuïteit van de onderneming, met behoud van de werkgelegenheid, zwaarder woog dan het belang van de schuldeisers bij een zo hoog mogelijk bod.

De curator is dus niet verplicht om voor de hoogste bidder te kiezen, maar heeft de beleidsvrijheid om alle factoren mee te nemen in zijn beslissing om voor de boedel te komen tot het beste bod.

Werkkapitaal bij een doorstart

De koper dient bij een doorstart over voldoende werkkapitaal te beschikken om zijn leveranciers te kunnen betalen. Vaak zijn de leveranciers zeer terughoudend bij het verstrekken van leverancierskrediet aan ondernemers die uit een faillissement een bedrijf gekocht hebben. Sterker nog, vaak wordt betaling vooraf verlangd of directe betaling bij aflevering.



Heb je vragen? Stel ze gerust. Neem contact op met **Anne-Marie Weersink** van Hekkelman.



Overname van personeel bij een doorstart



Een doorstarter die (een deel van de) activiteiten van een in zwaar weer verkerende, of gefailleerde, onderneming overneemt, kan niet altijd een volledig nieuwe en schone start maken met het betrokken personeel. De (ondergeschikte) werknemer geniet immers bescherming, met als gevolg dat de doorstarter het arbeidsverleden van de werknemer in sommige gevallen moet laten doorwerken.

Anderzijds is de wetgever ook niet blind voor het feit dat een doorstarter vaak ingrijpende personele wijzigingen moet doorvoeren om een onderneming levensvatbaar te kunnen voortzetten. Om die reden moet de werknemersbescherming soms wijken, bijvoorbeeld in geval van faillissement.

Werknemersbescherming in het arbeidsrecht

In het arbeidsrecht is de werknemersbescherming in geval van een werkgeverswissel geregeld met de bepalingen rondom 'overgang van onderneming' en het 'opvolgend werkgeverschap'.

Overgang van onderneming

Van overgang van onderneming is sprake als (1) een economische eenheid (2) overgaat en (3) de activiteit in de nieuwe situatie op een vergelijkbare manier wordt voortgezet (identiteitsbehoud).

Het gevolg van overgang van onderneming is dat de nieuwe werkgever het betrokken personeel verkrijgt met alle bijbehorende rechten en verplichtingen. De nieuwe eigenaar wordt dus automatisch de nieuwe werkgever en de rechten en plichten van de werknemers blijven hetzelfde.

Opvolgend werkgeverschap

Het opvolgend werkgeverschap komt er in de kern op neer dat de opvolgende werkgever de door de werknemers bij zijn voorganger opgebouwde diensttijd / anciënniteit tegen zich moet laten gelden. Dat betekent bijvoorbeeld dat de nieuwe werkgever in geval van ontslag ook de diensttijd van zijn voorganger moet afrekenen.

Overgang van onderneming en opvolgend werkgeverschap

De werkgever heeft in het traject van opvolgend werkgeverschap meer vrijheid dan bij overgang van onderneming. De nieuwe werkgever heeft namelijk de keuze om een medewerker al dan niet in dienst te nemen én is bovendien vrij om met de medewerker afspraken te maken over zijn nieuwe inzet. Pas het moment dat de medewerker op oude voet verder gaat, is sprake van opvolgend werkgeverschap en neemt de nieuwe werkgever ook een stukje verleden over. Zoals eerder besproken behoudt de werknemer bij overgang van onderneming altijd zijn rechten en plichten.

Samengevat: in geval van overgang van onderneming is er geen vrijheid voor partijen om af te wijken van de oude situatie. Bij opvolgend werkgeverschap daarentegen heb je de keuze om wel of niet af te wijken van de oude situatie.



Wat zijn de mogelijke consequenties voor de doorstarter bij overgang van onderneming of opvolgend werkgeverschap?

Overgang van onderneming: wat zijn de consequenties?

In geval sprake is van een overgang van onderneming gaan de rechten en verplichtingen voortvloeiend uit een arbeidsovereenkomst tussen de werkgever en een daar werkzame werknemer van rechtswege over op de verkrijger.

De medewerkers treden dus vanzelf en met behoud van al hun opgebouwde aanspraken in dienst bij de nieuwe werkgever. Eventuele afspraken tussen de nieuwe werkgever en de medewerkers met betrekking tot andere – mindere – arbeidsvoorwaarden, zijn, indien strijdig met voornoemde uitgangspunten, nietig. Verder genieten de werknemers ontslagbescherming, in die zin dat zij niet ontslagen mogen worden wegens overgang van onderneming.

Overgang van onderneming bij faillissement

De regeling inzake overgang van onderneming geldt echter niet in geval van faillissement, zo is bepaald in artikel 7:666 BW. Een doorstart vanuit faillissement brengt daarom met zich dat de doorstarter bij een faillissement wél vrij is in de keuze óf hij personeel van de failliete werkgever overneemt en welke arbeidsvoorwaarden hij de over te nemen werknemers biedt.

Andere uitzonderingen op de regel?

In de rechtspraak is veel aandacht geweest voor de pre-pack, of voorgekookte doorstart, waarbij het faillissement niet zozeer is ingegeven vanuit het oogmerk van liquidatie, maar juist gericht is op continuering in afgeslankte en gezonde vorm. Gaat in deze situatie van een pre-pack / voorgekookte doorstart de faillissementsuitsondering ook op? Deze vraag is ontkennend beantwoord door het Europese Hof. In het geval van een pre-pack is de doorstarter wel verplicht om de werknemers met bijbehorende afspraken over te nemen. Daar past wel de kanttekening bij dat het om een hele specifieke situatie gaat, die in Nederland (nog) geen wettelijke grondslag heeft.



Een andere uitzondering betreft een situatie waarbij het faillissement enkel wordt gebruikt (misbruikt) om van het overvloedige, te dure, personeel af te komen. Ook in die situatie kan een rechter kritisch zijn op de motieven en zal hij de betrokken medewerkers eerder in bescherming nemen.

Opvolgend werkgeverschap: wat zijn de consequenties?

Van opvolgend werkgeverschap is sprake wanneer een werknemer hetzelfde werk blijft doen bij een opvolgende werkgever. Of zoals het in de wet staat moeten de werkgevers "ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn".

Het opvolgend werkgeverschap komt in het arbeidsrecht verschillende malen aan de orde. Bijvoorbeeld bij de proeftijdregeling, de ketenregeling, de uitzendovereenkomst, de berekening van opzegtermijnen, de vaststelling en berekening van de transitievergoeding en de Ragetlie-regel. De twee belangrijkste regelingen bespreken wij hieronder.

Opvolgend werkgeverschap bij faillissement en doorstart

De ketenregeling

De ketenregeling gaat over de vraag of een arbeidsovereenkomst bij de voorgaande werkgever meetelt als schakel in de keten. Kan een opvolgend werkgever nog tijdelijk contracteren, of moet hij de medewerkers meteen een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aanbieden?

Over de toepasselijkheid van de ketenregeling in geval van een doorstart na faillissement, heeft de rechter zich meermaals moeten buigen. De conclusie is dat (ook) de doorstartende werkgever te zien is als een opvolgend werkgever als de werknemer hetzelfde werk is blijven doen.

In die situatie tellen de bij de oude (failliete) werkgever gesloten arbeidsovereenkomsten, waaronder óók een eventuele arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, mee voor de ketenregeling. Voor zover de werknemer dus al langer dan drie jaar aan het werk is, zijn er voor de nieuwe werkgever geen mogelijkheden om nog tijdelijk te contracteren. Je bent direct voor onbepaalde tijd aan elkaar verbonden.

Hier past nog de kanttekening bij dat voor 1 juli 2015 niet alleen moest worden beoordeeld wat de functie van de werknemer inhield, maar ook wat de "banden" waren tussen de oude – en de opvolgende werkgever. Dit criterium is bij de wetswijziging per 1 juli 2015 komen te vervallen, maar speelt nog wel een rol voor zover het oude situaties betreft.

De transitievergoeding

Voor de duur van de relevante diensttijd moet in geval van opvolgend werkgeverschap ook gekeken worden naar de dienstjaren die bij de voorganger zijn gewerkt. Met andere woorden: de opvolgende werkgever rekent ook het oude dienstverband af.

De transitievergoeding is, zo bepaalt de wet, niet langer verschuldigd wanneer de werkgever in staat van faillissement is verklaard.

Dit betekent echter niet, zo blijkt uit de rechtspraak, dat een doorstarter bij ontslag geen transitievergoeding hoeft te betalen over de diensttijd die de werknemer bij zijn failliete voorganger heeft opgebouwd. In geval de doorstarter is te zien als de opvolgend werkgever, moet de doorstarter ook over het oude dienstverband afrekenen.

De failliete werkgever heeft dus geen verplichting om de werknemers die ontslagen worden een transitievergoeding te betalen. Dit doet er niet aan af dat als de opvolgend werkgever een overgenomen werknemer wil ontslaan, voor de berekening van de transitievergoeding ook de dienstjaren bij de failliete werkgever meetellen. Het opvolgend werkgeverschap heeft in dit geval dus een verdergaande (financiële) consequentie voor de doorstarter.

Conclusie

Als doorstarter kan je, zoals gezegd, niet altijd met een schone lei beginnen voor zover je gebruik maakt van (een deel van) het personeel van je voorganger. Weliswaar wordt verlichting geboden voor de situatie van faillissement, maar dan alleen aan de gefailleerde werkgever.

De doorstarter kan alsnog geconfronteerd worden met bij zijn voorganger opgebouwde aanspraken.



Heb je vragen? Stel ze gerust. Neem contact op met **Geeke Hissink** van Hekkelman.

Vragen?

Stel ze gerust aan onze specialisten.



Deze whitepaper is geschreven door de insolventierechtsspecialisten van **Watsonlaw** en **Hekkelman advocaten en notarissen**. Tussen onze kantoren bestaat een unieke samenwerking die ons in staat stelt om onze gezamenlijke expertises zo optimaal mogelijk voor onze cliënten te benutten.

