

De gevolgen van eigenrisicodragerschap bij een doorstart na faillissement

mr. M.C. van Genugten¹

In geval van een doorstart na een faillissement waarbij werknemers worden overgenomen zal de geïnformeerde doorstarter zich bewust zijn van de bekende risico's die hieraan kleven. Deze bestaan uit een overdracht van het arbeidsverleden van de overgenomen werknemer in de vorm van 'opvolgend werkgeverschap'. Hiermee moet rekening worden gehouden bij de bepaling, of en zo ja, onder welke voorwaarden met toepassing van de ketenregeling ex art. 7:668a BW nog een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan worden aangegaan, hoe hoog een eventuele transitievergoeding is bij beëindiging van de met de doorstarter aangegane arbeidsovereenkomst en hoe lang bij beëindiging de opzegtermijn is. Verder speelt het arbeidsverleden bij de vorige gefailleerde werkgever ook een rol bij toepassing van het afspiegelingsbeginsel in geval van reorganisatie bij de doorstarter. Minder bekend is echter de adder onder het gras die in dit artikel centraal staat. Het gaat om de gevolgen van eigenrisicodragerschap ten aanzien van uitkeringen op grond van de Ziektewet en WIA/WGA ten behoeve van (ex-)werknemers die voorafgaand aan het faillissement in dienst waren van de gefailleerde of zijn geweest en ten tijde van dit dienstverband arbeidsongeschikt zijn geworden. Een doorstartende partij loopt risico's om voor betaling van uitkeringen voor deze (ex-)werknemers, die hij zelf nooit in dienst heeft gehad, te worden aangesproken. Onder omstandigheden kan dit ertoe leiden dat een doorstartende werkgever gedurende tien jaar geheel of gedeeltelijk een WGA-uitkering dient te betalen voor een werknemer die ooit voor de failliete werkgever heeft gewerkt, maar op het moment dat het faillissement werd uitgesproken al niet meer in dienst was. Een voorbeeld van de verwezenlijking van dit risico is te vinden in een recente uitspraak van de bestuursrechter van de rechtbank Midden-Nederland van 30 november 2017² die ik hieronder na een algemene toelichting op het eigenrisicodragerschap kort zal bespreken. Vervolgens zal worden ingegaan op het juridisch kader dat aan de uitspraak ten grondslag ligt, op de vraag wat de gevolgen van overdracht van een onderneming zijn in geval van eigenrisicodragerschap en op de

vraag wat de gevolgen zijn voor een doorstart na een faillissement. Zoals zal blijken, wordt in de regelgeving omtrent het eigenrisicodragerschap een overdracht van activiteiten na een faillissement niet anders beschouwd dan een 'normale' overgang van onderneming. Verder is van groot belang of sprake is van gehele of gedeeltelijke overgang van onderneming waarbij welke variant zich wanneer voordoet niet altijd eenvoudig te bepalen is.

1. Eigenrisicodragerschap en kosten voor arbeidsongeschiktheid (ZW en WGA)

De kosten van de eerste twee jaar ziekte van een werknemer worden in beginsel gedragen door de werkgever in de vorm van een loondoorbetalingsverplichting. Indien er in deze periode (op enig moment) echter geen werkgever is die tot loondoorbetaling over kan gaan (bijvoorbeeld omdat sprake was van een tijdelijk contract dat is geëindigd) vindt betaling van een uitkering plaats op basis van de Ziektewet, het zogenaamde ziekengeld. Bij aanhoudende arbeidsongeschiktheid na twee jaar komt de Wet WIA in beeld. Indien sprake is van volledige duurzame arbeidsongeschiktheid kan een beroep gedaan worden op een IVA-uitkering (Inkomensvoorziening Volledig Arbeidsongeschikten) op basis van de Wet WIA. Op deze uitkering wordt in deze bijdrage niet verder ingegaan, omdat daarvoor geen eigenrisicodragerschap bestaat. Indien na twee jaar arbeidsongeschiktheid geen sprake is van volledige arbeidsongeschiktheid, maar van gedeeltelijke arbeidsongeschiktheid, kan de (ex-)werknemer in aanmerking komen voor een WGA-uitkering (Werkhervatting Gedeeltelijk Arbeidsongeschikten) op basis van de Wet WIA. Een WGA-uitkering kan tot de AOW-gerechtigde leeftijd worden genoten maar hoeft maximaal tien jaar door een eigenrisicodragende (oud-)werkgever te worden betaald.³ Het aantal WGA-uitkeringen lag eind december 2017 op zo'n 180.000 ten opzichte van circa 100.000 IVA-uitkeringen.⁴

1. Mart van Genugten is advocaat bij Pot Jonker te Haarlem.
2. ECLI:NL:RBMNE:2017:6835.

3. Art. 82 lid 1 Wet WIA jo. Regeling vaststelling periode eigenrisicodragen WGA-uitkeringen.
4. Bron: CBS, Statline, Sociale Zekerheid; kerncijfers, uitkeringen naar uitkeringssoort.

Het uitgangspunt van de wetgever bij uitkeringen op basis van de WGA en Ziektewet is geweest om kosten en risico's van arbeidsongeschiktheid en de kosten voor en de verplichting tot uitvoering van re-integratie waar mogelijk toe te rekenen aan de werkgever bij wie de arbeidsongeschiktheid is ontstaan. Dit vanuit de gedachte dat dit een prikkel oplevert voor preventie en voor het beperken van de duur van verzuim. In de praktijk betekent dit dat de kosten van arbeidsongeschiktheidsuitkeringen van een werknemer in beginsel steeds volledig worden toegerekend aan de werkgever bij wie de werknemer in dienst was op de eerste dag van zijn arbeidsongeschiktheid, ongeacht de lengte van het dienstverband. Ook indien arbeidsongeschiktheid binnen vier weken na einde van het dienstverband intreedt wordt dit aan de werkgever toegerekend. Omdat de kosten en risico's verbonden aan de betaling van arbeidsongeschiktheidsuitkeringen voor de meeste (en in ieder geval de minder grote) werkgevers relatief hoog zijn bestaat er een collectieve verzekering voor de risico's die voortvloeien uit Ziektewet- en WGA-uitkeringen aan (ex-)werknemers. Het UWV zorgt in ruil voor betaling van een collectieve premie (genaamd de premie Werkherbattingskas) voor betaling van de uitkeringen aan eventuele arbeidsongeschikte (ex-)werknemers. De hiervoor te betalen premie wordt door de Belastingdienst voor iedere werkgever individueel jaarlijks vastgesteld en wordt naar mate de omvang van de totale loonsom groter is meer gebaseerd op de daadwerkelijke uitkeringen die aan (ex-)werknemers moeten worden gedaan. Voor kleinere werkgevers wordt de premie gebaseerd op de mate van arbeidsongeschiktheid in de betreffende sector waarin de onderneming actief is. Aangezien de hoogte van de premie per werkgever wordt vastgesteld wordt de premie aangeduid als 'gedifferentieerde premie'. In plaats van deze collectieve verzekering kunnen werkgevers er ook voor opteren eigenrisicodragers te worden voor de Ziektewet, de WGA, of beide. De collectieve premie is dan niet langer verschuldigd. De kosten van Ziektewet- en WGA-uitkeringen (en bijbehorende re-integratie) voor werknemers die tijdens de eerste ziektedag in dienst waren van de werkgever dient een eigenrisicodragers echter zelf te betalen. Het eigenrisicodragerschap voor de Ziektewet heeft betrekking op kosten voor uitkeringen aan werknemers gedurende de eerste twee jaar arbeidsongeschiktheid indien deze werknemers geen loonaanspraak hebben (bijvoorbeeld door een tijdelijk contract). Het eigenrisicodragerschap voor de WGA is verstrekkender en ziet op de WGA-uitkeringen aan (ex-)werknemers (ongeacht of sprake was van een vast of tijdelijk contract) die plaatsvinden ná de tweejaarsperiode waarin ofwel uitkering conform de Ziektewet plaatsvond ofwel aanspraak op loondoorbetaling plaatsvond.⁵ Het ei-

genrisicodragerschap voor de WGA is zoals al aangehaald hierbij beperkt tot tien jaar betaling van de WGA-uitkering. Een eigenrisicodragers loopt dus het risico om maximaal twaalf jaar (twee jaar loondoorbetaling of uitkering op grond van de Ziektewet en 10 jaar WGA-uitkering) de inkomensvoorziening te moeten betalen voor een (ex-)werknemer die bij hem in dienst was op de eerste dag van zijn arbeidsongeschiktheid. Hij is tevens verantwoordelijk voor de re-integratie.

Eigenrisicodragerschap kan bij een goede beheersing van verzuim binnen de onderneming van de werkgever leiden tot een besparing ten opzichte van betaling van de collectieve premie, in combinatie met (of wellicht als gevolg van) grotere eigen controle ten aanzien van verzuimbegeleiding en re-integratie (en een minder grote rol van het UWV hierbij).

Gelet op de financiële risico's die voor een werkgever aan het eigenrisicodragerschap zijn verbonden en zich voor zullen doen indien onverwachts sprake is van meer of langduriger verzuim dan verwacht, wordt eigenrisicodragerschap in de regel gecombineerd met een door te werkgever af te sluiten verzekering van de bijbehorende risico's bij een private verzekeraar. Alhoewel private verzekering van het risico dat ontstaat door eigenrisicodragers voor Ziektewet en WGA-uitkeringen te worden niet verplicht is, geldt dat bij het opteren voor eigenrisicodragerschap voor de WGA wel een bank of verzekeraar namens de werkgever jegens het UWV een garantie moet stellen voor eventuele uitkeringen die het UWV aan (ex-)werknemers dient te verrichten, voor het geval de werkgever zijn verplichtingen niet zelf nakomt of kan nakomen (art. 40 lid 2 Wet Financiering Sociale Verzekeringen).

Enkele bijzonderheden bij het (al dan niet) opteren voor eigenrisicodragerschap die steeds in ogenschouw moeten worden genomen zijn het zogenaamde 'inlooprisico' en het 'uitlooprisico'. Het eigenrisicodragerschap impliceert dat de werkgever vanaf de dag dat hij eigenrisicodragers wordt verantwoordelijk is voor Ziektewet- en WGA-uitkeringen die worden gedaan of zullen worden gedaan aan (ex-)werknemers die op de eerste dag van hun arbeidsongeschiktheid in dienst waren bij de werkgever. Dit betekent dat zodra het eigenrisicodragerschap van kracht wordt ook de vanaf dat moment verschuldigde uitkeringen aan (ex-)werknemers die al arbeidsongeschikt waren voordat het eigenrisicodragerschap een aanvang nam, door de eigenrisicodragende werkgever betaald zullen moeten worden. In sommige gevallen gaat het hierbij om ex-werknemers waar de werkgever allang geen zicht meer op heeft, maar aan wie langdurig een WGA-uitkering is of zal worden toegekend. Het risico dergelijke kosten voor historische arbeidsongeschiktheidssituaties te moeten betalen wordt het 'inlooprisico' genoemd. Alvorens te besluiten eigenrisicodragers te worden moeten de bestaande

5. Het eigenrisicodragerschap heeft formeel ook betrekking op de overlijdensuitkering bedoeld in art. 74 lid 1 Wet WIA maar omdat deze uitkering erg beperkt is en de situatie zich zeer infrequent zal voordoen ga ik

daar in dit artikel niet op in.

en historische verzuimgevallen dus goed in kaart worden gebracht en de dekking (of uitsluiting) van het inlooperisico moet worden besproken worden met de beoogde private verzekeraar.

Met het 'uitlooperisico' wordt de spiegelbeeldige situatie bedoeld waarbij de werkgever het eigenrisicodragerschap wenst te beëindigen. In dat geval blijven ongeacht de beëindiging van het eigenrisicodragerschap de kosten en risico's van (ex-) werknemers wier eerste ziektedag plaatsvond voorafgaand aan de beëindiging van het eigenrisicodragerschap voor rekening van de werkgever. Ook dit risico dient in overleg met de private verzekeraar in kaart te worden gebracht.

2. Een voorbeeld van de risico's bij doorstart in faillissement: De uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 30 november 2017 (ECLI:NL:RBMNE:2017:6835).

Nu duidelijk is wat eigenrisicodragerschap inhoudt kan ik terugkeren tot het thema van deze bijdrage. Uit een uitspraak van de bestuursrechter van de rechtbank Midden-Nederland van 30 november 2017 over eigenrisicodragerschap en een doorstart na faillissement blijkt wat voor ongewenste erfenis het eigenrisicodragerschap een doorstarter kan opleveren. Om het overzichtelijk te houden zal de casus die ten grondslag lag aan de uitspraak en de uitkomst kort worden besproken waarna separaat in een wat bredere context op het juridisch kader waar de uitspraak betrekking op had zal worden ingegaan.

Uit de uitspraak blijkt het volgende. Een niet met naam genoemde onderneming (hierna: 'de gefailleerde') was eigenrisicodragers voor de betaling van de WGA-uitkering van haar werknemers. Op 23 oktober 2012 is een werknemer (hierna: 'de langdurig zieke werknemer') uitgevallen wegens ziekte.

Op 21 oktober 2014 – dus na twee jaar ziekte – heeft het UWV aan de langdurig zieke werknemer een WGA-uitkering ingevolge de WIA toegekend. Op 27 januari 2015 is de gefailleerde vervolgens in staat van faillissement verklaard.

De curator heeft de activa en activiteiten van de gefailleerde verkocht en via (kennelijk) onderlinge overdracht zijn uiteindelijk de activiteiten van de gefailleerde voortgezet door een na het faillissement opgerichte vennootschap die hier verder zal worden aangeduid als 'de doorstarter'. Vijf van de tien werknemers van de gefailleerde zijn in dienst getreden van de doorstarter.

Vervolgens, een jaar na de doorstart, op 18 februari 2016 heeft het UWV besloten dat op grond van art. 84 Wet WIA de kosten van de WGA-uitkering van de langdurig zieke werknemer (die dus eigenlijk door de gefailleerde als eigenrisicodragers waren verschuldigd) moeten worden toegerekend aan de doorstarter, nu de overname voldeed aan de criteria van een overgang van onderneming. De doorstarter was volgens het UWV daarom gehouden om gedurende maximaal tien jaar de uitkering te beta-

len voor een werknemer die nooit bij hem in dienst is geweest en die al meer dan twee jaar voorafgaand aan de doorstart arbeidsongeschikt was geraakt. De doorstarter gaat tevergeefs in bezwaar bij het UWV en vervolgens in beroep.

De verweren van de doorstarter tegen het toerekeningsbesluit komen erop neer dat niet voldaan zou zijn aan de criteria voor overgang van onderneming en subsidiair dat slechts een deel van de onderneming is overgenomen, zodat er hooguit een deel van het risico aan de doorstarter dient te worden toegerekend.

De uitkomst van de beroepsprocedure is dat volgens de rechtbank het UWV het volledige risico van betaling van de WGA-uitkering aan de langdurig arbeidsongeschikte werknemer inderdaad dient toe te rekenen aan de doorstarter. Dit aangezien de verkrijging van de onderneming van de gefailleerde voldoet aan de criteria van overgang van onderneming als bedoeld in art. 7:662 BW. De risico's voor de gefailleerde werkgever zijn volgens de rechter conform art. 84 lid 3 Wet WIA (thans art. 82 lid 3 Wet WIA) daarom overgegaan op de doorstarter. Er is volgens de rechtbank geen sprake van de overgang van slechts een deel van een onderneming als bedoeld in art. 84 lid 4 zodat geen gedeeltelijke toerekening dient plaats te vinden.

Het moeten dragen van de kosten voor deze uitkering voor een voormalig werknemer van de gefailleerde, met wie de doorstarter nooit enige betrekkingen gehad heeft, moet een bittere pil zijn voor de doorstarter. Blijkens de uitspraak bestond de onderneming van de doorstarter uit minder dan 10 werknemers en is dus sprake van relatief grote financiële consequenties.

Nu duidelijk is wat de uitkomst van de procedure was, en wat de onverwachte gevolgen van eigenrisicodragerschap voor een doorstartende partij dus kunnen inhouden, zal ik ingaan op het genoemde (destijds) art. 84 Wet WIA (thans art. 82 Wet WIA) waarin is bepaald wanneer een opvolgend werkgever na faillissement dergelijke risico's van de overdragende werkgever kan erven.

Ik merk op dat de besproken uitspraak en het onderstaand te bespreken juridisch kader alleen betrekking heeft op eigenrisicodragerschap voor de WGA-uitkering op basis van de Wet WIA. De risico's die verbonden zijn aan het eigenrisicodragerschap voor de Ziektewet in geval van een doorstart na faillissement zijn gereld in art. 63b lid 3 en 4 Ziektewet, die deels gelijklopend zijn aan de te bespreken leden 3 t/m 5 van art. 82 Wet WIA. Omdat de betreffende bepalingen uit de Ziektewet voor zich spreken en sprake is van een soortgelijke systematiek van risico-overdracht als die ten aanzien van de WGA in dit artikel wordt besproken, zal ik de regeling van de Ziektewet niet separaat bespreken.

3. Art. 82 Wet WIA (voorheen art. 84 Wet WIA)

Artikel 82 Wet WIA regelt het eigenrisicodragerschap voor de WGA en de gevolgen van overgang

Is de overdragende WG ERD*?	Is de verkrijgende WG ERD (huidig of toekomstig**)?	Gaat slechts een deel van de onderneming over?	Gevolgen overdracht
Ja	Ja	Nee	Risico*** gaat over naar verkr. WG
Nee	Ja	Nee	Risico gaat over naar verkr. WG
Ja	Nee	Nee	Risico gaat over naar verkr. WG
Ja	Ja	Ja	Risico blijft bij overdr. WG
Nee	Ja	Ja	Risico gaat over naar rato van de loonsom die overgaat.
Ja	Nee	Ja	Risico blijft bij overdr. WG

*ERD=eigenrisicodragers

**Het is dus niet van belang of de verkrijgende werkgever tijdens de overgang van onderneming al eigenrisicodragers is, ook als hij dit later wordt zal het risico van de overdragende werkgever alsnog aan hem overgaan. Er is voor de verkrijgende werkgever door de overname dus sprake van een extra inlooperisico indien deze later opteert voor eigenrisicodragerschap.

***Het risico dat overgaat is in art. 82 lid 3 Wet WIA gedefinieerd als '(...)het risico van betaling van de WGA-uitkering aan de verzekerde, die op de eerste dag van de bij die uitkering in acht genomen wachttijd in dienstbetrekking stond tot de werkgever die de onderneming heeft overgedragen.'

van de onderneming, al dan niet in combinatie met een faillissement.

Op basis van art. 82 lid 3 t/m lid 5 Wet WIA is er een aantal situaties waarin het risico van de (al dan niet gefailleerde) eigenrisicodragers tot betaling van WGA-uitkeringen overgaat naar een andere werkgever in combinatie met een overgang van onderneming. Diegene die onbekend is met deze regeling zal zich allereerst afvragen hoe overgang van onderneming relevant kan zijn na een faillissement. Die is gelet op art. 7:666 BW toch niet van toepassing? In de gebruikte formulering in art. 82 Wet WIA wordt echter duidelijk gemaakt dat ook een overdracht na een faillissement, indien die overdracht (het faillissement wegdenkende) zou voldoen aan de voorwaarden voor overgang van onderneming in de zin van art. 7:662 BW, onder de reikwijdte van de regeling valt waarbij de risico's kunnen overgaan naar de werkgever die (een deel van) de onderneming verkrijgt. De uitzonderingssituatie van art. 7:666 BW, welk artikel bepaalt dat in faillissementssituatie geen sprake is van overgang van onderneming, is kort gezegd weggeschreven in de Wet WIA. Voor de goede orde citeer ik de betreffende zin van art. 82 lid 3 Wia waarin dit is vastgelegd (onderstreping toegevoegd):

'In geval van overgang van een onderneming in de zin van artikel 662 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, alsmede in geval van een

dergelijke overgang bij faillissement, wordt het risico van de betaling van de WGA-uitkering aan de verzekerde, die op de eerste dag van de bij die uitkering in acht genomen wachttijd in dienstbetrekking stond tot de werkgever die de onderneming heeft overgedragen(...) gedragen door de werkgever die de onderneming verkrijgt indien: (...).'

Kortom: Er wordt voor de toerekening van het risico geen onderscheid gemaakt tussen een overgang van een onderneming met of zonder faillissement. Een andere aberratie in de regeling in de Wet WIA is dat in de leden 4 en 5 van art. 82 Wet WIA ervan wordt uitgegaan dat sprake kan zijn van overgang van onderneming, en daarnaast – of daarbij – ook een situatie kan optreden waarbij 'slechts een deel van de onderneming overgaat'. Dit strookt niet met de algemene toepassing van overgang van onderneming waarbij als minimumvereiste geldt dat een zelfstandig te definiëren onderneming (in de vorm van een zelfstandige economische eenheid) dient over te gaan en als dit het geval is, deze onderneming (in arbeidsrechtelijke zin) als geheel overgaat. Over de onduidelijkheid wat bedoeld is met de overgang van 'slechts een deel van de onderneming' kom ik verderop nog terug.

Eerst wordt schematisch uiteengezet wat uiteindelijk is bepaald in art. 82 lid 3 t/m 5 Wet WIA over wat de gevolgen zijn van (gedeeltelijke) overgang

van onderneming in de verschillende scenario's. De varianten zijn hierbij het eigenrisicodragerschap van de overdragende, dan wel de verkrijgende werkgever, dan wel van beide, en de eventuele overgang van slechts een deel van de onderneming. Nogmaals, of wel of geen sprake is van faillissement is niet relevant voor de uitkomst.

Opgemerkt wordt dat in bovenstaande tabel niet de situatie weergegeven is waarbij zowel de overdragende als de verkrijgende werkgever geen eigenrisicodragers zijn. In die situatie gaat immers geen betalingsrisico ten aanzien van WGA-uitkeringen over en komt betaling hoe dan ook voor rekening van het UWV. Wat echter bedacht moet worden is dat voor zover de collectieve premie van de verkrijgende werkgever gebaseerd wordt op zijn individuele prestaties, bij het vaststellen van die collectieve premie de ziekteverzuimgevallen van de overdragende (al dan niet failliete) werkgever wel worden toegerekend aan de verkrijgende werkgever. Ook zonder dat sprake is van eigenrisicodragerschap kan de doorstarter na faillissement dus financieel nadeel ondervinden van (historisch) ziekteverzuim van de gefailleerde in de vorm van een hogere collectieve premie. Ook hier geldt weer dat indien sprake is van slechts een gedeeltelijke overgang de toerekening aan de verkrijgende werkgever plaatsvindt naar evenredigheid van overgedragen loonsom (art. 2.15 lid 1 en 2 Besluit Wfsv).

Zoals blijkt uit bovenstaand schema is het vrij cruciaal of sprake is van overgang van onderneming of van een situatie waarbij 'slechts een deel van de onderneming overgaat' als bedoeld in art. 82 lid 4 en 5 Wet WIA. In dat laatste geval is alleen als de gefailleerde werkgever geen eigenrisicodragers was en de doorstarter naar rato van de overgenomen loonsom. Is geen sprake van de overgang van 'slechts een deel van de onderneming', dan kan niet worden ontkomen aan overgang van het volledige risico. De vraag is dus hoe moet worden vastgesteld wanneer sprake is van de overgang van 'slechts een deel van de onderneming'.

Uit r.o.v. 9.1 t/m 9.3 van de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland volgt de rechtbank de benadering dat indien eenmaal is vastgesteld dat sprake is van overgang van onderneming als bedoeld in art. 7:662 BW, het vast staat dat geen sprake is van een gedeeltelijke overgang van onderneming als bedoeld in art. 82 lid 5 Wet WIA (in de uitspraak gaat het om het gelijkkluidende voormalige art. 84 lid 5 Wet WIA). Het is dan dus in de visie van de rechtbank niet meer relevant dat maar een deel van de werknemers van de onderneming mee is overgedragen naar de doorstarter als verkrijgend werkgever.

Deze benadering van de rechtbank Midden-Nederland lijkt overeen te komen met die van de Centrale Raad van Beroep zoals blijkend uit zijn uitspraak

van 11 november 2016.⁶ In die uitspraak stelt de Raad vast dat de overdracht van één uitzendbureau door een besloten vennootschap die onder dezelfde handelsnaam nog zes andere uitzendbureaus exploiteert, niet kwalificeert als een situatie waarbij 'slechts een deel van de onderneming overgaat' in de zin van (destijds) art. 84 lid 4 Wet WIA. Dit aangezien het overgedragen uitzendbureau in de gegeven omstandigheden als een zelfstandige onderneming als bedoeld in art. 7:662 BW moest worden beschouwd, en de zeven uitzendbureaus tezamen niet als één onderneming waren te beschouwen. Het gaat er volgens de Raad bij de toepassing van de betreffende bepalingen in de Wet WIA niet om welke rechtspersoon als werkgever c.q. eigenrisicodragers moet worden beschouwd (en welke werknemers deze rechtspersoon in zijn totaliteit in dienst heeft) maar om 'welke economische eenheid een maatschappelijke bron van arbeidsverhoudingen is'. In het licht van de casus die ten grondslag lag aan de uitspraak van 11 november 2016 lijkt dit zo te moeten worden geïnterpreteerd dat de overige ondernemingen die door de rechtspersoon werden gedreven, dus niet relevant zijn bij het bepalen of sprake is van een gehele of gedeeltelijke overgang van onderneming. Er dient alleen te worden gekeken naar de overgedragen onderneming. De Raad verwijst ook naar deze redenering in een latere uitspraak van 21 april 2017.⁷ In een recente uitspraak van de Rechtbank Limburg van 31 januari 2018 is onder verwijzing naar bovengenoemde uitspraken ook de redenering gehanteerd dat indien sprake is van overgang van onderneming doordat er een zelfstandige vestiging die onderdeel is van een grotere onderneming wordt overgenomen, er geen sprake is van de overgang van een deel van een onderneming als bedoeld in art. 84 Wet Wia.⁸

Bovenstaande jurisprudentie lijkt meer duidelijkheid te verschaffen over de vraag wanneer geen sprake is van de situatie waarbij 'slechts een deel van de onderneming overgaat' in de zin van de Wet WIA. Mede onder verwijzing naar van Zijl⁹ geldt echter dat door de betreffende jurisprudentie onduidelijk is geworden welke ruimte er dan nog is om aan te nemen dat wel sprake is van een gedeeltelijke overgang van onderneming. Indien sprake is van de overgang van een onderneming als bedoeld in art. 7:662 BW gaat de onderneming (in arbeidsrechtelijke zin) immers altijd geheel over en niet gedeeltelijk. Toekomstige uitspraken van de Raad zullen hopelijk meer duidelijkheid geven hierover. De gevolgen van bovenstaande jurisprudentie waarin beperkt ruimte lijkt te bestaan voor de situatie dat slechts een deel van de onderneming wordt overgedragen lijken voor een verkrijgende

6. ECLI:NL:CRVB:2016:4322, *SZR-Updates.nl* 2016-1126 met annotatie van J.P.M. van Zijl.

7. ECLI:NL:CRVB:2017:1608, *RSV* 2017/192 met annotatie van redactie.

8. Rechtbank Limburg, 31 januari 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:882.

9. J.P.M. Van Zijl, *Annotaties SZR* 2016-1126.

werkgever nadelig. Het is immers gunstiger voor de verkrijgende werkgever om sneller aangemerkt te kunnen worden als verkrijger van 'slechts een deel van de onderneming'. Wel moet worden bedacht dat de betreffende jurisprudentie met zich meebrengt dat om te bepalen welk deel van de risico's overgaan met de overgedragen onderneming, er geen aandacht zou moeten worden besteed aan bedrijfsonderdelen van de overdragende rechtspersoon die geen onderdeel uitmaken van de overgedragen onderneming. Anders gezegd, ondanks dat sprake is van een 'gehele' overgang van onderneming dienen naar mijn oordeel bij toepassing van art. 82 Wet WIA de arbeidsongeschikte (ex-)werknemers van andere zelfstandige onderdelen van de rechtspersoon, welke niet worden overgedragen, niet te worden betrokken.

Voor het UWV levert dit vermoedelijk de nodige problemen op. Administratief is immers steeds sprake van één eigenrisicodragende rechtspersoon waarover informatie beschikbaar is. Informatie over uit hoeveel zelfstandige ondernemingen als bedoeld in art. 7:662 BW een rechtspersoon bestaat en welke werknemers daar werkzaam zijn wordt door het UWV niet bijgehouden, waardoor het lastig is om na een overdracht van een deel van het personeelsbestand een juiste beslissing ten aanzien van de toerekening aan de verkrijgende werkgever te nemen. Bovendien is het ook de vraag of verschillende zelfstandige ondernemingen onder omstandigheden niet ook gezamenlijk als één onderneming kunnen worden beschouwd, zodat meerdere uitkomsten denkbaar zijn.

Voor de gevolgen van de doorstart na faillissement lijkt de bovenstaande interpretatie van wat 'slechts een deel van de onderneming' behelst niet gunstig te zijn, zoals ook blijkt uit de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland. Indien de doorstarter naast een aantal belangrijke personeelsleden ook goodwill en andere activa en de handelsnaam van de curator overneemt, en daarmee de activiteiten van de gefailleerde voortzet zal al snel voldaan zijn aan de criteria van overgang van onderneming en lijkt er geen ruimte meer om te betogen dat sprake is van overgang van 'slechts een deel van de onderneming'. De risico's van de onderneming van de overgenomen onderneming van de gefailleerde werkgever komen dan voor rekening van de doorstarter. Een uitzondering is de situatie waarbij de gefailleerde werkgever uit meerdere ondernemingen als bedoeld in art. 7:662 BW bestond. De gevolgen van eventuele verzuimgevallen die betrekking hadden op een onderneming die niet aan de doorstarter is overgedragen, zouden dan niet op hem kunnen worden verhaald.

4. Aanbevelingen voor de insolventiepraktijk

De insolventieadviseur die betrokken is bij een doorstart na faillissement zal met het oog op potentiële risico's analoog aan die in de hier besproken

uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland goed moeten vaststellen of eigenrisicodragerschap een rol speelt en zo ja, moeten nagaan wat de concrete risico's kunnen zijn van (historische) arbeidsongeschiktheidsgevallen bij de gefailleerde voor de doorstartende partij. Ook indien geen sprake is van eigenrisicodragerschap kan echter onderzoek naar verzuimgevallen geboden zijn omdat deze van invloed kunnen zijn op de te betalen collectieve premies van de doorstarter. In ieder geval dient daarop gewezen te worden. In geval van eigenrisicodragerschap van de gefailleerde zal er verder bijzondere aandacht moeten zijn voor een eventuele verzuimverzekering van de gefailleerde. Alhoewel dit voor dit artikel niet specifiek is onderzocht lijken verzuimverzekeringen van de gefailleerde werkgever de doorstarter namelijk een helpende hand te kunnen bieden, in die zin dat in de praktijk nog dekking kan bestaan voor bij de gefailleerde ontstane verzuimsituaties, ook na een overdracht van onderneming.¹⁰ Indien het risico voor de doorstarter omvangrijk lijkt of juist niet te bepalen is kan waar mogelijk worden aangestuurd op een overname na faillissement die geen overgang van onderneming in de zin van art. 7:662 BW impliceert. Ook kan indien de gefailleerde geen eigenrisicodragers is en de beoogde doorstartende partij wel, gekozen worden voor het naar voren schuiven van een andere juridische entiteit voor de doorstart die geen eigenrisicodragers is.

Het is de vraag is of ook van de curator gevegd kan worden dat hij ten behoeve van de (beoogde) doorstarter risico's die samenhangen met eigenrisicodragerschap actief onderzoekt en daarop wijst. Op zijn minst zal het onderwerp in zijn eigen inventarisatie een rol moeten spelen. Daarnaast is ook bij het beoordelen van de aangetroffen verzekeringen die samenhangen met eigenrisicodragerschap, en het bepalen wat daarmee moet gebeuren, opletendheid geboden. Het kan zijn dat de verzuimverzekering van de gefailleerde voor de doorstarter van belang is. Ook kunnen uit hoofde van het eigenrisicodragerschap na het faillissement mogelijk nog aanspraken ontstaan in de vorm van toekenningen van WGA-uitkeringen aan ex-werknemers, die ten tijde van het faillissement al uit dienst zijn, waarvoor (ook zonder doorstart) een verzekering dekking zou kunnen bieden. Verder moet bedacht worden dat indien een doorstart plaatsvindt, eventuele vorderingen van het UWV of van de verzekeraar die zich garantgesteld heeft voor de gefailleerde bij het aangaan van het eigenrisicodragerschap en door het UWV wordt aangesproken, mogelijk ten onrechte bij de boedel worden neergelegd, indien conform de wettelijke regels de risico's (deels) zijn overgegaan op de doorstarter. Ook hier dient de curator alert op te zijn.

10. Zie de casus die wordt beschreven op: <https://www.rede-legal.nl/blog/activa-kopen-uit-een-faillissement-vraag-eerst-de-failliet-eigenrisicodragers-voor-de-wia>.