

Dobbelen met factor A na doorstart vanuit faillissement

A. Avci en B.H.E. Veldmaat¹

44 In het arrest *Boekenvoordeel/Isik* en het arrest *VEGE-motoren* is bepaald dat de ketenregeling van art. 7:668a lid 2 BW van toepassing is bij een doorstart vanuit faillissement. Heeft dit ook tot gevolg dat bij de kantonrechtersformule rekening gehouden dient te worden met de dienstjaren uit de pre-faillissementsperiode? Deze vraag is met name van belang voor de doorstarter, die overweegt een of meerdere ex-werknemers van de gefailleerde een arbeidsovereenkomst aan te bieden. In dit artikel staat het effect van deze arresten op de factor A van de kantonrechtersformule dan ook centraal.

Doorstarter: opvolgend werkgever?

In de arresten *Boekenvoordeel/Isik*² en *VEGE-motoren*³ is bepaald dat de ketenregeling van toepassing is, indien de doorstarter aangemerkt kan worden als opvolgend werkgever in de zin van art. 7:668a lid 2 BW. Het is derhalve van belang vast te stellen wanneer sprake is van opvolgend werkgeverschap, alvorens in te gaan op de vraag of de bij de gefailleerde opgebouwde dienstjaren meegeteld dienen te worden bij de berekening van de A-factor. Op grond van de wet is sprake van opvolgend werkgeverschap, indien 'verschillende werkgevers, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaanders opvolger te zijn'. Het is interessant te zien dat de uitleg hiervan in de loop van de geschiedenis anders wordt ingekleurd. De wetgever lijkt art. 7:668a lid 2 BW ontleend te hebben aan het oude art. 7:673 lid 1 sub b BW.⁴ De strofe 'ten aanzien van de verrichte arbeid' is rechtstreeks ontleend aan het oude art. 7:673 lid 1 sub b BW, dat thans is vervallen. Uit de wetsgeschiedenis volgt dat art. 7:673 lid 1 sub b BW is ingevoerd bij gebreke van een regeling betreffende de 'overgang van onderneming'. De wetgever

had de bedoeling om ten aanzien van de situaties die thans onder art. 7:662 e.v. BW vallen, de duur van de opzegtermijnen te regelen.⁵ De bedoeling was een regeling te treffen voor het geval dat de dienstbetrekkingen bij opvolgende werkgevers in feite één dienstbetrekking vormen.⁶ Uit de memorie van toelichting van art. 7:668a lid 2 BW blijkt eveneens, dat deze bepaling is opgenomen ter ondervanging van de zogenoemde 'draaideurconstructie'.⁷ In de klassieke draaideurconstructie zet de werkgever, teneinde te voorkomen dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat, de werknemer in voor dezelfde werkzaamheden op basis van tijdelijke arbeidsovereenkomsten afgewisseld met uitzendovereenkomsten. Deze constructie is door de Hoge Raad in het *Cam-pina*-arrest⁸ definitief afgestraft.

'Ten aanzien van de verrichte arbeid'

Aanvankelijk werd op grond van de wetsgeschiedenis bij de beoordeling van de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap nadruk gelegd op het begrip 'ten aanzien van de verrichte arbeid'. Dit begrip werd strikt geïnterpreteerd. Zo overwoog de Rechtbank Amsterdam⁹ in 1969 dat slechts sprake kan zijn van opvolgend werkgeverschap, indien met name ten aanzien van de verrichte arbeid zich geen materiële wijziging heeft voorgedaan.

In 2005 koos de kantonrechter te Bergen op Zoom¹⁰ wederom bewust voor een restrictieve interpretatie van art. 7:668a lid 2 BW, omdat een andere uitleg een enorme uitbreiding van de toepasselijkheid zou betekenen. De casus betrof een werknemer die vanwege een functiewijziging eigen verantwoordelijkheden kreeg en meer specialistisch werk. De rechter oordeelde dat niet gesproken kon worden van dezelfde of soortgelijke werkzaamheden, die toepassing van art. 7:668a lid 2 BW kon rechtvaardigen. Ook hier lag het accent nog op de identiteit van de verrichte arbeid.

'Verschillende werkgevers die geacht worden elkaanders opvolger te zijn'

Onlangs gooide de Rechtbank Groningen¹¹ het over een andere boeg. De Rechtbank Groningen oordeelde

1. Mevr. mr. A. Avci en mevr. mr. B.H.E. Veldmaat zijn advocaat bij CMS Derks Star Busmann te Amsterdam.
2. HR 14 juli 2006, *JAR* 2006/190.
3. Hof 's-Gravenhage 3 maart 2009, *JAR* 2009/108.
4. *Kamerstukken II* 1997/98, 25 263, nr. 6, p. 43: 'Het huidige artikel 673 lid 1 sub b is opgenomen in lid 2 van het nieuwe artikel 668a'.

5. M.G. Levenbach, *Het nieuwe burgerrechtelijke ontslagrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom 1954, p. 14.
6. E. Verhulst, *Flexibiliteit en Zekerheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 1999, p. 189-190.
7. *Kamerstukken II* 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 26.
8. HR 22 november 1991, *NJ* 1992, 707.
9. Rb. Amsterdam 20 mei 1969, *Prg.* 1970, 694. Zie ook: F.K. Doornbos, 'Ik wou dat ik één hondje was gebleven', *Arbeidsrecht* 2004, 4.
10. Ktr. Bergen op Zoom 16 februari 2005, *JAR* 2005/71.
11. Rb. Groningen 13 maart 2009, *LJN* BI2789.

dat bij het vaststellen of sprake is van opvolgend werkgeverschap niet alleen gekeken dient te worden naar de identiteit van de verrichte arbeid, maar ook naar de banden tussen de opvolgende werkgevers. De kantonrechter zocht hierbij aansluiting bij de proeftijdjurisprudentie van de Hoge Raad.¹² De casus zag op een werkneemster die, na overgang van een vervoerscontract door middel van aanbesteding, bij taxibedrijf B voor 50% dezelfde werkzaamheden ging uitoefenen als bij taxibedrijf A. De werkneemster had zich op het standpunt gesteld dat sprake was van opvolgend werkgeverschap in de zin van art. 7:668a lid 2 BW, zodat de keten doorliep. De kantonrechter hanteerde bij de beoordeling hiervan een tweeledig toetsingscriterium: enerzijds moet er gekeken worden naar de aard en inhoud van het werk, anderzijds zijn de aard en inhoud van de banden tussen de opvolgende werkgevers bepalend. Volgens de kantonrechter was het feit dat de werkneemster gelijksoortig werk verrichte niet voldoende, er diende ook sprake te zijn van zodanige banden tussen taxibedrijf A en B, dat het gerechtvaardigd zou zijn dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bij taxibedrijf A mee zou tellen in de reeks van arbeidsovereenkomsten als bedoeld in art. 7:668a lid 2 sub a BW. De kantonrechter overwoog dat er van dat laatste geen sprake kon zijn, daar er van het bestaan van enige band tussen taxibedrijf A en B geen blijk is gegeven. Taxibedrijf B heeft slechts rechtstreeks van Stichting X het vervoer gekregen zoals dat voorheen door taxibedrijf A werd uitgevoerd. Op basis hiervan concludeert de kantonrechter dat niet voldaan is aan het tweede toetsingscriterium, waardoor er niet gesproken kan worden van opvolgend werkgeverschap.

Het toerekeningscriterium

Het bovenstaande lijkt in overeenstemming te zijn met de visie van Verhulp over de invulling van opvolgend werkgeverschap. Volgens Verhulp dienen de woorden 'ten aanzien van de verrichte arbeid' minder strikt geïnterpreteerd te worden, omdat het gaat om een bepaling die strekt tot voorkoming van misbruik van de regeling van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.¹³ Bij de vraag of sprake is van opvolgende werkgevers, dient volgens Verhulp de proeftijdjurisprudentie van de Hoge Raad (zoveel mogelijk) toegepast te worden. Hoewel deze proeftijdjurispruden-

tie een sterk feitelijk karakter heeft, is de lijn getrokken dat er geen nieuwe proeftijd kan worden overeengekomen, indien tussen de oude en de nieuwe werkgever zodanige banden bestaan, dat de ervaringen met de werknemer en het verkregen inzicht in zijn capaciteiten, moeten worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.

In het algemeen kan dan gesteld worden dat, als van een dergelijke situatie sprake is en er geen nieuwe proeftijd overeengekomen kan worden, er tevens sprake is van werkgevers die ten aanzien van de te verrichten arbeid redelijkerwijs geacht moeten worden elkaanders opvolger te zijn. Volgens Bouwens dient van opvolgende werkgevers gesproken te worden, als de inhoud van de werkzaamheden en de omstandigheden waaronder de arbeid wordt verricht, bij de werkgeverswisseling geen wezenlijke verandering ondergaan. Gaat zij wel gepaard met wezenlijke wijzigingen c.q. identiteitsverschillen, dan dienen de arbeidsovereenkomsten in dienst van de vorige werkgever niet meegeteld te worden. Verder meent Bouwens dat als identiteitsverschillen een rol spelen art. 7:668a lid 2 BW werkgevers een ontwijkingmogelijkheid biedt. De werkgevers zouden aan niet gewenste consequenties van art. 7:668a BW kunnen ontkomen, waardoor een draaideurachtige constructie kan ontstaan.¹⁴ Dat de koppeling aan de identiteit van arbeidsovereenkomsten werkgevers nieuwe ontduikingsconstructies biedt, is ook gesteld door Doornbos. Immers, door een werknemer in een andere functie tewerk te stellen, kan ontslagbescherming voorkomen worden. Doornbos pleit dan ook voor het loslaten van het criterium identiteit bij art. 7:668a lid 2 BW.¹⁵ Of sprake is van opvolgend werkgeverschap, zou volgens Doornbos evengoed beoordeeld kunnen worden aan de hand van de relatie die de elkaar opvolgende werkgevers met elkaar hebben. Is er geen relatie tussen die werkgevers, dan kan er niet gesproken worden van een ketenregeling en ontslagbescherming.

De keten loopt door: het effect op factor A

Het is van belang vast te kunnen stellen of de doorstarter aangemerkt wordt als opvolgend werkgever, teneinde te bepalen of bij de berekening van de ontslagvergoeding de dienstjaren bij de gefailleerde ook meegeteld dienen te worden bij factor A. Om deze vraag te beantwoorden staan wij eerst stil bij de vraag

12. HR 13 juni 1986, *NJ* 1986, 715; HR 24 oktober 1986, *NJ* 1987, 293; HR 1 mei 1997, *NJ* 1988, 20 (*Wareman/Demu*); HR 14 september 1984, *NJ* 1985, 244 en HR 6 december 1985, *NJ* 1986, 230.

13. E. Verhulp, 'Ten aanzien van de verrichte arbeid. Dezelfde of soortgelijke werkzaamheden: de ketenregeling', *JAR Verklaard* 2 juli 2005, p. 6-7.

14. W.H.A.C.M. Bouwens, 'Kettingrelaties, De nieuwe regeling voor het repeterend gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd', *SMA* 1999, 1.

15. F.K. Doornbos, 'Ik wou dat ik één hondje was gebleven', *Arbeidsrecht* 2004, 4.

waarom een ontslagvergoeding toegekend dient te worden. Met andere woorden, wat is de grondslag van een ontslagvergoeding?

Grondslagen ontslagvergoeding

De meningen over 'het waarom' van het toekennen van een ontslagvergoeding lopen zeer uiteen, zo blijkt uit het promotieonderzoek van Van Zanten-Baris.¹⁶ Haar conclusie is dat het niet mogelijk is om één algemene grondslag voor het toekennen van een ontslagvergoeding te geven. Van Zanten-Baris komt in haar proefschrift tot de conclusie dat er drie fundamentele grondslagen voor de ontslagvergoeding zijn, te weten:

1. Een goede reden voor ontslag en de wens tot het compenseren van de voortdurende en uit de aard van de arbeidsovereenkomst voortvloeiende machtsongelijkheid tussen werkgever en werknemer;
2. Het vergoeden van materiële en immateriële schade;
3. Het afkopen van verweer en het beroep op ontslagbescherming bij ontbinding (en bij beëindiging met wederzijds goedvinden).

In de overige literatuur wordt er verschillend gedacht over de grondslagen van het toekennen van een ontslagvergoeding. Zo noemt Loonstra¹⁷ drie andere gronden voor het toekennen van een vergoeding, namelijk:

1. Belonen van trouwe dienst;
 2. De door de werknemer verschaftte meerwaarde aan het bedrijfsresultaat;
 3. Postcontractuele zorgplicht van de werkgever.
- Grapperhaus¹⁸ sluit zich aan bij Loonstra en stelt verder dat de werknemer een vergoeding moet krijgen voor het feit dat hij zijn gedane (arbeids)investeringen in het bedrijf van de werkgever niet volledig kan terugverdienen. Hierbij dient volgens Grapperhaus niet alleen te worden gekeken naar de eventueel in de toekomst te genereren inkomsten, maar ook naar op het bedrijf toegespitste kennis en ervaring van de werknemer, de niet genoten voordelen van anciënniteit, het verlies aan reputatie en prestige, en het mislopen van toekomstige promotie- en verbeteringskansen. Daarnaast stelt Grapperhaus dat op grond van het beginsel *pacta sunt servanda* de werknemer schadevergoeding of een billijke vergoeding kan eisen op grond van het voortijdig verbreken van de ar-

beidsrelatie. Ook Boot¹⁹ noemt de postcontractuele zorgplichten eveneens als een grondslag voor het toekennen van een ontslagvergoeding. Tot slot oppert Grapperhaus nog twee andere mogelijke gronden om een ontslagvergoeding toe te kennen. Grapperhaus stelt dat een ontslagvergoeding het leed van de werknemer bij het ontbinden van de arbeidsovereenkomst enigszins compenseert. Hierdoor kan een werknemer het beëindigde dienstverband gemakkelijker achter zich laten en zijn vizier richten op de toekomst. Daarnaast fungeert de ontslagvergoeding als een 'spaarpot' voor de werknemer, ter compensatie van de toekomstige inkomensderving.

Gezien het voorgaande is duidelijk dat er legio mogelijke gronden zijn voor het toekennen van een ontslagvergoeding en dat daarover het laatste woord nog niet is geschreven. De grondslag van de ontbindingsvergoeding is echter wel relevant om te bepalen hoe hoog een 'billijke' vergoeding dient te zijn. Immers, indien de grondslag voor het toekennen van een ontslagvergoeding het compenseren van toekomstige inkomensderving zou zijn en de werknemer vindt na ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst direct een nieuwe baan met een gelijk salaris, dan is de vergoeding die hij heeft ontvangen niet billijk, maar te hoog. Indien de grondslag zou zijn het compenseren van immateriële schade en het belonen van trouwe dienst, dan kan dezelfde vergoeding wel billijk zijn. Volgens Van Zanten-Baris is er geen algemene grondslag voor het toekennen van een ontslagvergoeding. Desalniettemin blijkt naar haar oordeel uit de vele grondslagen en redenen die in de afgelopen honderd jaar zijn aangevoerd, dat de gedachte dat een werknemer vaak enigerlei vorm van compensatie toekomt op het moment dat de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd, breed is aanvaard.

Factor A: rechtspraak is wisselend

Als reden voor het meetellen van de opgebouwde dienstjaren bij de gefailleerde wordt gegeven, dat de kantonrechttersformule moet worden gezien als een vorm van rechtszekerheid en derhalve als een invulling van het begrip redelijkheid en billijkheid ex art. 3:12 BW. De billijkheidseis zou vervolgens meebrengen, dat een vorig dienstverband meegeteld dient te worden, indien de betrokken werkgevers redelijkerwijs als elkaars opvolgers kunnen worden beschouwd: faillissement of niet.²⁰ Er zijn echter ook

16. A. van Zanten-Baris, *De grondslagen van de ontslagvergoeding* (diss.), Deventer: Kluwer 2009.

17. C.J. Loonstra, 'De rechtsgrond(en) van ontslagvergoedingen', *ArbeidsRecht* 2001, 43.

18. F.B.J. Grapperhaus, 'De positie van de bestuurder van de Nederlandse beursvennootschap', *Ondernemingsrecht* 2003, 11.

19. G.C. Boot, 'Ontslagvergoedingen: grondslag, vormen en toekomst', *SMA* 1999, p. 406-417.

20. Ktr. Utrecht 15 januari 1997, *JAR* 1997/45. Zie ook: Ktr. Leystad 7 april 2004, *JAR* 2004/107; Rb. Zwolle 16 februari 2005, *LJN* AS7260.

rechters die hebben geoordeeld dat de dienstjaren bij de gefailleerde niet dienen te worden meegeteld. Het meetellen van deze dienstjaren zou zich namelijk niet met de bedoeling van de Wet overgang onderneming verdragen. Deze wet creëert juist een scheidslijn tussen de periodes voor en na faillissement: gaat anciënniteit bij overgang van onderneming wel over, in geval van overgang van een failliete onderneming is dat juist niet de bedoeling, nu art. 7:666 BW de regels omtrent overgang van onderneming niet van toepassing verklaart in faillissement.²¹

Ontslagvergoeding in faillissement

Het *Papierfabriek Van Gelder*-arrest²² heeft de mogelijkheid om een ontslagvergoeding in een faillissementssituatie te ontvangen aanzienlijk beperkt, zo niet nagenoeg onmogelijk gemaakt.²³ In dit arrest wordt immers op grond van de wetshistorie een ruime uitleg aan art. 40 Faillissementswet gegeven.²⁴ Dit artikel noemt de ontslagvergoeding niet en gaat alleen over een beperkte ontslagtermijn en 'loon' dat vanaf faillissement boedelschuld wordt, waardoor de ontslagvergoeding na faillissement zich onttrekt aan het stelsel van gelijkheid van faillissementscrediteuren behoudens wettelijke rangorde. In de opvatting van de Hoge Raad is de ontslagvergoeding dan ook niet verifieerbaar of als boedelschuld toelaatbaar. Een ontslagvergoeding in faillissement, die rekening houdt met de gelijkheid van crediteuren en de bijzondere positie van de werknemers, had een antwoord kunnen geven op de vraag of de doorstarter rekening dient te houden met de dienstjaren bij de gefailleerde. Immers, met de werknemers is dan 'afgerekend' en de doorstarter kan met een schone lei beginnen: de dienstjaren bij de gefailleerde dienen derhalve niet meegeteld te worden. Echter, nu een ontslagvergoeding in faillissement niet mogelijk is,

althans lijkt te zijn, verkeert de doorstarter in onzekerheid: de dienstjaren bij de gefailleerde wel of niet meetellen?

Afronding

Wij pleiten ervoor dat bij de toetsing of sprake is van opvolgend werkgeverschap bij faillissement de proeftijdjurisprudentie toegepast dient te worden, waarbij het accent naar ons oordeel niet op de aard van de werkzaamheden dient te liggen, maar op de banden tussen de opvolgende werkgevers: bijvoorbeeld staat de onderneming voor en na het faillissement onder leiding van dezelfde directeur of aandeelhouder? Het bestaan van de banden tussen de opvolgende werkgevers dient naar ons oordeel, in tegenstelling tot hetgeen Willems²⁵ bepleit, niet tevens getoetst te worden aan de hand van de criteria die worden gehanteerd om vast te stellen of er al dan niet sprake is van een overgang van onderneming. Immers, ook zonder behoud van een economische eenheid – een georganiseerd geheel van personen en elementen – kan sprake zijn van opvolgend werkgeverschap. Dit is bijvoorbeeld het geval indien een individu, bijvoorbeeld de HR manager, als enige wordt overgenomen door de doorstarter. Art. 7:662 e.v. BW zijn bovendien uitdrukkelijk uitgesloten in geval van faillissement. Door dezelfde criteria van art. 7:662 BW te handhaven bij de beoordeling of sprake is van opvolgend werkgeverschap, wordt via een achterdeur de Wet overgang onderneming toch 'van toepassing' verklaard. Ook in individuele gevallen, waar er geen sprake is van een behoud van de identiteit van de onderneming, kan sprake zijn van opvolgend werkgeverschap. Er dient in dat geval wel een onmiskenbare band te bestaan tussen de gefailleerde en de doorstarter. Pas nadat de banden tussen de verschillende werkgevers zijn vastgesteld, zou het begrip 'identiteit van de arbeidsovereenkomst' ruimer toegepast kunnen worden, teneinde ontduikingsconstructies te voorkomen. Het zou voldoende zijn als van de werknemer soortgelijke vaardigheden wordt gevraagd of als hij vergelijkbare verantwoordelijkheden heeft als tijdens het dienstverband met de gefailleerde: het hoeft niet te gaan om exact dezelfde werkzaamheden of vaardigheden. Indien de doorstarter een willekeurige derde is, die (een deel van) de boedel koopt en de bedrijfsactiviteiten van de gefailleerde (of een deel daarvan) voortzet, kan deze naar ons oordeel niet aangemerkt worden als opvolgend werkgever, aangezien er geen banden bestaan tussen gefailleerde en doorstarter.

21. Ktr. Gouda 16 juni 2000, *JAR* 2000/198; Ktr. Alphen aan den Rijn 1 juli 2003, *JAR* 2003/183; Rb. 's-Gravenhage 10 oktober 2006, *LJN* AY9930.

22. HR 12 januari 1990, *NJ* 1990, 662.

23. L.J. van Eeghen, 'Geen ontslagvergoeding in faillissement: een "historische" vergissing (?)', *ArbeidsRecht* 2001, 2; M. Luttmer-Kat (e.a.), *Werknemers en insolventie van de werkgever: is de balans in evenwicht?*, Deventer: Kluwer 2000, p. 19; R.H. van het Kaar & R. Knegt, 'Doorstart na faillissement: de positie van werknemers', *NJB* 1996, 39.

24. De Hoge Raad overweegt in het *Papierfabriek Van Gelder*-arrest met betrekking tot art. 40 Fw: '(...) dat deze wettelijke regeling aldus is getroffen teneinde te vermijden dat de boedelschulden, die krachtens het vierde lid door het voortduren van arbeidsovereenkomst na faillietverklaring ontstaan, zouden oplopen tot een door de wetgever niet verantwoord geachte hoogte. Deze regeling berust aldus op een afweging van het belang van de betrokken werknemers en dat van de faillissementscrediteuren (...)'.
25. P.W.H.M. Willems, 'De verhouding tussen de ragetlie-regel versus de ketenregeling', *ArbeidsRecht* 2009, 34.

Wij stellen voorop dat, indien de wet de mogelijkheid zou bieden om in geval van faillissement een ontslagvergoeding aan te bieden aan de werknemer, een doorstarter nimmer geconfronteerd dient te worden met het arbeidsverleden van de werknemer bij de gefailleerde. Immers, in dat geval begint de werknemer bij de doorstarter met een schone lei. Vooralsnog ziet het er echter niet naar uit dat de wetgever deze weeffout tussen het arbeidsrecht en faillissementsrecht herstelt. Arbeidsrechtland dient derhalve te roeien met de riemen die zij heeft. Vooralsnog bestaat er – zeker ten aanzien van de A-factor – te veel onduidelijkheid voor de doorstarter of de opgebouwde dienstjaren bij de gefailleerde meegeteld dienen te worden bij de berekening van de ontslagvergoeding. Wij pleiten er dan ook voor dat de rechterlijke macht hiervoor een duidelijke leidraad biedt, teneinde verdere rechtsonzekerheid te voorkomen.