

‘Valkuilen’ bij een doorstart na faillissement

De kwestie van het opvolgend werkgeverschap in faillissements-situaties is al eerder aan de orde gesteld in het artikel ‘Doorstarten na faillissement: wees op uw hoede voor ex-werknemers!’ door mr. H.R. Eekhof en mr. B.H.E. Veldmaat in Ondernemersbrief, 2006, nr. 5, p. 8/9. Duidelijk werd dat het faillissement de keten van opvolgende arbeidsovereenkomsten niet doorbreekt en dat de doorstarter niet altijd zonder gevolgen een tijdelijke arbeidsovereenkomst kan aanbieden, omdat hij wordt gezien als opvolgend werkgever. In dit artikel zal worden ingegaan op de vraag in hoeverre de doorstarter te maken heeft of kan worden geconfronteerd met andere ‘valkuilen’.

Valkuil I: welke werknemer krijgt een arbeidsovereenkomst aangeboden?

Volgens de literatuur zou de doorstarter voor een dilemma komen te staan: of hij zal kennis en ervaring verloren moeten laten gaan, of hij moet kort na de doorstart een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aanbieden. Echter, in de praktijk blijkt het arbeidsverleden van de ex-werknemer lang niet het enige criterium te zijn. Bij de afweging om een werknemer wel of geen arbeidsovereenkomst aan te bieden, kunnen verschillende factoren van belang zijn. Gedacht kan worden aan (inderdaad) kennis en ervaring, maar ook bijvoorbeeld aan de mate van verzuim wegens arbeidsongeschiktheid. In

wezen wijkt dit niet af van de afweging, die elke verstandige werkgever zal maken zodra de vraag opkomt of een arbeidsovereenkomst verlengd moet worden of niet. De doorstarter mag dan wel het recht van *pick and choose* van personeel hebben, maar hij doet er verstandig aan goed te overwegen of hij ex-werknemers een contract wil aanbieden, en zo ja, aan welke werknemers.

Valkuil II: wel of géén tijdelijke arbeidsovereenkomst?

Vóór de uitspraak van de Hoge Raad bestond er onduidelijkheid over de mogelijkheid om een tijdelijke arbeidsovereenkomst aan te gaan met een werknemer, die bij de gefailleerde een vast dienstverband had. Het betrof hier de vraag naar de rangorde tussen de regel, dat de keten van arbeidsovereenkomsten doorloopt bij opvolgende werkgevers en de zogenoemde Ragetlie-regel. De laatstgenoemde regel houdt in, dat een tijdelijke arbeidsovereenkomst, die een voortzetting is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, niet van rechtswege kan eindigen als deze arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet rechtsgeldig is opgezegd of door ontbinding door de rechter is geëindigd. De achterliggende gedachte van deze regel is het voorkomen van misbruik. Als de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op een zorgvuldige wijze is beëindigd, heeft de werknemer zijn ontslagbescherming moeten en kan de tijdelijke arbeidsovereenkomst van rechtswege eindigen.

Waar nu bij toepassing van de Ragetlie-regel de tijdelijke arbeidsovereenkomst bij de doorstarter van rechtswege kan eindigen, wordt bij toepassing van het opvolgend werkgeverschap deze overeenkomst van rechtswege omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De vraag welke regel moet wijken, is door de lagere rechtspraak wisselend beantwoord.

Maar: de Hoge Raad heeft de knoop doorgehakt! Van enige rangorde is geen sprake, de artikelen worden naast elkaar toegepast. In een faillissementssituatie is het de curator die de arbeidsovereenkomst moet opzeggen en zijn opzegging levert een rechtsgeldige beëindiging op. Dat wil zeggen dat de Ragetlie-regel wordt doorbroken en de voortgezette tijdelijke arbeidsovereenkomst op grond van het opvolgend werkgeverschap wordt geconverteerd in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, indien de werknemer meer dan 36 maanden heeft gewerkt. Hiermee wordt nogmaals duidelijk, dat de doorstarter geen tijdelijke arbeidsovereenkomst kan overeenkomen met een werknemer, die bij de gefailleerde een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had.

Valkuil III: dezelfde arbeidsvoorwaarden?

Hoe zit het dan met het overeenkomen van de arbeidsvoorwaarden? Is de doorstarter vrij in het aanbieden van nieuwe arbeidsvoorwaarden aan de ex-werknemers van de gefailleerde? Ja, in

principe wel. In de Wet Overgang Onderneming is namelijk bepaald dat na een faillissement de rechten en plichten van werknemers, die in dienst treden bij de doorstarter niet van rechtswege mee overgaan. In zoverre kan niet worden gesproken van een valkuil.

Wél dient de doorstarter alert te zijn op hetgeen in de koopovereenkomst wordt opgenomen over het 'overnemen' van de werknemers van de gefailleerde. Een afspraak over het aanbieden van nieuwe arbeidsovereenkomsten kan worden beschouwd als een derdenbeding. Dat wil zeggen, dat als de afspraak ongeclausuleerd is, de werknemer kan verwachten dat de aan hem aan te bieden arbeidsovereenkomst in aard en omvang in grote lijnen zou overeenkomen met die welke hij met de gefailleerde onderneming had. Hoewel de doorstarter vrijelijk een keuze kan maken uit het personeelsbestand, kan een ongeclausuleerde afspraak in de koopovereenkomst met de curator er toe leiden, dat de doorstarter wordt gedwongen dezelfde arbeidsvoorwaarden aan te bieden. Een dergelijk beroep van de werknemer kan echter worden voorkomen door simpelweg in de koopovereenkomst expliciet op te nemen, dat het niet de bedoeling is om een recht te scheppen voor de ex-werknemer van de gefailleerde. Een dergelijke contractuele uitsluiting geeft de doorstarter in zoverre de ruimte, dat hij kan bepalen welke arbeidsvoorwaarden hij de ex-werknemer van de failliet aanbiedt. Maar ook voor de doorstarter geldt dat hij - net zoals de inlener die een uitzendkracht in dienst wil nemen voor dezelfde functie - niet zomaar een proeftijdbeding kan overeenkomen. Wil de doorstarter een proeftijd opnemen in de arbeidsovereenkomst, dan is het van belang dat de werknemer een wezenlijk andere functie gaat uitoefenen dan tijdens het dienstverband met de gefailleerde.

Valkuil IV: effect op de hoogte van de ontslagvergoeding?

Bij een ontbinding van de arbeidsovereenkomst wordt veelal de zogenaamde Kantonrechttersformule ($A \times B \times C$) toegepast bij het bepalen van de hoogte van een eventuele ontslagvergoeding. Hierin is A het aantal gewogen dienstjaren op de ontbindingsdatum, B staat voor de maandelijkse beloning en C is de correctiefactor, die bij verwijtbaar gedrag wordt aangepast. Bij een overgang van onderneming zal de nieuwe werkgever bij een ontbinding van de arbeidsovereenkomst rekening moet houden met bij de oude werkgever opgebouwde dienstjaren. Met andere woorden: dat de kantonrechter deze dienstjaren bij factor A zal betrekken. Onduidelijk is het echter als het gaat om een voorheen bij de gefailleerde werkzame werknemer. Moeten zijn dienstjaren bij de gefailleerde óók worden meegeteld bij de vaststelling van een ontslagvergoeding of juist niet?

De lagere rechtspraak is in ieder geval wisselend. Als reden vóór het meetellen van de dienstjaren werd gegeven, dat de kantonrechttersformule moet wor-

de Wet overgang onderneming verdragen. Deze wet creëert juist een scheidslijn tussen de periode vóór en na faillissement. Een andere variant is een combinatie van deze twee gedachten.

Onlangs oordeelde de rechtbank 's-Gravenhage namelijk, dat in het kader van de Wet overgang onderneming de dienstjaren bij een failliete rechtsvoorganger niet mogen worden meegeteld. Echter, het niet meetellen van deze dienstjaren kan onder omstandigheden leiden tot onbillijkheid. Een correctie via de factor C is dan op zijn plaats. De Hoge Raad heeft zich over deze materie nog niet uitgesproken, waardoor de doorstarter in onzekerheid verkeert. Hij heeft het risico dat de dienstjaren bij de gefailleerde worden meegeteld bij factor A, dan wel dat deze dienstjaren effect hebben op de C-factor, en dit zou hem wel eens in het verkeerde keelgat kunnen schieten!

Conclusie

Van een "starten met een schone lei" kan zeker niet worden gesproken. Maar: de enige échte valkuil waarmee een doorstarter wordt geconfronteerd, komt pas aan de orde bij het ontslag van de ex-werknemer van de gefail-

"Van een 'starten met een schone lei' kan zeker niet worden gesproken."

den gezien als een vorm van rechtszekerheid en dus als een invulling van het begrip redelijkheid en billijkheid. De billijkheidseis zou vervolgens meebrengen, dat een vorig dienstverband dient meegeteld te worden indien de betrokken werkgevers redelijkerwijs als elkaars opvolgers kunnen worden beschouwd: faillissement of niet. Er zijn echter ook rechters die hebben geoordeeld dat de dienstjaren bij de gefailleerde niet mogen worden meegeteld. Het meetellen van deze dienstjaren zou zich namelijk niet met de bedoeling van

leerde. Het meetellen van de dienstjaren bij de gefailleerde kan de doorstarter duur komen te staan. De doorstarter dient dus goed te overwegen of hij dit risico voor lief wil nemen.

mr. A. (Aysegül) Avci
Ondernemingsrecht
T + 31 (0)26 3538 614
E aysegul.avci@cms-dsb.com