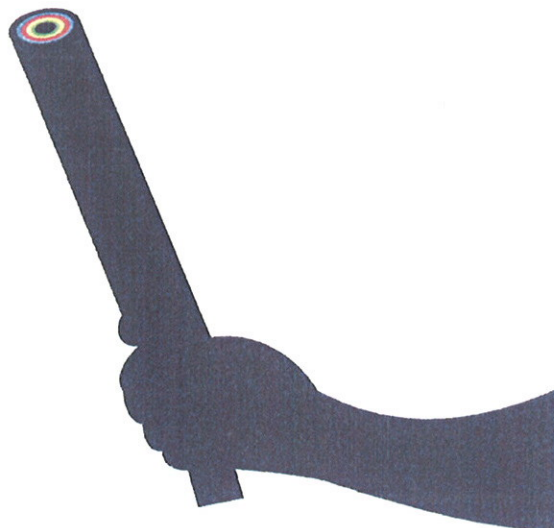
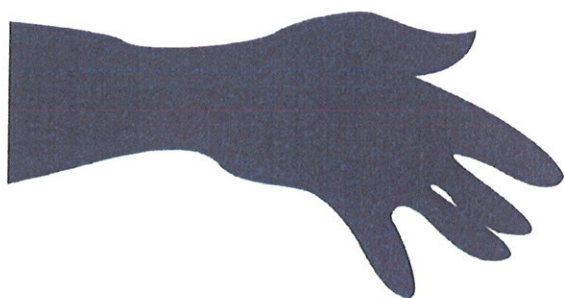




Voetangels en klemmen bij doorstart personeel

TEGENSTRIJDIGHEID IN REGELS RECENT OPGELOST



Onder de huidige economische omstandigheden is de doorstart van een onderneming een veel voorkomend fenomeen geworden. De positie van het personeel na een doorstart is echter niet vanzelfsprekend hetzelfde als voor die tijd. De arbeidsovereenkomst met de doorstartende werkgever kent voetangels en klemmen.

Het begrip doorstart is niet wettelijk geregeld maar in de praktijk wordt hieronder verstaan: voortzetting van ingrijpend herschikte bedrijfsmiddelen, kapitaal en arbeid door een derde. Na een doorstart kan een werknemer (van de failliete werkgever) een nieuwe arbeidsovereenkomst aangeboden krijgen bij de doorstarter. De wet kent een aantal bepalingen waaruit blijkt hoe om te gaan met opvolgende arbeidsovereenkomsten. Zo is bijvoorbeeld vastgelegd (artikel 7:667 lid 4 BW) dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd na een rechtsgeldige opzegging of ontbinding kan worden opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.

Was er geen rechtsgeldige opzegging of ontbinding door de rechter, dan eindigt de nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet van rechtswege, maar is opzegging vereist. Deze bepaling wordt de zogeheten 'Ragetli-regel' genoemd (de codificatie van het arrest van de Hoge Raad Ragetli/SLM). Voor rechtsgeldigheid moet de werkgever de arbeidsovereenkomst opzeggen na het verkrijgen van een ontslagvergunning van het UWV WERKbedrijf. Ook rechtsgeldig is het als de werknemer de arbeidsovereenkomst opzegt, of als de curator dat doet in een faillissementssituatie. Van een rechtsgeldige opzegging is dus bijvoorbeeld geen sprake als de arbeidsovereenkomst wordt beëindigd met wederzijds goedvinden. Lid 5 van artikel 667 bepaalt dat de Ragetli-regel eveneens van toepassing is als dezelfde arbeidsovereenkomst wordt voortgezet bij een andere werkgever, die geacht wordt opvolgend werkgever te zijn.

Tegenstrijdig. In artikel 7:668a lid 1 BW is de zogeheten 'ketenregeling' opgenomen. Als arbeidsovereenkomsten

voor bepaalde tijd elkaar (met tussenpozen van niet meer dan drie maanden) hebben opgevolgd en een periode van 36 maanden is verstreken, is er sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Als meer dan drie voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd, (met tussenpozen van niet meer dan drie maanden) geldt de laatste arbeidsovereenkomst eveneens als aangegaan voor onbepaalde tijd.

In lid 2 van hetzelfde artikel is vastgelegd dat de vorige bepalingen ook van toepassing zijn bij opvolgende arbeidsovereenkomsten van een werknemer met verschillende werkgevers, als die werkgevers elkaar opvolgen (ten aanzien van de verrichte arbeid). Met deze bepaling is getracht misbruiksituaties te voorkomen, bijvoorbeeld als een werknemer eerst op uitzendbasis werkte en er vervolgens een rechtstreekse arbeidsovereenkomst met hetzelfde bedrijf wordt gesloten. In zo'n geval wordt er dus doorgeteld.

Als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd (die langer dan 36 maanden heeft geduurd) door de curator wordt opgezegd en vervolgens wordt opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met de doorstarter, ontstaat op grond van de hiervoor genoemde wetsbepalingen een tegenstrijdige situatie. Op grond van artikel 7:667 lid 5 BW eindigt de laatste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na het verstrijken van de contractduur van rechtswege. De opzegging door de curator was immers rechtsgeldig en dan geldt de Ragetli-regel. Echter, op grond van 7:668a lid 2 BW over opvolgende arbeidsovereenkomsten

geldt de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd. Immers, als iemand minstens drie jaar in dienst was, moet in de doorstart een vast dienstverband worden geboden.

Rechtspraak In de rechtspraak is lange tijd onduidelijk gebleven hoe de Ragetli- en de ketenregel zich met elkaar verhouden, met name in geval van faillissement en vervolgens een doorstart. In 2006 heeft de Hoge Raad zich voor het eerst uitgelaten over de toepasselijkheid van de ketenregeling bij overneming na faillissement. Dit oordeel is dit jaar door het Gerechtshof 's-Gravenhage nader uitgewerkt.

Boekenvoordeel / Isik (HR 14 juli 2006, JAR 2006/190)

Isik is voor bepaalde tijd in dienst getreden bij Octagon B.V., welke arbeidsovereenkomst (eveneens voor bepaalde tijd) is verlengd. Voordat de arbeidsovereenkomst afloopt, gaat Octagon failliet. De curator zegt de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op. Boekenvoordeel koopt van de curator een deel van de onderneming van Octagon en biedt Isik een arbeidsovereenkomst voor 6 maanden aan. Isik treedt in dienst bij Boekenvoordeel en na het verstrijken van 6 maanden wordt aansluitend een arbeidsovereenkomst voor een jaar gesloten. Voor afloop van het contract laat Boekenvoordeel Isik weten dat de arbeidsovereenkomst niet zal worden verlengd. Isik betwist dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege is geëindigd en vordert loon en wedertewerkstelling. De Hoge Raad beslist dat artikel 7:668a lid 2 BW niet beperkt is tot misbruiksituaties en ook van toepassing is als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na faillissement door de curator is opgezegd en de werknemer vervolgens voor bepaalde tijd bij de doorstarter (nieuwe werkgever) in dienst treedt. Met andere woorden, de arbeidsovereenkomst met de nieuwe werkgever telt mee in de ketenregeling van artikel 7:668a lid 1 BW (zoals hiervoor omschreven). Dit is slechts anders als de werknemer niet binnen drie maanden in dienst treedt bij de doorstarter, of in de toepasselijke CAO van de ketenregeling is afgeweken (meer dan drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zijn mogelijk). Gevolg van dit arrest is dat de doorstarter (de nieuwe werkgever) zich bij het aanbieden van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aan het personeel van de failliete onderneming, goed dient te realiseren dat de arbeidsovereenkomsten van de desbetreffende werknemers uit de prefaislisse-

mentsperiode, kunnen meetellen bij de beoordeling of er sprake is van een nieuwe arbeidsovereenkomst die niet van rechtswege eindigt maar wordt geacht voor onbepaalde tijd te zijn aangegaan.

Vege Motoren / X (Gerechtshof 's-Gravenhage drie maart 2009, LJN BH 5977)

Vege Motoren B.V. gaat failliet en de curator zegt de arbeidsovereenkomst met een werknemer die voor onbepaalde tijd in dienst was bij Vege Motoren B.V. op. Vervolgens treedt de werknemer in het kader van een doorstart bij Vege in dienst op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, te weten 6 maanden. De werknemer verricht precies dezelfde werkzaamheden als bij Vege Motoren B.V. De arbeidsovereenkomst wordt nog eens voor bepaalde tijd verlengd. Vege bericht de werknemer vervolgens dat deze laatste overeenkomst van rechtswege eindigt na de duur van het contract. De werknemer laat het hier niet bij zitten en start een procedure. Het Hof overweegt allereerst dat Vege Motoren B.V. en Vege geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn (zoals bedoeld in artikel 7:667 lid 5 en 668a lid 2 BW). Vervolgens overweegt het Hof dat de Ragetli-regel geen effect sorteert in alle gevallen waarin toepassing van de ketenregeling leidt tot conversie van rechtswege in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Met andere woorden, een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die rechts-

geldig is geëindigd na opzegging door de curator en wordt gevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bij de doorstarter, eindigt niet van rechtswege als de werknemer langer dan 36 maanden in dienst is (sinds de indiensttreding bij de gefailleerde werkgever) of als er sprake is van meer dan drie arbeidsovereenkomsten (tenzij afwijking bij CAO). Bij een doorstart kan de nieuwe werkgever werknemers die drie jaar of langer in dienst waren van de failliete werkgever dus slechts voor onbepaalde tijd in dezelfde functie in dienst nemen. Hetzelfde geldt voor werknemers die drie keer achter elkaar met de failliete werkgever een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd hadden. Het bovenstaande is niet van toepassing, als de functie bij de nieuwe werkgever substantieel wijzigt.

Kortom, bij het sluiten van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussen een werknemer en de doorstarter, die geacht wordt opvolger te zijn van de failliete werkgever, ontstaat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Dit is slechts anders als de totale duur van het dienstverband minder is dan 36 maanden, er sprake is van minder dan drie arbeidsovereenkomsten of de werknemer in een substantieel andere functie in dienst treedt.

Kiezen. De rechtspraak heeft duidelijkheid geboden over het rechtskarakter van de nieuw te sluiten arbeidsovereenkomst. Arbeidsvoorwaarden zijn echter nog steeds >>

Drie jaar in dienst geweest van failliete werkgever. Doorstarter moet vast dienstverband aanbieden.

Bij doorstart selectie
op vaardigheden.
Plus op voorgeschiedenis
arbeidsovereenkomst.



Opvolgende werkgever krijgt te maken met arbeidscontracten bij voorganger

>> vrij overeen te komen en ook heeft de doorstarter nog steeds een keuzemogelijkheid ten aanzien van de werknemers met wie wel of niet een arbeidsovereenkomst wordt gesloten. Veelal zal er overigens geen nieuwe proeftijd kunnen worden overeengekomen (tenzij van de werknemer wezenlijk nieuwe vaardigheden en verantwoordelijkheden worden geëist).

Een doorstart is in de huidige omstandigheden vaak een oplossing. Daar waar de nieuwe werkgever voorheen de vrijheid had om uitsluitend werknemers (van de gefailleerde werkgever) te selecteren op kennis en ervaring, zal de doorstarter gezien de ontwikkelingen in de rechtspraak de werknemers tevens dienen te selecte-

ren op basis van de (duur en/of hoeveelheid) arbeidsovereenkomst(en) bij de gefailleerde werkgever. Als een werknemer bij de gefailleerde werkgever langer dan 36 maanden in dienst was of op basis van drie arbeidsovereenkomsten, dan wordt de arbeidsovereenkomst met de doorstarter (opvolgend werkgever) geacht voor onbepaalde tijd aan te zijn gegaan. Dit is slechts anders als sprake is van een substantieel andere functie. Kortom, let op bij het (aansluitend) in dienst nemen van werknemers van een gefailleerde werkgever in geval van een doorstart.

Mr. F. Samson werkt bij CMS Derks Star Busmann, Praktijkgroep Arbeidsrecht.

