Jutd 2013/18 Faillissement en opvolgend werkgeverschap

Jutd 2013/18 Faillissement en opvolgend werkgeverschap

Jutd 2013/18 d.d. 10-10-2013

Auteur(s): mr. F.F.A. Smetsers, Van Iersel Luchtman N.V., Breda.

In deze nieuwsbrief heb ik al eerder aandacht besteed aan het feit dat het faillissement door velen wordt gezien als een eenvoudige en goedkope manier om van overtollig en/of te duur personeel af te komen. Het overgrote deel van de regels ter zake ontslagbescherming is in een faillissementssituatie niet van toepassing. Hierdoor is het mogelijk dat een directeur het faillissement van zijn B.V. X aanvraagt, de curator tot ontslag van het personeel overgaat, de directeur van B.V. X de activa koopt (via zijn nieuwe B.V. Y) en vervolgens de helft van het personeel bij B.V. Y in dienst neemt. B.V. Y is vervolgens volledig vrij in de selectie van de werknemers die zij in dienst wenst te nemen en is ook niet gebonden aan het vóór faillissement aan de werknemers toegekende salaris en de overige arbeidsvoorwaarden. In mijn artikel in Juridisch up to Date 2012, nr. 23 (p.12-15, 12-148), *('Faillissement misbruikt om personeelsbestand te verkleinen: bestuurder aansprakelijk')* ga ik in op het mogelijk onrechtmatig karakter van het handelen van de directie, indien de faillissementsaanvraag misbruikt wordt. Van misbruik is in de in genoemd artikel besproken casus sprake, indien de directie het faillissement gebruikt als mogelijkheid om eenvoudig van het personeel af te komen, zonder dat er overigens een rechtvaardiging is voor de faillissementsaanvraag. Er moet dus daadwerkelijk sprake zijn van een faillissementssituatie, hetgeen betekent dat de onderneming is opgehouden met het betalen van haar schulden.

Indien van misbruik van faillissementsrecht geen sprake is, hebben werknemers over het algemeen geen bijzondere positie ten opzichte van de oude (gefailleerde) werkgever en de eventuele doorstarter. De doorstarter is, zoals gezegd, vrij om wel of niet aan individuele werknemers een arbeidscontract aan te bieden en (binnen de grenzen van wet en cao's) arbeidsvoorwaarden te bepalen. De bepalingen ter zake overgang van onderneming (artikel 7:662 BW e.v.) zijn bij het faillissement niet van toepassing (zie artikel 7:666 lid 1 BW). Na een doorstart vanuit faillissement, treedt dus niet automatisch het volledige personeelbestand bij de doorstarter in dienst. En daarnaast is de doorstarter niet aan het eerdere dienstverband (of afspraken daaruit) gebonden.

Algemeen bekend is inmiddels dat hierop één belangrijke uitzondering bestaat, namelijk de in het Boekenvoordeel-arrest (HR 14 juli 2006, JAR 2006, 190) vastgestelde uitzondering dat het bepaalde in artikel 7:668a lid 2 ook geldt in het geval van de voortzetting van de onderneming na faillissement (dus bij een doorstart). Artikel 7:668a lid 1 regelt kort gezegd dat er sprake is van een contract voor *onbepaalde tijd,* indien (a) de werknemer 36 maanden of meer in dienst is geweest bij een werkgever op basis van één of meerdere contracten voor bepaalde tijd, dan wel (b) de werknemer op basis van drie (of meer) aaneengesloten contracten voor bepaalde tijd bij dezelfde werkgever in dienst zijn geweest. Lid 2 bepaalt dat lid 1 van overeenkomstige toepassing is op elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers, die ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn.

Daar waar na het Boekenvoordeel-arrest nog als uitgangspunt gold dat iedere doorstarter als opvolger van de gefailleerde werkgever moest worden beschouwd, lijkt dit uitgangspunt in het arrest van de Hoge Raad van 11 mei 2012 (Van Tuinen/Wolters, JOR 2012, 278) te zijn genuanceerd. Ik merk wel op dat er in de casus van dit arrest geen sprake was van een doorstart vanuit faillissement, maar van heraanbesteding van werkzaamheden. In de literatuur verschilt men van mening of dat een verschil maakt. Gezien de algemene formulering die de Hoge Raad heeft gehanteerd, lijkt mij dat niet het geval.

De Hoge Raad heeft bepaald dat er sprake is van opvolgend werkgeverschap in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW, indien:

- de nieuwe arbeidsovereenkomst dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de oude en;
- dusdanige banden bestaan tussen de oude en de nieuwe werkgever dat het door de oude werkgever verkregen inzicht in de hoedanigheid en de geschiktheid van de werknemer ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.

De criteria zijn afkomstig uit de jurisprudentie ter zake de (on)toelaatbaarheid van proeftijdbedingen. Over het algemeen is de beoordeling wanneer het eerste criterium is vervuld relatief eenvoudig. De beoordeling of een werknemer dezelfde functie is blijven vervullen, is meestal niet voor veel discussie vatbaar. In dit artikel zal daarom - aan de hand van enkele recente uitspraken - op het tweede criterium worden ingegaan.

Rb. Amsterdam 13 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA1389

In deze zaak stelde een werkneemster die door een doorstarter voor bepaalde tijd in dienst was genomen zich op het standpunt dat zij toch voor onbepaalde tijd in dienst was. Eiseres was op 1 november 2008 bij de oude werkgever (Confesso) in dienst getreden in de functie van planner. De overeenkomst voor bepaalde tijd werd op 7 oktober 2010 omgezet in een overeenkomst voor onbepaalde tijd. De oude werkgever ging failliet en de curator ontsloeg vervolgens de werknemers. Op 12 maart werd aan eiseres daadwerkelijk een nieuw dienstverband aangeboden door de doorstarter (TMI). Dit leidde op 23 maart 2012 tot een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Eiseres trad in dienst als 'medewerker flexbureau', hetgeen overeenkwam met haar oude functie van planner. Op 26 maart 2012 gaf eiseres toestemming aan TMI om haar oude personeelsdossier in te zien. Het

jaarcontract van eiseres werd door TMI niet verlengd. Eiseres legde zich hier niet bij neer en stelde onder verwijzing naar het arrest Van Tuinen/Wolters dat er sprake was van een overeenkomst voor onbepaalde tijd.

Eiseres stelde dat aan beide vereisten (zoals geformuleerd in het arrest Van Tuinen/Wolters) was voldaan en voerde daartoe aan dat het faillissement was misbruikt om de werknemersbescherming bij overgang van onderneming te omzeilen. Er zou volgens eiseres voor de doorstart op meerdere niveaus tussen Confesso en TMI overleg zijn geweest (zowel over de doorstart als over individuele werknemers, onder wie eiseres), waaruit TMI wetenschap had gekregen ter zake de competenties en vaardigheden van (onder meer) eiseres. Daarmee zou volgens eiseres aan het tweede criterium zijn voldaan. Over de vervulling van het eerste criterium bestond geen verschil van mening.

TMI stelde dat er onvoldoende banden met Confesso waren om tot de conclusie te komen dat aan het tweede criterium was voldaan. TMI betwistte gemotiveerd dat Confesso en TMI meer waren dan concurrenten. TMI betwistte verder dat zij vóór faillissement had onderhandeld over een doorstart, dat het faillissement mede op haar verzoek was aangevraagd (om de rechtsbescherming van werknemers te omzeilen), zij al vóór 26 maart 2012 inzage had gehad in het personeelsdossier van eiseres en dat TMI al vóór het aangaan van de nieuwe arbeidsovereenkomst door de HR-manager van Confesso over het functioneren van eiseres was ingelicht.

De rechter achtte het voorshands (het betrof een kort geding) onvoldoende aannemelijk dat tussen TMI en Confesso zodanige banden (hadden) bestaan dat de kennis en het inzicht van Confesso over de geschiktheid van eiseres voor de functie van planner kon worden toegerekend aan TMI. Hiervoor was volgens de voorzieningenrechter nader feitenonderzoek noodzakelijk, waarvoor de kort gedingprocedure zich niet leende. Was dat anders geweest, en had TMI dus wel bij indiensttreding voldoende inzicht gehad in het functioneren van eiseres, dan was de rechter vermoedelijk tot een ander oordeel gekomen. Hier kon dat echter niet bewezen worden.

Rb. Amsterdam 28 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ3529
In deze casus was ook sprake van een doorstart waarbij de nieuwe eigenaar geen specifieke kennis van de gefailleerde onderneming had. Hij was daar niet in dienst geweest en ook maakte de onderneming van de nieuwe eigenaar geen deel uit van een concern waartoe ook de gefailleerde onderneming behoorde. Wel had de nieuwe eigenaar de voormalig directeur van de gefailleerde onderneming als bedrijfsleider in dienst genomen, hetgeen volgens de werknemer betekende dat aan het tweede criterium uit het arrest Van Tuinen/Wolters was voldaan. De voorzieningenrechter gaat daar echter niet in mee en oordeelt dat de kennis die de voormalig directeur over de werknemer had niet zonder meer aan de nieuwe onderneming (danwel haar eigenaar) kan worden toegerekend. Er was niet gesteld of gebleken dat de voormalig directeur inhoudelijk met de nieuwe werkgever over werknemers van de gefailleerde onderneming had gesproken. De kantonrechter oordeelde daarom dat er geen sprake was van 'dusdanige banden', zoals volgens het tweede criterium vereist.

Er moeten dus, wil aan het criterium zijn voldaan, specifieke feiten en omstandigheden worden aangevoerd waaruit blijkt dat de nieuwe werkgever daadwerkelijk specifieke kennis omtrent de werknemer had. Dat de leiding van de nieuwe onderneming in zekere zin hetzelfde is als die van de oude is op zichzelf niet voldoende.

Rb. Zutphen 24 oktober 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BY3283
In deze uitspraak oordeelde de kantonrechter dat (a) wanneer zowel de (hoofd)werkzaamheden van het bedrijf als de naam en locatie hetzelfde zijn gebleven en (b) bijna de helft van het voormalige personeel is overgegaan naar het nieuwe bedrijf, het er voor moet worden gehouden dat sprake is van een opvolgend werkgever in de zin van artikel 7:668a BW.

Volgens deze kantonrechter wordt dus al snel toegekomen aan toepasselijkheid van artikel 7:668a lid 1 en 2 BW, hetgeen niet geheel in lijn lijkt te zijn met het arrest Van Tuinen/Wolters. De kantonrechter stelt immers niet de vraag centraal of ter zake een specifieke werknemer aan de in laatstgenoemd arrest besproken twee criteria is voldaan, maar maakt primair een vergelijking tussen de oude en de nieuwe onderneming, daar waar het gaat om de omvang van het personeelsbestand en de activiteiten en de naar buiten gehanteerde identiteit.

Conclusie
De rechtspraak brengt helaas nog onvoldoende helderheid wanneer werkgevers 'ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkanders opvolger te zijn'. Uit Van Tuinen/Wolters en de hiervoor besproken Amsterdamse uitspraken vloeit voort dat alleen aan het tweede criterium van genoemd arrest is voldaan, indien er bij de nieuwe werkgever in een individueel geval daadwerkelijk sprake is van bepaalde wetenschap en bekendheid ter zake de werknemer. De uitspraak van de rechtbank Zutphen geeft een andere (ruimere) lijn weer. Deze tegenstrijdigheid in de rechtspraak leidt tot de conclusie dat een doorstarter er toch rekening mee moet houden dat hij wordt geconfronteerd met werknemers die met succes zullen stellen dat zij voor onbepaalde tijd in dienst zijn, ook als er verder geen enkele band met de oude werkgever is.
Prof. mr. Th.A. de Roos, Universiteit van Tilburg, Hof 's-Hertogenbosch

© Euroforum Uitgeverij BV NL