

Doorstart na faillissement: ken het arbeidsrecht

Het is weer mei, de maand waarin (met december) de meeste faillissementen worden uitgesproken. Dit komt door de extra werkgeverslasten in deze maanden, zoals vakantiegeld en eindejaarsuitkeringen. Voor ondernemingen biedt dit kansen op interessante overnames, ook van personeel met specifieke vakkennis. Maar hieraan zitten zowel arbeidsrechtelijke vrijheden als beperkingen.

Door **mr. V.H.B. Kruit** en **mr. I.S. van Dijk**, beiden werkzaam als advocaat op respectievelijk de secties insolventierecht en arbeidsrecht van Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP.

Gaat een bedrijf failliet, dan kan de curator, met toestemming van de rechter-commissaris, de arbeidsovereenkomst met de werknemers opzeggen. De curator hoeft zich hierbij niet te houden aan de opzegverboden van het arbeidsrecht en hoeft evenmin een ontslagvergunning aan te vragen bij het UWV. De maximale opzegtermijn bedraagt zes weken. De werknemers kunnen bij het UWV een uitkering aanvragen. Daarbij zal het achterstallige loon tot maximaal dertien weken voor de opzegdatum, samen met het loon tot maximaal zes weken na de opzegdatum, door het UWV worden betaald. Het ontslag van personeel is in veel faillissementen een standaard procedure. De taak van de curator is immers niet zozeer het bevorderen van het voortzetten van de gefailleerde onderneming, maar veel meer het beheer en vereffening van de boedel, waarbij de onderneming uiteindelijk door de curator zal worden ontbonden.

Personeel overnemen

Voor het voortzetten van gezonde bedrijfsonderdelen is een geïnteresseerde partij nodig. In het gunstigste geval is deze bereid (een deel van) het personeel over te nemen. Voor de overnemende partij is dit interessant als het personeel specifieke kennis bezit over de gefailleerde onderneming en/of een bepaald product. Anders dan bij een reguliere overname heeft de doorstartende partij de vrije keuze werknemers al dan niet een arbeidsovereenkomst en arbeidsvoorwaarden aan te bieden (*cherry-picking*). De doorstartende partij kan daarbij rekening houden met de kennis en ervaring van de werknemer, de hoogte van het salaris, het arbeidsverleden en andere factoren. Zo nam bijvoorbeeld Louwman Exclusive Cars bv naast de exclusieve showroom aan de A2, slechts een gedeelte van

het personeel van autobedrijf Hessing over met specifieke kennis over (het onderhoud van) exclusieve auto's. Over de arbeidsvoorwaarden kunnen de doorstartende partij en de werknemer in beginsel vrijelijk onderhandelen.

Een dergelijke onderhandelingsvrijheid vormt een wezenlijk verschil met de traditionele overgang van onderneming, waarbij de doorstartende partij verplicht is om alle werknemers, inclusief alle rechten en plichten, van de verkopende partij over te nemen. De doorstartende partij heeft er belang bij onderzoek te doen naar de over te nemen werknemers, omdat dit een rol kan spelen bij het opnemen van een proeftijd in de arbeidsovereenkomst, bij de vraag of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan worden overeengekomen en bij een eventuele toekomstige ontslagvergoeding.

1 Proeftijdbeding

Een proeftijd is een periode waarbij zowel de werkgever als de werknemer met onmiddellijke ingang de arbeidsovereenkomst kunnen opzeggen zonder inachtneming van een opzegtermijn. In geval van een doorstart en overname van personeel, zal een werknemer doorgaans dezelfde werkzaamheden verrichten als bij de gefailleerde onderneming. Aangezien de werknemer zijn/haar geschiktheid voor de functie al heeft bewezen, is het in beginsel niet mogelijk in de nieuwe arbeidsovereenkomst een proeftijdbeding op te nemen. Een uitzondering op deze hoofdregel wordt toegelaten als de werknemer een geheel andere functie gaat bekleden, of de werkzaamheden andere vaardigheden en verantwoordelijkheden vereisen. In dergelijke gevallen is een proeftijd in de arbeidsovereenkomst tussen de werknemer en de doorstartende partij wel toegestaan.



2 *Opvolgende arbeidsovereenkomsten*

Bij de vraag of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussen de werknemer en een opvolgend werkgever wordt gesloten, speelt het arbeidsverleden van de werknemer een rol. In het kader van werknemersbescherming heeft de wetgever met de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid in 1998 een regeling vastgesteld, beter bekend als de 'ketenregeling'. Daarbij wordt in twee gevallen een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van

Let op!

Bij werknemers die eerst een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hadden en vervolgens na de doorstart een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangeboden hebben gekregen, telt deze arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd mee in de keten. Dit betekent dat als vervolgens de 36 maanden termijn wordt overschreden, de werknemer alsnog een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft.

rechtswege omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd:

- als er al drie opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (die elkaar met tussenpozen van niet meer dan drie maanden hebben opgevolgd) zijn gesloten. In een dergelijk geval zal de vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd worden geacht te zijn aangegaan voor onbepaalde tijd.
- als de werkgever en de werknemer met elkaar meerdere opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zijn aangegaan en de totale duur van deze arbeidsovereenkomsten, inclusief de tussenpozen, een periode van 36 maanden heeft overschreden. Na verloop van 36 maanden geldt de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd.

In het arrest Bockenvoordeel / Isik van de Hoge Raad is op 14 juli 2006 bepaald dat deze 'keten' van arbeidsovereenkomsten niet wordt onderbroken door een faillissement. Hierdoor moet de doorstartende partij zich realiseren dat arbeidsovereenkomsten >>

Door
ken

voor bepaalde tijd, die de werknemer met de gefailleerde onderneming voor datum faillissement heeft gesloten, meetellen in de 'keten' en doorwerken in de relatie tussen de doorstartende partij en de werknemer. Zo zal in het geval dat een werknemer en de gefailleerde onderneming voor datum faillissement in totaal drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd hebben gesloten, de opvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussen de doorstartende partij en de werknemer automatisch worden aangemerkt als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, omdat het de vierde arbeidsovereenkomst in de keten betreft.

3 De Ragetlieregel

De Ragetlieregel bepaalt dat, als de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op een andere wijze is beëindigd dan door een rechtsgeldige opzegging of ontbinding, een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die daarop volgt niet automatisch eindigt na het verstrijken van de looptijd. Die arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt dan pas na voorafgaande opzegging.

De Ragetlieregel is dan ook een anti-misbruikregel die tracht te voorkomen dat een werknemer onder druk van de werkgever akkoord gaat met een omzetting van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd naar een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en daarmee de ontslagbescherming verliest die hij geniet bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. In zo'n geval zal de werkgever nog steeds toestemming moeten vragen aan het UWV om de arbeidsovereenkomst op te kunnen zeggen, dan wel een ontbindingsverzoek

moeten indienen, om de arbeidsovereenkomst met de werknemer te kunnen laten eindigen. De Ragetlieregel is ook van toepassing verklaard bij een doorstart na faillissement. Het is daarom belangrijk te controleren of de opzegging door de curator rechtsgeldig is geschied.

4 Ontslagvergoeding na doorstart

In het geval dat de arbeidsovereenkomst na een verzoek van de werkgever wordt beëindigd, zal bij een eventueel door de werkgever te betalen ontslagvergoeding worden gekeken naar het salaris, de mate van verwijtbaarheid van de werknemer ten aanzien van het ontslag en het aantal gewogen dienstjaren (waarbij dienstjaren zwaarder meetellen indien ze op een oudere leeftijd zijn doorgebracht).

Bij een normale overgang is het duidelijk dat de jaren voor de overgang van de onderneming wel bij het aantal dienstjaren moeten worden betrokken bij de berekening van de ontslagvergoeding. Maar in geval van ontslag na een doorstart uit faillissement is de rechtspraak verdeeld in haar oordeel of de dienstjaren moeten worden betrokken bij de berekening van de ontslagvergoeding. Door het ontbreken van enige consistente lijn in de jurisprudentie is het verstandig voor de doorstartende partij om onderzoek te doen naar de anciënniteit van de die werknemers die dienen na datum faillissement wil overnemen. Dit omdat de doorstartende partij bij een mogelijk ontslag in de toekomst kan worden geconfronteerd met een ontslagvergoeding die is gebaseerd op het geheel arbeidsverleden. Dit kan hoge kosten tot gevolg hebben. ■

Need to know

- Bij een doorstart van een failliet bedrijf mag de overnemende partij kiezen welke medewerkers hij wel en niet wil overnemen. Dit wijkt af van een reguliere overname.
- Het uitgangspunt bij een doorstart is de vrijheid van de keuze van personeel en het vrijelijk kunnen onderhandelen over de arbeidsvoorwaarden met de werknemer. Door deze vrijheid kan de doorstartende partij alle factoren als werkervaring, expertise, leeftijd en salaris meenemen bij de beslissing om een werknemer al dan niet een arbeidsovereenkomst aan te bieden.
- De doorstartende partij doet er verstandig aan te onderzoeken of de desbetreffende werknemer bij de gefailleerde onderneming werkzaam was op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde- of onbepaalde tijd én hoeveel dienstjaren de werknemer reeds bij de gefailleerde onderneming heeft gewerkt.
- Indien de doorstartende partij nalaat een dergelijk onderzoek uit te voeren, loopt zij enerzijds het risico te worden geconfronteerd met onvoorziene kosten in geval van een ontslagvergoeding. Anderzijds loopt de doorstartende partij het risico ongewild arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd te zijn aangegaan, die in beginsel enkel met toestemming van het UWV kunnen worden beëindigd.
- Ook in geval van een doorstart wordt de werknemer door de wetgever en de rechtspraak in bescherming genomen. Hierdoor wordt duidelijk dat een van de uitgangspunten van het arbeidsrecht (te weten het beschermen van de werknemer) ook in geval van faillissement niet is verlaten, maar hoogstens enigszins is beperkt.