

Arbeidsrechtelijke aspecten in geval van faillissement: een update

*Mr. L.H. van de Kar**

Inleiding

In de huidige tijd van economische crisis is het aantal faillissementen hoog. Een faillissement heeft uiteraard gevolgen voor, onder meer, achterblijvende moedervenootschappen, doorstartende ondernemingen en werknemers. In de afgelopen periode zijn er enkele, voor de arbeids- en ondernemingsrechtpraktijk interessante, arresten/uitspraken geweest. In deze bijdrage wordt een update gegeven over de laatste stand van zaken ten aanzien van verschillende arbeidsrechtelijke aspecten in geval van faillissement. In dat kader zal ik allereerst kort ingaan op de opzegging van arbeidsovereenkomsten in faillissement in zijn algemeenheid. Vervolgens behandel ik het opvolgend werkgeverschap en de ketenregeling in een faillissementssituatie. Ten slotte ga ik nader in op het leerstuk van doorbraak van aansprakelijkheid in geval van een failliete werkgever.

Opzegging

In geval van faillissement wordt er een curator aangesteld. Het is voor een curator vrij eenvoudig om de arbeidsovereenkomsten van werknemers op te zeggen. In beginsel kan de curator, na verkrijging van een machtiging van de rechter-commissaris, de arbeidsovereenkomst met de werknemers opzeggen zonder dat daarvoor toestemming van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (UWV) vereist is, hetgeen wel een verplichting is voor een werkgever buiten faillissement. De opzegverboden (waaronder ziekte, zwangerschap, overgang van onderneming, enzovoort) gelden niet in geval van faillissement, met uitzondering van de discriminatieverboden. De curator zal in beginsel moeten opzeggen met inachtneming van de geldende (contractuele of wettelijke) opzegtermijn, ermee rekening houdend dat op grond van artikel 40 Faillissementswet de maximale opzegtermijn zes weken bedraagt. Het UWV neemt de loondoorbetalingsverplichting van de failliete werkgever over gedurende de opzegtermijn (dat wil zeggen tot maximaal zes weken na de opzegdatum). Daarnaast zal het UWV over maximaal dertien weken voorafgaande aan het faillissement het achterstallige loon (uiteraard alleen als de failliete werkgever met betaling daarvan in gebreke is gebleven) met terugwerkende kracht doorbetalen aan de werknemer. In geval van een collectief ontslag (dat wil zeggen wanneer een werkgever binnen drie maanden de dienstbetrekkingen van ten minste twintig werknemers die werkzaam zijn binnen één

werkgebied van het UWV beëindigt) zal de curator hiervan ook melding moeten doen aan de betrokken vakbonden en de ondernemingsraad (voor zover nog aanwezig). De melding aan het UWV kan achterwege blijven, tenzij het UWV daarom verzoekt. Het besluit tot aanvraag van faillissement valt niet onder het adviesrecht van de ondernemingsraad.¹

Opvolgend werkgeverschap en de ketenregeling: het Van Tuinen-arrest

Na het faillissement van een werkgever vindt er geregeld een doorstart plaats. Het is voor een doorstartende werkgever vaak interessant om een deel van het personeelsbestand van een failliet verklaarde werkgever over te nemen. Dergelijke werknemers hebben immers de benodigde kennis en ervaring die vereist zijn om de onderneming opnieuw rendabel te maken. Een doorstarter kan zelf kiezen welke werknemers hij meeneemt en aan de werknemers arbeidsovereenkomsten met nieuwe arbeidsvoorwaarden aanbieden. Een doorstarter is niet gebonden aan regels van overgang van onderneming (art. 7:662 e.v. Burgerlijk Wetboek (BW)), aangezien artikel 7:666 BW bepaalt dat de artikelen van overgang van onderneming niet van toepassing zijn bij faillissement. Een doorstarter hoeft in beginsel dus geen rekening te houden met de rechten en verplichtingen die de failliete werkgever had ten opzichte van de werknemers. In de praktijk zal een doorstarter er doorgaans de voorkeur aan geven om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met de, door de curator ontslagen, werknemers te sluiten. Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd heeft voor een doorstartende werkgever het voordeel dat deze overeenkomst van rechtswege eindigt en dat er geen ontslagvergoeding hoeft te worden betaald. Geregeld komt de vraag aan de orde of een doorstarter redelijkerwijze als opvolger van de failliete werkgever kan worden beschouwd. In het bijzonder speelt dan de vraag of de voormalige werknemers van de failliete werkgever jegens de doorstarter rechten kunnen ontlenen aan artikel 7:668a BW.²

Artikel 7:668a BW bepaalt dat, indien (1) elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd bij dezelfde werk-

* Mr. L.H. van de Kar is advocaat bij Loyens & Loeff te Amsterdam.

1. Rb. Den Bosch 9 april 1980, NJ 1980, 546 en ook M.G. Rood & P.F. van der Heijden, Rood's Wet op de ondernemingsraden, Deventer: Kluwer 2004, p. 289-290.
2. M.H.G. van de Mortel, Opvolgend werkgeverschap en faillissement, Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtspraak 2009, p. 70-73.

gever een periode van 36 maanden hebben overschreden of (2) meer dan drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar hebben opgevolgd, de laatste arbeidsovereenkomst geldt als aangegaan voor onbepaalde tijd.

Bovengenoemde regel uit artikel 7:668a BW – ook wel de ketenregeling genoemd – geldt volgens lid 2 van artikel 7:668a BW ook voor opvolgende werkgevers (dat wil zeggen juridisch niet dezelfde werkgevers die ten aanzien van de verrichte werkzaamheden redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn). Om als opvolgend werkgever te worden aangemerkt, moet de overgenomen werknemer dus in ieder geval dezelfde of soortgelijke werkzaamheden verrichten. Er bestond lange tijd onduidelijkheid over de vraag of een doorstartende werkgever als opvolgend werkgever kon worden beschouwd indien hij (een deel van) de werknemers van de gefailleerde werkgever in dienst nam met het doel de onderneming voort te zetten. In de jurisprudentie was geen eenduidige lijn te ontdekken. Er bestonden grofweg twee opvattingen in de literatuur. Enerzijds de opvatting dat een faillissement, door het bepaalde in artikel 7:666 BW, leidde tot een geheel nieuwe keten. Als gevolg daarvan zou een doorstartende werkgever niet gehouden mogen worden aan de ketenregeling. Anderzijds de opvatting dat de ketenregeling gewoon van toepassing was op een doorstartende werkgever, aangezien de ketenregeling in een faillissementssituatie nergens expliciet was uitgesloten.

Aan deze discussie is een einde gekomen in het Boekenvoordeel-arrest.³ In dit arrest stond de vraag centraal of elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd tussen de werknemer en de failliete werkgever meetelden in de reeks van arbeidsovereenkomsten tussen de werknemer en de doorstartende werkgever. De Hoge Raad bepaalde, in lijn met de tweede opvatting, dat artikel 7:668a BW ook bij een doorstart na faillissement geldt omdat deze bepaling niet in artikel 7:666 BW wordt uitgezonderd. Na het Boekenvoordeel-arrest is de vraag over de toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW bij een doorstart meerdere keren aan de orde geweest in de lagere rechtspraak.⁴ Er leek een redelijk eenduidige lijn te zijn die aansloot bij het Boekenvoordeel-arrest en die erop neerkwam dat de keten van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten niet wordt doorbroken door het faillissement van een werkgever. Dit leidde ertoe dat doorstarters rekening moesten houden met het arbeidsverleden van de overgenomen werknemers, omdat de keten van artikel 7:668a BW doorwerkte in de arbeidsovereenkomsten van de overgenomen werknemers.

De uitkomst van het Boekenvoordeel-arrest heeft in de literatuur tot veel kritiek geleid. Immers, als gevolg van dit arrest

moesten doorstarters bij het selecteren van werknemers rekening houden met het arbeidsverleden van de overgenomen werknemers. Naar mijn mening leidde dit niet tot een gewenste situatie, aangezien hierdoor overgenomen werknemers voornamelijk geselecteerd werden op de lengte van hun dienstverband. Hierdoor ontstond enerzijds een ongewenste situatie voor de werknemers doordat werknemers met een langer dienstverband die in principe juist meer arbeidsrechtelijke bescherming zouden moeten genieten, bescherming werd ontnomen. Anderzijds ontstond een ongewenste situatie voor doorstarters doordat zij genoodzaakt werden om werknemers met een kort dienstverband in dienst te nemen die, in zijn algemeenheid, over minder kennis en vaardigheden beschikken. Met het Van Tuinen-arrest⁵ en zijn arrest van 25 mei 2012⁶ lijkt de Hoge Raad een einde te hebben gemaakt aan deze discussie en de ongewenste situatie dat werknemers op de lengte van hun dienstverband werden geselecteerd. Ik zal deze arresten met gelijksoortige casusposities en dezelfde strekking hieronder gezamenlijk kort bespreken.

Twee werknemers (onder wie Van Tuinen) waren vanaf 2007 bij Connexion Taxi Services B.V. werkzaam als chauffeur respectievelijk telefoniste op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Op 15 februari 2008 heeft de gemeente het vervoer gegund aan de Vier Gewesten B.V., die voor de feitelijke uitvoering daarvan onder meer Taxicentrale Wolters B.V. heeft ingeschakeld. Beide werknemers kregen door Taxicentrale Wolters B.V. een nieuwe arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangeboden. Deze arbeidsovereenkomst was verlengd tot en met 31 maart 2010, waarna Taxicentrale Wolters B.V. de arbeidsovereenkomsten niet verder wenste te verlengen. De werknemers stelden zich, onder meer, op het standpunt dat hun arbeidsovereenkomsten inmiddels omgezet waren in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd conform artikel 7:668a BW en vorderden doorbetaling van loon in een kortgedingprocedure. De Hoge Raad oordeelde ten aanzien van artikel 7:668a BW dat geen sprake was van opvolgend werkgeverschap omdat van enige band tussen oude en nieuwe werkgever – anders dan dat zij elkaars concurrenten waren – niet is gebleken. De omstandigheid dat de werknemers na indiensttreding bij Taxicentrale Wolters B.V. dezelfde werkzaamheden zijn blijven verrichten als voorheen bij Connexion Taxi Services B.V., was niet voldoende om opvolgend werkgeverschap in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW aan te nemen. Het feit dat de opvolgende werkgever (Taxi Wolters B.V.) en de oude werkgever (Connexion Taxi Services B.V.) niets anders met elkaar van doen hadden en Taxi Wolters B.V. dus geen inzicht kon hebben in de hoedanigheden en geschiktheid van de werknemers was hier van belang.

Door deze arresten heeft een werkgever als opvolgend werkgever in de zin van artikel 7:668a lid 2 BW te gelden indien (1) de arbeidsovereenkomst van de werkgever met de werk-

3. HR 14 juli 2006, JAR 2006, 190.

4. Rb. Roermond 5 april 2007, JOR 2007, 279; Hof Den Bosch 2 mei 2007, LJN BA4209; Rb. Den Bosch (zittingsplaats Eindhoven) 17 juli 2007, JAR 2007, 218; Rb. Dordrecht (zittingsplaats Gorinchem) 5 maart 2008, JAR 2008, 97; Rb. Utrecht (zittingsplaats Amersfoort) 14 oktober 2008, JAR 2009, 3; Hof Den Haag 3 maart 2009, LJN BH5977.

5. HR 11 mei 2012, LJN BV9603 (Van Tuinen/Taxicentrale Wolters).

6. HR 25 mei 2012, LJN BV9601.

nemer dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden van de werknemer eist als dat in de vorige overeenkomsten het geval is geweest én (2) er tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.

Waar voorheen, bij de beoordeling of sprake was van opvolgend werkgeverschap bij een doorstart, de focus met name lag op de vraag of de overgenomen werknemer dezelfde of soortgelijke werkzaamheden zou verrichten, is met de komst van het Van Tuinen-arrest de nadruk komen te liggen op het hierboven genoemde tweede criterium. Het tweede criterium wordt als een nieuw en aanvullend criterium beschouwd. Echter, van een 'novum' is strikt genomen geen sprake, aangezien dit criterium afkomstig is uit het Slijkoord/Hekkema-arrest.⁷ In dit arrest was de kernvraag of een proeftijdbeding rechtsgeldig overeengekomen kon worden bij een opvolgend werkgever. De Hoge Raad heeft in dat kader bepaald dat de opvolgend werkgever kennis moet hebben van de kwaliteiten van de overgenomen werknemer. Kortom, de Hoge Raad heeft in het Van Tuinen-arrest aansluiting gezocht bij de maatstaf die bij een proeftijdbeding werd gehanteerd. Het 'nieuwe' criterium zorgt voor een zwaardere toets en leidt ertoe dat er minder snel sprake zal zijn van opvolgend werkgeverschap.

In de lagere rechtspraak van de afgelopen periode is de lijn die de Hoge Raad in het Van Tuinen-arrest heeft uiteengezet, gevolgd.⁸ Een discussie die naar aanleiding van dit arrest is ontstaan, betreft de vraag of de nieuwe maatstaf ook geldt in geval van faillissement. Kort gezegd, in hoeverre kan het Van Tuinen-arrest als een nuancering van het Boekenvoordeel-arrest worden beschouwd? Ook hier waren de opvattingen verdeeld, waarbij de meerderheid van de schrijvers⁹ van mening was dat dit vermoedelijk wel het geval zou zijn. Dit vermoeden is recentelijk – terecht – bevestigd in de bodemprocedure die Van Tuinen bij de Rechtbank Leeuwarden¹⁰ had ingesteld. In die bodemprocedure probeerde Van Tuinen de rechtbank ervan te overtuigen dat de Hoge Raad een onjuist oordeel had gevelde in het Van Tuinen-arrest en betoogde zij dat dit oordeel niet zou stroken met zijn eerdere uitspraak in het Boekenvoordeel-arrest. Beide verweren zijn door de Rechtbank Leeuwarden verworpen. Hieruit kan worden afgeleid dat het 'nieuwe' criterium, zoals bepaald in het Van Tuinen-arrest, ook betrekking heeft op een faillissements-situatie, waardoor het Van Tuinen-arrest als een nuancering op het Boekenvoordeel-arrest kan worden aangemerkt,

7. HR 24 oktober 1986, NJ 1987, 293.

8. Hof Leeuwarden 10 juli 2012, AR 2012-0682; Hof Leeuwarden 26 juni 2012, LJN BW9837; Hof Leeuwarden 19 juni 2012, LJN BW8942; Hof Amsterdam 29 mei 2012, AR 2012-0693.

9. O.m. Houweling en Loesberg in hun noot bij het Van Tuinen-arrest (JIN 2012, 111 respectievelijk JOR 2012, 278).

10. Rb. Leeuwarden 17 oktober 2012, LJN BY0814.

althans dat de Rechtbank Leeuwarden die mening is toegedaan.

De vervolgvraag is hoe aan het nieuwe criterium van het Van Tuinen-arrest invulling moet worden gegeven. Kort gezegd, wanneer zullen er 'zodanige banden' bestaan tussen de gefailleerde werkgever en de doorstarter dat de inzichten van de gefailleerde werkgever moeten worden toegerekend aan de doorstarter? In het Van Tuinen-arrest was duidelijk dat geen sprake was van banden tussen partijen; partijen waren immers elkaars concurrent. De Rechtbank Leeuwarden heeft in de kortgedingprocedure recentelijk getracht meer houvast aan dit criterium te geven en heeft geoordeeld dat in ieder geval sprake is van 'zodanige banden' in de situatie (1) dat de doorstarter materieel beschouwd dezelfde werkgever is, maar een nieuwe vennootschap heeft opgericht en (2) waarin niet alleen het uitvoerend personeel, maar ook het management dat over het aannemingsbeleid binnen de onderneming heeft beslist, door de nieuwe werkgever is overgenomen. Hiernaast valt, naar mijn mening, te denken aan de situatie waarbij een groepsvennootschap de werknemer in dienst neemt na faillissement en de betreffende groepsmaatschappij door hetzelfde bestuur wordt geleid.

Er blijft nog een ander punt van discussie. Houweling heeft terecht opgemerkt dat in de memorie van toelichting¹¹ van artikel 7:668a BW uitdrukkelijk is bepaald dat het schuiven van personeel in concernverband en bij een bedrijfsovername ook valt onder het bereik van artikel 7:668a BW. Met name de laatste situatie zorgt voor vragen. Wat de wetgever hier precies mee heeft beoogd, is onduidelijk. Duidelijk lijkt in ieder geval dat het Van Tuinen-arrest voor doorstarters meer mogelijkheden heeft gecreëerd, in die zin dat zij, indien er geen sprake is van 'banden' met de failliete werkgever, bij de selectie van over te nemen werknemers vrijer in hun keuze worden gelaten. Er zal daardoor minder snel sprake zijn van opvolgend werkgeverschap.

Doorbraak van aansprakelijkheid: de Nacap- en Delta Biovalue-uitspraak

Een andere belangrijke recente ontwikkeling die zich op het snijvlak van het arbeidsrecht en ondernemingsrecht/faillissementsrecht heeft voorgedaan in de afgelopen periode is de toekenning van een doorbraak van aansprakelijkheid in twee soortgelijke uitspraken. In beginsel geldt dat elke vennootschap als zelfstandig rechtssubject drager is van eigen rechten en verplichtingen. Onder bepaalde omstandigheden kan een moedervennootschap echter worden aangesproken voor schulden van de dochtervennootschap. Dit wordt aangemerkt als doorbraak van aansprakelijkheid. Doorbraak van aansprakelijkheid is een beginsel dat voornamelijk in het ondernemingsrecht wordt gehanteerd. In het arbeidsrecht geldt in beginsel het principe dat een werknemer alleen de formele werkgever kan aanspreken op bijvoorbeeld de toekenning van een ont-

11. Kamerstukken II 1996/97, 25 263, nr. 3, p. 26.

slagvergoeding en/of de nakoming van een sociaal plan. In geval van faillissement van de werkgever blijft een werknemer doorgaans met lege handen achter. Een werknemer kan in een dergelijk geval verhaal proberen te zoeken bij de moedermaatschappij van de werkgever. Ook binnen het arbeidsrecht kan een doorbraak van aansprakelijkheid aan de orde komen. In een dergelijk geval wordt een ander dan de formele werkgever aansprakelijk. Een doorbraak van aansprakelijkheid kan op twee grondslagen worden gebaseerd. Ten eerste kan de aansprakelijkheid worden gebaseerd op vereenzelviging. Daarnaast kan een doorbraak van aansprakelijkheid worden bewerkstelligd door het handelen van de moedermaatschappij als een onrechtmatige daad aan te merken jegens de ex-werknemer van haar gefailleerde dochtermaatschappij. Ik zal deze beide grondslagen hieronder nader uiteenzetten.

Vereenzelviging

Met vereenzelviging wordt bedoeld het volledig voorbijgaan aan het identiteitsverschil tussen rechtspersonen.¹² Vereenzelviging komt in het arbeidsrecht meestal aan de orde indien de formele werkgever jegens de werknemer achterblijft in zijn betalingsverplichtingen uit hoofde van de arbeidsovereenkomst, een sociaal plan en/of een beëindigingsregeling. Kort gezegd kan met vereenzelviging worden bereikt dat de ene rechtspersoon aansprakelijk wordt voor de schuld van een andere rechtspersoon omdat het identiteitsverschil tussen de vennootschappen wordt weggedacht en zij daardoor door werknemers als één en dezelfde rechtspersoon worden beschouwd. Vereenzelviging in zijn algemeenheid zal niet snel als grond tot doorbraak van aansprakelijkheid worden gehonoreerd. Werd een beroep op vereenzelviging in geval van arbeidsovereenkomsten voorheen nog wel aangenomen vanwege de gelijke vennootschapsrechtelijke banden (bijvoorbeeld dezelfde bestuurders en/of aandeelhouders) en intensieve betrokkenheid bij de bedrijfsvoering, na het gewezen Rainbow-arrest lijkt hier geen sprake meer van te zijn.¹³ In het Rainbow-arrest heeft de Hoge Raad geoordeeld dat vereenzelviging van rechtspersonen slechts in uitzonderlijke gevallen toelaatbaar is.¹⁴ Dat zou dan het geval zijn indien de aansprakelijkheid naar een andere rechtspersoon niet kan worden bewerkstelligd via de onrechtmatige-daadconstructie (schending van zorgplichten). De omstandigheden van het geval kunnen evenwel zo uitzonderlijk zijn dat vereenzelviging de meest aangewezen vorm kan zijn om het misbruik van het identiteitsverschil ongedaan te maken. De jurisprudentie na het gewezen Rainbow-arrest volgt die lijn.¹⁵ De omstandigheid dat twee vennootschappen tot een samenhangend geheel van vennootschappen behoren en waarbij één bestuurder alle touwtjes in handen heeft, is zeker niet voldoende grondslag

voor vereenzelviging.¹⁶ Er zal ook sprake moeten zijn van misbruik van identiteitsverschil, hetgeen een zware toets is. Een werknemer heeft een grotere kans van slagen via de onrechtmatige-daadconstructie.

Onrechtmatige daad

Een moedervernootschap kan jegens werknemers van haar dochtervernootschap aansprakelijk zijn op grond van onrechtmatige daad indien, kort gezegd, de moedervernootschap een zorgplicht tot handelen had tegenover de werknemers, maar dit heeft nagelaten. Uit jurisprudentie blijkt dat een doorbraak van aansprakelijkheid in groepsverhoudingen op grond van onrechtmatige daad slechts doel treft indien (1) er sprake is van beslissende zeggenschap van de moedermaatschappij over de dochtermaatschappij en (2) de moedermaatschappij ook een ernstig verwijt te maken valt van de niet-nakoming door haar dochtermaatschappij.¹⁷ Het enkele feit dat een moedervernootschap zeggenschap heeft over haar dochter, zich met het beleid van haar dochter bemoeit of haar dochter op bepaalde wijze financiert, leidt (uiteeraard) op zichzelf niet tot een zorgplicht van de moeder ten opzichte van werknemers van de (gefaillieerde) dochter. Er moet sprake zijn van bijzondere omstandigheden waarbij de moeder een ernstig verwijt te maken valt. Uit de jurisprudentie blijkt dat een doorbraak van aansprakelijkheid via de onrechtmatige-daadconstructie ook zelden wordt gehonoreerd. Desalniettemin zijn er recent twee uitspraken geweest door de Groningse voorzieningenrechter (de 'Nacap'-uitspraak¹⁸) en de Middelburgse voorzieningenrechter (de 'Delta Biovalue'-uitspraak¹⁹), waarbij een beroep op onrechtmatige daad jegens de moeder door, onder meer, de werknemers is gehonoreerd. Ik zal deze uitspraken hier kort bespreken.

Nacap-uitspraak

In de Nacap-zaak besloot de (groot)moedermaatschappij (KHE Groep B.V.) tot de beëindiging van de activiteiten van twee (klein)dochtermaatschappijen (Hogenboom Benelux B.V. en Montage B.V., samen 'Nacap Benelux'). In dat kader hebben de dochtermaatschappijen, onder begeleiding van de (groot)moedermaatschappij, met de vakbonden onderhandeld over een sociaal plan. Na de onderhandelingen is er een concept-sociaal plan tot stand gekomen en aan de vakbonden toegestuurd. Nog voordat het sociaal plan definitief was overeengekomen, zijn de (klein)dochtermaatschappijen failliet gegaan. De (groot)moedermaatschappij weigerde vervolgens verder te onderhandelen en/of uitvoering te geven aan het sociaal plan. De vakbonden en werknemers stellen in een kort geding de moeder aansprakelijk op grond van onrechtmatig handelen tegenover de werknemers door geen uitvoering te geven aan het sociaal plan, noch hierover verder te onderhandelen. De

12. Asser/Maeijer 2-III, Deventer: Kluwer 1994, nr. 621.

13. Zie recentelijk nog Rb. Utrecht 15 februari 2012, LJN BV7955 en Hof Den Bosch 3 april 2012, LJN BW1013.

14. HR 13 oktober 2000, JOR 2000, 238 (Rainbow-arrest).

15. HR 1 december 2000, JAR 2001, 12; Rb. Arnhem 15 augustus 2002, JOR 2002, 174; Rb. Den Haag 7 maart 2002, JAR 2002, 87; Rb. Utrecht 15 februari 2012, LJN BV7955.

16. HR 1 december 2000, JAR 2001, 12.

17. J.P.H. Zwemmer, Intensieve bemoeienis moedermaatschappij met bedrijfsvoering groepsmaatschappij brengt verantwoordelijkheid mee jegens werknemers groepsmaatschappij, Tijdschrift voor Arbeid & Onderneming 2012, p. 5-12.

18. Rb. Groningen 5 augustus 2011, JAR 2011, 236.

19. Rb. Middelburg 18 augustus 2011, JAR 2011, 237.

Groningse voorzieningenrechter heeft in deze zaak geoordeeld dat de (groot)moeder jegens de werknemers gehouden was tot uitvoering van het, onder haar verantwoordelijkheid tot stand gekomen, concept-sociaal plan. De intensieve bemoeienis van de (groot)moedermaatschappij met het beleid en de financiering van haar (klein)dochtermaatschappijen brengt, zo stelt de rechter, mee dat zij ten aanzien van de arbeidsrechtelijke gevolgen van deze bemoeienis een eigen verantwoordelijkheid heeft jegens de werknemers van de (klein)dochtermaatschappijen. In dat kader achtte de voorzieningenrechter van belang dat de (groot)moedermaatschappij deze verantwoordelijkheid ook heeft gevoeld, omdat zij heeft ingestemd met de in het concept-sociaal plan opgenomen groeps Garantie. Nu de (groot)moedermaatschappij na het faillissement liet weten niet over te willen gaan tot uitvoering van het sociaal plan, en zich dus onttrok aan haar arbeidsrechtelijke verantwoordelijkheid, heeft zij volgens de voorzieningenrechter onrechtmatig gehandeld jegens, onder meer, de werknemers. Deze redenering lijkt niet overeen te komen met bestaande jurisprudentie van de Hoge Raad over doorbraak van aansprakelijkheid, omdat intensieve bemoeienis alleen in beginsel niet voldoende is om een zorgplicht op te baseren. Het Hof Leeuwarden²⁰ heeft het vonnis van de Groningse voorzieningenrechter desondanks bekrachtigd. Daarbij heeft het hof een belangrijk nieuw element toegevoegd. Het Hof Leeuwarden neemt een verzwaarde zorgplicht aan van de (groot)moedermaatschappij jegens de werknemers van de (klein)dochtermaatschappij in het geval dat voorafgaand sprake is geweest van intensieve beleidsbemoeienis, het instemmen met de groeps Garantie in het sociaal plan. Dit is een zorgplicht, zo stelt het hof, die zwaarder is dan de zorgplicht jegens andere crediteuren. Deze 'verzwaarde' zorgplicht geldt in omstandigheden zeker ten opzichte van personeelsleden die in dienst zijn van een tot het concern behorende onderneming. Het element van de verzwaarde zorgplicht ten aanzien van werknemers is niet te herleiden uit eerdere jurisprudentie; het is ook maar de vraag hoe deze uitspraak zich verhoudt tot de lijn in het Rainbow-arrest.

Delta Biovalue-uitspraak

In de Delta Biovalue-uitspraak ging het om een gelijksoortige zaak. De (groot)moedervernootschap (Delta N.V.) weigerde na het faillissement van haar (klein)dochtervernootschap (Delta Biovalue B.V.) door te onderhandelen met de vakbonden over een concept-sociaal plan voor de werknemers van de gefailleerde dochter. De vakbond en werknemers vorderden in kort geding dat de (groot)moedervernootschap uitvoering moest geven aan het concept-sociaal plan. De Voorzieningenrechter Middelburg was van oordeel dat de (groot)moedervernootschap bij de werknemers de gerechtvaardigde verwachting had gewekt dat in geval van sluiting van Delta Biovalue N.V. verder zou worden onderhandeld over het sociaal plan. Nu zij na faillissement van Delta Biovalue N.V. weigerde om verder te onderhandelen, heeft zij volgens de Voorzieningenrechter Middelburg onrechtmatig gehandeld. De gewekte verwachtingen

(dat onderhandelingen over het sociaal plan zouden worden voortgezet in geval van sluiting van de onderneming van de dochtervernootschap) waren hier doorslaggevend. Door hier niet aan te voldoen heeft de moedervernootschap volgens de voorzieningenrechter onrechtmatig gehandeld jegens de vakbonden en ex-werknemers. Deze uitspraak is in lijn met bestaande jurisprudentie van de Hoge Raad²¹ en laat zien dat er, naast de zeggenschap van de moedervernootschap over de dochtervernootschap, sprake moet zijn van bijzondere omstandigheden. Te denken valt, onder meer, aan de omstandigheid dat de moeder feitelijke beslissingsmacht heeft binnen de dochtermaatschappij ten aanzien van het dagelijkse management, dat zij op een reorganisatie heeft aangedrongen en/of bepaalde toezeggingen heeft gedaan, dat de moeder op een ander moment financiële steun heeft verleend of juist tegoe-den uit de vennootschap heeft gehaald en dat de moedermaatschappij partij was bij de onderhandelingen over een sociaal plan voor de dochtermaatschappij.²²

In bovengenoemde uitspraken hebben de voorzieningenrechters de vorderingen op grond van onrechtmatige daad toegewezen. Als gezegd is de Delta Biovalue-uitspraak in lijn met de bestaande jurisprudentie. Opnieuw is bevestigd dat sprake moet zijn van bijzondere omstandigheden, wil er sprake zijn van doorbraak van aansprakelijkheid. Daarentegen sluit de redenering in de Nacap-uitspraak niet geheel aan bij de bestaande jurisprudentie. Los van het feit dat ook in deze zaak wel sprake was van bijzondere omstandigheden, baseert het Hof Leeuwarden de toekenning van een doorbraak van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad op een nieuw element, namelijk de verzwaarde zorgplicht tegenover werknemers. Het enkele feit dat er sprake was van intensieve bemoeienis, leidde tot een doorbraak van aansprakelijkheid op basis van een verzwaarde zorgplicht; dat de (groot)moedermaatschappij zich onttrok aan haar arbeidsrechtelijke verantwoordelijkheid was verwijtbaar. Of bovengenoemde zaken zullen leiden tot een gemakkelijkere doorbraak van aansprakelijkheid, betwijfel ik, gezien de jurisprudentie van de Hoge Raad. Wat deze uitspraken dan toch bijzonder maken, is het feit dat er nu, sinds lange tijd, weer eens een doorbraak van aansprakelijkheid wordt aangenomen. Bovendien is het opnieuw een les voor moedermaatschappijen om zich er voldoende van bewust te zijn dat eventuele toezeggingen hun duur kunnen komen te staan.

Conclusie

Het Van Tuinen-arrest heeft ertoe geleid dat een doorstarter minder snel als opvolger van de failliete werkgever zal worden beschouwd, waardoor overgenomen werknemers lastiger rechten kunnen ontlenen aan de ketenregeling. Voor een doorstarter is dit een positieve ontwikkeling, aangezien hij bij de selectie van over te nemen werknemers vrijer in zijn keuze wordt gelaten. De komende periode zal moeten blijken of er nadere

20. Hof Leeuwarden 6 december 2011, JOR 2012, 39 m.nt. Holtzer.

21. HR 18 november 1994, NJ 1995, 170.

22. K. Wiersma, Bemoeizucht kan duur uitpakken: zeggenschap over sociaal plan bij dochters kan moedermaatschappij veel geld kosten, Het Financieel Dagblad 13 oktober 2011.

invulling zal worden gegeven aan de vraag wanneer er ‘zodanige banden’ bestaan tussen de gefailleerde werkgever en de doorstarter dat de inzichten van de gefailleerde werkgever moeten worden toegerekend aan de doorstarter. Daarnaast zijn er sinds lange tijd weer uitspraken geweest waarin een doorbraak van aansprakelijkheid is aangenomen. Uit deze uitspraken blijkt opnieuw dat het niet nakomen van de zorgplicht en het hebben van beslissende zeggenschap, onder bepaalde omstandigheden, kunnen leiden tot een doorbraak van aansprakelijkheid. Daarbij geldt, zo stelt het hof, een zorgplicht tegenover werknemers die zwaarder is dan de zorgplicht jegens andere crediteuren. Moedermaatschappijen moeten het bovenstaande in acht nemen bij het doen van mededelingen/toezeggingen om te voorkomen dat zij moeten opdraaien voor eventuele (financiële) verplichtingen van hun gefailleerde dochtermaatschappij.