

## Doorstart na faillissement en opvolgend werkgeverschap

### Inleiding

De verkrijger van een onderneming zal bij voorkeur een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met de overgenomen werknemers willen sluiten. Immers, een dergelijke arbeidsovereenkomst eindigt van rechtswege, zonder vergoeding. Zodoende kan de nieuwe werkgever bezien of de onderneming rendabel genoeg is en of hij het aantal werknemers wil verminderen. In hoeverre de verkrijger op een dergelijke flexibele wijze met zijn personeelsbestand kan omgaan, hangt af van de vraag of de verkrijger als 'opvolgend werkgever' kan worden beschouwd.

Een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt op grond van artikel 7:667 lid 1 BW van rechtswege door verloop van de duur waarvoor de arbeidsovereenkomst is aangegaan. Een dergelijke arbeidsovereenkomst kan op grond van artikel 7:668a lid 1 BW slechts tweemaal worden verlengd. Bovendien mag de totale duur van de arbeidsovereenkomsten een termijn van 36 maanden niet overschrijden. Een derde verlenging of een overschrijding van de termijn van 36 maanden leidt tot een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Bij een afloop van rechtswege behoeft geen reden voor het niet verlengen van de arbeidsovereenkomst te worden gegeven. Werkgevers hechten derhalve belang aan het kunnen aangaan van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Artikel 7:668a BW stelt paal en perk aan een reeks arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.

Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd eindigt niet van rechtswege, maar zal rechtsgeldig moeten worden opgezegd of ontbonden. Voor opzegging is toestemming van het Centrum voor Werk en Inkomen (CWI) nodig. Om toestemming te krijgen moet sprake zijn van een van de gronden genoemd in paragraaf 4 en 5 van het Ontslagbesluit. Deze regel geldt volgens artikel 7:668a lid 2 BW ook voor werkgevers die 'ten aanzien van de verrichte werkzaamheden redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn'. Is aldus sprake van opvolgend werkgeverschap, dan moeten de arbeidsovereenkomsten met de failliete werkgever ook worden meegemeld bij de toetsing aan artikel 7:668a lid 1 BW.

Er bestaan verschillende opvattingen over het van toepassing zijn van artikel 7:668a BW bij een doorstart of overname vanuit faillissement. In dit artikel zal aan de hand van het arrest van de Hoge Raad van 14 juli 2006<sup>1</sup> worden bezien wat de consequentie van artikel 7:668a BW bij een faillissement is.

### Feiten

De casus waarover de Hoge Raad moest oordelen, was als volgt. Een werknemer heeft twee arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd gehad op het moment dat de werkgever failliet gaat. De curator in het faillissement zegt de arbeidsovereenkomst op. De onderneming wordt overgenomen en de werknemer wordt aangesteld voor de duur van zes maanden. Aansluitend wordt een arbeidsovereenkomst voor de duur van een jaar gesloten. De werknemer stelt dat de nieuwe werkgever geacht wordt rechtsovervolger van de failliete werkgever te zijn en dat daarom (op basis van art. 7:668 lid 2 BW) de laatste arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd geldt. De nieuwe werkgever betoogt dat deze bepaling toepassing mist in geval van doorstart na faillissement, temeer nu de curator de arbeidsovereenkomst heeft opgezegd.

Het Hof Arnhem had in deze zaak als volgt overwogen. De nieuwe werkgever heeft de werknemer aangetrokken voor het verrichten van dezelfde werkzaamheden als die welke hij voor de failliete werkgever verrichtte. Ten aanzien van de verrichte arbeid moeten de failliete werkgever en de nieuwe werkgever worden geacht elkaars opvolger te zijn. In artikel 7:666 BW wordt artikel 7:668a lid 2 BW niet uitgesloten van toepassing op de overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW is niet beperkt tot de gevallen waarin, kort gezegd, opvolging van werkgevers wordt misbruikt bij de hantering van tijdelijke arbeidsovereenkomsten. Aan toepassing van lid 2 van artikel 7:668a BW staat niet in de weg dat de curator de arbeidsovereenkomst van de werknemer met de failliete werkgever regelmatig heeft opgezegd, noch dat de nieuwe werkgever het desbetreffende bedrijfs-onderdeel van de vorige werkgever uit de faillissementsboedel heeft overgenomen. Bovendien, zo beredeneerde het hof, volgt toepassing van artikel 7:668a lid 2 BW uit de strekking van de Wet flexibiliteit en zekerheid, waarbij (onder meer) deze bepaling is ingevoerd en die onder andere beoogt meer arbeidsrechtelijke zekerheid te bieden aan werknemers die langdurig op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd werkzaam zijn. Het hof oordeelde dat de laatste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd geldt als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, zodat deze niet van rechtswege is geëindigd. De Hoge Raad volgt het hof in zijn oordeel.

### Overgang van onderneming

Bij overgang van een onderneming in de zin van artikel 7:663 e.v. BW gaan de bij de onderneming werkzame werknemers van rechtswege en op dezelfde voorwaarden over naar de verkrijger van de onderneming. Bij bedrijven die in zwaar weer verkeren, staat deze bepaling nogal eens in de weg aan de verkoop van een deel van de onderneming, omdat die partij wel de onderneming, maar niet de arbeidsvoorwaarden van de onderneming wil over-

---

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

nemen. Om aan de werking van artikel 7:663 BW te ontkomen komt het regelmatig voor dat een onderneming de weg van een doorstart volgt omdat in faillissement de bescherming van artikel 7:663 BW niet van toepassing is. Hierbij kan onder omstandigheden sprake zijn van misbruik van faillissementsrecht ofwel misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW). Daarvan is onder meer sprake indien de gefailleerde werkgever en de verkrijger met elkaar vereenzelvigd kunnen worden en het faillissement is ingegeven door de wens van de werkgever de onderneming op dezelfde voet voort te zetten, maar zonder een deel van de werknemers en zonder dat deze werknemers de normale arbeidsrechtelijke bescherming genieten.<sup>2</sup> Het gevolg van misbruik van faillissementsrecht is dat de faillietverklaring vernietigbaar is. Werknemers van wie de arbeidsovereenkomst door de curator is opgezegd, kunnen er een beroep op doen. Het leerstuk van misbruik van faillissementsrecht gaat buiten het bestek van dit artikel en dat zal ik daarom niet verder behandelen. Wel wil ik opmerken dat in dat geval de koper op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk is voor de schade die wordt geleden door de werknemers die niet worden overgenomen.<sup>3</sup>

### Jurisprudentie bij artikel 7:668a BW in faillissement

Laten we eens kijken naar de jurisprudentie over artikel 7:668a BW in faillissement. Op 14 juli 2005<sup>4</sup> besliste de Kantonrechter Groningen dat artikel 7:668a lid 2 BW van toepassing is in geval van faillissement. De argumentatie was als volgt. Op grond van artikel 7:666 BW is de regeling van overgang van onderneming niet van toepassing op een overgang in een faillissementssituatie. Uit artikel 7:668a BW blijkt niet met zoveel woorden dat ook in een faillissementssituatie sprake kan zijn van opvolgend werkgeverschap. Artikel 7:668 BW sluit toepasselijkheid bij faillissement ook niet uit.<sup>5</sup> Daarnaast is er een uitspraak van de Kantonrechter Nijmegen waarin is overwogen dat, gelet op de uitdrukkelijke uitsluiting in artikel 7:666 BW van toepasselijkheid van artikel 7:663 BW in faillissement, aangenomen kan worden dat artikel 7:668a BW wél toepasselijk is nu een dergelijke uitsluiting daarvan niet in de wet is opgenomen.<sup>6</sup> In deze zaak was een werknemer op basis van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd werkzaam voor een vennootschap die zich met thuiszorg bezighield. De vennootschap ging failliet en de curator zegde de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig op. Vervolgens nam een stichting de activiteiten en een deel van de werknemers over, waaronder ook deze werknemer. De werknemer trad in dienst in een vergelijkbare

functie en in dezelfde fysieke omgeving. De kantonrechter oordeelde dat, gelet op de feiten, sprake was van opvolgend werkgeverschap als bedoeld in artikel 7:668a BW. In de literatuur is men verdeeld over de vraag of artikel 7:668a BW van toepassing is bij faillissement.

Nicolai ziet geen goede argumenten waarom bij overname van werknemers vanuit een failliete boedel het leerstuk van opvolgend werkgeverschap niet toegepast zou kunnen worden.<sup>7</sup> Hij redeneert als volgt. Artikel 7:668a en 7:667 lid 5 BW kennen, anders dan artikel 7:666 BW, geen uitsluiting voor de situatie waarin de voorgaande werkgever failliet is. Bovendien leidt opvolgend werkgeverschap, anders dan artikel 7:662 e.v. BW, nooit tot een van rechtswege bij de opvolgende werkgever in dienst treden van personeel, zodat toepassing van het leerstuk van opvolgend werkgeverschap geen afbreuk doet aan de belangrijkste consequentie van het in faillissement niet toepasselijk zijn van artikel 7:662 e.v. BW. Toepassing van dit leerstuk levert volgens Nicolai dan ook geen strijd op met artikel 7:666 BW. Dit betekent dat als de opvolgende werkgever een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van bijvoorbeeld een jaar aanbiedt aan een werknemer die bij de failliete voorganger reeds langer dan twee jaar werkzaam was op basis van één of meer arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, artikel 7:668a BW van toepassing zal zijn en de laatste arbeidsovereenkomst geldt als aangegaan voor onbepaalde tijd. Dit was ook het oordeel van de Hoge Raad in zijn uitspraak van 14 juli 2006. Het is dus van belang om bij verkrijging van een onderneming uit faillissement, alvorens werknemers van de failliete onderneming een arbeidsovereenkomst aan te bieden, te controleren wat hun arbeidsverleden bij de failliete werkgever is. Hierbij moet overigens ook rekening worden gehouden met het eventueel van toepassing zijn van een cao, omdat daarin kan zijn afgeweken van de maximumtermijn van 36 maanden die artikel 7:668a BW stelt. Indien deze termijn bij cao is verkort, zal er niet veel ruimte zijn voor een opvolgend werkgever om een van een failliete rechtspersoon overgenomen werknemer een contract voor bepaalde tijd aan te bieden.

### Opvolgend werkgeverschap

Zoals gezegd is sprake van cumulatieve vereisten. Enerzijds moet de laatste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd de vierde in een keten zijn. Anderzijds moet er sprake zijn van opvolgend werkgeverschap. Bij de afweging of van opvolgend werkgeverschap sprake is, spelen alle omstandigheden een rol. Zo kunnen onder meer de verrichte werkzaamheden, functie, locatie, arbeidsvoorwaarden en de bedrijfsmiddelen waarmee de werkzaamheden worden uitgeoefend, indicatoren zijn voor de beantwoording van de vraag of sprake is van opvolgend werkgever-

2. J.L.A. Nicolai, *Overgang van onderneming en faillissement: haken en ogen*, *Ondernemingsrecht* 2005, p. 307-311.

3. Zie bijv. HR 28 mei 2004, JAR 2004, 166.

4. Ktr. Groningen 14 juli 2005, JOR 2005, 255 m.nt. Loesberg.

5. Vgl. *Arbeidsovereenkomst (losbl.)*, aant. 4 op art. 7:668a BW. Zie ook Nicolai 2005, p. 307-311.

6. Ktr. Nijmegen 28 februari 2003, JAR 2003, 270.

7. Nicolai 2005, p. 307-311.

schap. Als deze factoren gelijk blijven en het slechts de werkgever is die wisselt, is sprake van opvolgend werkgeverschap.

Ook in het arrest van de Hoge Raad van 14 juli 2006 speelt de vraag of de nieuwe werkgever redelijkerwijs geacht moet worden ten aanzien van de verrichte arbeid door de werknemer de opvolger te zijn van de failliete werkgever. In het onderhavige geval heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de nieuwe werkgever geacht wordt de opvolger te zijn van de failliete werkgever, omdat de nieuwe werkgever de werknemer had aangetrokken voor het verrichten van dezelfde werkzaamheden als die hij voor de failliete werkgever verrichtte en ook daadwerkelijk heeft verricht.

### De Ragetlie-regel in faillissementssituaties

Hoe zit het nu met werknemers met arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd bij de failliete werkgever, aan wie de koper uit faillissement een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wil aanbieden? In een dergelijk geval speelt artikel 7:667 lid 4 en 5 BW een rol. Hierin is bepaald dat wanneer een arbeidsovereenkomst die niet rechtsgeldig is opgezegd of is beëindigd door ontbinding, wordt voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, deze niet van rechtswege eindigt, maar alleen na opzegging rechtsgeldig kan eindigen. Deze bepaling geldt ook voor werkgevers die redelijkerwijs geacht worden elkaars opvolger te zijn ten aanzien van de verrichte arbeid.<sup>8</sup> Artikel 7:667 BW is niet van toepassing indien de voorafgaande arbeidsovereenkomst door rechtsgeldige opzegging is geëindigd. Er moet dus niet alleen opzegging hebben plaatsgevonden, maar de arbeidsovereenkomst moet ook daadwerkelijk zijn geëindigd. Dit betekent dat een werknemer die bij de failliete werkgever op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd werkzaam was, alleen dan voor bepaalde tijd door de opvolgende werkgever in dienst kan worden genomen als de arbeidsovereenkomst na opzegging door de curator is geëindigd. Zie in dit kader ook de paragraaf over de inachtneming van de opzegtermijn.

### Behoud van anciënniteit in geval van opvolgend werkgeverschap

Een werkgever die afscheid wil nemen van een werknemer, komt vrijwel nooit onder de verplichting uit om een beëindigingsvergoeding aan de werknemer te betalen. De lengte van het dienstverband is een belangrijke factor voor het bepalen van de hoogte van de beëindigingsvergoeding. Indien de opvolgende werkgever werknemers die hij van een failliete rechtspersoon heeft overgenomen, alsnog zou willen ontslaan, zou alleen de lengte van het

dienstverband bij de opvolgende werkgever in aanmerking genomen hoeven worden. Er zijn echter verschillende uitspraken van kantonrechters waarin na een overgang vanuit faillissement toch het voorafgaande dienstverband is betrokken bij de vaststelling van de hoogte van de beëindigingsvergoeding, en wel op grond van de vaststelling dat de nieuwe werkgever als opvolgend werkgever ten opzichte van de voorgaande failliete werkgever beschouwd moet worden.

Beltzer bespreekt in dit verband een zaak die voor de kantonrechter Utrecht speelde in 1995.<sup>9</sup> Een werknemster trad in dienst bij de verkrijger van een failliete onderneming. Na verloop van tijd wilde de verkrijger de arbeidsovereenkomst met de werknemster ontbinden en hij bood haar een vergoeding aan waarvan bij de berekening geen rekening was gehouden met haar arbeidsverleden bij de vorige, failliete, werkgever. De werknemster weigerde het aanbod. Uit de casus blijkt niet dat er banden bestonden tussen de failliete onderneming en de verkrijger. De kantonrechter overwoog dat de artikelen 7:662 e.v. BW weliswaar niet van toepassing zijn op de verkoop tijdens faillissement, maar dat dit niet betekent dat bij de berekening van een redelijke vergoeding het eerdere dienstverband van de werknemster geheel en al buiten beschouwing moet worden gelaten. Volgens Nicolai heeft de kantonrechter de ruimte om een dergelijke beslissing te nemen, omdat de wet (art. 7:685 BW) voor wat betreft de bepaling van de hoogte van de ontbindingsvergoeding slechts de maatstaf geeft dat sprake moet zijn van een 'billijke vergoeding'.<sup>10</sup> Wat billijk is, hangt af van alle omstandigheden van het geval en een van die omstandigheden zou kunnen zijn de bij de failliete werkgever doorgebrachte diensttijd, indien tenminste sprake is van opvolgend werkgeverschap.

Niet alle kantonrechters staan achter deze opvatting. De kantonrechter Gouda heeft een tegenovergestelde beslissing genomen, met als argument dat het in strijd zou zijn met de bedoeling van artikel 7:666 BW om het voorafgaande dienstverband bij de failliete werkgever bij de berekening van de ontbindingsvergoeding te betrekken. Immers, in artikel 7:666 BW wordt de toepasselijkheid van de bepalingen inzake overgang van onderneming bij faillissement uitgesloten.<sup>11</sup> De kantonrechter Lelystad oordeelde echter dat het arbeidsverleden bij de gefailleerde werkgever wél moest worden meegeteld, omdat sprake was van een doorstart en de verkrijger als opvolgend werkgever moest worden beschouwd.<sup>12</sup>

8. P.R.W. Schaik & H. Smolders, *Faillissementstrends* (3), *Arbeidsrecht* 2005-1, p. 15-25 en Nicolai 2005, p. 307-311.

9. Deze uitspraak is niet gepubliceerd. R.M. Beltzer, *Overgang van onderneming*, Deventer: Kluwer 2000, p. 165.

10. Nicolai 2005, p. 307-311.

11. Ktr. Gouda 16 juni 2000, *JAR* 2000, 198.

12. Ktr. Lelystad 7 april 2004, *JAR* 2004, 107.

Net als Nicolai spreekt de overweging van de kantonrechter Lelystad mij het meest aan. Hierbij moet overigens wel worden opgemerkt dat bij de vraag naar de toepasselijkheid van de bepalingen over opvolgend werkgeverschap zoals eerder in dit artikel behandeld, geen ruimte bestaat voor het betrekken van het motief voor het faillissement. Bij de bepaling van de hoogte van de beëindigingsvergoeding bestaat die ruimte wél, omdat het er uiteindelijk op aankomt of de kantonrechter het meetellen van het arbeidsverleden bij de gefailleerde werkgever 'billijk' vindt. Het motief van de gevolgde faillissementsroute kan het oordeel over de billijkheid van de beëindigingsvergoeding aldus beïnvloeden.

#### **Opzegging tijdens faillissement**

Artikel 40 Faillissementswet regelt de opzegging van arbeidsovereenkomsten in faillissement. Zowel de werknemers als de curator kunnen de arbeidsovereenkomst opzeggen, ongeacht of deze is aangegaan voor bepaalde of onbepaalde tijd. Hierbij moeten de overeengekomen of wettelijke opzegtermijnen in acht worden genomen, met dien verstande echter dat de arbeidsovereenkomst in ieder geval kan worden opgezegd met een termijn van zes weken. Daarbij doet niet ter zake of de wettelijke of overeengekomen opzegtermijn langer is. Indien de nieuwe werkgever de opzegtermijn niet laat aflopen, zal hij zich geconfronteerd zien met artikel 7:668a lid 2 BW. Anders gezegd: de opvolgende rechtspersoon kan de werknemers pas na het verstrijken van de door de curator in acht te nemen opzegtermijn in dienst nemen, aangezien hij anders het risico loopt dat hij geen rechtsgeldige arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan overeenkomen. In de praktijk wordt het verstrijken van de opzegtermijn niet altijd afgewacht, omdat de doorstart vaak daags na het faillissement volgt. Dat betekent dat menig door de koper voor bepaalde tijd in dienst genomen werknemer eigenlijk op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd werkzaam is.

#### **Conclusie**

In artikel 7:666 BW wordt artikel 7:668a lid 2 BW niet uitgesloten van toepassing op de overgang van een onderneming indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard en de onderneming tot de boedel behoort. Derhalve heeft artikel 7:666 BW tot gevolg dat de verkrijger bij een doorstart van een onderneming niet gehouden is werknemers die in dienst waren bij een failliete vreemder, over te nemen. Doet de verkrijger dit wel, dan dient hij rekening te houden met de werking van artikel 7:668a lid 2 BW. Is sprake van opvolgende werkgevers en is de arbeidsovereenkomst met de verkrijger de vierde in een reeks van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, dan ontstaat van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Hier kan tevens het door de overgenomen werknemer bij de failliete voorganger opgebouwde arbeidsverleden invloed hebben op de omvang van mogelijke beëindigingsvergoedingen. Ook moet de

verkrijger bij koop van een onderneming uit faillissement oppassen bij het aanbieden van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd aan werknemers die voor onbepaalde tijd bij de failliete werkgever in dienst waren. De nieuwe arbeidsovereenkomsten moeten dan – een en ander op grond van de werking van artikel 7:667 lid 4 BW – pas ingaan na afloop van de door de curator gegeven opzegging. Hiermee doorbreekt hij de reeks van arbeidsovereenkomsten. Kortom, controle van het arbeidsverleden van werknemers van een failliete onderneming loont de koper van die onderneming de moeite.

*Mr. C.H. Hugenholtz  
Loyens & Loeff*