

Doorstart na faillissement minder aantrekkelijk

Lianne de Hoog
advocaat te Rijswijk

De Hoge Raad heeft 14 juli jl. een uitspraak gedaan die aanzienlijke gevolgen heeft voor de gang van zaken rondom een doorstart van een failliet bedrijf. Op het eerste gezicht lijkt de ruime toepassing van art. 7:668a BW voordelig voor de werknemer, maar is dat ook wel zo? Lianne de Hoog ziet de nadelen en vraagt zich af hoe het in de praktijk uitpakt.

Art. 7:668a BW bepaalt dat er van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat als (1) er sprake is van elkaar met tussenpozen van minder dan drie maanden opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd of (2) er sprake is van een keten van meer dan drie elkaar met tussenpozen van minder dan drie maanden opvolgende arbeidsovereenkomsten. Het hoeft voor de toepassing van dit artikel niet te gaan om arbeidsovereenkomsten van één en dezelfde werkgever. Het artikel geldt ook als er sprake is van opvolgend werkgeverschap.

Tot voor kort stond niet vast of art. 7:668a BW ook gold in geval van een doorstart na faillissement. De praktijk ging er doorgaans van uit dat dit niet het geval was. De schaarse jurisprudentie gaf een wisselend beeld en in de eveneens schaarse literatuur werd er meestal van uitgegaan dat dit wel het geval was. De Hoge Raad heeft op 14 juli 2006¹ het verlossende woord gesproken en als algemene regel geformuleerd dat art. 7:668a BW wel degelijk van toepassing is op de situatie van een doorstart na faillissement. Is dit arrest daadwerkelijk een verlossing of juist niet? In dit artikel bespreek ik kort het arrest en ga ik in op de (mogelijke) gevolgen voor de praktijk.

FEITEN

Een werknemer is op basis van een oproepovereenkomst in dienst getreden van Knaakland. Deze oproepovereenkomst is opgevolgd door twee aansluitende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. De laatste arbeidsovereenkomst zou eindigen op 25 september 2001. Zover kwam het echter niet. Knaakland is medio 2001 failliet verklaard en de curator heeft de arbeidsovereenkomst rechtsgeldig opgezegd tegen 1 juli 2001.

Ongeveer twee weken later heeft Boekenvoordeel B.V. (hierna: Boekenvoordeel) werknemer bericht dat zij wilde doorstarten. Werknemer is per 23 juli 2001 voor de duur van zes maanden in dienst getreden. Aansluitend hebben partijen een arbeidsovereenkomst voor de duur van één jaar gesloten, die op 21 januari 2003 afliep. Boekenvoordeel heeft deze arbeidsovereenkomst niet verlengd.

Werknemer verzet zich hiertegen en stelt dat vanwege art. 7:668a BW een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan. Er zijn volgens haar meer dan drie schakels en bovendien is de duur van 36 maanden overschreden, ervan uitgaande dat de arbeidsovereenkomsten met Knaakland 'meetellen'.

HOF EN HOGE RAAD

In tweede aanleg wordt de werknemer in het gelijk gesteld. Boekenvoordeel gaat in cassatie. Haar middel – voor zover hier van belang – komt er op neer dat art. 7:668a BW niet voor de situatie van doorstart na faillissement is geschreven, maar ter voorkoming van de zogenoemde draaideurconstructie. Dit is de constructie waarbij werknemers eerst als uitzendkracht werkzaam zijn, daarna in dienst van de inlener komen en daarna in dienst treden van een andere tot hetzelfde

*‘Tot voor kort stond niet vast
of art. 7:668a BW ook gold
in geval van een doorstart na
faillissement’*



concern behorende rechtspersoon. Tekst en strekking van art. 7:668a BW sluiten toepassing van deze bepaling bij een doorstart na faillissement en opzegging door de curator uit, aldus het middel.

De Hoge Raad verwerpt het beroep en overweegt daartoe onder andere: 'Anders dan het middel tot uitgangspunt neemt, is toepassing van art. 7:668a lid 2 BW niet beperkt tot (...) gevallen waarin (...) opvolging van werkgevers wordt misbruikt bij de hantering van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd.'

De opzegging door de curator maakt dat niet anders.

ALGEMENE REGEL

Deze door de Hoge Raad geformuleerde algemene regel betekent dat de doorstarter niet vanaf punt nul begint met de werknemers uit de failliete onderneming. Het arbeidsverleden van deze werknemers telt mee, in elk geval voor de toepassing van art. 7:668a BW.

PRAKTIJK

De praktijk verloopt bij een bedrijfsovername buiten faillissement om (hierna: overname) wezenlijk anders dan bij een doorstart. Het essentiële verschil is de fase voorafgaand aan het moment van overdracht. Bij een overname wordt de bedrijfsvoering niet gestaakt en gaat een (uitgebreid) *due diligence*-onderzoek aan de overdracht vooraf. Dit stelt de overnemer in staat om de risico's en de kosten redelijk in te schatten, hetgeen zijn weerslag heeft op de overnameprijs. Vanwege deze uitgebreide voorfase is het te billijken dat de rechten van de werknemers, waaronder de ketenopbouw van art. 7:668a BW gerespecteerd worden. Er is in deze situatie geen reden om de werknemer nadelige gevolgen te laten ondervinden van de keuze van de werkgever om het bedrijf of een deel daarvan over te dragen.

Bij de doorstart is er amper sprake van een voorfase. De doorstarter heeft namelijk haast. Hij neemt ondernemingsactiviteiten over uit een faillissement, waarbij doorgaans de bedrijfsvoering gestaakt is. Hoe langer de activiteiten stilliggen, hoe kleiner de overlevingskansen van het bedrijf. De doorstarter heeft er daarom groot belang bij om zo snel mogelijk operationeel te worden. Voor een *due diligence*-onderzoek is geen tijd. Dit betekent dat een doorstart aanzienlijke

risico's kent, onder andere ten aanzien van de werknemers. De doorstarter weet immers niet (goed) wat voor 'werknemersvlees' hij in de kuip heeft. Hier staat tegenover dat de overnameprijs doorgaans aantrekkelijk is en de doorstarter niet verplicht is om alle werknemers over te nemen. Hij mag de vermoedelijke krenten uit de pap pikken. Verder ging men ervan uit dat tegenover voormeld risico ook stond dat de arbeidsovereenkomsten uit de prefaillissementsfase geen belangrijke rol speelden.

Met het arrest van 14 juli 2006 is duidelijk geworden dat de arbeidsovereenkomsten van voor het faillissement wel van belang zijn. De doorstarter moet daarmee rekening houden bij de toepassing van art. 7:668a BW en er is veel sneller sprake van conversie naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

ARGUMENTATIE ONDER DE LOEP

De Hoge Raad maakt weinig woorden vuil aan de uitspraak van 14 juli 2006 en volgt de A-G, wiens conclusie de moeite van het lezen waard is.

De A-G weerlegt het cassatiemiddel dat stelt dat de bedoeling van art. 7:668a BW is om draaideurconstructies tegen te gaan door de parlementaire geschiedenis onder de loep te nemen. Ter illustratie hiervan citeer ik

1 HR 14 juli 2006, LJN AY3782.

een aantal onderdelen van de in de conclusie aan de orde gestelde parlementaire geschiedenis:

‘Het tweede lid van art. 7:668a BW strekt tot ondervanging van de zogenaamde draai-deurconstructie.’²

‘(...) In art. 7:668a BW lid 2 is aangesloten bij de in de jurisprudentie gevormde zogenoemde draaideurbescherming. (...) De voorgestelde wettelijke regeling biedt de werknemer rechtsbescherming tegen gevallen van misbruik van rechtsopvolging als hiervoor bedoeld. Aldus kan wisseling van werkgevers, uitsluitend en alleen om rechtsbescherming van art. 7:668a BW te ontwijken, worden tegengegaan.’³

‘(...) menen wij dat de voorgestelde verruiming van het gebruik van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd noodzakelijkerwijze tegemoetkomt aan de behoefte van werkgevers om onder meer de factor arbeid snel en tegen zo gering mogelijke kosten aan te passen aan veranderingen in de markt (...). De hierdoor noodzakelijke flexibiliteit in de bedrijfsvoering vereist dat in toenemende mate gebruik kan worden gemaakt van arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd met name voor die gevallen waarin sprake is van tijdelijke arbeid, dan wel als niet kan worden voorzien of de arbeid een (meer) permanent karakter zal krijgen (...). De voorstellen komen naar ons oordeel tegemoet aan de algemene economische behoefte van werkgevers aan meer mogelijkheid van flexibiliteit in (kortdurende) arbeidsrelaties en – op termijn – aan meer arbeidsrechtelijke zekerheid voor flexibele werknemers (...)’⁴

De A-G trekt de conclusie dat de bedoeling van de wetgever gericht was op een betrekkelijk ruime, niet alleen op misbruik gerichte reikwijdte van art. 7:668a BW. De opvatting van ruime, niet alleen op misbruik ogende, bescherming vindt in zijn algemeenheid steun in de literatuur en (lagere) jurisprudentie. Maar kan daarmee gezegd worden dat toepassing van art.

7:668a BW bij een doorstart na faillissement ook de bedoeling was? Ik heb er niets over gevonden in de wetsgeschiedenis.

Een ander belangrijk punt in de argumentatie van de A-G is de figuur van de overgang van onderneming buiten faillissement, geregeld in afdeling 8 van titel 10 van Boek 7 BW, de titel over de arbeidsovereenkomst. In het laatste artikel van die afdeling, art. 7:666 BW is een aantal artikelen van die afdeling en het opzegverbod bij overgang van onderneming buiten toepassing verklaard in geval van faillissement en doorstart. Art. 7:668a BW wordt hierbij niet genoemd.

Vanwege het feit dat art. 668a BW niet wordt genoemd in art. 7:666 BW en vanwege de relatief ruime werknemersbescherming die art. 7:668a BW blijkens de parlementaire geschiedenis beoogt te bieden, is de conclusie van de A-G dat art. 7:668a BW toepasselijk moet zijn bij doorstart na faillissement.

DE REDELIJKHEID VAN TOEPASSING VAN ART. 7:668A BW

Is dit redelijk, vraagt de A-G zich af. Zijn antwoord luidt dat het in elk geval niet onredelijk is. Hij ziet weliswaar bezwaren voor de doorstarter, maar deze zijn niet zodanig om art. 7:668a BW buiten toepassing te laten. De A-G besteedt in zijn argumentatie vooral aandacht aan de zienswijze van Loesberg over dit onderwerp. Loesberg heeft onder andere opgeworpen dat toepassing van art. 7:668a BW bij faillissement en doorstart contraproductief kan zijn. De doorstarter zal bij het selecteren van de werknemers alleen diegenen willen aannemen die met hun arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd minder dan 36 maanden ‘op de teller hebben staan’ (lid 1, art. 7:668a BW). De A-G vindt dit geen sterk punt, omdat voor toepassing van de keten (lid 2, art. 7:668a BW) ook arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd gelden en de doorstarter daarmee hoe dan ook een groot risico loopt op conversie naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Mijns inziens stapt de A-G te makkelijk over de door Loesberg signaleerde problematiek heen. Loesberg signaleert dat de doorstarter de begrijpelijke voorkeur zal



Ik kan mij voorstellen dat doorstarters terughoudender zullen zijn bij het uitzoeken van personeel

ontwikkelen om (veel) minder werknemers uit te kiezen dan voorheen. Terecht stelt de A-G dat de 36-maandenproblematiek wellicht minder relevant is, maar de ketenproblematiek wel. Ik kan mij voorstellen dat de doorstarter niet zozeer een voorkeur zal ontwikkelen voor de werknemer met 'minder dan 36 maanden op de teller', maar vooral voor de werknemer met nog maar '1 of 2 schakels op de teller'.

Loesberg merkt bovendien terecht op dat opzegging door de curator van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd de keten van art. 667 BW, lid 4 en 5 doorbreekt, de (gedeeltelijke) codificatie van het Ragetlie-arrest. Deze Ragetlie-regel houdt in dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd opvolgt van rechtswege afloopt als de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door rechtsgeldige opzegging of ontbinding is geëindigd. Dit staat in een vreemde verhouding tot de keten van art. 7:668a BW. Dit probleem is niet nieuw en lijkt op een misvatting van de wetgever gebaseerd te zijn. Dit wordt door de A-G ook aangestipt. Hoe dan ook, een en ander staat er volgens de A-G niet aan in de weg om ook daar waar de Ragetlie-regel geldt, niettemin de toepassing van art. 7:668a BW kan leiden tot conversie naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

De situatie kan zich voordoen dat de Ragetlie-regel en art. 7:668a BW tegenover elkaar komen te staan. Deze vreemde situatie

zou zich niet voordoen als de keten van art. 7:668a BW alleen gevormd zou worden door arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Dit is echter niet het geval. Als deze situatie zich voordoet, moet bepaald worden welke regel voorrang heeft. Het standpunt van de A-G betekent dat art. 7:668a BW aan het langste eind trekt. De A-G overtuigt mij niet. De Ragetlie-regel dateert namelijk van na het amendement waarbij de arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd in de ketenbepaling van art. 7:668a BW zijn gebracht.⁵ Het standpunt van de A-G zou mijns inziens overtuigender zijn als hij had gemeend dat de opzegging door de curator niet onder de rechtsgeldige opzegging van de Ragetlie-regel geschaard zou moeten worden. De achterliggende gedachte bij de Ragetlie-regel is immers de door de werknemer genoten rechtsbescherming bij de beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Ik meen dat van deze bescherming feitelijk niet of nauwelijks sprake is bij opzegging door de curator. Weliswaar kan de werknemer zich tegen de opzegging verzetten als er sprake is van misbruik van faillissementsrecht, maar dergelijk misbruik wordt zelden aangenomen.

Wat gebeurt er als als hoofdregel wordt aangenomen dat de Ragetlie-regel voorrang heeft? Dat zou tot de situatie leiden dat werknemers wier arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door de curator zijn opgezegd in een slechtere positie kunnen komen te verkeren dan de werknemers met arbeids-

overeenkomsten voor bepaalde tijd. Immers, op hen, de 'niet-ragetlie'ers' is art. 7:668a BW van toepassing, zodat hun arbeidsverleden meetelt. De 'ragetlie'ers' daarentegen beginnen bij het opbouwen van de keten wel vanaf punt nul. Die situatie lijkt mij juridisch correct, maar onwenselijk. Dit zou natuurlijk anders zijn als art. 7:668a BW helemaal niet zou gelden bij doorstart na faillissement.

Een andere vraag die niet in het arrest aan de orde is gekomen, is: hoe verhoudt de toepassing van art. 7:668a BW bij een doorstart zich tot ontslagvergoedingen? Ik meen dat werknemers met dit arrest in de hand meer dan voorheen kans van slagen hebben bij verdediging van het standpunt dat de prefaillissementsjaren moeten meetellen bij de gewogen dienstjaren.

CONCLUSIE

De algemene regel dat art. 7:668a BW bij een doorstart van toepassing is, stuit mijns inziens op een aantal bezwaren, zowel van juridische als maatschappelijke aard. Zoals hiervoor reeds vermeld, kan ik mij voorstellen dat doorstarters terughoudender zullen zijn bij het uitzoeken van personeel. De oudere werknemers (die vaak een lang arbeidsverleden hebben) zullen nog sneller buiten de boot vallen, evenals andere 'kwetsbare' werknemers, waar werkgevers doorgaans niet snel aan vast willen zitten (denk bijvoorbeeld aan arbeidsongeschikten, arbeidsgehandicapten, zwangeren et cetera). Wellicht zal dit arrest zelfs leiden tot minder doorstarts. De bescherming die werknemers met art. 7:668a BW bij een doorstart krijgen, zou dus juist in hun nadeel kunnen gaan werken. De praktijk zal moeten uitwijzen in hoeverre mijn bezwaren gegrond zijn en of het wenselijk is dat de wetgever zich wat duidelijker uitlaat. ●

2 Kamerstukken II, 1996-1997, 25 263, Nota naar aanleiding van het verslag d.d. 20 juni 1997, nr. 6, p. 11.
3 Kamerstukken I, 1996-1997, 25 263, Bijlage bij de MvA, p. 11-12.

4 Kamerstukken II, 1996-1997, 25 263, Nota naar aanleiding van het verslag d.d. 20 juni 1997, nr. 6, p. 12.
5 Zie ook P.R.W. Schaink en H. Smolder, *Faillissementstrends* (3), *ArbeidsRecht* 2005/1, p. 18 en A.M.

Luttmer-Kat, De puntjes op de (Ragetlie) i, *Sociaal Recht* 1998-11.