

JIN 2016/100

□ JIN 2016/100, Rechtbank Gelderland, 15-01-2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:190, 4597126 (annotatie)

Opvolgend werkgeverschap, Doorstart na faillissement, Zodanige banden, Wölters/Van Tuinen, Overgangsrecht, Onregelmatige opzegging

GEGEVENS

Instantie	Kantonrechter Rechtbank Gelderland zp Arnhem
Datum uitspraak	15-01-2016
Publicatie	JIN 2016/100 (Sdu Jurisprudentie in Nederland), aflevering 5, 2016
Annotator	J.C.A. Eetema
ECLI	ECLI:NL:RBGEL:2016:190
Zaaknummer	4597126
Overige publicaties	ECLI:NL:RBGEL:2016:190 JAR 2016/48 JOR 2016/82 met annotatie van mr. E. Loesberg AR-Updates.nl 2016-0054 INS-Updates.nl 2016-0069 AR 2016/144 RI 2016/38 RAR 2016/56 Prg 2016/74 prof. mr. A.W. Jongbloed annotatie in UDH:TvCu/12805
Rechtsgebied	Arbeidsrecht
Rubriek	Arbeidsrecht
Rechters	mr. Bokx-Boom
Partijen	1. [Verzoeker sub 1], wonende te [woonplaats], 2. [verzoeker sub 2] [verzoeker sub 2], wonende te [woonplaats], 3. [verzoeker sub 3] [verzoeker sub 3], wonende te [woonplaats], 4. [verzoeker sub 4] [verzoeker sub 4], wonende te [woonplaats], 5. [verzoeker sub 5] [verzoeker sub 5], wonende te [woonplaats], 6. [verzoeker sub 6] [verzoeker sub 6], wonende te [woonplaats], gemachtigde mr. D. Djulbic, verzoekende partijen, en de besloten vennootschap Constar Plastics B.V., gevestigd te Zevenaar, gemachtigde mr. F.B.A.M. van Oss, verwerende partij. Partijen worden hierna [verzoekers] en Constar genoemd.
Regelgeving	BW Boek 7 - 668a BW Boek 7 - 671 BW Boek 7 - 672 BW Boek 7 - 673c BW Boek 7 - 681 Wet werk en zekerheid - XXIIe

SAMENVATTING

Opvolgend werkgeverschap in casu naar oud recht beoordeeld. Het overgangsrecht van art. XXIIe lid 2 WWZ ziet ook op opvolgend werkgeverschap. Werkgever is na een doorstart na faillissement ook een transitievergoeding verschuldigd, nu art. 7:673c lid 1 BW er niet toe strekt een 'knip' aan te brengen in het opvolgend werkgeverschap van voor en na faillissement bij bepaling van de arbeidsduur die meetelt voor de transitievergoeding

Zes werknemers (hierna: werknemers) zijn in dienst geweest van Constar International Holland (Plastic) B.V. (hierna: Constar International). Op 28 mei 2014 is de vennootschap in staat van faillissement verklaard, waarna de curator de arbeidsovereenkomsten met werknemers heeft opgezegd. UTB International B.V. heeft de

activa van Constar International overgenomen en een deel van de activiteiten voortgezet in de daarvoor opgerichte nieuwe vennootschap Constar Plastics B.V. (hierna: Constar). Met werknemers heeft Constar arbeidsovereenkomsten gesloten met een duur van drie maanden, die vervolgens tot 10 september 2015 zijn verlengd met een jaar. Na tegenvallende resultaten van Constar heeft UTB International B.V. besloten de activiteiten van Constar te beëindigen. In een brief van 13 augustus 2015 heeft zij aan werknemers bericht dat de arbeidsovereenkomsten op 10 september 2015 van rechtswege eindigen. Werknemers verzoeken de kantonrechter Constar te veroordelen tot betaling aan werknemers van de transitievergoeding, een vergoeding voor onregelmatige opzegging, alsmede een billijke vergoeding welke bedragen variëren naargelang de lengte van het dienstverband van werknemers. Het geschil tussen partijen spitst zich toe op de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap en of (als daarvan sprake is) na een doorstart na faillissement aanspraak kan worden gemaakt op de transitievergoeding.

De kantonrechter oordeelt met betrekking tot het opvolgend werkgeverschap als volgt. Art. 7:668a lid 1 onderdeel a BW en art. 7:668a lid 2 BW zijn veranderd ten opzichte van hetgeen onder oud recht gold, waarbij in dit geval met name van belang is dat onder oud recht de eis werd gesteld dat er "zodanige banden" moesten zijn tussen de oude en de nieuwe werkgever na een doorstart na faillissement (vgl. het Wolters/Van Tuinen-arrest, ECLI:NL:HR:2012:BV9603). Dit "zodanige banden"-criterium speelt in het nieuwe recht geen rol meer. De hoofdregel van nieuwe wetgeving is dat deze onmiddellijke werking heeft, tenzij het overgangsrecht hierop een uitzondering maakt. In het overgangsrecht bij de WWZ is een aantal uitzonderingen gemaakt, onder meer met betrekking tot de ketenregeling van art. 668a BW, te weten in art. XXIIe lid 2 WWZ. Hoewel voornoemde overgangsbepaling enkel ziet op de totale duur van de keten en op de duur van de onderbrekingen zoals deze zijn opgenomen in art. 7:668a lid 1 BW ziet de kantonrechter aanleiding om, gelet op het feit dat de wetgever vanwege de rechtszekerheid een overgangsrechtelijke bepaling heeft opgenomen over de ketenregeling, de overgangsbepaling ook toepasselijk te achten op het opvolgend werkgeverschap. De vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap dient dan ook naar oud recht beoordeeld te worden. De kantonrechter is van oordeel dat voldoende aannemelijk is geworden dat zodanige banden bestonden dat Constar als opvolgend werkgever moet worden gezien, vanwege de rol van een directielid van Constar International bij het aangaan van de arbeidsovereenkomsten tussen werknemers en Constar. Zijn kennis van de geschiktheid van werknemers kan Constar worden toegerekend.

Constar voert aan dat überhaupt niet is opgezegd, omdat de aanzegging geen opzegging is en werknemers geen vorderingen hebben die voortvloeien uit het einde van de arbeidsovereenkomst, omdat deze volgens Constar niet zijn geëindigd. De kantonrechter oordeelt dat in casu sprake is van arbeidsovereenkomsten waarvan Constar dacht dat deze voor bepaalde tijd waren, maar waarvan blijkt dat deze in arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd zijn overgegaan. De aanzegging krijgt in dat geval het karakter van een mededeling die is gericht op de beëindiging van de arbeidsovereenkomst als deze ook zo is opgevat door de werknemer (vgl. o.m. ECLI:NL:HR:2015:3305 en ECLI:NL:HR:2005:AS8387). Aan de arbeidsovereenkomsten is na 10 september 2015 feitelijk ook geen invulling meer gegeven, nu de werkzaamheden zijn gestaakt en er ook geen loon meer is betaald. Een en ander brengt met zich dat de arbeidsovereenkomsten door opzegging zijn geëindigd. Met betrekking tot de transitievergoeding bepaalt art. 7:673c lid 1 BW dat de in staat van faillissement verklaarde werkgever voornoemde vergoeding niet langer verschuldigd is. Deze bepaling strekt er naar het oordeel van de kantonrechter niet toe een 'knip' aan te brengen in het opvolgend werkgeverschap van voor en na het faillissement als het gaat om de arbeidsduur die meetelt voor de transitievergoeding. Dat betekent dat de volle arbeidsduur van voor de datum van het faillissement in dit geval meetelt voor de berekening van de transitievergoeding. Door de niet-inachtneming van de opzegtermijnen door Constar is de vergoeding ex art. 7:672 lid 1 BW verschuldigd. Ook de billijke vergoeding wijst de kantonrechter (op grond van art. 7:681 lid 1 onderdeel a BW) toe, nu werknemers niet hebben ingestemd met de opzegging en Constar geen voorafgaande toestemming aan het UWV heeft gevraagd op grond van art. 7:671 BW. De door werknemers gevorderde billijke vergoeding van één maandsalaris komt de kantonrechter in dit geval billijk voor. Volgt veroordeling van Constar om aan werknemers de transitievergoeding, een vergoeding voor de onregelmatige opzegging en de billijke vergoeding te voldoen, een en ander zoals gevorderd.

UITSpraak

Kantonrechter:

1 De procedure

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het verzoekschrift van 5 november 2015
- het verweerschrift van 7 december 2015
- de fax van verzoekers van 15 december 2015
- de fax van verzoekers van 18 december 2015
- de pleitaantekeningen van Constar
- de mondelinge behandeling van 18 december

2 De feiten

2.1. [verzoekers] zijn in dienst geweest van Constar International Holland (Plastic) B.V. (hierna: Constar International). Op 28 april 2014 is aan deze vennootschap surseance van betaling verleend, waarna de vennootschap op 28 mei 2014 in staat van faillissement is verklaard. De curator heeft de arbeidsovereenkomsten met [verzoekers] vervolgens opgezegd.

2.2. UTB International B.V. heeft de activa van Constar International overgenomen en een deel van de activiteiten van Constar International voortgezet in de daarvoor opgerichte nieuwe vennootschap Constar (verweerster). Constar produceert PET-flessen en halffabricaten voor frisdranken, mineraalwater, zuivel, bier en wijn.

2.3. Constar heeft een aantal werknemers van Constar International uitgenodigd voor een gesprek over een nieuwe arbeidsovereenkomst. Vervolgens zijn 23 van de 51 werknemers van Constar International bij Constar in dienst getreden. Met hen zijn arbeidsovereenkomsten gesloten met een duur van drie maanden, die vervolgens zijn verlengd met één jaar tot 10 september 2015.

2.4. De gegevens van [verzoekers] luiden, voor zover in dit verband relevant, als volgt:

Naam	Geboortedatum	Maandsalaris incl. emolumenten	Datum in dienst bij Constar International	Datum in dienst bij Constar
------	---------------	--------------------------------	---	-----------------------------

[verzoeker sub 1]	[dag en maand]	1956 € 3550,97		
-------------------	----------------	----------------	--	--

			1 september 1984	
--	--	--	------------------	--

				10 juni 2014
--	--	--	--	--------------

[verzoeker sub 2] [dag en maand] 1966 € 3173,05	1 mei 1990	10 juni 2014
[verzoeker sub 3] [dag en maand] 1954 € 3749,95	18 november 1983	18 juni 2014
[verzoeker sub 4] [dag en maand] 1968 € 3007,52	1 augustus 1990	1 maart 2015/7 juli 2014
[verzoeker sub 5] [dag en maand] 1966 € 2148,23	16 mei 1989	10 juni 2014
[verzoeker sub 6] [dag en maand] 1958 € 3256,49	1 april 2008	10 juni 2014

2.5. Ten aanzien van [verzoeker sub 4] geldt dat hij op 7 juli 2014 bij Constar is gaan werken op basis van een uitzendovereenkomst, waarna hij op 1 maart 2015 bij Constar in dienst is getreden op grond van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tot 10 september 2015.

2.6. Omdat de financiële resultaten van Constar niet goed waren heeft UTB International B.V. besloten de activiteiten van Constar te beëindigen. In een brief van 13 augustus 2015 heeft zij aan [verzoekers] bericht dat de arbeidsovereenkomsten op 10 september 2015 van rechtswege eindigen.

3 Het verzoek en het verweer

3.1. [verzoekers] verzoekt, na wijziging van hun eis, de kantonrechter Constar te veroordelen tot betaling aan:

Primair:

a. [verzoeker sub 1]:

€ 65.971,= bruto aan transitievergoeding

€ 13.101,85 bruto aan vergoeding voor onregelmatige opzegging

€ 3550,97 bruto aan billijke vergoeding

b. [verzoeker sub 2]:

€ 34.374,= bruto aan transitievergoeding

€ 11.707,46 bruto aan vergoeding voor onregelmatige opzegging

€ 3173,05 bruto aan billijke vergoeding

c. [verzoeker sub 3]:

€ 73.418,= bruto aan transitievergoeding

€ 13.836,02 bruto aan vergoeding voor onregelmatige opzegging

€ 3749,95 bruto aan billijke vergoeding

d. [verzoeker sub 4]:

€ 32.576,= bruto aan transitievergoeding

€ 11.096,71 bruto aan vergoeding voor onregelmatige opzegging

€ 3007,52 bruto aan billijke vergoeding

e. [verzoeker sub 5]:

€ 34.079,= bruto aan transitievergoeding

€ 11.096,71 bruto aan vergoeding voor onregelmatige opzegging

€ 3007,52 bruto aan billijke vergoeding

f. [verzoeker sub 6]:

€ 7597,= bruto aan transitievergoeding

€ 12.015,32 bruto aan vergoeding voor onregelmatige opzegging

€ 3256,49 bruto aan billijke vergoeding

een en ander inclusief de wettelijke rente over alle voornoemde bedragen vanaf de dag dat die bedragen zijn verschuldigd.

Subsidiair:

[verzoeker sub 1]:

€ 65.971,= bruto aan transitievergoeding

€ 407,28 bruto aan vergoeding voor schending van de aanzegplicht

[verzoeker sub 2]:

€ 34.374,= bruto aan transitievergoeding

€ 300,77 bruto aan vergoeding voor schending van de aanzegplicht

[verzoeker sub 3]:

€ 73.418,= bruto aan transitievergoeding

€ 377,28 bruto aan vergoeding voor schending van de aanzegplicht

[verzoeker sub 4]:

€ 32.576,= bruto aan transitievergoeding

€ 285,08 bruto aan vergoeding voor schending van de aanzegplicht

[verzoeker sub 5]:

€ 34.079,= bruto aan transitievergoeding

€ 285,08 bruto aan vergoeding voor schending van de aanzegplicht

[verzoeker sub 6]:

€ 7597,= bruto aan transitievergoeding

€ 373,50 bruto aan vergoeding voor schending van de aanzegplicht

een en ander inclusief de wettelijke rente over alle voornoemde bedragen vanaf de dag dat die bedragen zijn verschuldigd.

Primair en subsidiair:

Met veroordeling van Constar in de kosten van het geding, een vergoeding van het salaris gemachtigde daaronder begrepen.

3.2. [verzoekers] baseren hun primaire vorderingen op opvolgend werkgeverschap. Zij stellen dat zij werkzaam waren op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Die arbeidsovereenkomsten zijn volgens [verzoekers] onregelmatig beëindigd, omdat Constar niet de juiste opzegtermijn in acht heeft genomen. Zij vorderen een vergoeding voor het onregelmatige ontslag. Omdat de arbeidsovereenkomsten langer dan 24 maanden hebben geduurd stellen [verzoekers] dat zij aanspraak hebben op een transitievergoeding. Die vergoeding en de opzegtermijnen moeten worden berekend aan de hand van het gehele arbeidsverleden, ook dat van voor de datum van het faillissement, aldus [verzoekers]. Ten slotte maken zij aanspraak op de billijke vergoeding omdat [verzoekers] niet hebben ingestemd met de opzegging en Constar geen toestemming heeft gevraagd bij het UWV. Die billijke vergoeding wordt door [verzoekers] gesteld op één bruto maandsalaris.

3.3. Mocht geoordeeld worden dat geen sprake is van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd, dan vorderen [verzoekers] subsidiair een vergoeding voor het niet nakomen van de aanzegverplichting en de transitievergoeding omdat voor de toepassing van art. 7:673 lid 4 BW hoe dan ook sprake is van opvolgend werkgeverschap volgens [verzoekers].

3.4. Constar voert verweer, waarop hierna wordt ingegaan.

4 De beoordeling

4.1. Het geschil tussen partijen spitst zich toe op de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap en of (als daarvan sprake is) na een doorstart na faillissement aanspraak kan worden gemaakt op de transitievergoeding.

Opvolgend werkgeverschap?

4.2. Constar bestrijdt dat sprake is van opvolgend werkgeverschap. Zij voert aan dat de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap beoordeeld moet worden naar oud recht, zoals dat gold voor 1 juli 2015. De laatste arbeidsovereenkomst tussen partijen is immers aangegaan voor 1 juli 2015.

4.3. Of sprake is van opvolgend werkgeverschap, is relevant voor de beoordeling van de vraag welke opzegtermijn in acht had moeten worden genomen, of sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd (i.v.m. de gevorderde aanzegvergoeding) en of een transitievergoeding is verschuldigd waarbij de hoogte daar ook van afhangt.

4.4. Art. 7:668a lid 1a BW bepaalt dat als meer dan drie voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van ten hoogste zes maanden, de laatste arbeidsovereenkomst geldt als aangegaan voor onbepaalde tijd. Lid 2 van art. 7:668a BW bepaalt vervolgens dat deze regel van overeenkomstige toepassing is als het gaat om elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers die, ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer, ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht moeten worden elkaars opvolger te zijn.

4.5. Deze bepalingen ten aanzien van opvolgend werkgeverschap zijn veranderd ten opzichte van hetgeen onder oud recht gold, waarbij in dit geval met name van belang is dat onder oud recht de eis werd gesteld dat er 'zodanige banden' moesten zijn tussen de oude en de nieuwe werkgever na een doorstart na faillissement (Wolters/Van Tuinen-arrest, ECLI:NL:HR:2012:BV9603):

Aan de eis dat de nieuwe werkgever redelijkerwijs geacht moet worden ten aanzien van de verrichte arbeid de opvolger van de vorige werkgever te zijn, in de regel is voldaan indien enerzijds de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst, en anderzijds 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.

4.6. Dit 'zodanige banden'-criterium speelt in het nieuwe recht dus geen rol meer.

4.7. De hoofdregel van nieuwe wetgeving is dat deze onmiddellijke werking heeft (vgl. o.m. de Aanwijzingen voor de regelgeving Stcrt 1992, 230). Het overgangsrecht kan daarop een uitzondering maken.

4.8. In beginsel geldt de WWZ dan ook onverkort voor alle arbeidsovereenkomsten die op 1 juli 2015 bestonden. Daarop is in het overgangsrecht bij de WWZ een aantal uitzonderingen gemaakt, onder meer met betrekking tot de ketenregeling van art. 668a BW. Art. XXIIe lid 2 bepaalt het volgende:

Op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die worden voortgezet op of na het tijdstip van inwerkingtreding van artikel I, onderdeel N, van deze wet, is artikel 668a, lid 1, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, zoals dat artikel komt te luiden na dat tijdstip, eerst van toepassing, indien op of na dat tijdstip een volgende arbeidsovereenkomst wordt aangegaan ten hoogste zes maanden na de dag waarop de daaraan voorafgaande arbeidsovereenkomst eindigde, met dien verstande dat in afwijking van artikel 668a, lid 1, een arbeidsovereenkomst die is aangegaan voor dat tijdstip en de daaraan voorafgaande arbeidsovereenkomsten geacht worden elkaar niet te hebben opgevolgd, indien zij elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van meer dan drie maanden, of (...).

4.9. Deze overgangsbepaling ziet niet op de werking van art. 668a lid 2 BW, maar uitsluitend op de totale duur van de keten en op de duur van de onderbrekingen zoals deze zijn opgenomen in 7:668a lid 1 BW. Deze overgangsbepaling ziet dus niet op de vraag hoe opvolgend werkgeverschap moet worden vastgesteld indien sprake is van verschillende werkgevers. Uit de parlementaire geschiedenis valt niet af te leiden dat het de bedoeling van de wetgever is geweest ook voor opvolgend werkgeverschap een uitzondering te maken, ook niet in de Nota naar aanleiding van het verslag in de Tweede Kamer (p. 37-38) die door Constar wordt aangehaald. Daar wordt uitsluitend gesproken over de totale duur van de keten en de duur van de onderbrekingen en niet over de inhoud van het begrip opvolgend werkgeverschap. Het lijkt er dan ook op dat de overgangsbepalingen niet zien op het opvolgend werkgeverschap en dat op dat punt dus sprake moet zijn van onmiddellijke werking.

4.10. De kantonrechter realiseert zich hierbij dat dit enigszins geweld doet aan de rechtszekerheid, omdat ten tijde van de doorstart nog een ander criterium gold. In de memorie van toelichting bij de WWZ is over die rechtszekerheid het volgende te vinden, op p. 22 [onderstreping Ktr]:

Het nieuwe artikel 7:668a BW dat regelt wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, geldt pas als er op of na 1 juli 2014 een (opvolgende) arbeidsovereenkomst wordt gesloten uiterlijk zes maanden na de daaraan voorafgaande arbeidsovereenkomst. Het nieuwe recht geldt tevens voor de tussenpoos die voorafgaat aan de arbeidsovereenkomst die na 1 juli 2014 is gesloten, maar niet voor eerdere tussenpozen. De keten is dus pas doorbroken als de tussenpoos die ligt tussen de op of na 1 juli aangegane arbeidsovereenkomst en de arbeidsovereenkomst die daaraan voorafging langer is dan zes maanden. Voor tussenpozen tussen eerdere arbeidsovereenkomsten blijft gelden dat de keten doorbroken is (en blijft) bij een tussenpoos van langer dan drie maanden. Als een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op 1 juli 2014 nog niet de periode van 24 maanden is gepasseerd, maar dit wel tijdens de duur van deze arbeidsovereenkomst gebeurt, dan blijft het oude artikel 7:668a BW van toepassing op die arbeidsovereenkomst. De regering acht dit redelijk en wenselijk vanwege de rechtszekerheid, zodat de werkgever (en werknemer) na inwerkingtreding van deze onderdelen van het wetsvoorstel nog een keuzemoment hebben voordat er sprake is een omzetting in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

4.11. De kantonrechter constateert dat in deze passage uitsluitend wordt gerefereerd aan de consequenties van de wijziging van de gevolgen van de duur van de keten en van de tussenpozen. Daarin wordt niet gerefereerd aan de wijziging die is aangebracht in de regel over het opvolgend werkgeverschap. Die wijziging was op dat moment ook nog niet opgenomen in het wetsvoorstel, zodat om die reden daaraan geen aandacht is besteed. Gelet echter op het feit dat de wetgever vanwege de rechtszekerheid een overgangsrechtelijke bepaling heeft opgenomen over de ketenregeling, ziet de kantonrechter voldoende aanleiding om die overgangsbepaling ook toepasselijk te achten op het opvolgend werkgeverschap.

4.12. De kantonrechter is dan ook van oordeel dat de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap naar oud recht beoordeeld moet worden en dat het 'zodanige banden'-criterium daarbij wel een rol speelt.

4.13. Constar voert aan dat geen sprake is van 'zodanige banden' omdat UTB International B.V. een willekeurige derde is, die de activa van de curator heeft gekocht. Zij voert aan dat het enkele feit dat een directielid van Constar International in dienst is getreden bij Constar als managing director en ook enkele andere leidinggevendend daar in dienst zijn getreden nog niet maakt dat er zodanige banden zijn ontstaan dat inzicht in de geschiktheid van de werknemers aan Constar kan worden toegerekend. Dat criterium kan volgens Constar niet worden opgerekt tot personen die bij Constar als nieuwe werkgever werkzaam zijn, nu tussen Constar en Constar International geen enkele verwevenheid is. [verzoekers] stellen dat dit naar nieuw recht beoordeeld moet worden en dat het 'zodanige banden'-criterium geen rol speelt..

4.14. Dat de werknemers in dit geval dezelfde werkzaamheden zijn blijven verrichten voor de nieuwe werkgever staat, zoals hiervoor al is overwogen, niet ter discussie. Constar betwist echter dat tussen de oude en de nieuwe werkgever zodanige banden bestaan dat de kennis van de oude werkgever aan de nieuwe werkgever moet worden toegerekend.

[verzoekers] baseren hun standpunt op de rol die de heer [Persoon A] heeft gespeeld bij zowel de oude als de nieuwe werkgever. Bij de oude werkgever bekleedde [Persoon A] een directiefunctie en had hij inzicht in de geschiktheid van de werknemers. De functie van [Persoon A] bij Constar was managing director. Tijdens de doorstart heeft [Persoon A] een aantal werknemers gezegd dat zij konden blijven werken, heeft hij een werknemer gebeld om te vragen of hij langs wilde komen voor een contractbespreking en heeft hij een ander een email gestuurd met dezelfde vraag. Dit is door Constar niet betwist. [Persoon A] heeft vervolgens ook de contractbesprekingen gevoerd met [verzoekers], samen met de heer [persoon B]. De arbeidsovereenkomsten zijn door [Persoon A] ondertekend.

De kantonrechter zou dus ook naar oud recht van oordeel zijn dat daarmee voldoende aannemelijk is geworden dat zodanige banden bestonden dat Constar als opvolgend werkgever moet worden gezien. De rol van [Persoon A] in de selectie van de werknemers met wie een contractbespreking zou plaatsvinden is daarvoor van belang en zijn kennis van de geschiktheid van [verzoekers] kan Constar worden toegerekend. De kantonrechter is daarom van oordeel dat in dit geval sprake is van opvolgend werkgeverschap. Dat geldt ook voor [verzoeker sub 4], die na het faillissement zijn werkzaamheden bij Constar op 8 juni 2014 heeft gestaakt en vervolgens op 7 juli 2014 bij Constar is gaan werken via een uitzendbureau. [verzoeker sub 4] is vervolgens zonder onderbreking op 1 maart 2015 bij Constar in dienst getreden. Dat [verzoeker sub 4] dezelfde werkzaamheden is blijven verrichten in de periode van 7 juli 2014 tot 10 september 2015 is door Constar niet bestreden. Aangenomen moet worden dat [Persoon A] betrokken of op de hoogte was van de inzet van [verzoeker sub 4] als uitzendkracht bij Constar, nu dit door Constar op zichzelf niet is bestreden. Ook in dit geval is dus sprake van opvolgend werkgeverschap, als bedoeld in art. 7:667 en 7:668a lid 2 (oud) BW.

4.15. Daarmee staat vast dat de arbeidsovereenkomsten gelden als aangegaan voor onbepaalde tijd, omdat de schakel van voor het faillissement onverkort meetelt (art. 7:668a lid 1 a (oud) BW).

Opzegging?

4.16. Constar voert aan dat überhaupt niet is opgezegd, omdat de aanzegging geen opzegging is. [verzoekers] zouden geen vorderingen hebben die voortvloeien uit het einde van de arbeidsovereenkomsten omdat deze niet geëindigd zijn, aldus Constar.

4.17. Juist is dat de aanzegging in beginsel niet hetzelfde is als een opzegging. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt uit haar aard immers van rechtswege, ook na een aanzegging, tenzij anders is overeengekomen. Dat ligt evenwel anders voor de arbeidsovereenkomst waarvan de werkgever dacht dat deze voor bepaalde tijd is, maar waarvan blijkt dat deze in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is overgegaan. De aanzegging krijgt in dat geval het karakter van een mededeling die is gericht op beëindiging van de arbeidsovereenkomst als deze ook zo is opgevat door de werknemer (vgl. o.m. ECLI:NL:HR:2015:3305 en ECLI:NL:HR:2005:AS8387). Aan de arbeidsovereenkomsten is na 10 september 2015 feitelijk ook geen invulling meer gegeven, nu de werkzaamheden zijn gestaakt

en er ook geen loon meer is betaald. Een en ander brengt met zich dat de arbeidsovereenkomsten door opzegging zijn geëindigd.

Transitievergoeding?

4.18. Ten aanzien van de transitievergoeding geldt dat art. 7:673 lid 4 BW ook onmiddellijke werking heeft en geldt voor alle arbeidsovereenkomsten die op 1 juli 2015 bestonden. Dat betekent dat in dit geval in beginsel dus ook een transitievergoeding verschuldigd is, nu sprake is van opvolgend werkgeverschap en de arbeidsovereenkomsten langer dan 24 maanden hebben geduurd. De maatstaf die art. 7:673 lid 4 BW voor opvolgend werkgeverschap beschrijft, is materieel niet anders dan de maatstaf van art. 7:668a lid 2 BW.

Het bepaalde in art. 7:673 lid 4 BW heeft in beginsel onmiddellijke werking. Het overgangsrecht regelt wel dat voor het bepalen van het recht op en de hoogte van de transitievergoeding arbeidsovereenkomsten die voor 1 juli 2012 zijn geëindigd en elkaar hebben opgevolgd met een onderbreking van meer dan drie maanden (of in de cao overeengekomen kortere termijn) niet worden meegeteld. Arbeidsovereenkomsten die elkaar na 1 juli 2012 met tussenpozen van minder dan zes maanden hebben opgevolgd tellen wel mee voor de transitievergoeding. Die regel (en andere overgangsrechtelijke bepalingen die zien op art. 7:673 BW) is hier niet van toepassing, zodat geldt dat de regel van art. 7:673 lid 4 BW onmiddellijke werking heeft.

4.19. Art. 7:673c lid 1 BW bepaalt echter dat als de werkgever in staat van faillissement is verklaard de transitievergoeding niet langer verschuldigd is. Constar beroept zich op deze bepaling en voert aan dat zij geen transitievergoeding verschuldigd is. Aangenomen moet worden dat deze bepaling ertoe strekt dat de op datum faillissement reeds verschuldigde transitievergoedingen niet langer betaald hoeven te worden, zo volgt uit de parlementaire geschiedenis van dit artikel (MvT p. 114, zie ook mr. drs. H.H. Kreikamp, in Tijdschrift Financiering, zekerheden en insolventierechtpraktijk 2015/226, mr. E. Loesberg in Tijdschrift arbeidsrechtpraktijk 2015/366 en mr. S. Palm in zijn annotatie onder Ktr Assen, 29 september 2015, JIN 2015/195). Deze bepaling strekt er naar het oordeel van de kantonrechter niet toe een 'knip' aan te brengen in het opvolgend werkgeverschap van voor en na het faillissement als het gaat om de arbeidsduur die meetelt voor de transitievergoeding. Dat betekent dat de volle arbeidsduur van voor de datum van het faillissement in dit geval meetelt voor de berekening van de transitievergoeding.

Aanzegvergoeding?

4.20. Nu geen sprake is van een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd bestond voor Constar geen verplichting om aan te zeggen dat de arbeidsovereenkomst van rechtswege zou aflopen. Aan beoordeling van de subsidiaire vorderingen wordt niet toegekomen.

Onregelmatige opzegging (7:672 lid 9)?

4.21. Hiervoor is overwogen dat arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd zijn ontstaan. Deze hadden met inachtneming van de geldende opzegtermijnen opgezegd moeten worden door Constar.

Constar voert aan dat art. 7:668a lid 4 BW bepaalt dat de opzegtermijn berekend wordt vanaf de eerste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, en dat de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van [verzoekers] daarvoor niet meetelt. Art. 7:668a lid BW verwijst immers naar lid 1 van dat artikel en niet naar lid 2, aldus Constar.

4.22. Art. 668a lid 4 bepaalt dat voor de berekening van de opzegtermijn de eerste arbeidsovereenkomst als bedoeld in lid 1 sub a en b van dat artikel. Die bepaling is niet gewijzigd bij de inwerkingtreding van de WWZ. Bij elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten met verschillende werkgevers wordt de opzegtermijn van artikel 7:668a lid 2 en lid 4 BW berekend vanaf de eerste arbeidsovereenkomst, ongeacht of deze eerste arbeidsovereenkomst voor bepaalde of onbepaalde tijd is. Dat betekent dat het verweer van Constar op dit punt wordt verworpen.

4.23. Constar heeft bij brief van 13 augustus opgezegd tegen 10 september en daarmee de opzegtermijnen niet volledig in acht genomen. De vorderingen van [verzoekers] op grond van de onregelmatige opzegging zullen dan ook worden toegewezen. De door [verzoekers] gestelde opzegtermijnen zijn op zichzelf niet betwist, zodat deze het uitgangspunt vormen voor de hoogte van de vergoeding op dit punt.

Billijke vergoeding?

4.24. De werknemers hebben niet ingestemd met de opzegging, zodat Constar daarvoor voorafgaande toestemming had moeten vragen bij het UWV op grond van het bepaalde in art. 7:671 BW. Het gaat immers om een opzegging op grond van de a-grond van art. 7:669 BW. Nu Constar dat niet heeft gedaan is zij de billijke vergoeding van art. 7:681 lid 1 a BW verschuldigd. De door [verzoekers] gevorderde billijke vergoeding van één maand salaris komt de kantonrechter in dit geval als billijk voor en zal worden toegewezen.

Conclusie

4.25. Constar zal worden veroordeeld om aan de werknemers te voldoen de transitievergoeding, een vergoeding voor de onregelmatige opzegging en de billijke vergoeding te voldoen, een en ander zoals gevorderd.

4.26. De kantonrechter ziet aanleiding de kosten van deze procedure te compenseren.

5 De beslissing

De kantonrechter

5.1. veroordeelt Constar om te voldoen aan:

a. [verzoeker sub 1]:

€ 65.971,= bruto aan transitievergoeding

€ 13.101,85 bruto aan vergoeding voor onregelmatige opzegging

€ 3550,97 bruto aan billijke vergoeding

b. [verzoeker sub 2]:

€ 34.374,= bruto aan transitievergoeding

€ 11.707,46 bruto aan vergoeding voor onregelmatige opzegging

€ 3173,05 bruto aan billijke vergoeding

c. [verzoeker sub 3]:

€ 73.418,= bruto aan transitievergoeding

€ 13.836,02 bruto aan vergoeding voor onregelmatige opzegging

€ 3749,95 bruto aan billijke vergoeding

d. [verzoeker sub 4]:

€ 32.576,= bruto aan transitievergoeding

€ 11.096,71 bruto aan vergoeding voor onregelmatige opzegging

€ 3007,52 bruto aan billijke vergoeding

e. [verzoeker sub 5]:

€ 34.079,= bruto aan transitievergoeding

€ 11.096,71 bruto aan vergoeding voor onregelmatige opzegging

€ 3007,52 bruto aan billijke vergoeding

f. [verzoeker sub 6]:

€ 7597,= bruto aan transitievergoeding

€ 12.015,32 bruto aan vergoeding voor onregelmatige opzegging

€ 3256,49 bruto aan billijke vergoeding

5.2. veroordeelt Constar om aan [verzoekers] te voldoen de wettelijke rente over alle respectievelijke bedragen vermeld onder r.ov. 5.1. vanaf de dag dat die bedragen zijn verschuldigd tot de dag van algehele voldoening

5.3. compenseert de proceskosten in die zin dat iedere partij de eigen kosten draagt;

5.4. verklaart de veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;

5.5. wijst het meer of anders gevorderde af.

NOOT

Deze uitspraak van de Kantonrechter Arnhem doet denken aan 'fusion kitchen', het gastronomische fenomeen waarbij de chef ingrediënten en bereidingswijzen, afkomstig uit verschillende keukens, harmonisch en smaakvol samenbrengt in één gerecht. De Kantonrechter Arnhem brengt 'Flexibiliteit en Zekerheid' en 'WWZ' samen. Ondanks het ingenieuze en rijke gebruik van het 'Bandenkruid' uit *Van Tuinen* is het eindresultaat 'stevige WWZ-kost', die de werkgever naar alle waarschijnlijkheid zwaar op de maag zal liggen.

In deze uitspraak van de Kantonrechter Arnhem speelt het leerstuk van opvolgend werkgeverschap de centrale rol. Zowel bij beantwoording van de vraag of op grond van art. 7:668a lid 2 BW de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd van rechtswege geconverteerd zijn in arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd, als bij de berekening van de hoogte van de transitievergoedingen op grond van art. 7:673 lid 4 sub b BW, is het bepalend of Constar Plastics B.V. geduid kan worden als de opvolgend werkgever van de op 28 mei 2014 in staat van faillissement geraakte vennootschap Constar International Holland (Plastic) B.V.

Teneinde deze uitspraak van de Kantonrechter Arnhem in het perspectief van de rechtsontwikkeling te plaatsen, zal eerst een beknopt overzicht worden gegeven van de ontwikkeling van het leerstuk van opvolgend werkgeverschap.

De ontwikkeling van het leerstuk

De Wet op de Arbeidsovereenkomst uit 1907 kende het begrip 'opvolgend werkgeverschap' niet. Eerst bij Wet van 17 december 1953 deed dit begrip zijn intrede. Bij deze gelegenheid werd art. 1639k lid 1 aanhef en onder b BW (oud) ingevoerd, dat bepaalde dat voor de berekening van de lengte van de opzegtermijn een eerdere arbeidsovereenkomst met een andere werkgever meegeteld diende te worden indien 'een zelfde werknemer achtereenvolgens in dienst is geweest bij verschillende werkgevers, die redelijkerwijs gacht moeten worden ten aanzien van de verrichte arbeid elkanders opvolger te zijn'.

Het arrest van de Hoge Raad van 24 oktober 1986¹ is een belangrijke stap geweest in de verdere ontwikkeling van het leerstuk van het opvolgend werkgeverschap. Dit arrest had, kort gezegd, betrekking op de rechtsvraag of een opvolgend werkgever een rechtsgeldig proeftijdbeding kon overeenkomen. De Hoge Raad oordeelde in dit arrest dat het leerstuk van het opvolgend werkgeverschap zich niet beperkte tot de bepaling van de lengte van de opzegtermijn. De Hoge Raad oordeelde voorts dat in de regel een proeftijd in een nieuwe arbeidsovereenkomst nietig is indien de nieuwe arbeidsovereenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden vereist en tussen de oude en de nieuwe werkgever dusdanige banden bestaan dat het inzicht van de oude werkgever omtrent de geschiktheid van de werknemer in redelijkheid ook toegerekend moet worden aan de nieuwe werkgever.

Met de inwerkingtreding van de Wet Flexibiliteit en Zekerheid per 1 januari 1999 werd de Ragetlie-regel geodificeerd (art. 7:667 lid 4 BW), werd de ketenregeling geïntroduceerd (art. 7:668a BW) en verkreeg de uitzendovereenkomst een wettelijke basis (art. 7:690/691 BW). De wetgever was er voor beducht dat vindingrijke werkgevers door middel van bijvoorbeeld een draaieurconstructie, door de Hoge Raad overigens verboden bij het *Campina*-arrest,² deze nieuwe bepalingen zouden

weten te omzeilen. In alle drie de bepalingen koos de wetgever als (extra) slot op de draaideur het opvolgend werkgeverschap, waarvan de formulering grote gelijkenis vertoonde met de oorspronkelijke formulering in art. 1639k lid 1 aanhef en onder b BW (oud).³

In het arrest van 14 juli 2006⁴ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat opzegging door de curator op grond van art. 40 Faillissementswet aan de toepassing van art. 7:668a lid 2 BW niet in de weg staat en dat deze bepaling naar tekst en strekking zich niet beperkt tot misbruiksituaties. Bijna zes jaar later diende de Hoge Raad in de zaak *Van Tuinen/Wolters*⁵ de vraag te beantwoorden hoe het begrip ‘opvolgend werkgeverschap’ zoals gebezigd in art. 7:668a lid 2 BW uitgelegd diende te worden. Conform de conclusie van de Advocaat-Generaal sloot de Hoge Raad bij zijn uitleg van het begrip opvolgend werkgeverschap uitdrukkelijk aan bij de uitleg van het begrip opvolgend werkgeverschap bij een proeftijdbeding. De Hoge Raad overwoog: “Het gaat in de onderhavige zaak om dezelfde afweging van belangen die aan de orde was in het arrest van 24 oktober 1986. Dit betekent dat aan de eis dat de nieuwe werkgever redelijkerwijs geacht moet worden ten aanzien van de verrichte arbeid de opvolger van de vorige werkgever te zijn, in de regel is voldaan indien enerzijds de nieuwe overeenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden eist als de vorige overeenkomst, en anderzijds tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het voor de laatste op grond van ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid ook moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever.” (zie r.o. 3.2, tweede alinea).

Ofschoon Van Tuinen bij zowel Connexxion als bij Wolters hetzelfde werk verrichtte, het besturen van een personenbusje, ontbrak tussen Wolters en Connexxion iedere band doordat de vervoersopdracht van Connexxion in het kader van een aanbestedingsprocedure naar Wolters was overgegaan. Nu in deze omstandigheden aan het ‘bandencriterium’ niet werd voldaan hield de Hoge Raad het oordeel van het hof, dat de tweede arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd tussen Van Tuinen en Wolters van rechtswege was geëindigd en niet was geconverteerd in een voor onbepaalde tijd, in stand.

Het meest recente hoofdstuk in de ontwikkelingsgeschiedenis van het leerstuk van opvolgend werkgeverschap is geschreven bij de totstandkoming van de Wet werk en zekerheid. Het aantal wetsbepalingen waarin verwezen wordt naar opvolgend werkgeverschap is uitgebreid, o.a. in art. 7:673 lid 4 sub b tweede volzin BW, met betrekking tot de berekening van de transitievergoeding.

In het oorspronkelijke wetsvoorstel onderging art. 7:668a lid 2 BW uitsluitend een wijziging van cosmetische aard door vervanging van het uit 1953 stammende woord ‘elkanders’ door het eigentijdse ‘elkaars’. In de oorspronkelijke tekst van art. 7:673 lid 4 sub b tweede volzin BW was de formulering met betrekking tot het opvolgend werkgeverschap gelijklopend aan die van art. 7:668a lid 2 BW.

In de artikelsgewijze toelichting in de memorie van toelichting merkte de regering met zoveel woorden op dat het arrest *Van Tuinen/Wolters* “van toepassing blijft”.⁶

Naar aanleiding van een aantal kritische vragen van zowel de CDA-fractie als die van D66 stelde de regering in een Nota naar aanleiding van het verslag dat bij nader inzien in het arrest *Van Tuinen/Wolters* een te beperkte uitleg wordt gegeven aan het begrip ‘opvolgend werkgeverschap’.⁷

Bij Nota van wijziging paste de regering zowel art. 7:668a lid 2 BW als art. 7:673 lid 4 BW op een gelijklopende wijze aan door uitdrukkelijk te bepalen dat het niet relevant is of al dan niet inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer. De regering “verbrak de banden” met het *Van Tuinen*-arrest.

De motivering van de regering tot deze koerswijziging is tweeledig. Ten eerste sluit het ruimere begrip van opvolgend werkgeverschap, naar het oordeel van de regering beter aan bij het doel van de ketenregeling, namelijk dat een werknemer na een aantal contracten of het verstrijken van een zekere tijd moet kunnen beschikken over de zekerheid van een vast contract. Opvolgend werkgeverschap doet zich naar het oordeel van de regering bijvoorbeeld voor bij verandering van concessie of bij verandering van opdrachtnemer/werkgever bij een aanbesteding. Van Tuinen wordt met deze wijziging een kleine twee jaar na dato in feite door de regering alsnog in het gelijk gesteld. Over faillissement en opvolgend werkgeverschap zwijgt de regering overigens. De tweede motivering van de koerswijziging is voorkoming van omzeiling van de regeling.⁸

Constar opvolgend werkgever ex art. 7:668a lid 2 BW (oud)

Bij de behandeling van de WWZ in de Eerste Kamer in mei 2014 stond de aanpassing van het begrip ‘opvolgend werkgeverschap’ niet ter discussie en bleven art. 7:668 lid 2 BW en art. 7:673 lid 4 sub b BW ongewijzigd. Ten tijde van de behandeling in de Eerste Kamer was Constar inmiddels in surseance geraakt om aan het einde van de maand mei in faillissement te geraken.

Bij de beoordeling van de zaak diende de Kantonrechter Arnhem eerst vast te stellen of het begrip ‘opvolgend werkgeverschap’ volgens het recht van vóór 1 juli 2015, conform het arrest *Van Tuinen/Wolters*, uitgelegd diende te worden dan wel aan de hand van de ‘bandenloze’ versie van het begrip opvolgend werkgeverschap, zoals die geldt sedert 1 juli 2015.

De kantonrechter stelt vast dat als hoofdregel voor nieuwe wetgeving geldt dat deze onmiddellijke werking heeft, tenzij het overgangsrecht hierop een uitzondering vormt. Het overgangsrecht voor de Ketenregeling is vastgelegd in art. XXIIe en ziet in het bijzonder op art. 7:668 lid 1 BW met betrekking tot de totale duur en de periode gelegen tussen de verschillende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Voor het aangepaste begrip van opvolgend werkgeverschap, vastgelegd in art. 7:668 lid 2 BW, geldt geen overgangsrecht en dientengevolge heeft het in beginsel onmiddellijke werking.

De kantonrechter “realiseert zich hierbij dat dit enigszins geweld doet aan de rechtszekerheid”. Uit de parlementaire geschiedenis van art. XXIIe volgt dat de regering met dit overgangsrecht de rechtszekerheid voor ogen had. Met het argument van rechtszekerheid, die de regering overigens wenselijk en redelijk achtte, past de kantonrechter naar analogie het overgangsrecht toe op art. 7:668a lid 2 BW. (zie r.o. 4.7 t/m 4.12). Deze sympathieke trouwvaille van de Arnhemse Kantonrechter leidt tot toetsing van het begrip ‘opvolgend werkgeverschap’ aan het arrest *Van Tuinen/Wolters*, maar biedt de werkgever uiteindelijk geen soelaas.

Tussen de zes werknemers en Constar stond het buiten discussie dat zij allen dezelfde werkzaamheden verrichtten die zij bij het gefailleerde Constar hadden verricht (zie r.o. 4.14).

De gehele discussie spitst zich toe op de vraag of sprake was van dusdanige banden tussen het gefailleerde en nieuwe Constar.

In de discussie over “dusdanige banden” is voor persoon A, managing director bij zowel het gefailleerde Constar als het nieuwe Constar de rol van “linking pin” weggelegd. Persoon A kende de werknemers van het gefailleerde Constar. Hij heeft de werknemers mondeling of per e-mail benaderd voor het aangaan van een arbeidsovereenkomst met het nieuwe Constar. De arbeidsovereenkomsten tussen de zes werknemers en het nieuwe Constar zijn mede door persoon A ondertekend. Persoon A had derhalve inzicht in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemers, kennis die aan het nieuwe Constar kan worden toegerekend, aldus de kantonrechter.

Dit oordeel van de kantonrechter is in lijn met de jurisprudentie over de ketenregeling en opvolgend werkgeverschap na faillissement geweest voor de inwerkingtreding van de WWZ. Het oordeel van de kantonrechter lijkt evenwel meer op de beoordeling van opvolgend werkgeverschap in het kader van een proeftijdbeding dan bij doorstart na faillissement aangezien de kantonrechter zijn motivering uitsluitend toespit op het bestaan van inzicht in de hoedanigheid en

geschiktheid van de werknemer. De kantonrechter lijkt hetzelfde oordeel als Van Haelst te zijn toegegaan, dat van opvolgend werkgeverschap reeds sprake is indien de tot aanstelling bevoegde functionaris met de nieuwe werkgever al inzicht had verkregen in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer bij de oude werkgever.⁹

Gelet op de uiteenzetting onder r.o. 4.14 speelden andere factoren blijkbaar geen rol voor de kantonrechter. Te denken valt bijvoorbeeld aan de mogelijke betrokkenheid van de voormalige aandeelhouder/bestuurder of dat de doorstart was voorbereid. Voor de invulling van het zodanige bandencriterium heeft Van der Pijl een gezichtspuntencatalogus opgesteld.¹⁰ Als r.o. 4.14 gelegd wordt naast deze gezichtspuntencatalogus van Van der Pijl, specifiek geschreven voor doorstartsituaties na faillissement, blijkt dat deze slechts in beperkte mate is toegepast.

Met zijn oordeel dat het nieuwe Constar opvolgend werkgever is, beslecht de kantonrechter het pleit voor Constar.

Constar opvolgend werkgever ex art. 7:673 lid 4 sub b BW

Over het begrip ‘opvolgend werkgeverschap’ in art. 7:673 lid 4 sub b BW is de kantonrechter kort en krachtig. De overgangsrechtelijke bepalingen met betrekking tot art. 7:673 BW zien niet op deze situatie en hebben tot gevolg dat bij de berekening van de transitievergoeding de dienstjaren opgebouwd bij het gefailleerde Constar meegeteld moeten worden. Het faillissement van het oude Constar zet hierin bij de berekening geen knip.

Constar krijgt een totaalbedrag aan transitievergoedingen geserveerd van € 248.000,= bruto, ‘stevige WWZ-kost’. Indien Constar dit bedrag van € 248.000,= bruto niet kan of wil betalen, bevat r.o. 4.19 impliciet reeds de oplossing, zij het een drastische. Indien het nieuwe Constar op haar beurt in surseance of zelfs in staat van faillissement geraakt, is zij op grond van art. 7:673c lid 1 BW de transitievergoeding niet langer verschuldigd.

Sedert de inwerkingtreding van de WWZ dient een nieuwe werkgever bij doorstart na faillissement extra op zijn hoede te zijn. De onopmerkelijke doorstarter kan onbedoeld werknemers voor onbepaalde tijd in dienst hebben genomen en bij de beëindiging van een dergelijke overeenkomst een transitievergoeding verschuldigd zijn, gebaseerd op het volledige arbeidsverleden, inclusief dat van voor datum faillissement. Voor wat deze twee aspecten betreft, is het verschil tussen (de rechtsgevolgen van) een doorstart na faillissement en dat van een overgang van een onderneming enigszins aan het vervagen.

J.C.A. Ettema, Weijers Ettema Advocaten

VOETNOTEN

- 1 *NJ* 1986/293, *Slijkoord/Hekkema*.
- 2 HR 22 november 1991, *NJ* 1992/207.
- 3 Zie mr. S. Palm, ‘De zoektocht naar de juiste interpretatie van het opvolgend werkgeverschap na Van Tuinen/Wolters’, *ARA* 2014/1, p. 29/30.
- 4 ECLI:NL:HR:2006:AY3782, *Boekenvoordeel/Isik*.
- 5 Hoge Raad 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603.
- 6 *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, 3, p. 95-97.
- 7 *Kamerstukken II* 2013/2014, 33818, 7, p. 20-25.
- 8 *Kamerstukken II*, 2013/2014, 33818, 8, p. 14-16.
- 9 Zie M.A. Haelst, ‘Reikwijdte opvolgend werkgeverschap van Van Tuinen arrest’, *TAP* 2012, p. 263.
- 10 Zie J. van der Pijl ‘Opvolgend werkgeverschap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet?’, *Arbeidsrecht* 2013/38.