

Opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement

Een onderzoek naar de arbeidsrechtelijke problematiek die
speelt indien sprake is van opvolgend werkgeverschap bij een
doorstart na faillissement sinds de invoering van de
Wet Werk en Zekerheid



Onderzoeksrapport

Diana Coenen
HBO-Rechten Juridische Hogeschool Avans-Fontys te 's-Hertogenbosch
DAS Rechtsbijstand te Roermond

Landgraaf, 8 januari 2018

Opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement

Een onderzoek naar de arbeidsrechtelijke problematiek die speelt indien sprake is van opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement sinds de invoering van de Wet Werk en Zekerheid

Student: Diana Coenen
Studentnummer: 2069798

Opleiding: HBO-Rechten
Onderwijsinstelling: Juridische Hogeschool Avans-Fontys te 's-Hertogenbosch
1^e afstudeerdocent: dhr. mr. M. Kooij
2^e afstudeerdocent: mw. mr. M. Soysüren

Afstudeerorganisatie: DAS Rechtsbijstand te Roermond
Afstudeermentor: mw. K. Walstock

Afstudeerperiode: september 2017 – januari 2018

Landgraaf, 8 januari 2018

Voorwoord

Hierbij presenteer ik mijn afstudeerscriptie '*Opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement*'. Deze scriptie is tot stand gekomen naar aanleiding van mijn afstudeeropdracht voor de opleiding HBO-Rechten aan de Juridische Hogeschool Avans-Fontys te 's-Hertogenbosch.

In opdracht van DAS Rechtsbijstand te Roermond heb ik een onderzoek verricht naar de arbeidsrechtelijke problematiek die speelt indien sprake is van opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement sinds de invoering van de Wet Werk en Zekerheid. Deze scriptie heb ik geschreven gedurende een veertien weken durende afstudeerstage in de periode september – december 2017 bij DAS Rechtsbijstand te Roermond. Mijn afstudeerperiode heb ik als ontzettend plezierig en leerzaam ervaren.

Allereerst wil ik alle medewerkers van de afdeling Bachelor Juristen van DAS Rechtsbijstand te Roermond bedanken voor de ontzettend leuke en leerzame afstudeerstage. In het bijzonder gaat mijn dank uit naar mevrouw Walstock voor het bieden van een stageplek en de begeleiding en feedback tijdens het schrijven van mijn scriptie.

Daarnaast wil ik mijn afstudeerdocenten de heer Kooij en mevrouw Soysüren bedanken voor hun begeleiding en feedback gedurende de afstudeerperiode. Ten slotte wil ik graag len Peeters bedanken voor het doorlezen van mijn scriptie en het geven van feedback.

Na mijn vier studiejaren aan de Juridische Hogeschool hoop ik met deze afstudeerscriptie mijn studie af te mogen sluiten. Ik wens u dan ook veel leesplezier toe.

Diana Coenen

Landgraaf, 8 januari 2018

Inhoudsopgave

Voorwoord

Begrippenlijst

Lijst met afkortingen

Samenvatting

Hoofdstuk 1 Inleiding	21
§ 1.1 De organisatie	21
§ 1.2 Probleembeschrijving en aanleiding van het onderzoek	21
§ 1.3 Centrale vraag en deelvragen	22
§ 1.4 Doelstelling	22
§ 1.5 Methoden en technieken van onderzoek	22
§ 1.6 Leeswijzer	23
Hoofdstuk 2 Doorstart na faillissement	24
§ 2.1 Faillissement	24
§ 2.2 Doorstart na faillissement	25
§ 2.3 Werknemers bij een doorstart na faillissement	25
§ 2.4 Conclusie	26
Hoofdstuk 3 Opvolgend werkgeverschap	27
§ 3.1 Opvolgend werkgeverschap vóór de invoering van de Wet Werk en Zekerheid	27
§ 3.1.1 Boekenvoordeel/Isik-arrest	27
§ 3.1.2 Van Tuinen/Taxicentrale Wolters-arrest	27
§ 3.1.3 Boekenvoordeel/Isik-arrest versus Van Tuinen/Taxicentrale Wolters-arrest	28
§ 3.2 Opvolgend werkgeverschap sinds de invoering van de Wet Werk en Zekerheid	28
§ 3.2.1 Wezenlijk dezelfde vaardigheden	29
§ 3.2.2 Aanleidingscriterium	29
§ 3.3 Opvolgend werkgeverschap in de jurisprudentie	29
§ 3.4 Conclusie	31
Hoofdstuk 4 Gevolgen opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement	32
§ 4.1 Opvolgend werkgeverschap en anciënniteit	32
§ 4.2 Opvolgend werkgeverschap en het afspiegelingsbeginsel	32
§ 4.2.1 Het afspiegelingsbeginsel	32
§ 4.2.2 Berekening dienstjaren	33
§ 4.2.2.1 Berekening dienstjaren vóór 1 juli 2015	33
§ 4.2.2.2 Berekening dienstjaren sinds 1 juli 2015	33
§ 4.2.2.3 Onderbrekingstermijn	33
§ 4.2.3 Gevolgen afspiegelingsbeginsel	34
§ 4.3 Opvolgend werkgeverschap en de transitievergoeding	34
§ 4.3.1 Voorwaarden transitievergoeding	34
§ 4.3.2 Berekening transitievergoeding	35
§ 4.3.3 Berekening dienstjaren	35
§ 4.3.4 Overgangsregelingen transitievergoeding	36
§ 4.3.4.1 Overgangsregeling transitievergoeding oudere werknemer	36
§ 4.3.4.2 Overgangsregeling transitievergoeding kleine werkgever	36
§ 4.3.5 Transitievergoeding bij een faillissement	37
§ 4.3.6 Transitievergoeding in de jurisprudentie	37
§ 4.3.7 Gevolgen transitievergoeding	38
§ 4.4 Opvolgend werkgeverschap en de ketenregeling	39
§ 4.4.1 De ketenregeling sinds de invoering van de Wet Werk en Zekerheid	39
§ 4.4.2 De ketenregeling bij opvolgend werkgeverschap	40
§ 4.4.3 Overangsrecht ketenregeling	40
§ 4.4.3.1 Jurisprudentie ketenregeling	41
§ 4.4.4 Gevolgen ketenregeling	41

§ 4.5 Opvolgend werkgeverschap en de Ragetlie-regel	42
§ 4.5.1 De Ragetlie-regel sinds de invoering van de Wet Werk en Zekerheid	42
§ 4.5.2 Ragetlie-regel bij opvolgend werkgeverschap	43
§ 4.5.2.1 Opvolgend werkgeverschap bij arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die eindigt vóór 1 juli 2015	43
§ 4.5.2.2 Opvolgend werkgeverschap bij arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die eindigt op of na 1 juli 2015	43
§ 4.5.3 Ragetlie-regel bij een doorstart na faillissement	44
§ 4.5.4 Verhouding Ragetlie-regel tot ketenregeling	44
§ 4.5.5 Gevolgen Ragetlie-regel	45
§ 4.6 Conclusie	45
Hoofdstuk 5 Arbeidsrechtelijke gevolgen opvolgend werkgeverschap in de rechtspraktijk van DAS	47
§ 5.1 Werkneemster en Charles Vögele/Vidrea Retail	47
§ 5.1.1 Opvolgend werkgeverschap	47
§ 5.1.2 Arbeidsrechtelijke gevolgen	48
§ 5.1.3 Conclusie rechtsvraag dossier	50
§ 5.2 Werkneemster en Mexx Nederland/Eroglu Holding	50
§ 5.2.1 Opvolgend werkgeverschap	51
§ 5.2.2 Arbeidsrechtelijke gevolgen	52
§ 5.2.3 Conclusie rechtsvraag dossier	53
§ 5.3 Werkneemster en Reinders mode/Tuunte Fashion/Jola Mode	53
§ 5.3.1 Opvolgend werkgeverschap	54
§ 5.3.2 Arbeidsrechtelijke gevolgen	55
§ 5.3.3 Conclusie rechtsvraag dossier	56
§ 5.4 Conclusie	57
Hoofdstuk 6 Conclusies en aanbevelingen	58
§ 6.1 Conclusies	58
§ 6.2 Aanbevelingen	61
Literatuurlijst	62
Artikelen	
Elektronische bronnen	
Literatuur	
Parlementaire stukken	
Rechtspraak	
Bijlagen	
Bijlage 1	Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd 1 september 2014
Bijlage 2	Brief bekendmaking faillissement 2 februari 2017
Bijlage 3	Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd 17 maart 2017
Bijlage 4	Brief arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd 1 augustus 2016
Bijlage 5	Berekening transitievergoeding
Bijlage 6	Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd 15 december 1998
Bijlage 7	Brief kennisgeving vaststellingsovereenkomst 20 september 2017
Bijlage 8	Vaststellingsovereenkomst 20 september 2017
Bijlage 9	Berekening transitievergoeding
Bijlage 10	Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd 1 oktober 1997
Bijlage 11	Brief overname 20 december 2005
Bijlage 12	Brief kennisgeving faillissement 10 augustus 2017
Bijlage 13	Loonstrook augustus 2017
Bijlage 14	Berekening transitievergoeding
Bijlage 15	Berekening transitievergoeding vergelijking 'reguliere' transitievergoeding
Bijlage 16	Documentatie kennisbank DAS advisering (mogelijke) doorstarter
Bijlage 17	Documentatie kennisbank DAS advisering werknemer

Begrippenlijst

Arbeidsovereenkomst

Op grond van artikel 7:610 lid 1 Burgerlijk Wetboek is een arbeidsovereenkomst de overeenkomst waarbij de ene partij, de werknemer, zich verbindt in dienst van de andere partij, de werkgever, tegen loon gedurende zekere tijd arbeid te verrichten.

Arrest

Uitspraak van een gerechtshof of de Hoge Raad in een civiele dagvaardingsprocedure of van een strafzaak.¹

Bedrijfseconomische omstandigheden

Bedrijfseconomische omstandigheden als bedoeld in artikel 7:669 derde lid onderdeel a Burgerlijk Wetboek. Voorbeelden van bedrijfseconomische omstandigheden zijn de slechte, slechter wordende financiële situatie van het bedrijf, werkvermindering, organisatorische en/of technologische veranderingen, (gedeeltelijke) bedrijfsbeëindiging en bedrijfsverhuizing.²

Besloten vennootschap

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid is een rechtspersoon waarvan het kapitaal verdeeld is in aandelen die niet vrij overdraagbaar zijn. De aandelen staan op naam.³

Curator

In faillissementen is de curator degene die het vermogen van degene die failliet is gegaan te gelde maakt en verdeelt over de schuldeisers.⁴

Eenmanszaak

Een eenmanszaak is een onderneming gedreven door een natuurlijk persoon.⁵

Jurisprudentie

Geheel van uitspraken van rechters. De jurisprudentie vormt een richtlijn voor de rechtspraak in latere, soortgelijke gevallen.⁶

Last in first out

Betekent dat werknemers met het kortste dienstverband de werknemers zijn die het eerst voor ontslag in aanmerking komen.

Flexibele schil

Met de flexibele schil wordt op de werknemers gedoeld die bij een werkgever niet voor onbepaalde tijd in dienst zijn. Het gaat hierbij onder andere om werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, oproepkrachten, werknemers met nul-urencontracten, detachingskrachten en payrollkrachten.

Gerechtshof

Gerecht dat zaken in hoger beroep behandelt. Nederland kent vier gerechtshoven. Namelijk het Gerechtshof Amsterdam, het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, het Gerechtshof Den Haag en het Gerechtshof 's-Hertogenbosch.⁷

¹ 'Begrippen in de rechtspraak' *Rechtspraak* 29 december 2017.

² 'Werknemer en ontslag' *UWV* 29 december 2017.

³ 'Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid' *AMS Advocaten* 2 januari 2018.

⁴ 'Begrippen in de rechtspraak' *Rechtspraak* 29 december 2017.

⁵ Kroeze e.a. 2013, p. 19.

⁶ 'Begrippen in de rechtspraak' *Rechtspraak* 29 december 2017.

⁷ 'Begrippen in de rechtspraak' *Rechtspraak* 29 december 2017.

Goed werkgeverschap

Ingevolge artikel 7:611 Burgerlijk Wetboek dient de werkgever zich als goed werkgever jegens de werknemer te gedragen.

Hoge Raad

Hoogste rechtscollege in Nederland. De Hoge Raad stelt niet meer zelf de feiten vast, maar bekijkt of de lagere rechter bij zijn beslissing het recht goed heeft toegepast.⁸

Naamloze Vennootschap

Een naamloze vennootschap is een rechtspersoon met een in overdraagbare aandelen verdeeld kapitaal.⁹

Opvolgend werkgeverschap

Van opvolgend werkgeverschap is sprake als een werknemer dezelfde of soortgelijke werkzaamheden verricht voor verschillende werkgevers die ten aanzien van de verrichte arbeid als elkaar opvolger worden beschouwd. De werkgevers zijn juridisch niet dezelfde werkgevers maar bijvoorbeeld een doorstartende werkgever. Een doorstartende werkgever is pas een opvolgende werkgever als de arbeidsovereenkomst van de werkgever met de werknemer wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheid van de werknemer eist.¹⁰

Overgang van onderneming

Wanneer een onderneming overgaat van de ene naar de andere eigenaar.

Pluraliteitsvereiste

Andere benaming voor het vereiste dat een schuldenaar meerdere schuldeisers moet hebben.

Rechtbank

Rechtsprekende orgaan dat in eerste aanleg oordeelt over zaken zoals echtscheidingen, misdrijven, geldvorderingen, en de meeste bestuursrechtelijke geschillen.¹¹

Rechtszekerheidsbeginsel

Uit het rechtszekerheidsbeginsel volgt dat de burger erop moet kunnen vertrouwen dat de overheid consequent handelt en het geldend beleid en regels consequent toepast. Wetgeving dient duidelijk te zijn kenbaar en ondubbelzinnig. De rechtspositie van de burger mag niet op onverwachte of onberekenbare wijze door de overheid worden aangetast. Rechtszekerheid betekent ook dat niet met terugwerkende kracht nadelige maatregelen genomen mogen worden door de overheid.¹²

Rechtspersoon

Het Burgerlijk Wetboek kent geen algemene definitie van rechtspersoon. Wel wordt bepaald dat de Staat en lagere overheden, andere overheidslichamen, kerkgenootschappen en verenigingen, stichtingen, onderlinge waarborgmaatschappijen, naamloze vennootschappen, besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en stichtingen rechtspersoonlijkheid bezitten.¹³

⁸ 'Begrippen in de rechtspraak' *Rechtspraak* 29 december 2017.

⁹ 'Naamloze vennootschap' *AMS Advocaten* 2 januari 2018.

¹⁰ 'Opvolgend werkgeverschap' *AMS Advocaten* 30 december 2017.

¹¹ 'Begrippen in de rechtspraak' *Rechtspraak* 29 december 2017.

¹² 'Top 2014 geschonden beginselen van behoorlijk bestuur' *Blenheim Advocaten* 2 januari 2018.

¹³ 'Rechtspersoon' *AMS Advocaten* 2 januari 2018.

Unieke functie

Een functie die niet uitwisselbaar is, er is slechts één werknemer die deze functie vervult.¹⁴

Uitwisselbare functie

Er is sprake van een uitwisselbare functie, indien:

- a. de functies vergelijkbaar zijn voor zover het betreft de inhoud van de functie, de voor de functie vereiste kennis, vaardigheden en competenties, en de tijdelijke of structurele aard van de functie; en
- b. het niveau van de functie en de bij de functie behorende beloning gelijkwaardig zijn.¹⁵

Vaststellingsovereenkomst

Overeenkomst waarin op grond van artikel 7:900 Burgerlijk Wetboek afspraken schriftelijk worden vastgelegd met betrekking tot het einde van het dienstverband.

¹⁴ 'Unieke of uitwisselbare functie?' *Ontslag* 4 januari 2018.

¹⁵ Artikel 13 Ontslagregeling.

Lijst met afkortingen

<i>ArA.</i>	Arbeidsrechtelijke Annotaties
<i>Bb.</i>	Bedrijfseconomische berichten
Beleidsregels	Beleidsregels Ontslagtaak UWV
BV	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek
DAS	DAS Rechtsbijstand
<i>FIP</i>	Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk
Fw	Faillissementswet
Hof	Gerechtshof
HR	Hoge Raad
jo.	Juncto
Minister	Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
MvT	Memorie van Toelichting
NV	Naamloze Vennootschap
Rb.	Rechtbank
RC	Rechter-Commissaris
<i>Stb.</i>	Staatsblad
<i>Stcrt.</i>	Staatscourant
<i>TAP</i>	Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk
UWV	Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen
VSO	Vaststellingsovereenkomst
WWZ	Wet Werk en Zekerheid

Samenvatting

Door de invoering van de Wet Werk en Zekerheid (hierna: WWZ) is het arbeidsrecht in 2015 ingrijpend gewijzigd. De WWZ is gefaseerd in werking getreden waarbij op 1 januari 2015 de wetwijziging met betrekking tot het concurrentiebeding, de aanzegplicht en het proeftijdbeding in werking is getreden. Vervolgens is per 1 juli 2015 de wijziging met betrekking tot de ketenregeling, de ontslagroutes, de transitievergoeding, de Ragetlie-regel en het begrip opvolgend werkgeverschap in werking getreden.

Bij het verlenen van juridische bijstand, en daarmee het leveren van juridisch advies, krijgt DAS Rechtsbijstand (hierna: DAS) geregeld zaken binnen die betrekking hebben op vragen omtrent de wijzigingen die per 1 juli 2015 in werking zijn getreden in samenhang met een doorstart na faillissement. Omdat de juristen van DAS meer kennis willen hebben bij de behandeling van dit soort dossiers is in opdracht van DAS onderzoek verricht naar de arbeidsrechtelijk problematiek die speelt indien sprake is van opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement.

In dit onderzoek staat de volgende vraag centraal:

‘Welke aanbevelingen kunnen aan DAS Rechtsbijstand worden gedaan, ten behoeve van de advisering van hun cliënten, ten aanzien van het begrip opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement?’

De centrale vraag is beantwoord aan de hand van een rechtsbronnen- en literatuuronderzoek. Hierbij zijn diverse bronnen waaronder jurisprudentie, parlementaire stukken, wetgeving, literatuur en artikelen geanalyseerd. Daarnaast heeft er ook een casestudy plaatsgevonden waarbij een drietal dossiers is geanalyseerd aan de hand van de kennis die is opgedaan tijdens het rechtsbronnen- en literatuuronderzoek.

Uit dit onderzoek is naar voren gekomen dat de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap een belangrijke rol speelt bij een doorstart na faillissement. Zowel voor de doorstarter als de werknemer heeft het aannemen van opvolgend werkgeverschap arbeidsrechtelijke gevolgen.

De belangrijkste aanbeveling die ter beantwoording van de centrale vraag aan DAS kan worden gedaan, is de doorstarter adviseren de dienstjaren waarover de werknemers beschikken, alvorens hij deze werknemers een arbeidsovereenkomst aanbiedt, inzichtelijk te maken. Daarnaast is het bij de advisering van een doorstarter ook aan te bevelen om inzichtelijk te hebben welke werknemers vijftig jaar en ouder zijn. Een andere belangrijke aanbeveling is dat de doorstarter inzichtelijk moet hebben welke werknemers een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hebben gehad met de failliet.

Om de conclusies en aanbevelingen praktisch te maken is het ook aan te bevelen de documentatie voor de kennisbank van DAS te gebruiken bij de advisering van cliënten.

Hoofdstuk 1

Inleiding

In dit hoofdstuk wordt allereerst een korte omschrijving van de organisatie gegeven. Daarna komen de probleembeschrijving en aanleiding van het onderzoek aan bod. Vervolgens wordt ingegaan op de centrale vraag, deelvragen en doelstelling van dit onderzoek. Daarna worden de methoden en technieken van onderzoek verantwoord. Ten slotte geeft de leeswijzer overzichtelijk de inhoud van dit onderzoek weer.

§ 1.1 De organisatie

DAS is een van de grootste rechtsbijstandverleners in Nederland. DAS geeft juridisch advies inzake meer dan veertig rechtsgebieden. Op de afdeling binnen DAS te Roermond waar dit onderzoek is uitgevoerd wordt met name juridisch advies gegeven met betrekking tot de rechtsgebieden arbeidsrecht en contractueel recht. Bij de advisering van cliënten komen de juristen van DAS in aanraking met diverse wetten en de daarbij behorende wetswijzigingen. Zo ook met het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) en de WWZ.

§ 1.2 Probleembeschrijving en aanleiding van het onderzoek

Op 29 november 2013 werd het wetsvoorstel WWZ door Minister Asscher van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (hierna: Minister) ingediend bij de Tweede Kamer.¹⁶ Na een snel wetgevingstraject zijn de eerste artikelen op 1 januari 2015 gefaseerd in werking getreden.¹⁷

Op 1 januari 2015 zijn onder andere de wijzigingen met betrekking tot de aanzegplicht, het concurrentiebeding en het proeftijdbeding in werking getreden. Het overgrote deel van de artikelen is echter op 1 juli 2015 in werking getreden, namelijk de wijziging met betrekking tot de ketenregeling, de ontslagroutes, de transitievergoeding, de Ragetlie-regel en het begrip opvolgend werkgeverschap.¹⁸ Aangezien in dit onderzoeksrapport uitsluitend onderwerpen aan bod komen die op 1 juli 2015 in werking zijn getreden, wordt in dit onderzoeksrapport gesproken over de invoering van de WWZ op 1 juli 2015.

De WWZ heeft tot doel het arbeidsrecht aan te passen aan de veranderende arbeidsverhoudingen in de samenleving.¹⁹ De WWZ is geïmplementeerd in Boek 7 van het BW. Een groot aantal artikelen van Titel 10 van Boek 7 BW is hierdoor gewijzigd.

De WWZ heeft onder andere de uitleg en het toepassingsbereik van het arbeidsrechtelijke begrip opvolgend werkgeverschap gewijzigd. Indien opvolgend werkgeverschap wordt aangenomen bij een doorstart na faillissement zal dit diverse arbeidsrechtelijke gevolgen hebben voor zowel doorstarters als werknemers die betrokken raken bij een doorstart na faillissement.

Bij het verlenen van juridische bijstand, en daarmee het leveren van juridisch advies, is het van belang dat de juristen van DAS op de hoogte zijn van de meeste actuele kennis. Momenteel beschikken de juristen van DAS niet over de meest actuele kennis met betrekking tot het begrip opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement.

De juristen van DAS dienen iedere werkdag een nieuw dossier in behandeling te nemen. Naast het behandelen van de dossiers is het een tijdrovende klus om uitzoekwerk te

¹⁶ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 818, nr. 2.

¹⁷ *Stb.* 2014, 274.

¹⁸ *Stb.* 2014, 216.

¹⁹ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 818, nr. 4, p. 1.

verrichten. In dit geval levert dat problemen op bij het oplossen van vraagstukken omtrent de arbeidsrechtelijke gevolgen van opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement. Momenteel worden zaken omtrent dit onderwerp grotendeels uitbesteed aan externe advocaten, dit is voor DAS duur en onnodig. Om hun cliënten beter van dienst te kunnen zijn dienen de juristen meer kennis te hebben over de arbeidsrechtelijke gevolgen van opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement sinds de invoering van de WWZ.

§ 1.3 Centrale vraag en deelvragen

Op basis van de probleembeschrijving uit § 1.2 is de volgende centrale vraag geformuleerd: *‘Welke aanbevelingen kunnen aan DAS Rechtsbijstand worden gedaan, ten behoeve van de advisering van hun cliënten, ten aanzien van het begrip opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement?’*

Om een overzichtelijker antwoord te kunnen geven op bovenstaande centrale vraag, is een aantal deelvragen opgesteld, namelijk:

- Wanneer is sprake van een doorstart na faillissement?
- Wanneer is sprake van opvolgend werkgeverschap?
- Op welke wijze dient de opvolgend werkgever het afspiegelingsbeginsel te hanteren?
- Dient de opvolgend werkgever bij de transitievergoeding na een doorstart na faillissement rekening te houden met het arbeidsverleden van de werknemer?
- Dient de opvolgend werkgever bij de toepassing van de ketenregeling bij een doorstart na faillissement rekening te houden met het arbeidsverleden van de werknemer?
- Op welke wijze dient de opvolgend werkgever de Ragetlie-regel toe te passen bij een doorstart na faillissement?
- Op welke wijze dient DAS in de praktijk om te gaan met opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement?

§ 1.4 Doelstelling

De doelstelling is om op maandag 8 januari 2018 een onderzoeksrapport en documentatie voor de kennisbank van DAS over de arbeidsrechtelijke problematiek die ontstaat wanneer sprake is van opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement te overhandigen aan DAS. Doel hierbij is DAS inzichtelijk maken welke arbeidsrechtelijke aspecten een rol spelen indien sprake is van opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement en welke consequenties dit met zich brengt voor hun cliënten.

§ 1.5 Methoden en technieken van onderzoek

In deze paragraaf worden de methoden en technieken van onderzoek waarmee de onderzoeksresultaten in deze scriptie zijn verzameld, verantwoord. Dit onderzoeksrapport betreft een praktijkgericht juridisch onderzoek, en is daarom tot stand gekomen door middel van een onderzoek van het recht en een onderzoek van de praktijk.

Onderzoek van het recht

Door middel van het onderzoek van het recht is antwoord gegeven op de eerste zes deelvragen zoals genoemd in § 1.3. Bij het onderzoek van het recht is gebruikgemaakt van de onderzoeksstrategie rechtsbronnen- en literatuuronderzoek.²⁰ Hierbij zijn diverse bronnen geraadpleegd, geanalyseerd en geïnterpreteerd. De onderzoeksmethode die is toegepast bij het onderzoek van het recht betreft een inhoudsanalyse.²¹ Hierbij is gebruikgemaakt van wet- en regelgeving van zowel vóór als na de invoering van de WWZ. Daarnaast is gebruikgemaakt van parlementaire stukken en jurisprudentie. Deze bronnen kunnen als

²⁰ Van Schaaijk 2011, p. 79.

²¹ Van Schaaijk 2011, p. 88.

betrouwbaar voor dit onderzoek worden aangemerkt omdat het de in Nederland geldende wet- en regelgeving betreft.

Daarnaast is gebruikgemaakt van diverse literatuur, artikelen en elektronische bronnen. De literatuur kan als betrouwbaar worden aangemerkt omdat het hierbij gaat om juridische handboeken die veelal in de praktijk worden gebruikt. De gebruikte artikelen zijn afkomstig uit bekende juridische tijdschriften, en hiermee als betrouwbaar aan te merken. Bij het selecteren van de elektronische bronnen, die voor dit onderzoek zijn gebruikt, is gelet op de afkomst van de elektronische bron. De elektronische bronnen die zijn gebruikt zijn veelal afkomstig van (bekende) Nederlandse advocatenkantoren. Voor het gebruik van de bron is gezocht naar ondersteunende bronnen om ervan uit te kunnen gaan dat de elektronische bron betrouwbaar is. Bij dit onderzoek zijn de rechtsbronnen gebruikt als primaire bron. De artikelen en literatuur zijn als secundaire bron gebruikt ter uitleg en interpretatie van de primaire bronnen.²²

Onderzoek van de praktijk

De deelvraag die betrekking heeft op het onderzoek van de praktijk luidt als volgt: *‘Op welke wijze dient DAS in de praktijk om te gaan met opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement?’*

Het onderzoek van de praktijk is uitgevoerd aan de hand van de onderzoeksstrategie casestudy.²³ Specifiek is het onderzoek uitgevoerd aan de hand van een vergelijkende casestudy waarbij drie casussen zijn bestudeerd. Bij alle drie de dossiers gaat het om de situatie waarbij een doorstart na faillissement heeft plaatsgevonden. In twee dossiers heeft de doorstart ná de invoering van de WWZ plaatsgevonden, in één dossier ervoor. In alle drie de dossiers betreft de rechtsvraag van de cliënt een rechtsvraag met betrekking tot de transitievergoeding. Om de deelvraag met betrekking tot het onderzoek van de praktijk te kunnen beantwoorden is allereerst per dossier gekeken aan de hand van welke criteria opvolgend werkgeverschap dient te worden beoordeeld. Vervolgens is gekeken of in het dossier sprake is van opvolgend werkgeverschap. Daarna is per dossier beoordeeld welke invloed opvolgend werkgeverschap op de dienstjaren van de cliënt heeft, of het afspiegelingsbeginsel van toepassing is en of dit op de juiste wijze is toegepast, op welke wijze de transitievergoeding dient te worden berekend, welke invloed het arbeidsverleden van de werknemer op de ketenregeling heeft en of de Ragetlie-regel van toepassing is. Ook is per dossier antwoord gegeven op de rechtsvraag waar de cliënt het dossier voor heeft aangemeld bij DAS. Bij het beëindigen van de onderzoeksperiode waren in de drie dossiers niet alle gegevens bekend die nodig zijn voor de complete uitwerking van de arbeidsrechtelijke aspecten. Om de arbeidsrechtelijke aspecten alsnog te kunnen uitwerken is in sommige gevallen uitgegaan van fictieve gegevens. Het betreft hier met name gegevens zoals de uitdiensttredingsdatum. Er is voor gekozen om de aspecten uit te werken met fictieve gegevens omdat hierdoor een goed beeld wordt geschetst hoe DAS in de toekomst soortgelijke dossiers dient te behandelen.

§ 1.6 Leeswijzer

Het volgende hoofdstuk, hoofdstuk 2, gaat over de doorstart na faillissement. Vervolgens gaat hoofdstuk 3 over opvolgend werkgeverschap. In hoofdstuk 4 wordt ingegaan op de anciënniteit van de werknemer, het afspiegelingsbeginsel, de transitievergoeding, de ketenregeling en de Ragetlie-regel. Daarna wordt in hoofdstuk 5 ingegaan op een drietal dossiers die betrekking hebben op opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement en de daarmee samenhangende arbeidsrechtelijke aspecten. Vervolgens zijn in hoofdstuk 6 de belangrijkste conclusies en aanbevelingen te vinden. Ten slotte volgt de literatuurlijst.

²² Van Schaaijk 2011, p. 101.

²³ Van Schaaijk 2011, p. 80 – 81.

Hoofdstuk 2

Doorstart na faillissement

In het jaar 2016 zijn 4.399 bedrijven en instellingen failliet verklaard.²⁴ Alhoewel het aantal faillissementen ten opzichte van 2015 met bijna 17 procent is gedaald, zijn in het jaar 2016 alsnog een groot aantal faillissementen uitgesproken.²⁵ In het jaar 2017 zijn tot en met de maand november 2.990 faillissementen uitgesproken. Dit zijn tot nu toe aanzienlijk minder faillissementen dan in het jaar 2016, aangezien in diezelfde periode in 2016 reeds 4.067 faillissementen waren uitgesproken.²⁶

In dit hoofdstuk wordt allereerst ingegaan op het faillissement. Vervolgens wordt ingegaan op de doorstart na faillissement. Ten slotte wordt in dit hoofdstuk ingegaan op de positie van de werknemers bij een doorstart na faillissement.

§ 2.1 Faillissement

Wanneer zich de situatie voordoet dat een onderneming in financiële moeilijkheden verkeert en de rekeningen die binnenkomen niet meer kunnen worden voldaan, kan de onderneming bij rechterlijk vonnis in staat van faillissement worden verklaard.²⁷

Om te kunnen stellen dat een schuldenaar in de toestand verkeert dat hij heeft opgehouden te betalen, dient aan een tweetal voorwaarden te worden voldaan. Ten eerste dient de schuldenaar meerdere schuldeisers te hebben, ook wel het pluraliteitsvereiste genoemd. Daarnaast moet uit feiten en omstandigheden blijken dat de schuldenaar heeft opgehouden te betalen.²⁸ De aanvraag tot faillietverklaring kan door de onderneming zelf of door de schuldeisers van de onderneming worden gedaan.²⁹

Indien een faillissement wordt uitgesproken, verliest de gefailleerde van rechtswege de beschikking en het beheer over zijn tot het faillissement behorende vermogen.³⁰ Tegelijkertijd met het uitspreken van het faillissement stelt de rechter een curator en een Rechter-Commissaris (hierna: RC) aan. De RC houdt toezicht op het beheer en de vereffening van de failliete boedel.³¹ Op de taken van de RC wordt in dit onderzoeksrapport niet verder ingegaan.

Curator

De aangewezen curator krijgt diverse taken. De kerntaak van de curator is het beheer en de vereffening van de failliete boedel.³² Daarnaast voert de curator ook een onderzoek uit naar de oorzaak van het faillissement.³³ Jegens de werknemer vervult de curator de rol van werkgever.³⁴

Indien sprake is van een faillissement is de curator genoodzaakt om de arbeidsovereenkomsten met alle werknemers die bij de failliet werkzaam zijn op te zeggen. De onderneming beschikt na de faillietverklaring namelijk niet over voldoende financiële middelen om de salarissen van de werknemers te voldoen. Alvorens de curator hiertoe kan

²⁴ 'Laagst aantal faillissementen in 8 jaar' CBS 2 januari 2018.

²⁵ 'Laagst aantal faillissementen in 8 jaar' CBS 25 augustus 2017.

²⁶ 'Iets minder faillissementen in november' CBS 14 december 2017.

²⁷ Artikel 1 lid 1 Fw.

²⁸ Artikel 6 lid 3 Fw.

²⁹ Artikel 1 lid 1 Fw.

³⁰ Artikel 23 Fw.

³¹ Artikel 64 Fw.

³² Artikel 68 lid 1 Fw.

³³ Polak 2014, p. 251.

³⁴ Rb. Zwolle 30 juni 1998, ECLI:NL:RBZWO:1998:ZF4989.

overgaan is toestemming van de RC vereist.³⁵ De curator heeft in dit geval geen toestemming van het Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen (hierna: UWV) nodig.³⁶

In artikel 40, eerste lid, Faillissementswet (hierna: Fw) is een speciale opzeggingsbevoegdheid voor de curator opgenomen. Artikel 40, eerste lid, Fw luidt als volgt: *‘Werknemers in dienst van de gefailleerde kunnen de arbeidsovereenkomst opzeggen en hun kan wederkerig door de curator de arbeidsovereenkomst worden opgezegd, en wel met inachtneming van de overeengekomen of wettelijke termijnen, met dien verstande echter dat in elk geval de arbeidsovereenkomst kan worden opgezegd met een termijn van zes weken.’*

Dit betekent dat de curator, met inachtneming van een opzegtermijn van maximaal zes weken, de arbeidsovereenkomst met de werknemers die bij de failliet werkzaam zijn kan beëindigen.

§ 2.2 Doorstart na faillissement

De bekendste en grootste faillissementen van retailketens van de afgelopen jaren zijn het faillissement van V&D/La Place in 2015 waarbij ruim 10.300 werknemers verdeeld over 124 vestigingen betrokken waren, het faillissement van Macintosh in 2015 waarbij 5.500 werknemers betrokken waren, en het faillissement van Mexx in 2014 waarbij 1.500 werknemers betrokken waren.³⁷

Indien een faillissement is uitgesproken hoeft dit niet het definitieve einde van een onderneming te betekenen. Indien sprake is van een rechtsvorm met rechtspersoonlijkheid, zoals een besloten vennootschap (hierna: BV) of een naamloze vennootschap (hierna: NV), behoort een doorstart tot de mogelijkheden. Indien sprake is van een rechtsvorm zonder rechtspersoonlijkheid, zoals een eenmanszaak, is een doorstart vrijwel onmogelijk omdat de ondernemer ook met zijn privévermogen aansprakelijk is bij het faillissement.³⁸

Onder een doorstart wordt verstaan, het door de curator overdragen van het boedelactief aan een derde, die al dan niet eerder bij de onderneming betrokken was. De gefailleerde rechtspersoon wordt bij een doorstart opgeheven.³⁹ Het komt ook geregeld voor dat een onderneming wordt doorgestart door de failliete ondernemer zelf. Dit was onder meer het geval bij het faillissement van McGregor in 2016.⁴⁰

Van de 59.054 uitgesproken faillissementen in de periode 2007 – 2015, heeft in 17.796 gevallen een doorstart plaatsgevonden.⁴¹ Ondanks dat geprobeerd is V&D/La Place in zijn geheel door te starten is dit niet gelukt. In geval van Macintosh en Mexx heeft wél een doorstart plaatsgevonden.⁴²

§ 2.3 Werknemers bij een doorstart na faillissement

Artikel 7:663 BW bepaald dat ingeval van een overgang van onderneming het personeel van rechtswege, en met behoud van rechten en plichten, mee overgaat naar de verkrijgende onderneming. Dit is anders wanneer sprake is van een doorstart na faillissement. In artikel 7:666 lid 1 sub a BW is namelijk opgenomen dat de artikelen die betrekking hebben op een overgang van onderneming niet van toepassing zijn in een faillissementssituatie.

³⁵ Artikel 68 lid 2 en artikel 40 lid 1 Fw.

³⁶ Loonstra & Zondag 2015, p. 667.

³⁷ ‘De 25 grootste faillissementen van retailketens en winkels’ *Consultancy* 27 november 2017.

³⁸ ‘Doorstart na faillissement’ *Ondernemersplein* 12 december 2017.

³⁹ Houweling e.a. deel II 2015, p. 1806.

⁴⁰ ‘Verdient de oude eigenaar bij een doorstart wel een nieuwe kans?’ *Trouw* 9 september 2017.

⁴¹ ‘Doorstart na faillissement fase 1’ *CBS* 28 december 2017.

⁴² ‘De 25 grootste faillissementen van retailketens en winkels’ *Consultancy* 27 november 2017.

Voor werknemers betekent dit dat zij niet van rechtswege mee overgaan bij een doorstart na faillissement. Het staat een doorstarter vrij om zelf te kiezen welke werknemers hij een arbeidsovereenkomst aanbiedt. Hierbij hoeft de doorstarter geen rekening te houden met het aantal dienstjaren waarover een werknemer beschikt. De doorstarter heeft ook een vrije keuze in de arbeidsvoorwaarden die hij de werknemer aanbiedt. In beginsel is er dus geen verband tussen het dienstverband bij de failliet en het dienstverband bij de doorstarter.⁴³

In de praktijk komt het geregeld voor dat een doorstarter (een deel van) de werknemers die bij de failliet in dienst waren een arbeidsovereenkomst aanbiedt. Dit wordt met name gedaan omdat deze werknemers vaak over veel kennis van de werkzaamheden beschikken en de onderneming 'draaiende' kunnen houden.

§ 2.4 Conclusie

Zodra een onderneming in staat van faillissement is verklaard, en een curator is aangewezen, heeft deze curator de bevoegdheid de arbeidsovereenkomsten van de werknemers op grond van artikel 40 Fw op te zeggen. De werknemers verliezen hiermee in eerste instantie hun baan.

Nadat een onderneming in staat van faillissement is verklaard hoeft dit niet altijd het definitieve einde van de onderneming te betekenen. Indien sprake is van een rechtspersoon met rechtspersoonlijkheid, zoals een BV of NV, is een doorstart mogelijk. Met een doorstart kan de onderneming nieuw leven worden ingeblazen door de failliet zelf of een derde.

Een doorstart na faillissement betekent voor werknemers geen garantie op baanbehoud. Het staat een doorstarter namelijk vrij te kiezen welke werknemers hij een arbeidsovereenkomst aanbiedt en welke werknemers niet. Daarnaast staat het de doorstarter ook vrij om te kiezen welke arbeidsvoorwaarden hij de werknemer hierbij aanbiedt. In beginsel bestaat er geen verband tussen het dienstverband bij de failliet en het dienstverband bij de doorstarter.⁴⁴

⁴³ Houweling e.a. deel II 2015, p. 1806.

⁴⁴ Houweling e.a. deel II 2015, p. 1806.

Hoofdstuk 3

Opvolgend werkgeverschap

Indien een doorstart na faillissement heeft plaatsgevonden speelt de vraag of er sprake is van opvolgend werkgeverschap. In dit hoofdstuk wordt allereerst ingegaan op de criteria die vóór de invoering van de WWZ aan opvolgend werkgeverschap werden gesteld. Vervolgens wordt ingegaan op de criteria die sinds 1 juli 2015 gelden voor het aannemen van opvolgend werkgeverschap.

§ 3.1 Opvolgend werkgeverschap vóór de invoering van de Wet Werk en Zekerheid

Vóór de invoering van de WWZ werd opvolgend werkgeverschap in de zin van artikel 7:668a lid 2 oud BW, het artikel van de ketenregeling, gezien als de situatie waarin sprake is van elkaar opvolgende arbeidsovereenkomsten tussen een werknemer en verschillende werkgevers. Deze werkgevers moeten ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijze geacht worden elkaars opvolgers te zijn.⁴⁵ De Hoge Raad heeft vóór de invoering van de WWZ twee belangrijke arresten gewezen met betrekking tot opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement. Hieronder wordt op deze twee arresten ingegaan.

§ 3.1.1 Boekenvoordeel/Isik-arrest

Aanvankelijk bestond er onduidelijkheid of een doorstarter, die personeel uit een gefailleerde onderneming een arbeidsovereenkomst aanbiedt, als opvolgend werkgever kan worden aangemerkt.⁴⁶ In het arrest Boekenvoordeel/Isik van 14 juli 2006 heeft de Hoge Raad duidelijkheid geschept en bepaald dat opvolgend werkgeverschap ook van toepassing is bij een doorstart na faillissement.⁴⁷ Het Boekenvoordeel/Isik-arrest heeft ertoe geleid dat een doorstarter bij een doorstart na faillissement eerder als opvolgend werkgever werd aangemerkt dan voor dit arrest het geval was.

Lagere rechtspraak

Zowel voor als na het Boekenvoordeel/Isik-arrest in 2006 hebben diverse lagere rechters zich uitgelaten over opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement.

Vóór het arrest van de Hoge Raad heeft de Rechtbank Groningen bepaald dat opvolgend werkgeverschap, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, van toepassing kan zijn bij een doorstart na faillissement.⁴⁸ De rechter droeg hierbij als argument aan dat artikel 7:668a lid 2 oud BW ook van toepassing is in faillissementssituaties. In navolging van het arrest van de Hoge Raad hebben onder meer de Rechtbank Roermond en de Rechtbank Midden-Nederland geoordeeld dat van opvolgend werkgeverschap sprake kan zijn bij een doorstart na faillissement.⁴⁹ Hierbij zijn geen argumenten aangedragen door de rechters maar hebben zij de criteria die golden voor het aannemen van opvolgend werkgeverschap toegepast.

§ 3.1.2 Van Tuinen/Taxicentrale Wolters-arrest

In mei 2012 heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de vraag wanneer sprake is van opvolgend werkgeverschap.⁵⁰ Volgens de Hoge Raad diende bij de uitleg van artikel 7:668a lid 2 oud BW aansluiting te worden gezocht bij de maatstaf die de Hoge Raad in 1986 ten aanzien van het proeftijdbeding heeft ontwikkeld in het arrest Slijkoord/Hekkema.⁵¹

⁴⁵ Van der Pijl, *ArbeidsRecht* 2013/8, p. 5.

⁴⁶ Jansen & Wolters, *FIP*, nummer 8, p. 64.

⁴⁷ HR 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY3782 (*Boekenvoordeel/Isik*).

⁴⁸ Rb. Groningen 14 juli 2005, ECLI:NL:RBGRO:2005:AT9355.

⁴⁹ Rb. Roermond 5 april 2007, ECLI:NL:RBROE:2007:BA3448 & Rb. Midden-Nederland 2 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1755.

⁵⁰ HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603 (*Van Tuinen/taxicentrale Wolters*).

⁵¹ HR 24 oktober 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AC9537 (*Slijkoord/Hekkema*).

Volgens het Slijkoord/Hekkema-arrest diende de nieuwe werkgever ten aanzien van de verrichte arbeid redelijkerwijs als opvolger van de vorige werkgever te worden aangemerkt indien werd voldaan aan de dubbele maatstaf. Het eerste gedeelte van deze dubbele maatstaf houdt in dat het moet gaan om wezenlijk dezelfde vaardigheden die de werknemer verricht. Het tweede gedeelte van de maatstaf, het 'zodanige banden'-criterium, houdt in dat tussen de twee werkgevers zodanige banden moeten bestaan dat het door de eerste werkgever op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid moet worden toegerekend.⁵²

Lagere rechtspraak

Bij van Tuinen/Taxicentrale Wolters was er géén sprake van een faillissementssituatie. Daardoor rees na het aannemen van de dubbele maatstaf bij opvolgend werkgeverschap de vraag of deze maatstaf ook zou gelden indien wél sprake was van een faillissementssituatie. Uit diverse lagere rechtspraak blijkt dat in faillissementssituaties toepassing is gegeven aan de dubbele maatstaf. Onder meer de Rechtbank Amsterdam en de Rechtbank Limburg hebben de criteria uit Van Tuinen/Taxicentrale ter beoordeling van opvolgend werkgeverschap gehanteerd in een faillissementssituatie.⁵³

§ 3.1.3 Boekenvoordeel/Isik-arrest versus Van Tuinen/Taxicentrale Wolters-arrest

Na het Boekenvoordeel/Isik-arrest werd vrij algemeen aanvaard dat elke doorstart na faillissement min of meer automatisch opvolgend werkgeverschap impliceerde.⁵⁴ Aangezien sinds het arrest Van Tuinen/Taxicentrale Wolters naast het verrichten van wezenlijk dezelfde vaardigheden ook sprake moest zijn van 'zodanige banden', lijkt het alsof de Hoge Raad ervoor heeft willen zorgen dat opvolgend werkgeverschap niet meer automatisch werd aangenomen bij een doorstart na faillissement.

§ 3.2 Opvolgend werkgeverschap sinds de invoering van de Wet Werk en Zekerheid

De inwerkingtreding van de WWZ op 1 juli 2015 heeft het begrip opvolgend werkgeverschap in artikel 7:668a lid 2 BW ingrijpend gewijzigd. Artikel 7:668a lid 2 BW luidt sinds 1 juli 2015 als volgt: *'Lid 1 is van overeenkomstige toepassing op 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.'*

Aan artikel 7:668a lid 2 BW is de zinsnede toegevoegd dat sprake is van opvolgend werkgeverschap *'ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer'* bij de opvolgend werkgever. Hiermee is sinds de invoering van de WWZ uitdrukkelijk in de wet opgenomen dat er géén inzicht hoeft te bestaan in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer om als opvolgend werkgever te worden aangemerkt. De wetgever heeft hiermee afscheid genomen van de toepassing van het 'zodanige banden'-criterium uit het Van Tuinen/Taxicentrale Wolters-arrest.⁵⁵

De voorwaarde dat de nieuwe arbeidsovereenkomst wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden vereist als de vorige arbeidsovereenkomst geldt sinds de invoering van de WWZ nog steeds. Dit vereiste zit namelijk 'ingebakken' in de woorden 'ten aanzien van de verrichte arbeid'.⁵⁶

⁵² Houweling e.a. deel I 2015, p. 1468.

⁵³ Rb. Amsterdam 28 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ352 & Rb. Limburg 3 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:7731.

⁵⁴ Houweling e.a. deel I 2015, p. 1471.

⁵⁵ Kamerstukken I 2013/2014, 33 818, C, p. 105.

⁵⁶ Kamerstukken II 2013/2014, 33 818, nr. 3, p. 90.

§ 3.2.1 Wezenlijk dezelfde vaardigheden

Het vereiste van wezenlijk dezelfde vaardigheden houdt in dat de werkzaamheden en vaardigheden die de werknemer bij de doorstarter benut nagenoeg gelijk dienen te zijn aan de werkzaamheden en vaardigheden die de werknemer bij de failliet heeft benut.

Diverse rechters hebben geoordeeld over de vraag wanneer sprake is van wezenlijk dezelfde vaardigheden. De Rechtbank Zeeland-West-Brabant heeft in een zaak geoordeeld dat sprake is van wezenlijk dezelfde vaardigheden omdat de functie van werkneemster formeel hetzelfde is gebleven, waarbij ze dezelfde werkzaamheden heeft verricht. Haar taken, verantwoordelijkheden en bevoegdheden waren hierbij hetzelfde.⁵⁷ Het Gerechtshof (hierna: Hof) 's-Hertogenbosch heeft in een andere zaak gekeken naar de bedrijfsvoering van de failliet en de doorstarter. De rechter is hierbij van mening dat kleine veranderingen in de bedrijfsvoering, in dit geval het werken met andere systemen, ontoereikend is om daaruit te kunnen afleiden dat geen sprake is van wezenlijk dezelfde vaardigheden.⁵⁸

Voorbeeldsituatie

Een werknemer is werkzaam bij DAS in de functie van jurist. Na de doorstart is de werknemer bij de doorstarter in dienst in de functie van schoonmaker. Er is dan geen sprake van wezenlijk dezelfde vaardigheden omdat de werknemer andere werkzaamheden verricht waarbij andere vaardigheden zijn vereist. Indien de werknemer bij de doorstarter in dienst zou zijn in de functie van jurist, zou wel sprake zijn van wezenlijk dezelfde vaardigheden.

§ 3.2.2 Aanleidingscriterium

Bij de invoering van de WWZ heeft de wetgever een nieuw criterium geïntroduceerd om te voorkomen dat een willekeurige derde waarbij de werknemer dezelfde werkzaamheden gaat verrichten, als opvolgend werkgever wordt aangemerkt, het zogenaamde aanleidingscriterium.⁵⁹ Dit criterium houdt in dat de overgang van de ene naar de andere werkgever het gevolg moet zijn van een situatie die voortvloeit uit het handelen van één of beide werkgevers.⁶⁰ De wetgever heeft bepaald dat bij een doorstart na faillissement altijd aan het aanleidingscriterium wordt voldaan.⁶¹ De aanleiding ligt bij een doorstart na faillissement namelijk bij de werkgevers.

In faillissementssituaties is artikel 7:668a lid 2 BW van toepassing. Dit betekent dat bij een doorstart na faillissement, door de versoepeling van de criteria die voor het beoordelen van opvolgend werkgeverschap worden gesteld, eerder sprake zal zijn van opvolgend werkgeverschap dan vóór de invoering van de WWZ het geval was.

§ 3.3 Opvolgend werkgeverschap in de jurisprudentie

In de jurisprudentie is diverse keren een oordeel uitgesproken over de vraag of opvolgend werkgeverschap dient te worden beoordeeld aan de hand van de oude criteria uit het Van Tuinen/Taxicentrale Wolters-arrest of aan de hand van de criteria zoals deze gelden sinds de invoering van de WWZ. Deze rechtsvraag speelt met name een rol indien de doorstart na faillissement vóór 1 juli 2015 heeft plaatsgevonden.

Opvolgend werkgeverschap beoordelen aan de hand van de nieuwe criteria

De Rechtbank Midden-Nederland heeft zich uitgelaten over de vraag of opvolgend werkgeverschap naar oud of nieuw recht dient te worden beoordeeld. Het ging hierbij om een zaak waarbij de vorige werkgever in 2014 in staat van faillissement is verklaard. Vervolgens heeft in 2014 een doorstart plaatsgevonden waarbij de doorstarter enkele

⁵⁷ Rb. Zeeland-West-Brabant 21 december 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8235.

⁵⁸ Hof 's-Hertogenbosch 24 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3681.

⁵⁹ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 818, nr. 8, p. 15.

⁶⁰ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 818, nr. 8, p.15.

⁶¹ *Kamerstukken I* 2013/2014, 33 818, E, p. 4.

werknemers van de failliet een arbeidsovereenkomst heeft aangeboden. De rechter is van mening dat opvolgend werkgeverschap dient te worden beoordeeld aan de hand van de nieuwe criteria omdat voor opvolgend werkgeverschap niet in overgangsrecht is voorzien. Op grond van deze redenering is in deze zaak sprake van opvolgend werkgeverschap beredeneerd aan de hand van de criteria zoals deze gelden sinds 1 juli 2015.⁶²

Ook de Rechtbank Zeeland-West-Brabant heeft geoordeeld dat voor de beoordeling van opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement die heeft plaatsgevonden vóór 1 juli 2015, het nieuwe recht van toepassing. Volgens de rechter zijn in de wetsgeschiedenis of het overgangsrecht voor de WWZ onvoldoende aanknopingspunten te vinden waaruit volgt dat opvolgend werkgeverschap naar oud recht moet worden beoordeeld. Ook in deze zaak heeft de rechter de nieuwe criteria toegepast voor de beoordeling van opvolgend werkgeverschap.⁶³

Opvolgend werkgeverschap beoordelen aan de hand van de oude criteria

In tegenstelling tot de twee hierboven genoemde uitspraken zijn er meerdere rechters die anders hebben geoordeeld over de vraag aan de hand van welke recht, namelijk het oude of het nieuwe recht, opvolgend werkgeverschap dient te worden beoordeeld.

De Rechtbank Overijssel heeft geoordeeld over de vraag aan de hand van welke criteria opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement die heeft plaatsgevonden in 2014 dient te worden beoordeeld. De rechter is van mening dat opvolgend werkgeverschap in deze zaak aan de hand van de oude criteria dient te worden beoordeeld. Hierbij draagt de rechter aan dat toepassing van de nieuwe criteria feitelijk zou leiden tot terugwerkende kracht. Aan artikel 7:668a lid 2 BW is géén terugwerkende kracht toegekend. Bij toepassing van de nieuwe criteria zou sprake zijn van strijd met de rechtszekerheid.⁶⁴

Ook de rechter van de Rechtbank Midden-Nederland draagt in een zaak waarbij de doorstart heeft plaatsgevonden vóór 1 juli 2015 de rechtszekerheid als argument aan om opvolgend werkgeverschap te beoordelen aan de hand van de criteria die golden op het moment van de doorstart.⁶⁵

De Rechtbank Gelderland heeft ook geoordeeld over de vraag welke criteria van opvolgend werkgeverschap dienen te worden gesteld aan een doorstart na faillissement die heeft plaatsgevonden in 2014. In deze zaak heeft de rechter geoordeeld dat opvolgend werkgeverschap naar oud recht dient te worden beoordeeld. Hierbij heeft hij in overweging genomen dat de wetgever vanwege de rechtszekerheid overgangsrechtelijke bepalingen heeft opgenomen voor de ketenregeling. De rechter ziet voldoende aanleiding om die overgangsbepaling ook toepasselijk te achten op opvolgend werkgeverschap.⁶⁶

Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft zich over de vraag of opvolgend werkgeverschap aan de hand van oud dan wel nieuw recht moet worden beoordeeld uitgesproken in een zaak waarbij de doorstart na faillissement heeft plaatsgevonden in 2014. Het Hof is van oordeel dat opvolgend werkgeverschap dient te worden beoordeeld volgens de criteria die golden op het moment dat de doorstart heeft plaatsgevonden omdat niet in overgangsrecht is voorzien. In deze zaak dienden daarom de oude criteria te worden gehanteerd.⁶⁷

Door het Hof 's-Hertogenbosch is geoordeeld dat voor de vraag aan de hand van welk recht opvolgend werkgeverschap dient te worden beoordeeld, beslissend is of de werkgever al

⁶² Rb. Midden-Nederland 21 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4242.

⁶³ Rb. Zeeland-West-Brabant 21 december 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8235.

⁶⁴ Rb. Overijssel 20 januari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:232.

⁶⁵ Rb. Midden-Nederland 26 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2932.

⁶⁶ Rb. Gelderland 15 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:190.

⁶⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4977.

vóór 1 juli 2015 redelijkerwijs geacht moet worden opvolgend werkgever te zijn. In deze zaak heeft de doorstart na faillissement plaatsgevonden in 2012. In deze periode was het oude recht van toepassing. Volgens het Hof is aan het huidige criterium geen terugwerkende kracht toegekend. Opvolgend werkgeverschap dient in deze zaak te worden beoordeeld aan de hand van de oude criteria omdat de doorstart vóór 1 juli 2015 heeft plaatsgevonden.⁶⁸

Bij een andere zaak van het Hof 's-Hertogenbosch heeft het Hof geoordeeld dat opvolgend werkgeverschap beoordeeld dient te worden aan de hand van het op de datum van de doorstart geldende recht. Zowel het faillissement als de doorstart hebben plaatsgevonden in 2013. Opvolgend werkgeverschap dient in deze zaak dus te worden beoordeeld naar oud recht. Dus aan de hand van de criteria uit het Van Tuinen/Taxicentrale Wolters-arrest.⁶⁹

Onlangs heeft de Hoge Raad, als hoogste rechtspreker in Nederland, duidelijkheid geschept over de vraag welk recht van toepassing is bij opvolgend werkgeverschap. De Hoge Raad is van mening dat indien de doorstart heeft plaatsgevonden vóór de invoering van de WWZ op 1 juli 2015 opvolgend werkgeverschap dient te worden beoordeeld aan de hand van het op de doorstart geldende recht. In de betreffende zaak betekende dat aan de hand van de oude criteria omdat de doorstart vóór 1 juli 2015 had plaatsgevonden.⁷⁰

Uit bovenstaande jurisprudentie komt naar voren dat sinds de invoering van de WWZ enige onenigheid bestond over de toepassing van de oude criteria dan wel de nieuwe criteria bij de beoordeling van opvolgend werkgeverschap. Met name in de lagere rechtspraak is geoordeeld dat opvolgend werkgeverschap bij een doorstart die heeft plaatsgevonden vóór 1 juli 2015 dient te worden beoordeeld aan de hand van de criteria zoals deze gelden sinds 1 juli 2015. Door het overgrote deel van de rechters is echter geoordeeld dat opvolgend werkgeverschap bij een doorstart die vóór 1 juli 2015 heeft plaatsgevonden dient te worden beoordeeld aan de hand van het recht zoals het gold op het moment van de doorstart. In het algemeen wordt hiervoor als argument aangedragen dat het nieuwe recht met terugwerkende kracht toepassen zou leiden tot strijd met de rechtszekerheid. Ook de Hoge Raad heeft geoordeeld dat opvolgend werkgeverschap dient te worden beoordeeld aan de hand van het recht zoals het gold op het moment van de doorstart.

§ 3.4 Conclusie

De criteria waaraan moet worden voldaan om te kunnen spreken van opvolgend werkgeverschap zijn sinds de invoering van de WWZ rigoureus gewijzigd. Voor 1 juli 2015 diende sprake te zijn van wezenlijk dezelfde vaardigheden en zodanige banden. Sinds 1 juli 2015 is afscheid genomen van het 'zodanige banden'-criterium. Opvallend is dat de Hoge Raad door het introduceren van het 'zodanige banden'-criterium ervoor heeft willen zorgen dat opvolgend werkgeverschap niet meer automatisch werd aangenomen bij een doorstart na faillissement, maar dat de wetgever met de wijziging van opvolgend werkgeverschap in de WWZ van dit criterium afscheid heeft genomen.

Sinds 1 juli 2015 dient wel nog sprake te zijn van wezenlijk dezelfde vaardigheden. Daarnaast dient aan het aanleidingscriterium te worden voldaan. Bij een doorstart na faillissement wordt altijd aan het aanleidingscriterium voldaan.

Uit de rechtspraak volgt grotendeels dat opvolgend werkgeverschap beoordeeld dient te worden aan de hand van de criteria die golden op het moment van de doorstart. Indien de doorstart heeft plaatsgevonden vóór 1 juli 2015 dient opvolgend werkgeverschap aan de hand van de oude criteria te worden beoordeeld. Als de doorstart heeft plaatsgevonden na 1 juli 2015 aan de hand van de criteria die sinds de invoering van de WWZ gelden.

⁶⁸ Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:859.

⁶⁹ Hof 's-Hertogenbosch 24 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3681.

⁷⁰ HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2905 (*Constar Plastics*).

Hoofdstuk 4

Gevolgen opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement

In het vorige hoofdstuk is naar voren gekomen dat, door versoepeling van de criteria die worden gesteld voor het aannemen van opvolgend werkgeverschap, sinds de invoering van de WWZ eerder sprake is van opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement dan vóór de invoering van de WWZ het geval was. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de gevolgen die opvolgend werkgeverschap met zich brengt voor de doorstarter en de werknemer die bij de doorstarter in dienst treedt. Achtereenvolgens komen de anciënniteit van de werknemer, het afspiegelingsbeginsel, de transitievergoeding, de ketenregeling en de Ragetlie-regel aan bod.

§ 4.1 Opvolgend werkgeverschap en anciënniteit

Indien een werknemer een opvolgende arbeidsovereenkomst sluit met een andere werkgever verliest hij in beginsel zijn opgebouwde anciënniteit, oftewel zijn dienstjaren, tenzij een beroep op opvolgend werkgeverschap slaagt.⁷¹ Opvolgend werkgeverschap strekt in eerste instantie tot behoud van de dienstjaren van de werknemer. Hierdoor speelt opvolgend werkgeverschap voor de berekening van de dienstjaren van een werknemer een belangrijke rol bij een doorstart na faillissement.

Aangezien de dienstjaren van de werknemer bij opvolgend werkgeverschap automatisch mee overgaan zal de doorstarter rekening moeten houden met de dienstjaren van de werknemers die hij na de doorstart een arbeidsovereenkomst aanbiedt.

§ 4.2 Opvolgend werkgeverschap en het afspiegelingsbeginsel

Ondanks dat er een doorstart na faillissement is gerealiseerd, kan de doorstarter toch weer in financiële moeilijkheden komen te verkeren met de doorgestarte onderneming. In sommige gevallen kunnen gedwongen ontslagen dan onvermijdelijk zijn.

Werkgever en werknemer hebben de mogelijkheid om gezamenlijk tot beëindiging van het dienstverband te komen door middel van het opstellen van een vaststellingsovereenkomst (hierna: VSO). Indien werkgever en werknemer niet tot overeenstemming komen, kan de werkgever overgaan tot ontslag wegens bedrijfseconomische redenen. In geval van een bedrijfseconomisch ontslag wordt, nadat de flexibele schil van de onderneming is verwijderd, de ontslagvolgorde van werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd bepaald aan de hand van het afspiegelingsbeginsel.⁷²

§ 4.2.1 Het afspiegelingsbeginsel

Het afspiegelingsbeginsel bepaald binnen een categorie uitwisselbare functies de ontslagvolgorde aan de hand van de duur van het dienstverband en de leeftijd van de werknemers.⁷³ Van een uitwisselbare functie is sprake indien de functies naar functie-inhoud, vereiste kennis, vaardigheden en competenties en de tijdelijke of structurele aard van de functie vergelijkbaar zijn én naar niveau en beloning gelijkwaardig.⁷⁴ Indien een functie niet uitwisselbaar is, is sprake van een unieke functie. Er is dan slechts één werknemer die deze functie vervult. Het afspiegelingsbeginsel kan niet worden toegepast bij een unieke functie.⁷⁵

⁷¹ Palm, ArA, aflevering 3, p. 3.

⁷² Kamerstukken II 2013/2014, 33 818, nr. 3, p. 46.

⁷³ Kamerstukken II 2013/2014, 33 818, nr. 3, p. 46.

⁷⁴ Artikel 13 Ontslagregeling.

⁷⁵ Van Vliet & Filippo 2016, p. 135.

Indien een gehele functie komt te vervallen, is het afspiegelingsbeginsel ook niet van toepassing.⁷⁶

Per leeftijdsgroep moet de werkgever de werknemer met het kortste dienstverband als eerste voor ontslag voordragen, dit wordt ook wel het last in first out-beginsel genoemd. De werknemers van de categorie uitwisselbare functies worden ingedeeld in vijf leeftijdsgroepen, namelijk van 15 – 25 jaar, 25 – 35 jaar, 35 – 45 jaar, 45 – 55 jaar en 55 tot de AOW-gerechtigde leeftijd.⁷⁷

§ 4.2.2 Berekening dienstjaren

De vraag die bij de berekening van de dienstjaren voor het afspiegelingsbeginsel een rol speelt is of de dienstjaren die een werknemer heeft doorgebracht bij de voorgaande, failliete, werkgever ook meetellen bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel.

§ 4.2.2.1 Berekening dienstjaren vóór 1 juli 2015

Tot 1 juli 2015 waren de Beleidsregels Ontslagtaak UWV (hierna: Beleidsregels) van toepassing bij het afspiegelingsbeginsel. Volgens deze Beleidsregels werden de dienstjaren doorgebracht bij de failliete werkgever niet meegeteld bij de berekening van de duur van het dienstverband bij de doorstarter.⁷⁸ De aanvangsdatum van het dienstverband bij de doorstarter werd hierbij als nieuwe indiensttredingsdatum aangemerkt. Een belangrijk argument hiervoor was dat het meenemen van de anciënniteitsrechten de doorstarter ervan kan weerhouden om bepaalde werknemers van de failliet een arbeidsovereenkomst aan te bieden.⁷⁹ Hierbij werd met name gedoeld op werknemers die over veel dienstjaren beschikken.

§ 4.2.2.2 Berekening dienstjaren sinds 1 juli 2015

In artikel 7:669, vijfde lid sub a, BW is opgenomen dat de Minister regels zal stellen voor het bepalen van de volgorde van opzegging bij het vervallen van arbeidsplaatsen. Dit heeft de Minister gedaan in de Ontslagregeling. De Ontslagregeling is per 1 juli 2015 in de plaats getreden van de Beleidsregels.⁸⁰ De Beleidsregels zijn per 1 juli 2015 vervallen.⁸¹

Regels met betrekking tot het bepalen van de ontslagvolgorde zijn opgenomen in artikel 11 tot en met 16 van de Ontslagregeling. Sinds 1 juli 2015 wordt in de Ontslagregeling aangesloten bij de formulering van opvolgend werkgeverschap in het kader van de ketenregeling.⁸² Dit betekent dat, indien sprake is van opvolgend werkgeverschap, bij de berekening van de duur van het dienstverband van de werknemer ook rekening moet worden gehouden met de dienstjaren die zijn doorgebracht bij de voorgaande werkgever.⁸³

§ 4.2.2.3 Onderbrekingstermijn

Indien er een periode van meer dan zes maanden tussen de opvolgende arbeidsovereenkomsten zit, tellen de arbeidsovereenkomsten vóór de onderbreking niet mee voor de berekening van het aantal dienstjaren.⁸⁴ Hiermee is de onderbrekingstermijn voor het afspiegelingsbeginsel sinds de invoering van de WWZ in lijn met de onderbrekingstermijn van de transitievergoeding en de ketenregeling.⁸⁵ Onderbrekingstermijnen korter dan zes maanden tellen mee bij de berekening van het totaal aantal dienstjaren.

⁷⁶ 'Afspiegelingsbeginsel bij ontslag om bedrijfseconomische redenen' *Rijksoverheid* 30 december 2017.

⁷⁷ Artikel 11 lid 1 Ontslagregeling.

⁷⁸ Hoofdstuk 13 § 8 Beleidsregels Ontslagtaak UWV.

⁷⁹ 'Gevolgen WWZ voor doorstartende werkgever en werknemer V: het afspiegelingsbeginsel' *Blauw Tekstra Uding Advocaten* 25 oktober 2017.

⁸⁰ *Stcrt.* 2015, 12685.

⁸¹ Artikel 28 lid 1 Ontslagregeling.

⁸² Artikel 7:668a lid 2 BW.

⁸³ Artikel 15 lid 2 en 3 Ontslagregeling.

⁸⁴ Artikel 15 lid 1 Ontslagregeling.

⁸⁵ Zie hoofdstuk 4 § 4.3.2 en § 4.4.1.

Artikel 15 lid 4 Ontslagregeling regelt dat voorafgaande arbeidsovereenkomsten die voor 1 juli 2015 zijn aangegaan niet worden samengeteld voor de berekening van de duur van het dienstverband als zij elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van meer dan drie maanden. Voor alle arbeidsovereenkomsten die voorafgaan aan de laatste arbeidsovereenkomst die voor 1 juli 2015 is aangegaan geldt dus dat ze alleen worden samengeteld als de onderbreking drie maanden of korter was.⁸⁶

§ 4.2.3 Gevolgen afspiegelingsbeginsel

Vóór 1 juli 2015 werden de dienstjaren bij de failliete werkgever niet meegeteld bij de berekening van het totaal aantal dienstjaren waarover een werknemer beschikt in het kader van het afspiegelingsbeginsel. Sinds 1 juli 2015 is daar verandering in gekomen en spelen de dienstjaren die de werknemer heeft doorgebracht bij de failliet, indien sprake is van opvolgend werkgeverschap, wél een rol bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel. De dienstjaren van de werknemer worden namelijk meegeteld.

Met name voor werkgever die een failliete onderneming heeft doorgestart en ook nog werknemers van vóór de doorstart in dienst heeft zal dit nadelige gevolgen hebben. De kans bestaat namelijk dat werknemers die reeds bij de doorstarter in dienst waren eerder voor ontslag in aanmerking komen omdat zij over minder dienstjaren beschikken dan de werknemer aan wie bij de doorstart een arbeidsovereenkomst is aangeboden. Deze situatie speelt met name indien een derde de onderneming doorstart. Indien een failliet zelf de onderneming doorstart zal hij de werknemers die hij voorheen in dienst had ook na de doorstart in dienst nemen.

§ 4.3 Opvolgend werkgeverschap en de transitievergoeding

De wetgever heeft met de invoering van de WWZ een nieuwe vergoeding geïntroduceerd, namelijk de transitievergoeding.⁸⁷ Enerzijds is de transitievergoeding bedoeld als compensatie voor het ontslag en anderzijds om de werknemer met behulp van de hiermee gemoeide financiële middelen in staat te stellen de transitie naar een andere baan te vergemakkelijken.⁸⁸ Daarnaast wordt met de verankering van de transitievergoeding in de wet beoogd rechtszekerheid te bieden.⁸⁹

§ 4.3.1 Voorwaarden transitievergoeding

Een werknemer komt bij het eindigen van het dienstverband voor een transitievergoeding in aanmerking indien aan de twee voorwaarden die artikel 7:673 BW stelt wordt voldaan.

De eerste voorwaarde vereist dat de totale duur van het dienstverband ten minste 24 maanden bedraagt. De duur van 24 maanden is gekoppeld aan de financiële zorgplicht die de werkgever in het kader van goed werkgeverschap voor zijn werknemer heeft. Die financiële zorgplicht ontstaat volgens de wetgever pas nadat de arbeidsovereenkomst een zekere tijd heeft geduurd, waarbij de grens op twee jaar ligt. De termijn van twee jaar brengt tot uitdrukking dat een werkgever alleen bij langer durende arbeidsrelaties gehouden is tot het betalen van een vergoeding.⁹⁰

De tweede voorwaarde vereist dat de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever is geëindigd. Een arbeidsovereenkomst wordt geacht op initiatief van de werkgever te zijn geëindigd indien de arbeidsovereenkomst door de werkgever is opgezegd, ontbonden of niet voortgezet of indien de arbeidsovereenkomst door de werknemer is opgezegd, ontbonden of niet voortgezet, als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.⁹¹

⁸⁶ Stcrt. 2015, 12685, p. 23.

⁸⁷ Kamerstukken I 2013/2014, 33 818, C, p. 3.

⁸⁸ Kamerstukken II 2013/2014, 33 818, nr. 3, p. 38 & Kamerstukken II 2013/2014, 33 818, nr. 4, p. 10.

⁸⁹ Kamerstukken II 2013/2014, 33 818, nr. 7, p. 69.

⁹⁰ Kamerstukken II 2013/2014, 33 818, nr. 3, p. 38.

⁹¹ Artikel 7:673 lid 1 sub a jo. sub b BW.

Er dient te worden opgemerkt dat, indien de arbeidsovereenkomst eindigt of niet wordt voortgezet op de dag dat de werknemer de leeftijd van achttien jaar bereikt en de gemiddelde omvang van de arbeid ten hoogste twaalf uur per week heeft bedragen, er geen transitievergoeding is verschuldigd.⁹² Daarnaast is er ook geen transitievergoeding verschuldigd indien de werknemer de AOW-gerechtigde leeftijd heeft bereikt of het beëindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst het gevolg is van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werknemer.⁹³

§ 4.3.2 Berekening transitievergoeding

De transitievergoeding betreft een vastgesteld bedrag waarbij in beginsel uitsluitend rekening wordt gehouden met de lengte van het dienstverband en het laatstverdiende maandsalaris.⁹⁴ Onder het maandsalaris moet worden verstaan het bruto maandsalaris, vermeerderd met vaste overeengekomen looncomponenten, zoals vakantietoeslag, vaste dertiende maand, overwerkvergoeding en een vaste ploegentoeslag.⁹⁵

Op grond van artikel 7:673, tweede lid, BW bedraagt de transitievergoeding over de eerste 120 maanden van het dienstverband, oftewel het eerste tot en met het tiende dienstjaar, 1/6 maandsalaris per gewerkt half dienstjaar. Vanaf het elfde dienstjaar geldt dat de transitievergoeding 1/4 maandsalaris per gewerkt half dienstjaar bedraagt.⁹⁶

Hoogte transitievergoeding

In artikel 7:673 lid 2 BW is opgenomen dat de transitievergoeding ten hoogste € 77.000,- bedraagt of een bedrag gelijk aan ten hoogste het loon over twaalf maanden, indien dat loon hoger is dan het maximumbedrag. Aan de hand van een bij wet voorgeschreven indexatie van het maximumbedrag van de transitievergoeding, wordt het maximumbedrag telkens met ingang van 1 januari door de Minister gewijzigd.⁹⁷ Het bedrag wordt daarbij afgerond op € 1.000,-.⁹⁸ Per 1 januari 2018 bedraagt het maximumbedrag € 79.000,-.⁹⁹

§ 4.3.3 Berekening dienstjaren

Om te kunnen berekenen of een werknemer recht heeft op een transitievergoeding, en wat de hoogte van deze transitievergoeding wordt, moet allereerst het aantal dienstjaren van de werknemer worden vastgesteld.

In navolging op de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) waarin werd voorgesteld in de wet op te nemen dat voor het bepalen van de omvang van de transitievergoeding, indien sprake is van opvolgend werkgeverschap, de duur van de arbeidsovereenkomsten bij de oude en nieuwe werkgever samen te tellen, is dit bij de invoering van de WWZ opgenomen in artikel 7:673 lid 4 sub b BW.¹⁰⁰ Voor de berekening van de transitievergoeding houdt dit in dat, indien sprake is van opvolgend werkgeverschap, de dienstjaren vóór de doorstart ook meetellen bij de berekening van het aantal dienstjaren, en dus de hoogte van de transitievergoeding.

Berekening transitievergoeding tussenpozen

Op grond van artikel 7:673 lid 4 BW worden arbeidsovereenkomsten die elkaar opvolgen met tussenpozen van ten hoogste zes maanden samengeteld. Zowel uit artikel 7:673 BW als uit de toelichting daarop volgt niet dat de tussenpozen meetellen bij de berekening van het recht

⁹² Artikel 7:673 lid 7 sub a BW.

⁹³ Artikel 7:673 lid 7 sub b jo. sub c BW.

⁹⁴ Houweling e.a. deel I 2015, p. 1425.

⁹⁵ Boot, *ArbeidsRecht*, aflevering 5, p. 16.

⁹⁶ Artikel 7:673 lid 2 BW.

⁹⁷ Artikel 7:673 lid 3 BW.

⁹⁸ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 818, nr. 7, p. 81.

⁹⁹ *Stcr.* 2017, 56938.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 818, nr. 3, p. 39 & *Stb.* 2014, 216, p. 16.

op een transitievergoeding.¹⁰¹ De tussenpozen moeten bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding dus niet worden meegeteld.

§ 4.3.4 Overgangsregelingen transitievergoeding

Bij de invoering van de WWZ zijn een tweetal overgangsregelingen met betrekking tot de transitievergoeding geïntroduceerd. Namelijk de Overgangsregeling transitievergoeding oudere werknemer (hierna: Regeling oudere werknemer) en de Overgangsregeling transitievergoeding kleine werkgever (hierna: Regeling kleine werkgever).¹⁰²

§ 4.3.4.1 Overgangsregeling transitievergoeding oudere werknemer

De Regeling oudere werknemer is opgenomen in artikel 7:673a BW en blijft van kracht tot 1 januari 2020, waarna de oudere werknemers onder de reguliere transitievergoeding komen te vallen.¹⁰³

Onder een oudere werknemer wordt verstaan de werknemer die bij het eindigen of niet voortzetten van de arbeidsovereenkomst vijftig jaar of ouder is.¹⁰⁴ Een bijkomende eis is dat de werknemer minimaal tien jaar in dienst moet zijn geweest bij de werkgever, dit wordt ook wel de referte-eis van de transitievergoeding genoemd. De referte-eis van tien jaar brengt tot uitdrukking dat van de werkgever alleen een hogere vergoeding wordt verlangd als een oudere werknemer langere tijd bij hem werkzaam is geweest.¹⁰⁵

Voor een oudere werknemer bedraagt de transitievergoeding, nadat de werknemer de leeftijd van vijftig jaar heeft bereikt, de helft van het maandsalaris per gewerkt half dienstjaar.¹⁰⁶ De Regeling oudere werknemer gaat in vanaf de eerste volledige periode van zes maanden nadat de werknemer de leeftijd van vijftig jaar heeft bereikt.¹⁰⁷

De berekening van de hoogte van de transitievergoeding bedraagt voor een werknemer die de leeftijd van vijftig jaar heeft bereikt, maar nog niet aan de referte-eis van tien dienstjaren voldoet, over de eerste tien dienstjaren 1/6 maandsalaris per gewerkt half dienstjaar. Na die tien dienstjaren wordt dit een half maandsalaris per gewerkt half dienstjaar.

§ 4.3.4.2 Overgangsregeling transitievergoeding kleine werkgever

De Regeling kleine werkgever is met de invoering van de WWZ opgenomen in artikel 7:673d BW.¹⁰⁸ De wetgever heeft in een tijdelijke regeling voorzien omdat werkgevers voor de invoering van de WWZ niet altijd een vergoeding verschuldigd waren.¹⁰⁹

Om als kleine werkgever te worden aangemerkt geldt de eis dat de werkgever in de tweede helft van het jaar voorafgaand aan het jaar waarin de voordracht voor ontslag plaatsvindt gemiddeld minder dan vijftientwintig medewerkers in dienst moet hebben gehad. De werkgever die wordt aangemerkt als kleine werkgever kan van de Regeling kleine werkgever gebruikmaken bij een ontslag vanwege bedrijfseconomische redenen, maar alleen indien dat ontslag is ingegeven door de slechte financiële situatie waarin de werkgever verkeert.¹¹⁰ De slechte financiële situatie zal moeten blijken uit de jaarrekeningen over de drie voorafgaande jaren en een prognose over de eerstvolgende zes maanden.¹¹¹

¹⁰¹ *Kamerstukken I* 2013/2014, 33 818, C, p. 14 & p. 104.

¹⁰² Loonstra & Zondag 2015, p. 713.

¹⁰³ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 818, nr. 3, p. 40 & artikel 7:673a lid 4 BW.

¹⁰⁴ Artikel 7:673a lid 1 BW.

¹⁰⁵ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 818, nr. 3, p. 40.

¹⁰⁶ Artikel 7:673a lid 1 BW.

¹⁰⁷ 'Hoe hoog is de ontslagvergoeding als ik 50 jaar of ouder ben?' *Rijksoverheid* 17 oktober 2017.

¹⁰⁸ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 818, nr. 3, p. 41 & *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 818, nr. 24, p. 1.

¹⁰⁹ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 818, nr. 24, p. 2.

¹¹⁰ Artikel 7:673d lid 1 BW.

¹¹¹ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 818, nr. 24, p. 2.

Dienstjaren

Indien een werkgever wordt aangemerkt als kleine werkgever dan hoeft hij alleen een transitievergoeding te betalen over de periode dat de werknemer in dienst is getreden vanaf 1 mei 2013.¹¹² De dienstjaren voor deze datum worden buiten beschouwing gelaten.¹¹³ Voor de dienstjaren gelegen na deze datum geldt dat de werkgever voldoende tijd heeft gehad om reserves op te bouwen.¹¹⁴ De Regeling kleine werkgever vervalt per 1 januari 2020.¹¹⁵

Voorbeeldsituatie

Werkneemster is op 1 januari 1990 in dienst getreden bij haar werkgever. Bij de werkgever zijn slechts tien werknemers in dienst. Vanwege de komst van concurrentie is de werkgever in financiële problemen gekomen en heeft hij via het UWV een ontslagvergunning voor werkneemster aangevraagd en gekregen. Werkneemster treedt per 1 januari 2018 uit dienst. De werkgever is nu slechts een transitievergoeding verschuldigd gebaseerd op negen periodes van zes maanden, namelijk vanaf 1 mei 2013 tot en met 1 januari 2018.

§ 4.3.5 Transitievergoeding bij een faillissement

In artikel 7:673c BW heeft de wetgever opgenomen dat de transitievergoeding niet is verschuldigd indien de werkgever in staat van faillissement is verklaard of aan hem surseance van betaling is verleend. Indien een curator de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 40 Fw opzegt, heeft de werknemer dus géén recht op een transitievergoeding. In de MvT wordt als toelichting op artikel 7:673c lid 1 BW gegeven dat het in faillissementssituaties duidelijk is dat de werkgever niet langer in staat is om de transitievergoeding te betalen.¹¹⁶ Dit is ook logisch want de werkgever wordt niet voor niets failliet verklaard.

§ 4.3.6 Transitievergoeding in de jurisprudentie

Sinds de inwerkingtreding van de WWZ, en dus ook de invoering van de transitievergoeding, is de transitievergoeding diverse keren aan bod gekomen in de jurisprudentie.

De Rechtbank Gelderland heeft zich uitgelaten over de vraag of de werkgever een transitievergoeding dient te betalen bij een faillissement. Volgens de rechter moet worden aangenomen dat artikel 7:673c lid 1 BW ertoe strekt dat de op de datum van faillissement reeds verschuldigde transitievergoeding niet langer hoeft te worden betaald. Maar de rechter is ook van mening dat deze bepaling er niet toe strekt 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. Dit betekent dat, indien sprake is van opvolgend werkgeverschap, de volledige arbeidsduur van voor de faillissementsdatum meetelt bij de berekening van de transitievergoeding.¹¹⁷

De Rechtbank Midden-Nederland heeft zich over de vraag uitgelaten of een werknemer recht heeft op een transitievergoeding en of bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding de duur van het voorafgaande dienstverband moet worden meegenomen. Aangezien de arbeidsovereenkomst tussen de partijen van rechtswege is geëindigd en ten minste 24 maanden heeft geduurd, was de rechter van oordeel dat de werknemer recht heeft op een transitievergoeding. De rechter heeft hierbij de doorstarter aangemerkt als opvolgend werkgever. De rechter heeft hierbij gelet op de functie die werknemer voor en na de doorstart uitvoerde en het feit dat de werkgever een substantieel deel van het personeel bij de doorstart een arbeidsovereenkomst heeft aangeboden. Over de berekening van de hoogte van de transitievergoeding heeft de rechter bepaald dat het

¹¹² *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 818, nr. 24, p. 2.

¹¹³ Artikel 7:673d lid 1 BW.

¹¹⁴ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 818, nr. 24, p. 3.

¹¹⁵ Artikel 7:673d lid 3 BW & *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 818, nr. 24, p. 3.

¹¹⁶ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 818, nr. 3, p. 114.

¹¹⁷ Rb. Gelderland 15 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:190.

faillissement van de vorige werkgever niet in de weg staat bij de berekening van de duur van het dienstverband. De dienstjaren bij de failliet dienen dus te worden meegenomen in de berekening van het arbeidsverleden en daarmee de hoogte van de transitievergoeding.¹¹⁸

De Rechtbank Oost-Brabant heeft zich in een andere zaak uitgelaten over het arbeidsverleden van de werknemer bij de failliet voor de berekening van de hoogte van de transitievergoeding. Volgens de rechter dienen de dienstjaren bij de failliet mee te tellen bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding omdat de doorstarter als opvolgend werkgever wordt aangemerkt.¹¹⁹

De invoering van de transitievergoeding heeft voor werkgevers in het algemeen nieuwe verplichtingen met zich gebracht waar zij voorheen geen rekening mee dienden te houden. Het Hof Amsterdam heeft hierover een oordeel gevelde in een zaak waarbij de doorstarter het niet eens was met de hoogte van de transitievergoeding omdat de dienstjaren bij de failliet meetellen voor de berekening hiervan. Volgens het Hof kan er geen uitzondering worden gemaakt wanneer de omstandigheid zich voordoet dat de hoogte van de transitievergoeding wordt bepaald door aansluitende dienstverbanden bij werkgevers die als elkaars opvolger zijn aan te merken. Artikel 7:673 BW heeft namelijk onmiddellijke werking en is daarom op alle gevallen sinds 1 juli 2015 van toepassing.¹²⁰

Uit bovenstaande rechtspraak kan worden geconcludeerd dat indien sprake is van opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement de dienstjaren die de werknemer bij de failliet heeft doorgebracht meetellen bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding. Daarnaast wordt aangedragen dat artikel 7:673 BW onmiddellijke werking heeft en daarom op alle gevallen sinds 1 juli 2015 van toepassing is. Uit de rechtspraak komt ook naar voren dat een faillissement geen 'knip' aanbrengt in de dienstjaren die meetellen bij de berekening van het aantal dienstjaren voor de transitievergoeding.

§ 4.3.7 Gevolgen transitievergoeding

Bij een doorstart na faillissement dient de doorstarter, indien sprake is van opvolgend werkgeverschap, bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding rekening te houden met de dienstjaren van de werknemer. Hierbij dienen ook de dienstjaren die de werknemer bij de failliet heeft doorgebracht in acht te worden genomen.

Voor werknemers die de leeftijd van vijftig jaar hebben bereikt dient de doorstarter een hogere transitievergoeding te betalen. Naast het feit dat oudere werknemers vaak over meer dienstjaren beschikken dan jongere werknemers, is er ook nog de Regeling oudere werknemer waardoor zij, indien minimaal tien jaar in dienst, een hogere transitievergoeding krijgen. Dit zal voor de doorstarter een punt zijn waar hij bij een doorstart rekening mee zal moeten houden bij het aanbieden van een arbeidsovereenkomst.

Met name werknemers die in dienst zijn bij een werkgever die als kleine werkgever wordt aangemerkt ondervinden, indien het ontslag om bedrijfseconomische redenen samenhangt met een slechte financiële situatie, de gevolgen van de Regeling kleine werkgever. Door de toepassing van de Regeling kleine werkgever tellen slechts de dienstjaren vanaf 1 mei 2013 mee bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding.

¹¹⁸ Rb. Midden-Nederland 21 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4242.

¹¹⁹ Rb. Oost-Brabant 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4849.

¹²⁰ Hof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3064.

§ 4.4 Opvolgend werkgeverschap en de ketenregeling

Een van de opvallendste wijzigingen die de WWZ heeft meegebracht is de wijziging van de ketenregeling van artikel 7:668a BW.¹²¹ In het huidige artikel 7:668a lid 1 sub a jo. sub b BW is de volgende bepaling opgenomen: *‘Vanaf de dag dat tussen dezelfde partijen:*

- a. *arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd elkaar met tussenpozen van ten hoogste zes maanden hebben opgevolgd en een periode van 24 maanden, deze tussenpozen inbegrepen, hebben overschreden, geldt met ingang van die dag de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd;*
- b. *meer dan drie voor bepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomsten elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van ten hoogste zes maanden, geldt de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd.’*

Kort gezegd regelt de ketenregeling wanneer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.¹²²

§ 4.4.1 De ketenregeling sinds de invoering van de Wet Werk en Zekerheid

De huidige ketenregeling is ten opzichte van de ketenregeling zoals deze gold vóór de invoering van de WWZ op 1 juli 2015 gelijk gebleven ten aanzien van het maximaal aantal arbeidsovereenkomsten dat voor bepaalde tijd kan worden gesloten, namelijk drie. De vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De wijziging van de ketenregeling zit in een tweetal dingen. Ten eerste de tijd waarbinnen de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen worden aangegaan. Ten tweede de periode die tussen de arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd moet zitten om de keten opnieuw te laten starten.

Duur

De maximale duur waarbinnen twee of drie opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen worden gesloten, die elk van rechtswege eindigen, is ingekort van 36 naar 24 maanden. Wanneer een reeks van arbeidsovereenkomsten een periode van 24 maanden en één dag heeft overschreden, geldt de laatste arbeidsovereenkomst als aangegaan voor onbepaalde tijd.¹²³

De vermindering van de termijn waarbinnen opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen worden gesloten heeft als doel werknemers eerder naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd te laten doorstromen en daarmee, in theorie, voor werknemers meer baanzekerheid te creëren.¹²⁴ In de praktijk pakt dit anders uit en krijgen werknemers veelal geen arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangeboden, maar moeten zij op zoek naar een nieuwe dienstbetrekking.

Doorbreking ketenregeling

Zodra partijen minimaal zes maanden en één dag niet aan elkaar verbonden zijn, wordt de ketenregeling van artikel 7:668a lid 1 BW doorbroken. In beginsel kan dan opnieuw een keten van arbeidsovereenkomsten worden aangegaan.¹²⁵ Vóór de invoering van de WWZ werd de keten van arbeidsovereenkomsten al doorbroken na een minimale periode van drie maanden en één dag.

Onderbrekingen van ten hoogste zes maanden tellen ook mee bij de berekening van het tijdvak van 24 maanden.¹²⁶

¹²¹ Boot e.a. 2015, p. 10.

¹²² *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 818, nr. 3, p. 22.

¹²³ Houweling e.a. deel I 2015, p. 1460.

¹²⁴ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 818, nr. 3, p. 15 & *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 818, nr. 7, p. 10 & 16.

¹²⁵ Houweling e.a. deel I 2015, p. 1460.

¹²⁶ De Wolff, *TRA*, aflevering 3, p. 22.

Voorbeeldsituatie

Een werknemer is tot 1 februari 2016 voor bepaalde tijd in dienst geweest bij zijn werkgever. Op 1 oktober 2016 treedt de werknemer wederom in dienst bij dezelfde werkgever. Partijen zijn hiermee acht maanden niet aan elkaar verbonden geweest. De ketenregeling van artikel 7:668a lid 1 BW is daarmee doorbroken. Vanaf 1 oktober 2016 kunnen partijen weer drie arbeidsovereenkomsten binnen 24 maanden overeenkomen zonder dat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

§ 4.4.2 De ketenregeling bij opvolgend werkgeverschap

De ketenregeling is op grond van artikel 7:668a, tweede lid, BW ook van toepassing indien sprake is van opvolgend werkgeverschap. Indien sprake is van opvolgend werkgeverschap tellen de arbeidsovereenkomsten die de werknemer met de failliet had mee in de keten bij de doorstarter.

Indien sprake is van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd waarbij een periode van meer dan 24 maanden is verstreken, wordt de laatste arbeidsovereenkomst na 24 maanden van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.¹²⁷ Dit betekent dat bij opvolgend werkgeverschap bij een vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, dan wel na een periode van 24 maanden, een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat.

Bovendien telt bij opvolgend werkgeverschap ook een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd tussen een werknemer en de failliet mee in de keten.¹²⁸ Omdat arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd over het algemeen langer duren dan arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd zal in geval van opvolgend werkgeverschap over het algemeen eerder sprake zijn van een omzetting naar een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.¹²⁹ Hiermee loopt de doorstarter het risico dat de werknemer bij hem voor onbepaalde tijd in dienst blijkt te zijn, terwijl de doorstarter slechts een eerste arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met de werknemer is aangegaan.¹³⁰

§ 4.4.3 Overgangsrecht ketenregeling

De 'nieuwe' ketenregeling van artikel 7:668a BW geldt pas als er op of na 1 juli 2015 een (opvolgende) arbeidsovereenkomst wordt gesloten uiterlijk zes maanden na de daaraan voorafgaande arbeidsovereenkomst.¹³¹ Het nieuwe recht geldt voor de tussenpoos die voorafgaat aan de arbeidsovereenkomst die na 1 juli 2015 is gesloten, maar niet voor eerdere tussenpozen.¹³²

Op arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die zijn aangegaan vóór 1 juli 2015 geldt de oude ketenregeling. Indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd op 1 juli 2015 nog niet de periode van 24 maanden heeft overschreden, maar dit wel tijdens de duur van deze arbeidsovereenkomst gebeurt, dan blijft het oude artikel 7:668a BW van toepassing op die arbeidsovereenkomst. De wetgever acht dit redelijk en wenselijk vanwege de rechtszekerheid zodat de werkgever na inwerkingtreding van de WWZ nog een keuzemoment heeft voordat sprake is van een omzetting in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.¹³³

¹²⁷ Palm – 2, *TAP*, aflevering 3, p. 4.

¹²⁸ *Kamerstukken I* 1997/1998, 25 263, nr. 132b, p. 18.

¹²⁹ 'Ketenregeling' *Arbeidsrechtadvocatenkantoor* 4 januari 2018.

¹³⁰ 'Opvolgend werkgeverschap' *Tavasszy advocatenkantoor* 4 januari 2018.

¹³¹ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 818, nr. 7, p. 37.

¹³² Artikel XXIIe lid 2 Overgangsrecht WWZ.

¹³³ *Kamerstukken II* 2013/2014, 33 818, nr. 3, p. 22.

Voorbeeldsituatie

Een werkgever en werknemer hebben drie opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd van ieder een jaar afgesproken waarvan de derde ingaat op 1 juni 2015. Als deze derde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt op 1 juni 2016, kan deze van rechtswege eindigen zonder dat een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan.

§ 4.4.3.1 Jurisprudentie ketenregeling

De Rechtbank Midden-Nederland heeft benadrukt dat de WWZ in beginsel geldt voor alle arbeidsovereenkomsten die op 1 juli 2015 bestonden, maar dat hierop een aantal uitzonderingen is gemaakt in het overgangsrecht. Het overgangsrecht met betrekking tot de ketenregeling is een van die uitzonderingen. In deze zaak is de arbeidsovereenkomst aangegaan op 1 januari 2014. Daarom oordeelt de rechter dat het overgangsrecht van toepassing is.¹³⁴

In een andere zaak heeft de Rechtbank Midden-Nederland zich uitgesproken over de vraag of de oude of de nieuwe criteria dienen te worden gehanteerd bij de beoordeling van opvolgend werkgeverschap. Hierbij is de rechter ook ingegaan op de ketenregeling. Volgens de rechter is voor de ketenregeling van artikel 7:668a lid 1 BW in overgangsrecht voorzien. Het overgangsrecht ziet op de totale duur van de keten en de duur van de onderbrekingen. In het overgangsrecht is bepaald dat het oude recht van toepassing is op de voor 1 juli 2015 voortgezette arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Volgens de rechter heeft de wetgever dit wenselijk geacht vanwege de rechtszekerheid zodat werkgever en werknemer na de inwerkingtreding van de WWZ nog een keuzemoment hebben voordat sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.¹³⁵

Ook de Hoge Raad heeft het overgangsrecht met betrekking tot de ketenregeling in een zaak betrokken. De vraag die in deze zaak speelde was of de ketenregeling aan de hand van oud of nieuw recht dient te worden benaderd. De Hoge Raad heeft hierbij naar artikel XXIIe lid 2 WWZ verwezen. Dit artikel vereist dat toepassing van de duur van de keten van 24 maanden pas geldt indien op of na 1 juli 2015 een nieuwe arbeidsovereenkomst is aangegaan. Het uiteindelijke oordeel van de Hoge Raad in deze zaak was dat als een keten voor 1 juli 2015 al doorbroken was doordat bij een voor die datum plaatsgevonden werkgeverswissel geen sprake was van opvolgend werkgeverschap in de zin van het arrest Van Tuinen/Wolters, dit na die datum niet met terugwerkende kracht anders beoordeeld moet worden.¹³⁶

Uit bovenstaande jurisprudentie komt naar voren dat de WWZ in beginsel geldt voor alle arbeidsovereenkomsten die op 1 juli 2015 bestonden, maar dat het overgangsrecht met betrekking tot de ketenregeling hier een uitzondering op maakt. Indien de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd vóór 1 juli 2015 is aangegaan, blijft het oude artikel 7:668a lid 1 BW van toepassing. Dit komt erop neer dat als geldend recht moet worden gezien de regels zoals ze golden op het moment ten tijde van het sluiten van de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd.¹³⁷

§ 4.4.4 Gevolgen ketenregeling

Door de 'nieuwe' ketenregeling wordt een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd al na 24 maanden, dan wel bij een vierde arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De ketenregeling is ook van toepassing indien sprake is van opvolgend werkgeverschap waardoor de arbeidsovereenkomsten die de werknemer met de failliet heeft gehad meetellen in de keten bij de doorstarter. Doordat ook een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd meetelt in de keten zal de werknemer met de doorstarter eerder, dan wel niet onmiddellijk een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd

¹³⁴ Rb. Midden-Nederland 18 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1475.

¹³⁵ Rb. Midden-Nederland 26 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2932.

¹³⁶ HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2905 (*Constar Plastics*).

¹³⁷ Roukema & Rutgers, *Bb*, afl. 5, p. 52.

hebben, ook al is de werknemer bij de doorstart een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangeboden.

Hierdoor wordt het voor een doorstarter lastig om een werknemer die met de failliet een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft gehad voor bepaalde tijd in dienst te nemen. Voor de werknemers, die door de doorstarter een arbeidsovereenkomst krijgen aangeboden, zal dit juist wel weer een positief effect hebben omdat deze werknemers eerder een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde zullen hebben bij de doorstarter. Indien sprake is van opvolgend werkgeverschap levert dit voor de werknemer meer baanzekerheid op. Indien geen sprake is van opvolgend werkgeverschap begint de keten van arbeidsovereenkomsten opnieuw.

§ 4.5 Opvolgend werkgeverschap en de Ragetlie-regel

Indien een werknemer een arbeidsovereenkomst wordt aangeboden door de doorstarter kan het voorkomen dat dit een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is, terwijl de werknemer met de failliet een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had. Hierbij speelt de vraag of deze arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt.

Ragetlie-arrest

Reeds in 1986 heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de vraag of een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die volgt op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd moet worden opgezegd.¹³⁸ In het Ragetlie-arrest heeft de Hoge Raad zich op het standpunt gesteld dat indien een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met wederzijds goedvinden is geëindigd en deze arbeidsovereenkomst is voortgezet door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, met betrekking tot deze laatste arbeidsovereenkomst opzegging met inachtneming van de opzegtermijn vereist is. De Hoge Raad noemt in het arrest als voorwaarde voor de eis van opzegging, dat de arbeidsvoorwaarden en werkzaamheden onder de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd gelijk dienden te zijn aan die welke op de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd van toepassing waren.¹³⁹

§ 4.5.1 De Ragetlie-regel sinds de invoering van de Wet Werk en Zekerheid

De Ragetlie-regel is in 1999 opgenomen in artikel 7:667 lid 4 BW.¹⁴⁰ De Ragetlie-regel vormt een uitzondering op de regel van artikel 7:667 lid 1 BW die bepaald dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in beginsel van rechtswege eindigt op de einddatum van de overeenkomst. Artikel 7:667 lid 4 BW strekt met name tot het bieden van ontslagbescherming aan de werknemer.¹⁴¹ In het kader van de WWZ is aan de Ragetlie-regel toegevoegd dat ook de opzegging door de curator op grond van artikel 40 Fw tijdens een faillissement een rechtsgeldige opzegging is.¹⁴²

Artikel 7:667, vierde lid, BW luidt als volgt: *‘Indien een voor onbepaalde tijd aangegane arbeidsovereenkomst, die anders eindigt dan door opzegging als bedoeld in artikel 671, lid 1, onderdelen a tot en met h, of artikel 40 van de Faillissementswet of door ontbinding door de rechter is geëindigd, aansluitend of na een tussenpoos van ten hoogste zes maanden is opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, is in afwijking van lid 1 voor de beëindiging van die opvolgende arbeidsovereenkomst opzegging nodig...’*

¹³⁸ HR 4 april 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AB8727 (Ragetlie).

¹³⁹ Houweling e.a. deel I 2015, p. 1214.

¹⁴⁰ Stb. 1998, 741, p. 2.

¹⁴¹ Rb. Oost-Brabant 18 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4893.

¹⁴² Kamerstukken I 2013/2014, 33 818, C, p. 117.

Onderbrekingstermijn

Vóór de invoering van de WWZ werd ook bij de Ragetlie-regel een onderbrekingstermijn van drie maanden en één dag gehanteerd.¹⁴³ Door ook bij de Ragetlie-regel de termijn van zes maanden en één dag te hanteren is deze regel in lijn met de onderbrekingsperiode van de transitievergoeding en de ketenregeling.

§ 4.5.2 Ragetlie-regel bij opvolgend werkgeverschap

De Ragetlie-regel geldt eveneens als een arbeidsovereenkomst wordt voortgezet bij een andere werkgever en de werkgevers ten aanzien van de verrichte arbeid als elkaars opvolgers moeten worden gezien. Oftewel, de situatie van opvolgend werkgeverschap.¹⁴⁴ De criteria die aan opvolgend werkgeverschap worden gesteld in het kader van de Ragetlie-regel zijn hetzelfde als bij de ketenregeling.¹⁴⁵ Indien de doorstarter na een doorstart bij faillissement als opvolgend werkgever wordt aangemerkt is de Ragetlie-regel dus in beginsel van toepassing.

Zoals reeds eerder aangegeven is voor opvolgend werkgeverschap niet in overgangsrecht voorzien. Ook in de situaties waarbij de Ragetlie-regel een rol speelt is door de wetgever niet in overgangsrecht voorzien. Voor de Ragetlie-regel zijn twee scenario's te onderscheiden. Namelijk het scenario waarbij de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is aangegaan vóór 1 juli 2015 en de einddatum ook vóór 1 juli 2015 ligt. En het scenario waarbij de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd is aangegaan vóór 1 juli 2015 en de contractuele einddatum op of na 1 juli 2015 ligt.¹⁴⁶

§ 4.5.2.1 Opvolgend werkgeverschap bij arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die eindigt vóór 1 juli 2015

Volgens het Leerorkest-arrest geldt voor opvolgend werkgeverschap de maatstaf uit het Van Tuinen/Taxicentrale Wolters-arrest indien de opvolgende arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt vóór 1 juli 2015.¹⁴⁷ Met het oog op de rechtszekerheid is dit ook logisch en in lijn met de rechtspraak met betrekking tot de beoordeling van opvolgend werkgeverschap.

Voorbeeldsituatie

Werknemer is op 1 januari 2010 in dienst getreden bij de werkgever. Op 20 mei 2014 is de onderneming failliet verklaard en de curator heeft de arbeidsovereenkomst opgezegd. Op 1 juni 2014 heeft er een doorstart plaatsgevonden en is aan de werknemer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd voor de duur van een jaar aangeboden. Op 1 juni 2015 eindigt de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Omdat de opvolgende arbeidsovereenkomst is geëindigd vóór 1 juli 2015 wordt met betrekking tot de Ragetlie-regel de oude maatstaf uit het Van Tuinen/Taxicentrale Wolters arrest gehanteerd.¹⁴⁸ Dus dient opvolgend werkgeverschap te worden beoordeeld aan de hand van het recht zoals het gold op het moment van het eindigen van de arbeidsovereenkomst.

§ 4.5.2.2 Opvolgend werkgeverschap bij arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die eindigt op of na 1 juli 2015

In het tweede scenario kan vanuit de gedachte van onmiddellijke werking en het ontbreken van overgangsrecht worden uitgegaan van beoordeling naar de nieuwe maatstaf voor opvolgend werkgeverschap. Het Hof Den Haag heeft hiervoor het aanvullende argument geleverd dat de wijziging in artikel 7:667 lid 4 BW van de woorden 'voortgezet' en 'voortgezette' in de woorden 'opvolgend' en 'opvolgende' onmiddellijke werking heeft.¹⁴⁹

¹⁴³ Artikel 7:667 lid 4 oud BW.

¹⁴⁴ Artikel 7:667 lid 5 BW.

¹⁴⁵ Artikel 7:667 lid 5 jo. artikel 7:668a lid 2 BW.

¹⁴⁶ Palm, TAP, aflevering 3, p. 8.

¹⁴⁷ HR 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2757 (Leerorkest).

¹⁴⁸ Palm, TAP, aflevering 3, p. 8.

¹⁴⁹ Hof Den Haag 14 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2676.

Voorbeeldsituatie

Werknemer is op 1 januari 2010 in dienst getreden bij de werkgever. Op 20 juli 2014 is de onderneming failliet verklaard en de curator heeft de arbeidsovereenkomst opgezegd. Op 1 augustus 2014 heeft er een doorstart plaatsgevonden en is aan de werknemer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangeboden. Op 1 augustus 2015 eindigt de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Omdat de opvolgende arbeidsovereenkomst is geëindigd na 1 juli 2015 wordt met betrekking tot de Ragetlie-regel directe werking aan de nieuwe criteria van opvolgend werkgeverschap toegekend.¹⁵⁰ Dus dient opvolgend werkgeverschap met betrekking tot de Ragetlie-regel aan de hand van de criteria die gelden sinds 1 juli 2015 te worden beoordeeld.

§ 4.5.3 Ragetlie-regel bij een doorstart na faillissement

In het vierde lid van artikel 7:667 BW is opgenomen dat, indien een arbeidsovereenkomst die voor onbepaalde tijd is aangegaan en anders dan door een rechtsgeldige opzegging¹⁵¹ of ontbinding door de rechter is geëindigd en aansluitend of na een tussenpoos van ten hoogste zes maanden wordt opgevolgd door een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, voor de beëindiging van die opvolgende arbeidsovereenkomst opzegging nodig is. In artikel 7:667 lid 5 BW is bepaald wanneer sprake is van opvolgende arbeidsovereenkomsten. Zoals aangegeven wordt hierbij dezelfde lijn aangehouden als bij de ketenregeling het geval is.

Over de Ragetlie-regel is in de parlementaire stukken opgemerkt dat, indien de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 40 Fw rechtsgeldig door de curator is opgezegd en dezelfde werkgever of een derde een doorstart maakt, artikel 7:667, vierde en vijfde lid, BW niet van toepassing zijn.¹⁵² De Ragetlie-regel geldt hiermee dus niet na een rechtsgeldige opzegging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door de curator. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die de doorstarter met de werknemer heeft gesloten eindigt in beginsel van rechtswege.

§ 4.5.4 Verhouding Ragetlie-regel tot ketenregeling

In 2016 heeft de rechter van de Rechtbank Overijssel geoordeeld dat artikel 7:668a lid 1 BW alleen dan van toepassing is als zowel bij de vorige als de opvolgend werkgever sprake is van arbeidsovereenkomsten van bepaalde tijd.¹⁵³ Hierbij wierp de rechter de vraag op of artikel 7:667 lid 4 BW niet aan de beoordeling van opvolgend werkgeverschap als bedoeld in artikel 7:668a BW in de weg staat omdat de werknemer bij de failliete werkgever een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had en bij de doorstarter een nieuwe keten is gaan lopen. Zowel de werkgever als werknemer in deze zaak hebben de rechter erop gewezen dat de ketenregeling van artikel 7:668a lid 1 jo. lid 2 BW ook van toepassing is in geval van opvolgend werkgeverschap waarbij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd wordt voortgezet door één of meerdere arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd en artikel 7:667 lid 4 BW daaraan niet in de weg staat.¹⁵⁴

Reeds in 2009 heeft het Hof Den Haag zich uitgesproken over de verhouding tussen de Ragetlie-regel en de ketenregeling bij een doorstart na faillissement.¹⁵⁵ Destijds heeft het Hof bepaald dat een door de curator, na een faillissement van de werkgever, opgezegde arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, meetelt als schakel in de ketenregeling van artikel 7:668a BW. Gevolg hiervan is dat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met een doorstarter, voor de doorstarter onbedoeld, kan zijn omgezet in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.¹⁵⁶

¹⁵⁰ Palm, *TAP*, aflevering 3, p. 8.

¹⁵¹ Artikel 7:671 lid 1 sub a tot en met h BW & artikel 40 Fw.

¹⁵² *Kamerstukken I* 2013/2014, 33 818, E, p. 3 – 4.

¹⁵³ Rb. Overijssel 6 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:5248.

¹⁵⁴ Rb. Overijssel 20 januari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:232.

¹⁵⁵ Hof Den Haag 3 maart 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH5977.

¹⁵⁶ Willems, *ArbeidsRecht*, aflevering 7, p. 32.

Uit de rechtspraak volgt dus dat de ketenregeling en Ragetlie-regel naast elkaar functioneren.

Voor de doorstarter lijkt het in eerste instantie goed nieuws dat hij niet wordt geconfronteerd met de Ragetlie-regel omdat een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege eindigt. Maar het arbeidsverleden bij de failliete werkgever wordt wél meegenomen in de ketenregeling van artikel 7:668a BW. Indien aan de voorwaarden zoals genoemd in § 4.4.1 is voldaan, kan toepassing van artikel 7:668a BW tot gevolg hebben dat, indien sprake is van opvolgend werkgeverschap, de met de werknemer gesloten arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd toch wordt aangemerkt als een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.¹⁵⁷

Voorbeeldsituatie

Een werknemer is bij de failliet vijf jaar in dienst geweest op grond van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Binnen zes maanden na het einde van die arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd sluit de werknemer met de doorstarter een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd. Deze arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd wordt dan direct in een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd omgezet omdat de duur van de ketenregeling is overschreden. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd eindigt dan niet van rechtswege.

§ 4.5.5 Gevolgen Ragetlie-regel

De Ragetlie-regel is eveneens van toepassing indien sprake is van opvolgend werkgeverschap. Met de invoering van de WWZ is aan de Ragetlie-regel toegevoegd dat een opzegging door de curator op grond van artikel 40 Fw tijdens een faillissement een rechtsgeldige opzegging is. Hierover is in de parlementaire geschiedenis bepaald dat, artikel 7:667, vierde en vijfde lid, BW niet van toepassing zijn. Daarmee geldt de Ragetlie-regel niet na een rechtsgeldige opzegging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door de curator. De doorstarter hoeft in beginsel de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet op te zeggen.

Er kan echter ook worden geconcludeerd dat er een verband is tussen de ketenregeling van artikel 7:668a BW en de Ragetlie-regel. Indien de duur van 24 maanden die geldt bij de ketenregeling wordt overschreden, waar zoals aangegeven in § 4.4.2 bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd al snel sprake van is, is de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd geworden.

§ 4.6 Conclusie

Indien bij een doorstart na faillissement sprake is van opvolgend werkgeverschap tellen de dienstjaren die de werknemer heeft doorgebracht bij de failliet mee bij de berekening van het totaal aantal dienstjaren waarover een werknemer beschikt.

Het afspiegelingsbeginsel bepaald binnen een categorie uitwisselbare functies de ontslagvolgorde aan de hand van de duur van het dienstverband en de leeftijd van de werknemers. De werknemer met het kortste dienstverband komt hierbij als eerste voor ontslag in aanmerking. Vóór 1 juli 2015 werden de dienstjaren die de werknemer had doorgebracht bij de failliet niet meegeteld bij de berekening van de duur van het dienstverband bij de doorstarter. Sinds 1 juli 2015 is dit anders en wordt in de Ontslagregeling aangesloten bij de formulering van opvolgend werkgeverschap zoals opgenomen in artikel 7:668a lid 2 BW. De dienstjaren die de werknemer heeft doorgebracht bij de failliet tellen sindsdien, indien sprake is van opvolgend werkgeverschap, wel mee bij de berekening van het totaal aantal dienstjaren waarover een werknemer beschikt. Hierbij geldt wel dat er rekening dient te worden gehouden met de onderbrekingstermijn van zes maanden. Indien sprake is van een onderbrekingsperiode van minimaal zes maanden en

¹⁵⁷ 'Gevolgen WWZ voor doorstartende werkgever en werknemer IV: de Ragetlie-regel' *Blauw Tekstra Uding Advocaten* 20 oktober 2017.

één dag tellen de arbeidsovereenkomsten van vóór de onderbreking niet mee voor de berekening van het totaal aantal dienstjaren. De duur van de onderbrekingstermijn telt, mits korter dan zes maanden, mee bij de berekening van het totaal aantal dienstjaren.

Naast het afspiegelingsbeginsel speelt het aantal dienstjaren waarover een werknemer beschikt ook een rol bij het recht op de transitievergoeding en bij berekening van de hoogte van de transitievergoeding. Om voor een transitievergoeding in aanmerking te komen dient het dienstverband ten minste 24 maanden te hebben geduurd en dient het dienstverband op initiatief van de werkgever te zijn geëindigd. Bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding wordt in eerste instantie rekening gehouden met de lengte van het dienstverband en het laatstverdiende maandsalaris. Indien bij een doorstart na faillissement sprake is van opvolgend werkgeverschap tellen de dienstjaren die de werknemer heeft doorgebracht bij de failliet mee bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding. Tussenzpozen van ten hoogste zes maanden worden bij de berekening van de transitievergoeding samengeteld. Deze tussenzpozen worden echter niet meegenomen bij de berekening van de transitievergoeding.

Bij de invoering van de transitievergoeding zijn er ook twee overgangsregelingen ingevoerd, namelijk de Regeling oudere werknemer en de Regeling kleine werkgever. Indien sprake is van een werknemer die vijftig jaar of ouder is, en deze werknemer ten minste tien jaar in dienst, wordt voldaan aan de Regeling oudere werknemer. De werknemer ontvangt dan een half maandsalaris per gewerkt half dienstjaar aan transitievergoeding. Indien een werkgever aan de vereisten voor de Regeling kleine werkgever voldoet worden niet alle dienstjaren meegeteld bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding. Alleen de dienstjaren vanaf 1 mei 2013 worden meegeteld. Indien de Regeling kleine werkgever van toepassing is, is de Regeling oudere werknemer niet van toepassing.

De 'nieuwe' ketenregeling bepaald dat binnen een periode van 24 maanden maximaal drie arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd kunnen worden gesloten alvorens een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. De ketenregeling wordt doorbroken indien partijen minimaal zes maanden en één dag niet aan elkaar verbonden zijn. Bij de ketenregeling is van belang welk soort arbeidsovereenkomst de werknemer bij de failliet heeft gehad en voor hoe lang hij arbeidsovereenkomsten met de failliet heeft gehad. Indien sprake is van opvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd die samen de periode van 24 maanden overschrijden, is sprake van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd telt ook mee in de keten bij de doorstarter. Aangezien een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd vaak al langer heeft geduurd bij de failliet kan het zijn dat op het moment van indiensttreding bij de doorstarter de termijn van 24 maanden al wordt overschreven en daarmee onmiddellijk een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat, ook al is de werknemer een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangeboden.

Indien een doorstarter een arbeidsovereenkomst aanbiedt aan een werknemer die bij de failliet werkzaam was kan dit een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zijn, ook al had de werknemer met de failliet een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Volgens de hoofdregel van artikel 7:667 BW is voor deze arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd opzegging vereist. Doordat in de parlementaire stukken is bepaald dat de Ragetlie-regel niet van toepassing is na een rechtsgeldige opzegging door de curator op grond van artikel 40 Fw, eindigt de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die volgt op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, in beginsel van rechtswege.

Er kan echter worden geconcludeerd dat er samenhang is tussen de ketenregeling en de Ragetlie-regel. Indien de duur van de ketenregeling wordt overschreden kan de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zijn. En zit de doorstarter voor onbepaalde tijd aan de werknemer 'vast'.

Hoofdstuk 5

Arbeidsrechtelijke gevolgen opvolgend werkgeverschap in de rechtspraktijk van DAS

DAS krijgt geregeld te maken met dossiers die betrekking hebben op opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement. Om aan te tonen welke invloed de arbeidsrechtelijke aspecten, zoals genoemd in hoofdstuk 4, hebben op de rechtspraktijk van DAS worden hieronder een drietal dossiers uitgewerkt. Bij deze dossiers wordt allereerst per dossier gekeken of sprake is van opvolgend werkgeverschap. Vervolgens worden de arbeidsrechtelijke aspecten toegepast op het dossier. Ten slotte wordt per dossier antwoord gegeven op de rechtsvraag van de cliënt.

§ 5.1 Werkneemster en Charles Vögele/Vidrea Retail

De cliënt, hierna te noemen werkneemster, in dit dossier is op 1 september 2014 in dienst getreden bij de modeketen Charles Vögele (hierna: Vögele).¹⁵⁸ In januari 2017 heeft Vögele zelf haar faillissement aangevraagd voor de Nederlandse tak van de onderneming. De Rechtbank Amsterdam heeft Vögele op 27 januari 2017 in staat van faillissement verklaard.¹⁵⁹ In maart 2017 is bekend geworden dat Vidrea Retail (hierna: Vidrea) een doorstart van Vögele realiseert.

Zoals aangegeven in § 2.3 is een doorstarter niet verplicht om alle werknemers die bij de failliet in dienst zijn bij een doorstart na faillissement een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Vidrea heeft werkneemster wél een arbeidsovereenkomst aangeboden. Inmiddels is bekend geworden dat Vidrea niet alle werknemers in dienst kan houden omdat een aantal filialen wordt gesloten. Vidrea heeft voor werkneemster een ontslagvergunning wegens bedrijfseconomische redenen ingegeven door een gedeeltelijke bedrijfssluiting aangevraagd bij het UWV. De exacte datum van uitdiensttreding is bij het beëdigingen van de onderzoeksperiode niet bekend. Voor de verdere uitwerking van dit dossier wordt als uitdiensttredingsdatum uitgegaan van 1 februari 2018.

Rechtsvraag cliënt

Werkneemster heeft dit dossier is eerste instantie aangemeld met een vraag over de loonstroken die werkneemster niet van Vidrea ontving. Uiteindelijk ging het in dit dossier over vragen met betrekking tot een eventuele transitievergoeding.

§ 5.1.1 Opvolgend werkgeverschap

Zowel het faillissement van Vögele als de doorstart door Vidrea hebben plaatsgevonden in 2017, dus ná de invoering van de WWZ. Aangezien de doorstart heeft plaatsgevonden na de invoering van de WWZ dient opvolgend werkgeverschap te worden beoordeeld aan de hand van de criteria die sinds deze datum als geldend recht worden aangemerkt. Om in dit dossier te kunnen spreken van opvolgend werkgeverschap dient allereerst sprake te zijn van wezenlijk dezelfde vaardigheden.¹⁶⁰ Daarnaast dient aan het aanleidingscriterium te worden voldaan.¹⁶¹

Wezenlijk dezelfde vaardigheden

Om te kunnen spreken van opvolgend werkgeverschap dient in dit dossier allereerst sprake te zijn van wezenlijk dezelfde vaardigheden. Bij Vögele was werkneemster in dienst als Regional Visual Merchandiser.¹⁶² Vidrea heeft in de arbeidsovereenkomst die bij de doorstart

¹⁵⁸ Bijlage 1 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd 1 september 2014.

¹⁵⁹ Bijlage 2 Brief kennisgeving faillissement 30 januari 2017.

¹⁶⁰ Zie hoofdstuk 3 § 3.2.1.

¹⁶¹ Zie hoofdstuk 3 § 3.2.2.

¹⁶² Bijlage 1 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd 1 september 2014.

aan werkneemster is aangeboden, opgenomen dat ten opzichte van Vögele sprake is van een afwijkende organisatieopzet met een andere werkwijze en andere verdeling van taken en verantwoordelijkheden.¹⁶³ Het is aannemelijk dat Vidrea hiermee heeft willen voorkomen dat sprake is van opvolgend werkgeverschap.

Ondanks dat Vidrea deze bepaling heeft opgenomen in de arbeidsovereenkomst is werkneemster bij Vidrea in dienst getreden in de functie van Regional Visual Merchandiser.¹⁶⁴ De functienaam van werkneemster is hiermee zowel voor als na de doorstart exact hetzelfde. Daarnaast geeft werkneemster aan dat zij na de doorstart exact dezelfde werkzaamheden uitvoert als voor de doorstart het geval was. In de rechtspraak is bepaald dat sprake is van wezenlijk dezelfde vaardigheden indien de functie formeel hetzelfde is en de werkzaamheden hetzelfde blijven.¹⁶⁵ Aangezien werkneemster bij de doorstarter dezelfde werkzaamheden uitvoert als bij de failliet, kan in dit dossier worden aangenomen dat sprake is van wezenlijk dezelfde vaardigheden.

Aanleidingscriterium

In dit dossier is sprake van een doorstart na faillissement en daarmee wordt aan het aanleidingscriterium voldaan. Bij een doorstart na faillissement wordt namelijk altijd aan het aanleidingscriterium voldaan omdat de aanleiding bij een doorstart na faillissement bij de werkgevers ligt.¹⁶⁶

Aan beide criteria voor het aannemen van opvolgend werkgeverschap is voldaan. Er kan dus worden geconcludeerd dat in dit dossier sprake is van opvolgend werkgeverschap.

§ 5.1.2 Arbeidsrechtelijke gevolgen

Indien sprake is van opvolgend werkgeverschap brengt dit diverse arbeidsrechtelijke aspecten met zich. Hieronder wordt per aspect gekeken of de werkgever, dan wel werknemer, in dit dossier met deze aspecten te maken krijgt. Achtereenvolgens wordt ingegaan op de anciënniteit van werkneemster, het afspiegelingsbeginsel, de transitievergoeding, de ketenregeling en de Ragetlie-regel.

Anciënniteit

Bij een doorstart na faillissement speelt opvolgend werkgeverschap een belangrijke rol bij de berekening van het aantal dienstjaren waarover een werknemer beschikt.¹⁶⁷ In dit dossier is opvolgend werkgeverschap beoordeeld aan de hand van de criteria die gelden sinds de invoering van de WWZ op 1 juli 2015.

Indien sprake is van opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement tellen de dienstjaren bij de failliet mee bij de berekening van het totaal aantal dienstjaren waarover een werknemer beschikt. Werkneemster is op 1 september 2014 in dienst getreden bij Vögele. Op 1 februari 2018 beschikt werkneemster over 3,5 dienstjaar.

Afspiegelingsbeginsel

In dit dossier zal, indien toestemming wordt verkregen van het UWV, een ontslag wegens bedrijfseconomische redenen ingegeven door een gedeeltelijke bedrijfssluiting plaatsvinden. Vidrea heeft te kennen gegeven hiertoe een ontslagvergunning aan te vragen bij het UWV. Bij het einde van de onderzoeksperiode was hier echter nog geen verdere informatie over beschikbaar. Bij een ontslag wegens bedrijfseconomische redenen is het afspiegelingsbeginsel van toepassing.

¹⁶³ Bijlage 3 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd 17 maart 2017.

¹⁶⁴ Bijlage 3 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd 17 maart 2017 artikel 4.

¹⁶⁵ Rb. Zeeland-West-Brabant 21 december 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8235.

¹⁶⁶ Zie hoofdstuk 3 § 3.2.2.

¹⁶⁷ Zie hoofdstuk 4 § 4.1.

Aangezien er geen inzicht bestaat in de personeelsopbouw bij Vidrea, en het aantal dienstjaren waarover de andere werknemers in dezelfde functie beschikken, is het niet mogelijk om te beoordelen of Vidrea het afspiegelingsbeginsel op de juiste wijze toepast. Het is waarschijnlijk om aan te nemen dat werkneemster een reële kans zou maken om voor ontslag in aanmerking te komen vanwege haar relatief weinig aantal dienstjaren, namelijk 3,5.

Transitievergoeding

Om in aanmerking te komen voor een transitievergoeding dient aan de twee in artikel 7:673 lid 1 BW genoemde voorwaarden te worden voldaan.

Indien alleen de dienstjaren bij de doorstarter zouden meetellen bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding zou werkneemster niet in aanmerking komen voor een transitievergoeding. Werkneemster zou namelijk op 1 februari 2018 slechts enkele maanden in dienst zijn. Zoals eerder beargumenteerd is in dit dossier sprake van opvolgend werkgeverschap. Aangezien sprake is van opvolgend werkgeverschap tellen de dienstjaren die werkneemster heeft doorgebracht bij de failliet wél mee.¹⁶⁸ Hierdoor voldoet werkneemster ruim aan de eis van ten minste 24 maanden.¹⁶⁹ De tweede voorwaarde houdt in dat de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever moet zijn geëindigd, dan wel op initiatief van de werknemer als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.¹⁷⁰ In dit dossier wordt een ontslagvergunning tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst aangevraagd door de werkgever, daarmee eindigt de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever. Ook aan de tweede voorwaarde wordt dus voldaan.

Aan beide voorwaarden waaraan moet worden voldaan om recht te hebben op een transitievergoeding wordt in dit dossier voldaan. Bij de berekening van de transitievergoeding is uitgegaan van een bruto maandsalaris van € 2.040,- en een vakantietoeslag van 8%.¹⁷¹ Volgens de berekening die is opgenomen in bijlage 4 heeft de werkneemster in dit dossier recht op een transitievergoeding ter hoogte van € 2.203,20.

Ketenregeling

Werkneemster is op 1 september 2014 voor de duur van één jaar in dienst getreden bij Vögele.¹⁷² Hierna heeft werkneemster een verlenging voor de duur van één jaar gekregen. Op 1 augustus 2016 heeft werkneemster een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd gekregen.¹⁷³

Na de doorstart heeft de doorstarter werkneemster een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangeboden.¹⁷⁴ Indien een werknemer met de failliet een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft gehad, telt deze arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ook bij de doorstarter mee in de keten.¹⁷⁵ Omdat werkneemster bij de failliet een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had, en de duur van 24 maanden is overschreden, heeft zij ook bij de doorstarter een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die de doorstarter werkneemster heeft aangeboden is, aangezien sprake is van opvolgend werkgeverschap, van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd geworden.

¹⁶⁸ Zie hoofdstuk 4 § 4.3.3.

¹⁶⁹ Artikel 7:673 lid 1 BW.

¹⁷⁰ Artikel 7:672 lid 1 sub a jo. sub b BW.

¹⁷¹ Bijlage 3 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd 17 maart 2017 artikel 10 jo. 11.

¹⁷² Bijlage 1 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd 1 september 2014.

¹⁷³ Bijlage 5 Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd 1 augustus 2016.

¹⁷⁴ Bijlage 3 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd 17 maart 2017.

¹⁷⁵ Zie hoofdstuk 4 § 4.5.4.

Ragetlie-regel

Bij Vögele had werkneemster sinds 1 augustus 2016 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.¹⁷⁶ Door Vidrea kreeg werkneemster een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aangeboden.¹⁷⁷ Zoals aangegeven bij het onderdeel over de ketenregeling heeft werkneemster, aangezien sprake is van opvolgend werkgeverschap en de duur van de ketenregeling is overschreden, van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd met de doorstarter.

Desondanks wordt hieronder toch ingegaan op de vraag of de doorstarter de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd met werkneemster had moeten opzeggen.

In het kader van de WWZ is aan de Ragetlie-regel toegevoegd dat ook de opzegging door de curator op grond van artikel 40 Fw tijdens een faillissement een rechtsgeldige opzegging is.¹⁷⁸ In de parlementaire stukken is opgemerkt dat, indien de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 40 Fw rechtsgeldig door de curator is opgezegd en dezelfde werkgever of een derde een doorstart maakt, artikel 7:667, vierde en vijfde lid, BW niet van toepassing zijn.¹⁷⁹ De Ragetlie-regel geldt hiermee dus niet na een rechtsgeldige opzegging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door de curator. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die de doorstarter met werkneemster heeft gesloten zou hierdoor in beginsel van rechtswege eindigen.

§ 5.1.3 Conclusie rechtsvraag dossier

Dit dossier is in eerste instantie aangemeld met een vraag over de loonstroken die werkneemster niet van Vidrea ontving. Uiteindelijk ging het in dit dossier over vragen met betrekking tot een eventuele transitievergoeding.

Door werkneemster is aan de beide vereisten die artikel 7:673 lid 1 BW stelt voor een transitievergoeding voldaan. Werkneemster is ten minste 24 maanden in dienst geweest en daarnaast wordt de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever beëindigd. Omdat in dit dossier sprake is van opvolgend werkgeverschap tellen de dienstjaren die werkneemster bij de failliet heeft doorgebracht ook mee bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding. Uit de berekening die is opgenomen in bijlage 5 komt naar voren dat werkneemster recht heeft op een transitievergoeding ter hoogte van € 2.203,20.

§ 5.2 Werkneemster en Mexx Nederland/Eroglu Holding

In dit dossier is de werkneemster op 15 december 1998 bij een andere in Nederland bekende modeketen in dienst getreden, namelijk bij Mexx Nederland (hierna: Mexx).¹⁸⁰ Op 8 december 2014 heeft de Rechtbank Amsterdam het faillissement van Mexx uitgesproken.¹⁸¹ In februari 2015 heeft Eroglu Holding (hierna: Eroglu) de onderneming doorgestart.

Zoals ook bij de uitwerking van het eerste dossier is aangegeven, is een doorstarter niet verplicht om alle werknemers die bij de failliet in dienst zijn een arbeidsovereenkomst aan te bieden bij een doorstart na faillissement.¹⁸² Aan werkneemster heeft Eroglu een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangeboden.

Rechtsvraag cliënt

De laatste ontwikkeling in dit dossier is dat Eroglu tot een beëindiging van het dienstverband met wederzijds goedvinden wil komen door het sluiten van een VSO. Indien werkneemster

¹⁷⁶ Bijlage 4 Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd 1 augustus 2016.

¹⁷⁷ Bijlage 3 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd 17 maart 2016.

¹⁷⁸ *Kamerstukken I* 2013/2014, 33 818, C, p. 117.

¹⁷⁹ *Kamerstukken I* 2013/2014, 33 818, E, p. 3 – 4.

¹⁸⁰ Bijlage 6 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd 15 december 1998.

¹⁸¹ 'Faillissement Mexx Holding Netherlands B.V.' *Faillissementsdossier* 22 november 2017.

¹⁸² Zie hoofdstuk 2 § 2.3.

niet met deze VSO akkoord gaat zal een ontslagvergunning bij het UWV worden aangevraagd.¹⁸³ Werkneemster wil, alvorens zij akkoord gaat met de VSO, weten of zij recht heeft op een transitievergoeding. Daarnaast wil zij weten hoe hoog deze transitievergoeding dan is. In de VSO wordt als datum van uitdiensttreding gesproken over 30 november 2017.¹⁸⁴ In latere, mondelinge, onderhandelingen is deze datum bijgesteld naar 1 februari 2018.¹⁸⁵

§ 5.2.1 Opvolgend werkgeverschap

Het faillissement van Mexx heeft plaatsgevonden in 2014. De doorstart door Eroglu heeft plaatsgevonden in februari 2015, dus vóór de invoering van de WWZ op 1 juli 2015.

Uit de jurisprudentie komt naar voren dat opvolgend werkgeverschap dient te worden beoordeeld aan de hand van het op het moment van de doorstart geldend recht.¹⁸⁶ Aangezien de doorstart in dit dossier heeft plaatsgevonden vóór de invoering van de WWZ dient opvolgend werkgeverschap te worden beoordeeld aan de hand van de oude criteria. Zoals aangegeven in § 3.1 dient dus, om te kunnen spreken van opvolgend werkgeverschap, sprake te zijn van wezenlijk dezelfde vaardigheden en dient aan het ‘zodanige banden’-criterium te worden voldaan.

Wezenlijk dezelfde vaardigheden

Het eerste criteria waaraan moet worden voldaan is dat sprake dient te zijn van wezenlijk dezelfde vaardigheden. Het vereiste van wezenlijk dezelfde vaardigheden houdt in dat de werkzaamheden en vaardigheden die werkneemster bij de doorstarter benut nagenoeg gelijk dienen te zijn aan de werkzaamheden en vaardigheden die werkneemster bij de failliet benut.¹⁸⁷

Werkneemster is op 15 december 1998 bij Mexx in dienst getreden in de functie van Management Assistent.¹⁸⁸ Bij de doorstarter is werkneemster op 9 februari 2015 in dienst getreden als Executive Assistent.¹⁸⁹ De functienaam waaronder werkneemster haar werkzaamheden uitvoert is enigszins gewijzigd. Werkneemster geeft echter zelf aan dat zij zowel voor als na de doorstart dezelfde werkzaamheden uitvoert en hierbij ook dezelfde vaardigheden benut. In de rechtspraak is ook bepaald dat sprake is van wezenlijk dezelfde vaardigheden indien de functie formeel hetzelfde is.¹⁹⁰ Er kan in dit dossier worden aangenomen dat aan het criterium van wezenlijk dezelfde vaardigheden wordt voldaan.

‘Zodanige banden’-criterium

Het ‘zodanige banden’-criterium houdt kort gezegd in dat tussen de twee werkgevers zodanige banden moeten bestaan dat het door de eerste werkgever op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid moet worden toegerekend.¹⁹¹ In dit dossier is het lastig om aan te tonen dat wordt voldaan aan het ‘zodanige banden’-criterium omdat hiervoor te weinig informatie bekend is.

Bij de doorstart is aan werkneemster een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangeboden. Dit zorgt ervoor dat het aannemelijk lijkt dat de doorstarter inzicht heeft gehad in de hoedanigheid en geschiktheid van werkneemster. Er is echter onvoldoende informatie

¹⁸³ Bijlage 7 Brief kennisgeving vaststellingsovereenkomst 20 september 2017.

¹⁸⁴ Bijlage 8 Vaststellingsovereenkomst 20 september 2017.

¹⁸⁵ Van deze mondelinge afspraken is geen schriftelijk bewijs in het dossier gevoegd.

¹⁸⁶ Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 14 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4977 & Hof 's-Hertogenbosch 2 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:859 & HR 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2905 (*Constar Plastics*).

¹⁸⁷ Zie hoofdstuk 3 § 3.2.1.

¹⁸⁸ Bijlage 6 Arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd 15 december 1998.

¹⁸⁹ Bijlage 8 Vaststellingsovereenkomst 20 september 2017.

¹⁹⁰ Rb. Zeeland-West-Brabant 21 december 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8235

¹⁹¹ Zie hoofdstuk 3 § 3.1.2.

beschikbaar om aan te tonen dat sprake is van 'zodanige banden'. Hierdoor kan ook niet worden beoordeeld of in dit dossier daadwerkelijk sprake is van opvolgend werkgeverschap. Voor de verdere uitwerking van dit dossier wordt ervan uitgegaan dat sprake is van opvolgend werkgeverschap.

§ 5.2.2 Arbeidsrechtelijke gevolgen

Indien sprake is van opvolgend werkgeverschap brengt dit meerdere arbeidsrechtelijke aspecten met zich waar rekening mee dient te worden gehouden. In deze paragraaf wordt gekeken of werkneemster, dan wel de doorstarter, in dit dossier te maken krijgt met de arbeidsrechtelijke aspecten indien sprake zou zijn van opvolgend werkgeverschap.

Anciënniteit

De dienstjaren die werkneemster heeft doorgebracht bij de failliet spelen een belangrijke rol indien de doorstarter kan worden aangemerkt als opvolgend werkgever. De dienstjaren die werkneemster bij de failliet heeft doorgebracht tellen dan namelijk mee bij de berekening van het totaal aantal dienstjaren waarover werkneemster beschikt. Werkneemster is op 15 mei 1998 in dienst getreden bij de failliet. In totaal beschikt werkneemster op 1 februari 2018 over 19,5 dienstjaren.

Afspiegelingsbeginsel

In dit dossier wordt de arbeidsovereenkomst tussen werkneemster en Eroglu niet beëindigd op grond van een ontslagvergunning wegens bedrijfseconomische redenen van het UWV. Werkneemster heeft van Eroglu een VSO ter beëindiging van het dienstverband ontvangen. Indien werkneemster de VSO tekent is sprake van beëindiging met wederzijds goedvinden. Het afspiegelingsbeginsel is dan niet van toepassing. De vraag of het afspiegelingsbeginsel in dit dossier op de juiste wijze wordt toegepast speelt daarom geen rol.

Indien werkneemster niet akkoord gaat met de VSO, en Eroglu vraagt alsnog een ontslagvergunning aan bij het UWV op grond van bedrijfseconomische redenen ingegeven door een slechte financiële situatie, is het afspiegelingsbeginsel wél van toepassing. Aangezien er verder geen verdere informatie over het personeelsbestand van Eroglu beschikbaar is kan niet worden beoordeeld of Eroglu een eventuele toepassing van het afspiegelingsbeginsel op de juiste wijze doet.

Transitievergoeding

Artikel 7:673, eerste lid, BW vereist een dienstverband van ten minste 24 maanden om recht te hebben op een transitievergoeding. Werkneemster heeft, zowel in de situatie waarbij sprake is van opvolgend werkgeverschap alsmede de situatie waarin geen sprake is van opvolgend werkgeverschap, aan dit vereiste voldaan.

Het tweede vereiste houdt in dat de arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever is opgezegd, ontbonden of na een einde van rechtswege op initiatief van de werkgever niet is voortgezet, dan wel op initiatief van de werknemer als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever.¹⁹² Indien het dienstverband wordt beëindigd door acceptatie van de aangeboden VSO, is er in principe geen transitievergoeding verschuldigd omdat er geen sprake is van opzegging of ontbinding van de arbeidsovereenkomst. De doorstarter is in dit dossier dus in principe geen transitievergoeding verschuldigd.

Indien werkneemster de VSO niet zou tekenen, en Eroglu zoals aangegeven in bijlage 9, een ontslagvergunning bij het UWV zou aanvragen op grond van bedrijfseconomische redenen, zou de arbeidsovereenkomst op initiatief van Eroglu eindigen, en zou Eroglu een transitievergoeding verschuldigd zijn.¹⁹³

¹⁹² Artikel 7:673 lid 1 sub a jo. sub b BW.

¹⁹³ Artikel 7:673 lid 1 sub a BW.

De hoogte van de transitievergoeding is een goed uitgangspunt voor de onderhandelingen over een eventuele vergoeding in de VSO. In de VSO biedt Eroglu bij een uitdiensttredingsdatum van 30 november 2017 een zogenaamde transitievergoeding aan ter hoogte van € 29.160,-. Aangezien de transitievergoeding zou kunnen dienen als onderhandelingspunt, en om te controleren of het door Eroglu aangeboden bedrag overeenkomt, wordt alsnog een berekening gemaakt van de hoogte van de transitievergoeding waar werkneemster recht op zou kunnen hebben indien aan het tweede vereiste van artikel 7:673 lid 1 BW wordt voldaan.

Indien sprake is van opvolgend werkgeverschap tellen bij de berekening van de dienstjaren de dienstjaren die werkneemster bij de failliet heeft doorgebracht mee bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding. De vraag is hoe hoog de transitievergoeding voor werkneemster zou zijn indien wel sprake zou zijn van beëindiging van het dienstverband op initiatief van de werkgever.

Bij de berekening is uitgegaan van een bruto-maandsalaris van € 4.500,- en een vakantietoeslag van 8%.¹⁹⁴ Volgens de berekening die is opgenomen in bijlage 9 zou werkneemster recht hebben op een transitievergoeding van € 38.070,-. Dit bedrag komt niet overeen met het bedrag zoals aangeboden in de VSO.

Ketenregeling

Werkneemster is op 9 februari 2015 met Eroglu een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd overeengekomen. Voor de verdere uitwerking van dit dossier is het niet van belang om in te gaan op de vraag wanneer werkneemster een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zou moeten krijgen omdat zij direct bij de doorstart een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft gekregen.

Ragettie-regel

Zoals aangegeven bij de ketenregeling is werkneemster direct na de doorstart bij de doorstarter in dienst getreden voor onbepaalde tijd. Bij een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die volgt op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is de Ragettie-regel niet van toepassing. Er wordt dan ook niet verder ingegaan op de eventuele toepassing van de Ragettie-regel.

§ 5.2.3 Conclusie rechtsvraag dossier

De vraag die werkneemster bij het aanmelden van haar dossier bij DAS heeft gesteld is of zij recht heeft op een transitievergoeding. Daarnaast wil werkneemster weten hoe hoog deze transitievergoeding dan is. Het dienstverband tussen werkneemster en Eroglu wordt beëindigd door een VSO op grond van wederzijds goedvinden. In beginsel heeft werkneemster geen recht op een transitievergoeding. In de VSO heeft Eroglu werkneemster een transitievergoeding ter hoogte van € 29.160,- aangeboden. Uit de berekening zoals opgenomen in bijlage 9 blijkt dat dit voor werkneemster een bedrag ter hoogte van € 38.070,- dient te zijn bij een uitdiensttredingsdatum van 1 februari 2018.

§ 5.3 Werkneemster en Reinders mode/Tuunte Fashion/Jola Mode

De werkneemster in dit dossier is op 1 oktober 1997 voor onbepaalde tijd in dienst getreden bij Reinders mode (hierna: Reinders).¹⁹⁵ Op 1 januari 2006 heeft een overname plaatsgevonden waarbij Tuunte Fashion (hierna: Tuunte) alle rechten en plichten met betrekking tot de arbeidsovereenkomst van werkneemster, inclusief de indiensttredingsdatum, heeft overgenomen.¹⁹⁶ Op 8 augustus 2017 is Tuunte op eigen

¹⁹⁴ Bijlage 8 Vaststellingsovereenkomst 20 september 2017.

¹⁹⁵ Bijlage 10 Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd 1 oktober 1997.

¹⁹⁶ Bijlage 11 Brief kennisgeving overname Tuunte Fashion 20 december 2005.

aanvraag in staat van faillissement verklaard door de Rechtbank Gelderland.¹⁹⁷ In september 2017 is bekend geworden dat Jola Mode (hierna: Jola) Tuunte doorstart. Hierbij is bekend gemaakt dat negentien van de veertig vestigingen worden gesloten.

Bij een doorstart na faillissement is de doorstarter niet verplicht om iedere werknemer die bij de failliet in dienst is een arbeidsovereenkomst aan te bieden.¹⁹⁸ De laatste ontwikkeling in dit dossier is dat aan werkneemster, na een sollicitatieprocedure, geen arbeidsovereenkomst is aangeboden.

Rechtsvraag cliënt

Werkneemster heeft het idee dat er bij de sollicitatieprocedure sprake is geweest van leeftijdsdiscriminatie. Wat betreft de leeftijdsdiscriminatie wordt het dossier uitbesteed aan CNV om bij de collectieve procedure te worden gevoegd. Daarnaast heeft werkneemster de zaak aangemeld met de vraag of zij niet alsnog recht heeft op een transitievergoeding.

§ 5.3.1 Opvolgend werkgeverschap

Zowel het faillissement alsmede de doorstart, waarbij werkneemster geen arbeidsovereenkomst is aangeboden, hebben plaatsgevonden in 2017. Dus ná de invoering van de WWZ op 1 juli 2015. Werkneemster is geen dienstverband aangegaan met de doorstarter. Daarom zou in dit dossier niet hoeven te worden ingegaan op de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap.

Om toch te kunnen aantonen welke arbeidsrechtelijke gevolgen er zouden zijn voor zowel de doorstarter als werkneemster, indien aan werkneemster wél een arbeidsovereenkomst was aangeboden, wordt hieronder toch ingegaan op de vraag of sprake is van opvolgend werkgeverschap. Om te kunnen spreken van opvolgend werkgeverschap zou in dit dossier sprake moeten zijn van wezenlijk dezelfde vaardigheden en zou aan het aanleidingscriterium moeten worden voldaan omdat de doorstart na faillissement heeft plaatsgevonden na 1 juli 2015.¹⁹⁹

Wezenlijk dezelfde vaardigheden

Het eerste criteria waaraan moet worden voldaan is dat sprake dient te zijn van wezenlijk dezelfde vaardigheden. Het vereiste van wezenlijk dezelfde vaardigheden houdt in dat de werkzaamheden en vaardigheden die werkneemster bij de doorstarter benut nagenoeg gelijk dienen te zijn aan de werkzaamheden en vaardigheden die werkneemster bij de failliet benut.²⁰⁰ Zowel bij Reinders alsmede bij Tuunte was werkneemster sinds 1997 in dienst als filiaalmanager.²⁰¹ Indien aan werkneemster een arbeidsovereenkomst zou zijn aangeboden, ligt het in lijn der verwachting dat zij ook bij Jola in dienst zou zijn als filiaalmanager. Hierbij is het aannemelijk dat werkneemster exact dezelfde werkzaamheden uitvoert als bij de failliet. Indien de functie formeel hetzelfde zou blijven zou sprake zijn van wezenlijk dezelfde vaardigheden.²⁰²

Aanleidingscriterium

In dit dossier is sprake van een doorstart na faillissement en daarmee wordt aan het aanleidingscriterium voldaan. Bij een doorstart na faillissement wordt altijd aan het aanleidingscriterium voldaan.²⁰³

Indien aan werkneemster een arbeidsovereenkomst was aangeboden en zij daadwerkelijk in dienst zou treden als filiaalmanager waarbij zij dezelfde vaardigheden zou gebruiken, zou in dit dossier sprake zijn van opvolgend werkgeverschap.

¹⁹⁷ Bijlage 12 Brief kennisgeving faillissement 10 augustus 2017.

¹⁹⁸ Zie hoofdstuk 2 § 2.3.

¹⁹⁹ Zie hoofdstuk 3 § 3.2.

²⁰⁰ Zie hoofdstuk 3 § 3.2.1.

²⁰¹ Bijlage 11 Arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd 1 oktober 1997.

²⁰² Rb. Zeeland-West-Brabant 21 december 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8235.

²⁰³ Zie hoofdstuk 3 § 3.2.2.

§ 5.3.2 Arbeidsrechtelijke gevolgen

Indien sprake is van opvolgend werkgeverschap zijn er diverse arbeidsrechtelijke aspecten die mogelijk een rol spelen voor de doorstarter en de werkneemster. Zoals hierboven beargumenteerd zou in dit dossier sprake kunnen zijn van opvolgend werkgeverschap indien aan werkneemster een arbeidsovereenkomst was aangeboden door de doorstarter.

Anciënniteit

Indien sprake is van opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement tellen de dienstjaren die werkneemster heeft doorgebracht bij de failliet mee bij de berekening van het totaal aantal dienstjaren waarover werkneemster beschikt. Werkneemster is op 1 oktober 1997 in dienst getreden bij de failliet. Op het moment van faillietverklaring van Tuunte beschikte werkneemster over 19,5 dienstjaar. Indien aan werkneemster bij de doorstart in 2017 een arbeidsovereenkomst zou zijn aangeboden, en werkneemster bijvoorbeeld op 1 oktober 2018 alsnog uit dienst zou moeten, omdat het wellicht financieel slecht gaat met de onderneming, zou werkneemster over 21 hele dienstjaren beschikken.

Afspiegelingsbeginsel

Momenteel treedt werkneemster niet bij de doorstarter in dienst. Indien zij wel bij de doorstarter in dienst zou treden zou zij, wanneer het financieel slecht gaat met de doorstarter en er alsnog gedwongen ontslagen dienen te vallen, in aanraking kunnen komen met het afspiegelingsbeginsel. Indien werkneemster met het afspiegelingsbeginsel te maken zou krijgen, zou zij in de leeftijdsgroep 55 tot de AOW-gerechtigde leeftijd worden ingedeeld.²⁰⁴

Ook bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel tellen sinds 1 juli 2015 de dienstjaren die werkneemster bij de failliet heeft doorgebracht mee bij de berekening van het totaal aantal dienstjaren waarover werkneemster beschikt. Zowel de dienstjaren die werkneemster bij Reinders als bij Tuunte heeft doorgebracht zouden worden meegeteld. Aangezien er geen inzicht bestaat in het personeelsbestand van Jola, kan niet worden beoordeeld of het afspiegelingsbeginsel bij een eventueel ontslag wegens bedrijfseconomische redenen op de juiste wijze wordt toegepast.

Transitievergoeding

Aangezien Tuunte op 8 augustus 2017 in staat van faillissement is verklaard heeft werkneemster op grond van artikel 7:673c BW bij het faillissement geen recht op een transitievergoeding.²⁰⁵

Indien aan werkneemster bij de doorstart wél een arbeidsovereenkomst was aangeboden, en werkneemster zou op een later moment alsnog op initiatief van Jola uit dienst moeten treden, dan wel op initiatief werkneemster als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van Jola, dan zou Jola aan werkneemster een transitievergoeding verschuldigd kunnen zijn.²⁰⁶ Hiervoor dient aan de twee vereisten van artikel 7:673 lid 1 BW te worden voldaan.

Aan het eerste vereiste, dat het dienstverband ten minste 24 maanden moet hebben bedragen, zou werkneemster ruim voldoen. Bij de transitievergoeding tellen namelijk, indien sprake is van opvolgend werkgeverschap, de dienstjaren die werkneemster bij de failliet heeft doorgebracht mee. Of aan het tweede vereiste, namelijk dat het initiatief van de beëindiging van het dienstverband bij de werkgever dient te liggen, dan wel op initiatief van de werknemer als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, wordt voldaan kan niet worden beoordeeld.

²⁰⁴ Zie hoofdstuk 4 § 4.3.1.

²⁰⁵ Zie hoofdstuk 4 § 4.4.1.

²⁰⁶ Artikel 7:673 lid 1 sub a jo. sub b BW.

Om de transitievergoeding te kunnen berekenen wordt als fictieve uitdiensttredingsdatum 1 oktober 2018 aangehouden. Werkneemster is op 1 oktober 2018 59 jaar oud en meer dan tien jaar in dienst. Hiermee is de Regeling oudere werknemer van toepassing.²⁰⁷ Bij de berekening is uitgegaan van een bruto-maansalaris van € 1.398,88 en een vakantietoeslag van 8%.²⁰⁸ De berekening van de transitievergoeding die werkneemster zou ontvangen is opgenomen in bijlage 14. Doordat de Regeling oudere werknemer van toepassing zou zijn, zou de transitievergoeding voor werkneemster € 21.654,49 bedragen.

Om aan te tonen wat de Regeling oudere werknemer voor de hoogte van de transitievergoeding doet is in bijlage 15 een berekening van de 'normale' transitievergoeding opgenomen. Indien de Regeling oudere werknemer niet van toepassing zou zijn, zou de totaal verschuldigde transitievergoeding € 13.345,14 bedragen. Dit is een wezenlijk verschil van € 8.309,35.²⁰⁹

Ketenregeling

Werkneemster was bij de failliet in dienst op basis van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Indien een werknemer met de failliet een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd heeft gehad, telt deze arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ook bij de doorstarter mee in de keten.²¹⁰ Omdat werkneemster bij de failliet een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had, en de duur van 24 maanden is overschreden, zou zij ook bij de doorstarter een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hebben. Indien de doorstarter aan werkneemster een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd had aangeboden zou deze arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, indien sprake is van opvolgend werkgeverschap, van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd worden.

Ragetlie-regel

Bij de doorstart na faillissement is aan werkneemster géén arbeidsovereenkomst aangeboden. Wanneer aan haar wél een arbeidsovereenkomst zou zijn aangeboden, is het aannemelijk om aan te nemen dat de doorstarter haar een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd zou aanbieden. Ervan uitgaande dat de doorstarter werkneemster een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd had aangeboden, speelt de vraag of de doorstarter deze arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd moet opzeggen.

In het kader van de WWZ is aan de Ragetlie-regel toegevoegd dat ook de opzegging door de curator op grond van artikel 40 Fw tijdens een faillissement een rechtsgeldige opzegging is.²¹¹ In de parlementaire stukken is opgemerkt dat, indien de arbeidsovereenkomst op grond van artikel 40 Fw rechtsgeldig door de curator is opgezegd en dezelfde werkgever of een derde een doorstart maakt, artikel 7:667, vierde en vijfde lid, BW niet van toepassing zijn.²¹² De Ragetlie-regel geldt hiermee dus niet na een rechtsgeldige opzegging van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd door de curator. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die de doorstarter met werkneemster zou kunnen sluiten, zou in beginsel van rechtswege eindigen.

§ 5.3.3 Conclusie rechtsvraag dossier

De vraag die werkneemster aan DAS heeft gesteld, namelijk of zij niet alsnog recht heeft op een transitievergoeding, kan eenvoudig worden beantwoord. Het antwoord is namelijk nee. Op grond van artikel 7:673c BW heeft werkneemster bij het faillissement van de werkgever, in dit geval Tuunte, geen recht op een transitievergoeding. Door dit dossier, ondanks dat aan werkneemster geen arbeidsovereenkomst is aangeboden bij de doorstart en zij geen recht

²⁰⁷ Zie hoofdstuk 4 § 4.4.3.1.

²⁰⁸ Bijlage 13 Loonstrook augustus 2017.

²⁰⁹ € 21.654,49 – € 13.345,14 = € 8.309,35.

²¹⁰ Zie hoofdstuk 4 § 4.5.4.

²¹¹ *Kamerstukken I* 2013/2014, 33 818, C, p. 117.

²¹² *Kamerstukken I* 2013/2014, 33 818, E, p. 3 – 4.

heeft op een transitievergoeding, alsnog uit te werken is duidelijk geworden welke impact de Regeling oudere werknemer heeft voor de hoogte van de transitievergoeding indien sprake is van opvolgend werkgeverschap

§ 5.4 Conclusie

Door de uitwerkingen van de drie bovenstaande dossiers kan worden geconcludeerd dat opvolgend werkgeverschap een belangrijke rol speelt bij een doorstart na faillissement. Daarnaast komt ook naar voren dat, ruim 2,5 jaar na de invoering van de WWZ op 1 juli 2015, erop dient te worden gelet dat opvolgend werkgeverschap in gevallen waarbij de doorstart heeft plaatsgevonden vóór 1 juli 2015 nog steeds aan de hand van de oude criteria dient te worden beoordeeld. Dus dat er sprake dient te zijn van wezenlijk dezelfde vaardigheden en aan het 'zodanige-banden'-criterium moet worden voldaan.

Alleen in dossier 1 is toepassing van het afspiegelingsbeginsel aan de orde. Doordat er onvoldoende informatie beschikbaar is, is het echter niet mogelijk om na te gaan of het afspiegelingsbeginsel door de doorstarter op de juiste wijze wordt toegepast.

In alle drie de dossiers betrof het toevalligerwijs een rechtsvraag met betrekking tot de transitievergoeding. Opvolgend werkgeverschap speelt een belangrijke rol bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding. Indien sprake is van opvolgend werkgeverschap tellen namelijk de dienstjaren die de werknemer bij de failliet heeft doorgebracht mee bij de berekening van de transitievergoeding.

De werkneemster in dossier 3 heeft eigenlijk geen recht op een transitievergoeding. Er is alsnog een berekening gemaakt omdat de Regeling oudere werknemer op werkneemster van toepassing is. Met deze berekening is aangetoond welk bedrag aan transitievergoeding een werkgever meer dient te betalen indien de Regeling oudere werknemer van toepassing is. In het betreffende dossier ging het om een verschil van € 8.309,35 ten opzichte van de situatie dat de Regeling oudere werknemer niet van toepassing zou zijn.

Bij de failliet hadden de werkneemster alle drie een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Indien sprake is van opvolgend werkgeverschap telt een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, die de werknemer met de failliet heeft gehad, mee in de keten bij de doorstarter. Na de doorstart heeft alleen de werkneemster in dossier 2 een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aangeboden gekregen. De werkneemster in dossier 1 heeft eigenlijk ook een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd omdat de arbeidsovereenkomsten bij de failliet meetellen en hierbij de duur van 24 maanden wordt overschreden waardoor van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd ontstaat. Zoals aangetoond zou dit ook in dossier 3 van toepassing zijn indien bij de doorstart een arbeidsovereenkomst was aangeboden aan werkneemster.

Met betrekking tot de Ragetlie-regel kan worden geconcludeerd dat de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, die volgt op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, in alle drie de dossiers van rechtswege zou eindigen omdat artikel 7:667 lid 4 en 5 BW niet van toepassing is na een rechtsgeldige opzegging door de curator op grond van artikel 40 Fw. Hierbij kan echter nog een kanttekening worden gemaakt. Doordat de ketenregeling van toepassing is, is de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd in dossier 1 van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd geworden. Indien aan werkneemster in dossier 3 een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd was aangeboden, zou voor haar hetzelfde gelden. De doorstarter hoeft in deze gevallen de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet op te zeggen omdat van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd is ontstaan.

Hoofdstuk 6

Conclusies en aanbevelingen

Naar aanleiding van dit onderzoek naar opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement kan een aantal conclusies worden getrokken. Op basis van de conclusies wordt een aantal aanbevelingen gedaan aan DAS en daarmee antwoord gegeven op de centrale vraag van dit onderzoek. De centrale vraag van dit onderzoek luidt als volgt: *‘Welke aanbevelingen kunnen aan DAS Rechtsbijstand worden gedaan, ten behoeve van de advisering aan hun cliënten, ten aanzien van het begrip opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement?’*

§ 6.1 Conclusies

De invoering van de WWZ heeft het arbeidsrecht op een aantal punten sterk gewijzigd. Een aantal van die wijzigingen is van belang in het kader van het begrip opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement.

Indien een onderneming failliet wordt verklaard hoeft dit niet het einde van de onderneming te betekenen en behoort een doorstart, indien sprake is van een ondernemingsvorm met rechtspersoonlijkheid, tot de mogelijkheden. Wanneer er een doorstart plaatsvindt is de doorstarter niet verplicht alle werknemers van de failliet in dienst te nemen maar staat het hem vrij om te kiezen welke werknemers hij een arbeidsovereenkomst aanbiedt.

Wanneer een doorstarter een werknemer, die bij de failliet in dienst was, een arbeidsovereenkomst aanbiedt, speelt de vraag of de doorstarter kan worden aangemerkt als opvolgend werkgever. Met de invoering van de WWZ zijn de criteria die worden gesteld aan opvolgend werkgeverschap gewijzigd ten opzichte van vóór de invoering van de WWZ.

Vóór de invoering van de WWZ moest om te kunnen spreken van opvolgend werkgeverschap worden voldaan aan de twee criteria uit het Van Tuinen/Taxicentrale Wolters-arrest. Ten eerste diende sprake te zijn van wezenlijk dezelfde vaardigheden, wat inhoudt dat de werkzaamheden en vaardigheden die de werknemer bij de doorstarter benut nagenoeg gelijk dienen te zijn aan de werkzaamheden en vaardigheden bij de failliet. Daarnaast moest worden voldaan aan het ‘zodanige banden’-criterium, wat inhoudt dat er inzicht moest bestaan in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer.

Om sinds de invoering van de WWZ opvolgend werkgeverschap te kunnen aannemen dient nog steeds sprake te zijn van wezenlijk dezelfde vaardigheden. Daarnaast heeft de wetgever het aanleidingscriterium geïntroduceerd om te voorkomen dat een willekeurige derde, waarbij de werknemer dezelfde werkzaamheden gaat verrichten, als opvolgend werkgeverschap wordt aangemerkt. Daarbij is bepaald dat bij een doorstart na faillissement altijd aan het aanleidingscriterium wordt voldaan omdat de aanleiding bij de werkgevers ligt.

Het kan nog steeds voorkomen dat de oude criteria die aan opvolgend werkgeverschap werden gesteld moeten worden gebruikt bij de beoordeling van opvolgend werkgeverschap. In de rechtspraak komt namelijk naar voren dat opvolgend werkgeverschap dient te worden beoordeeld aan de hand van de criteria die golden op het moment van de doorstart. Indien de doorstart heeft plaatsgevonden vóór 1 juli 2015 dient opvolgend werkgeverschap dus aan de hand van de criteria die golden voor de invoering van de WWZ te worden beoordeeld.

Er kan worden geconcludeerd dat het opvallend is dat de Hoge Raad in het Van Tuinen/Taxicentrale-arrest door de introductie van het ‘zodanige banden’-criterium ervoor heeft willen zorgen dat opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement niet meer automatisch werd aangenomen, maar dat de wetgever met de invoering van de WWZ

afscheid heeft genomen van dit criteria. Door de versoepeling van de criteria die worden gesteld aan opvolgend werkgeverschap is bij een doorstart na faillissement die heeft plaatsgevonden na 1 juli 2015 eerder sprake van opvolgend werkgeverschap dan voor de invoering van de WWZ het geval was.

Indien sprake is van opvolgend werkgeverschap hangt de berekening van het totaal aantal dienstjaren waarover een werknemer beschikt hiermee samen. Bij opvolgend werkgeverschap tellen de dienstjaren die de werknemer bij de failliet heeft doorgebracht mee bij de berekening van het totaal aantal dienstjaren waarover een werknemer beschikt.

Indien er een doorstart heeft plaatsgevonden kan het voorkomen dat de doorgestarte onderneming toch weer in financiële moeilijkheden komt te verkeren. De mogelijkheid bestaat dat gedwongen ontslagen dan onvermijdelijk zijn. Wanneer sprake is van een ontslag vanwege bedrijfseconomische redenen bepaald het afspiegelingsbeginsel de ontslagvolgorde voor de werknemers met een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Werknemers die binnen een bepaalde leeftijdscategorie over de minste dienstjaren beschikken komen op grond van het afspiegelingsbeginsel als eerste voor ontslag in aanmerking. Bij de toepassing van het afspiegelingsbeginsel spelen de dienstjaren van de werknemers een rol. Voor 1 juli 2015 werden de dienstjaren die de werknemer had doorgebracht bij de failliet niet meegeteld bij de berekening van het totaal aantal dienstjaren waarover een werknemer beschikt. Sinds 1 juli 2015 tellen de dienstjaren die de werknemer heeft doorgebracht bij de failliet, indien sprake is van opvolgend werkgeverschap, wél mee bij de berekening van het totaal aantal dienstjaren waarover een werknemer beschikt.

Indien er een onderbrekingsperiode van meer dan zes maanden tussen opvolgende arbeidsovereenkomsten zit, tellen de arbeidsovereenkomsten vóór de onderbreking niet mee voor de berekening van het aantal dienstjaren waarover een werknemer beschikt in het kader van het afspiegelingsbeginsel.

Indien een werknemer door toepassing van het afspiegelingsbeginsel voor ontslag in aanmerking komt kan het zijn dat de werknemer recht heeft op een transitievergoeding. Om recht te hebben op een transitievergoeding dient de werknemer ten minste 24 maanden in dienst te zijn en moet de arbeidsovereenkomst op initiatief van de werkgever, dan wel op initiatief van de werknemer als gevolg van ernstig verwijtbaar handelen of nalaten van de werkgever, zijn geëindigd.²¹³ De transitievergoeding bedraagt over de eerste 120 maanden, oftewel 10 jaar, van het dienstverband 1/6 van het maandsalaris per gewerkt half dienstjaar. Vanaf het elfde dienstjaar bedraagt de transitievergoeding 1/4 van het maandsalaris per gewerkt half dienstjaar.

De berekening van de hoogte van de transitievergoeding hangt samen met het aantal dienstjaren waarover een werknemer beschikt. Indien sprake is van opvolgend werkgeverschap tellen bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding de dienstjaren bij de failliet mee. In de wet is opgenomen dat bij de berekening van de duur van de arbeidsovereenkomst een of meer voorafgaande arbeidsovereenkomsten die elkaar hebben opgevolgd met tussenpozen van ten hoogste zes maanden worden samengeteld. Maar deze tussenpozen tellen niet mee bij de berekening van de transitievergoeding.

Bij de transitievergoeding tellen de tussenpozen niet mee, bij de ketenregeling wel. Dit is opvallend omdat de wetgever met de invoering van de WWZ als doel had het arbeidsrecht te vereenvoudigen. Door bij de ketenregeling en de transitievergoeding andere regels met betrekking tot de tussenpozen te hanteren, is op dit punt geen sprake van vereenvoudiging.

²¹³ Artikel 7:673 lid 1 sub a jo. sub b BW.

Indien een werknemer vijftig jaar of ouder is, en ten minste tien jaar in dienst, speelt de leeftijd van de werknemer ook een rol bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding. Als de Regeling oudere werknemer van toepassing is bedraagt de transitievergoeding vanaf het eerstvolgende halve dienstjaar na het bereiken van de vijftigjarige leeftijd een half maandsalaris per gewerkt half dienstjaar. Hieruit kan worden geconcludeerd dat een doorstarter een hogere transitievergoeding verschuldigd is aan een werknemer van vijftig jaar of ouder.

Sinds 1 juli 2015 kunnen op grond van de ketenregeling maximaal drie arbeidsovereenkomsten binnen 24 maanden worden gesloten alvorens sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Voor de invoering van de WWZ bedroeg de duur van de ketenregeling 32 maanden. Hieruit kan worden geconcludeerd dat sinds de invoering van de WWZ wat betreft de tijdsduur eerder sprake is van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

De ketenregeling is ook van toepassing indien sprake is van opvolgend werkgeverschap. Arbeidsovereenkomsten die de werknemer met de failliet heeft gehad tellen dan mee in de keten bij de doorstarter. Indien de werknemer met de failliet een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had, zal bij de doorstarter veel eerder sprake zijn van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd omdat de duur van de ketenregeling wordt overschreden bij 24 maanden. Er kan worden geconcludeerd dat dit voor een doorstarter een negatief effect heeft, want een doorstarter zal over het algemeen met een frisse start aan de onderneming willen beginnen.

Indien de werknemer bij de failliet een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had en door de doorstarter een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd krijgt aangeboden, krijgt de doorstarter in beginsel te maken met de Ragetlie-regel. Indien sprake is van een doorstart na faillissement is echter een uitzonderingssituatie van toepassing. Wanneer een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd op grond van artikel 40 Fw rechtsgeldig door de curator is opgezegd, en er wordt een doorstart gemaakt, dan zijn artikel 7:667, vierde en vijfde lid, BW niet van toepassing. Dit houdt in dat de doorstarter na een rechtsgeldige opzegging door de curator een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet hoeft op te zeggen. In beginsel eindigt deze van rechtswege.

Er kan worden geconcludeerd dat het voor een doorstarter goed nieuw lijkt dat hij een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd die volgt op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd niet hoeft op te zeggen. Er dient echter rekening te worden gehouden met het verband tussen de ketenregeling en de Ragetlie-regel. De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd kan namelijk van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd zijn geworden indien de duur van 24 maanden die geldt voor de ketenregeling wordt overschreden. De doorstarter hoeft de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd niet op te zeggen, maar bij overschrijding van de termijn van de ketenregeling heeft de doorstarter de werknemer voor onbepaalde tijd in dienst.

Over het algemeen kan worden geconcludeerd dat de WWZ een belemmerende werking heeft op een doorstart na faillissement. Door de versoepeling van de criteria die worden gesteld aan opvolgend werkgeverschap is sinds de invoering van de WWZ eerder sprake van opvolgend werkgeverschap dan voor de invoering van de WWZ het geval was. Hierdoor krijgt een doorstarter eerder te maken met het arbeidsverleden van de werknemer. De dienstjaren die de werknemer bij de failliet heeft doorgebracht tellen bij opvolgend werkgeverschap namelijk allemaal mee bij de berekening van het totaal aantal dienstjaren bij de doorstarter. Met name oudere werknemers zullen hier bij een doorstart na faillissement nadelen van ondervinden omdat zij over het algemeen over veel dienstjaren beschikken, en dat zal door een doorstarter als onaantrekkelijk worden ervaren.

§ 6.2 Aanbevelingen

Uit de hiervoor genoemde conclusies vloeien een aantal aanbevelingen voort.

Bij de advisering van vraagstukken omtrent een (mogelijke) doorstart is het aan te bevelen om de doorstarter te adviseren van alle werknemers, alvorens hij (een deel van) die werknemers een arbeidsovereenkomst aanbiedt, de dienstjaren van de betreffende werknemers inzichtelijk te maken. Hierbij kan worden geadviseerd de werknemers met het kortste dienstverband een arbeidsovereenkomst aan te bieden. Korte dienstverbanden hebben namelijk minder verstreckende gevolgen voor de doorstarter. Dit komt onder andere tot uitdrukking in een later eventueel verschuldigde transitievergoeding.

Het is aan te bevelen om de doorstarter te adviseren overzichtelijk te hebben welke werknemers vijftig jaar en ouder zijn. Werknemers in deze leeftijdscategorie beschikken vaak over veel dienstjaren die allemaal meetellen bij de berekening van de hoogte van de transitievergoeding. Daarnaast zorgt de Regeling oudere werknemer er ook voor dat vijftigplussers recht hebben op een hogere transitievergoeding. De transitievergoeding voor oudere werknemers valt daarmee aanzienlijk hoger uit dan de reguliere transitievergoeding. Dit is een (mogelijke) extra kostenpost waar de doorstarter al bij het aanbieden van een arbeidsovereenkomst rekening mee kan houden.

Indien een werkgever niet voor onbepaalde tijd verbonden wil zijn aan een werknemer, is het aan te bevelen om de doorstarter te adviseren de ketenregeling te doorbreken. Om de ketenregeling te doorbreken, en daarmee de keten van arbeidsovereenkomsten opnieuw te laten beginnen, is het aan te bevelen dat werkgever en werknemer minimaal zes maanden en één dag niet aan elkaar verbonden zijn. Hierbij bestaat voor de doorstarter wel het risico dat de betreffende werknemer in de tussentijd een andere dienstbetrekking vindt en niet meer bij de doorstarter in dienst wil treden.

Het is aan te bevelen om de werkgever te adviseren dat hij inzichtelijk heeft welke werknemers bij de failliet een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd hebben gehad. Aan de ene kant hangt dit samen met de ketenregeling, omdat indien sprake is van opvolgend werkgeverschap alle arbeidsovereenkomsten die de werknemer met de failliet heeft gehad meetellen bij de duur van de keten bij de doorstarter. Aan de andere kant heeft dit ook betrekking op de toepassing van de Ragetlie-regel. Indien een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd volgt op een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd die op grond van artikel 40 Fw is opgezegd door de curator, hoeft deze arbeidsovereenkomst niet te worden opgezegd en eindigt deze in beginsel van rechtswege, omdat de Ragetlie-regel niet van toepassing is bij een doorstart na faillissement. Doordat ook de ketenregeling van toepassing is, wordt deze arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd, bij overschrijding van de duur van de ketenregeling, van rechtswege een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Documentatie kennisbank

Ter ondersteuning van de advisering in geval van opvolgend werkgeverschap bij een doorstart na faillissement is het aan te bevelen gebruik te maken van de documentatie die wordt geplaatst op de kennisbank, waarbij onderscheid wordt gemaakt in de advisering van (mogelijke) doorstarters²¹⁴ en de advisering van werknemers²¹⁵ die (mogelijk) bij een doorstart na faillissement betrokken raken. Deze documentatie zorgt ervoor dat overzichtelijk is waar bij de advisering rekening mee dient te worden gehouden.

²¹⁴ Bijlage 16.

²¹⁵ Bijlage 17.

Literatuurlijst

De onderstaande artikelen, elektronische bronnen, literatuur, parlementaire stukken en jurisprudentie zijn geraadpleegd voor het schrijven van deze scriptie.

Artikelen

Boot 2015

G.C. Boot, 'Het loonbegrip in de transitievergoeding', *ArbeidsRecht* 2015/26, aflevering 5, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

De Wolff 2014

D.J.B. De Wolff, 'De arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd volgens het Wetsvoorstel Werk en Zekerheid', *Tijdschrift Recht & Arbeid* 2014/25, aflevering 3, Deventer: Wolters Kluwer 2014.

Jansen & Wolters 2014

S. Jansen & S.W.G. Wolters, 'Wet Werk en Zekerheid: arbeidsrechtelijke veranderingen met gevolgen voor de insolventiepraktijk', *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk*, nummer 8, Den Haag: SDU uitgevers 2014.

Palm 2015 - 1

S. Palm, 'Opvolgend werkgeverschap en anciënniteit', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2015/9, aflevering 3, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2015.

Palm 2015 - 2

S. Palm, 'Opvolgend werkgeverschap vanaf 1 juli 2015: een overzicht', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2015/117, aflevering 3, Den Haag: SDU uitgevers 2017.

Palm 2017

S. Palm, 'Opvolgend werkgeverschap en overgangsrecht: oude gevallen opnieuw beoordeeld?', *Tijdschrift Arbeidsrechtpraktijk* 2017/122, aflevering 3, Den Haag: SDU uitgevers 2017.

Roukema & Rutgers 2016

A. Roukema & D.J. Rutgers, 'Kroniek Wet Werk en Zekerheid 2015', *Bedrijfseconomische berichten* 2016/14, aflevering 5, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Van der Pijl 2013

J. van der Pijl, 'Opvolgend werkgeverschap na een doorstart – een nieuw begin of toch niet?', *ArbeidsRecht* 2013/38, aflevering 8, Deventer: Wolters Kluwer 2013.

Willems 2009

P.W.H.M. Willems, 'De verhouding tussen de Ragetlie-regel versus de ketenregeling', *ArbeidsRecht* 2007/34, aflevering 7, Deventer: Wolters Kluwer 2007.

Elektronische bronnen

AMS Advocaten

'Besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid' *AMS Advocaten*, amsadvocaten.nl (zoek op 'woordenboek besloten vennootschap'). Geraadpleegd op 2 januari 2018.

'Naamloze vennootschap' *AMS Advocaten*, amsadvocaten.nl (zoek op 'woordenboek naamloze vennootschap'). Geraadpleegd op 2 januari 2018.

‘Opvolgend werkgeverschap’ *AMS Advocaten*, amsadvocaten.nl (zoek op ‘woordenboek opvolgend werkgeverschap’). Geraadpleegd op 30 december 2017.

‘Rechtspersoon’ *AMS Advocaten*, amsadvocaten.nl (zoek op ‘woordenboek rechtspersoon’). Geraadpleegd op 2 januari 2018.

Arbeidsrechtadvocatenkantoor

‘Ketenregeling’ *Arbeidsrechtadvocatenkantoor*, hetarbeidsrechtadvocatenkantoor.nl (zoek op ‘ketenregeling’). Geraadpleegd op 4 januari 2018.

Blauw Tekstra Uding advocaten

‘Gevolgen WWZ voor doorstartende werkgever en werknemer IV: de Ragetlie-regel’ *Blauw Tekstra Uding advocaten*, btu-advocaten.nl (zoek op ‘Ragetlie-regel doorstart’). Geraadpleegd op 20 oktober 2017.

‘Gevolgen WWZ voor doorstartende werkgever en werknemer V: het afspiegelingsbeginsel’ *Blauw Tekstra Uding advocaten*, btu-advocaten.nl (zoek op ‘afspiegelingsbeginsel doorstart’). Geraadpleegd op 25 oktober 2017.

Blenheim Advocaten

‘Top 2014 geschonden beginselen van behoorlijk bestuur’ *Blenheim Advocaten*, advocaten-amsterdam.nl (zoek op ‘beginselen van behoorlijk bestuur’). Geraadpleegd op 2 januari 2018.

Centraal Bureau voor de Statistiek

‘Doorstart na faillissement fase 1’ *Centraal Bureau voor de Statistiek*, cbs.nl (zoek op ‘doorstart na faillissement’). Geraadpleegd op 28 december 2017.

‘Iets minder faillissementen in november’ *Centraal Bureau voor de Statistiek*, cbs.nl (zoek op ‘faillissementen november’). Geraadpleegd op 14 december 2017.

‘Laagst aantal faillissementen in 8 jaar’ *Centraal Bureau voor de Statistiek*, cbs.nl (zoek op ‘faillissementen’). Geraadpleegd op 25 augustus 2017.

Consultancy

‘De 25 grootste faillissementen van retailketens en winkels’ *Consultancy*, consultancy.nl (zoek op ‘grootste faillissementen retailketens’). Geraadpleegd op 27 november 2017.

Faillissementsdossier

‘Faillissement Mexx Holding Netherlands B.V.’ *Faillissementsdossier*, faillissementsdossier.nl (zoek op ‘faillissement Mexx Holding’). Geraadpleegd op 22 november 2017.

Ondernemersplein

‘Doorstart na faillissement’ *Ondernemersplein*, ondernemersplein.nl (zoek op ‘doorstart na faillissement’). Geraadpleegd op 12 december 2017.

Ontslag

‘Unieke of uitwisselbare functie?’ *Ontslag*, ontslag.nl (zoek op ‘unieke functie’). Geraadpleegd op 4 januari 2017.

Rechtspraak

‘Begrippen in de rechtspraak’ *Rechtspraak*, rechtspraak.nl (zoek op ‘begrippen rechtspraak’). Geraadpleegd op 29 december 2017.

Rijksoverheid

‘Hoe hoog is de ontslagvergoeding als ik 50 jaar of ouder ben?’ *Rijksoverheid*, rijksoverheid.nl (zoek op ‘ontslagvergoeding 50 jaar of ouder’). Geraadpleegd op 17 oktober 2017.

Tavasszy advocatenkantoor

‘Opvolgend werkgeverschap’ *Tavasszy advocatenkantoor*, tavasszy.nl (zoek op ‘opvolgend werkgeverschap’). Geraadpleegd op 4 januari 2018.

Trouw

‘Verdient de oude eigenaar bij een doorstart wel een nieuwe kans?’ *Trouw*, trouw.nl (zoek op ‘oude eigenaar start door’). Geraadpleegd op 9 september 2017.

Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen

‘Werknemer en ontslag’ *Uitvoeringsinstituut Werknemersverzekeringen*, uww.nl (zoek op ‘werknemer en ontslag’). Geraadpleegd op 29 december 2017.

Literatuur

Boot e.a.

G.C. Boot, L.J. de Laat, H. van der Meer, T.L. Noordoven & D.J. Rutgers, *Arbeidsprocesrecht inclusief Wet Werk en Zekerheid*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Houweling, Vestering & Zondag 2016

A.R. Houweling, P.G. Vestering & W.A. Zondag, *Arbeidsrecht thematisch deel I*, Den Haag: SDU 2016.

Houweling, Vestering & Zondag 2016

A.R. Houweling, P.G. Vestering & W.A. Zondag, *Arbeidsrecht thematisch deel II*, Den Haag: SDU 2016.

Kroeze, Timmerman & Wezeman 2013

M.J. Kroeze, L. Timmerman & J.B. Wezeman, *De kern van het ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2013.

Loonstra & Zondag 2015

C. Loonstra & W.A. Zondag, *Arbeidsrechtelijke themata*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015.

Polak 2014

N.J. Polak, *Insolventierecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2014.

Van Schaaijk 2011

G.A.F.M. van Schaaijk, *Praktijkgericht juridisch onderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

Van Vliet & Filippo 2016

E. van Vliet & B. Filippo, *Arbeidsrecht & Reorganisatie*, Den Haag: Boom juridisch 2016.

Parlementaire stukken

Kamerstukken I 1997/1998, 25 263, nr. 132b (*Memorie van Antwoord*).

Kamerstukken I 2013/2014, 33 818, nr. C (*Memorie van Antwoord*).

Kamerstukken I 2013/2014, 33 818, nr. E (*Nota naar aanleiding van het verslag*).

Kamerstukken II 2013/2014, 33 818, nr. 2 (*Voorstel van Wet*).

Kamerstukken II 2013/2014, 33 818, nr. 3 (Memorie van Toelichting).
Kamerstukken II 2013/2014, 33 818, nr. 4 (Advies afdeling advisering Raad van State en nader rapport).
Kamerstukken II 2013/2014, 33 818, nr. 7 (Nota naar aanleiding van het verslag).
Kamerstukken II 2013/2014, 33 818, nr. 8 (Nota van Wijziging).
Kamerstukken II 2013/2014, 33 818, nr. 24 (Amendement).

Staatscourant 2015, 12685.
Staatscourant 2017, 56938.

Statenblad 1998, 741.
Statenblad 2014, 216.
Statenblad 2014, 274.

Rechtspraak

Gerechtshof

- Gerechtshof Amsterdam 25 juli 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:3064.
- Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 juni 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:4977.
- Gerechtshof Den Haag 3 maart 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH5977.
- Gerechtshof Den Haag 14 september 2016, ECLI:NL:LGHDHA:2016:2676.
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:859.
- Gerechtshof 's-Hertogenbosch 24 augustus 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:3681.

Hoge Raad

- Hoge Raad 4 april 1986, ECLI:NL:PHR:1986:AB8727 (*Ragetlie*).
- Hoge Raad 24 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9537 (*Slijkoord/Hekkema*).
- Hoge Raad 14 juli 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY3782 (*Boekenvoordeel/Isik*).
- Hoge Raad 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9603 (*Van Tuinen/Taxicentrale Wolters*).
- Hoge Raad 2 december 2016, ECLI:NL:2016:2757 (*Leerorkest*).
- Hoge Raad 17 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:2905 (*Constar Plastics*).

Rechtbank

- Rechtbank Amsterdam 28 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ352.
- Rechtbank Gelderland 15 januari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:190.
- Rechtbank Groningen 14 juli 2005, ECLI:NL:RBGRO:2005:AT9355.
- Rechtbank Limburg 3 september 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:7731.
- Rechtbank Midden-Nederland 2 mei 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:1755.
- Rechtbank Midden-Nederland 18 maart 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1475.
- Rechtbank Midden-Nederland 26 mei 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:2932.
- Rechtbank Midden-Nederland 21 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4242.
- Rechtbank Oost-Brabant 18 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4893.
- Rechtbank Oost-Brabant 31 augustus 2016, ECLI:NL:RBOBR:2016:4849.
- Rechtbank Overijssel 6 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:5248.
- Rechtbank Overijssel 20 januari 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:232.
- Rechtbank Roermond 5 april 2007, ECLI:NL:RBROE:2007:BA3448.
- Rechtbank Zeeland-West-Brabant 21 december 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:8235.
- Rechtbank Zwolle 30 juni 1998, ECLI:NL:RBZWO:1998:ZF4989.