

Gevolgen Wet Werk en Zekerheid voor doorstart vanuit faillissement

Bij de berekening van transitievergoedingen bij ontslag van werknemers die bij een doorstart vanuit faillissement in dienst zijn getreden, tellen binnenkort ook de jaren mee waarin de werknemer in dienst was van de failliete onderneming. Andere belangrijk onderdelen van de inwerkingtreding van de WWZ per 1 juli 2015 zijn wijziging van de ketenregeling en het proeftijdbeding.

opvolgend werkgever: bij dezelfde of soortgelijke werkzaamheden

Op grond van arresten van de Hoge Raad uit 2006 (Boekenvoordeel/Isik) en 2012 (Van Tuinen / Taxicentrale Wolters) is er sprake van opvolgend werkgeverschap indien 1) er sprake is van het verrichten van dezelfde of soortgelijke werkzaamheden en 2) tussen de nieuwe werkgever en de vorige werkgever zodanige banden bestaan dat het door de laatste op grond van zijn ervaringen met de werknemer verkregen inzicht in diens hoedanigheden en geschiktheid in redelijkheid moet worden toegerekend aan de nieuwe werkgever. Dergelijke banden zijn bijvoorbeeld aanwezig indien de bestuurder van de gefailleerde onderneming ook bestuurd is (wordt) van de doorstarter.

Bij doorstarts vanuit faillissement is op dit moment vaak niet aan de tweede voorwaarde voldaan en wordt de doorstarter niet als opvolgend werkgever beschouwd.

Bij de Parlementaire behandeling van de WWZ (Nota van Wijziging 3-2-2014, Kamerstukken II 2013-2014, 33 818, nr. 8) is echter bepaald dat om als opvolgend werkgever te worden aangemerkt in het kader van de ketenbepaling en de transitievergoeding, geen inzicht hoeft te bestaan in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer. In het nieuwe art. 7:668a lid 2 BW is bepaald: "ongeacht of inzicht bestaat in de hoedanigheid en geschiktheid van de werknemer". De 2^e voorwaarde komt dus te vervallen.

doorstart

Vanaf 1 juli 2015 is er dus sprake van opvolgend werkgeverschap bij het verrichten van dezelfde of soortgelijke werkzaamheden. Er zal daarom vanaf 1 juli 2015 veel eerder sprake zijn van opvolgend werkgeverschap. Indien in het kader van een doorstart de ondernemingsactiviteiten (gedeeltelijk) worden voortgezet en werknemers in dienst worden genomen voor het verrichten van dezelfde of soortgelijke werkzaamheden, zal de doorstartende onderneming daardoor worden aangemerkt als opvolgend werkgever.

transitievergoeding

Bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst is de werkgever vanaf 1 juli 2015 aan werknemers die ten minste 24 maanden in dienst zijn een transitievergoeding verschuldigd. De ontslagvergoeding volgens de kantonrechtersformule zal vervallen. Een werknemer heeft recht op een vergoeding van 1/6e maandsalaris per gewerkt half jaar. Vanaf het tiende jaar is dit een 1/4e maandsalaris per half dienstjaar. Voor werknemers ouder dan 50 jaar geldt tot 2020 een overgangsregeling en voor MKB-bedrijven (gemiddeld < 25 werknemers) gelden lichtere regels). De transitievergoeding is maximaal € 75.000 bruto, of maximaal een jaarsalaris als de werknemer meer verdient dan dat bedrag. Zie hierover verder het artikel van Jikke Blokker op <http://www.btu-advocaten.nl/nieuws/de-transitievergoeding-onder-de-loep> .

De door werkgevers vanaf 1 juli 2015 bij ontslag te betalen transitievergoeding is aanzienlijk lager dan de onder het huidige recht te betalen ontslagvergoeding o.g.v. de kantonrechtersformule.

ontslag na doorstart: oude dienstjaren tellen mee

Als de doorstartende onderneming na de doorstart arbeidsovereenkomsten met overgenomen werknemers (die dezelfde of soortgelijke werkzaamheden zijn gaan verrichten) wil beëindigen, is de doorstartende onderneming na 1 juli 2015 ook transitievergoedingen verschuldigd (tenzij er sprake is van ontslag bij faillissement of surseance). Weliswaar is alleen een transitievergoeding verschuldigd aan werknemers die ten minste 24 maanden in dienst zijn, maar omdat de doorstartende onderneming na de inwerkingtreding van de WWZ zal worden aangemerkt als opvolgend werkgever in het kader van de transitievergoeding (en de ketenbepaling), tellen bij de berekening van de transitievergoeding ook de dienstjaren mee van de werknemer in dienst van de gefailleerde onderneming.

Overigens houden kantonrechters bij ontbindingsverzoeken bij de vaststelling van de ontslagvergoeding o.b.v. de kantonrechtersformule onder het huidige recht vaak ook al rekening met de dienstjaren van de werknemer in dienst van de gefailleerde onderneming. Dat is met name het geval indien sprake is van opvolgend werkgeverschap als bedoeld in 7:668a BW. De lagere rechtspraak is echter verdeeld en niet alle kantonrechters houden rekening met het arbeidsverleden bij de gefailleerde onderneming.

Een voorwaarde voor de verschuldigdheid van de transitievergoeding is dat de arbeidsovereenkomst ten minste 2 jaar heeft geduurd. De transitievergoeding kan verschuldigd zijn indien de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd na het eindigen van rechtswege op initiatief van de werkgever niet wordt voortgezet. Indien een doorstarter een werknemer vanuit faillissement een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd aanbiedt, dient hij er voor te waken dat de werknemer in totaal (dus inclusief de periode voor het faillissement) maximaal 24 maanden minus 1 dag in dienst is; indien de termijn wordt overschreden en de overeenkomst niet wordt voortgezet, is de doorstarter een transitievergoeding verschuldigd.

De door de doorstarter bij ontslag te betalen (transitie)vergoedingen bij ontslag worden hierdoor veel hoger dan onder het huidige recht.

ketenregeling

Vanaf 1 juli 2015 kunnen door de werkgever aan de werknemer maximaal 3 arbeidscontracten voor bepaalde tijd worden aangeboden in een periode van 2 jaar (was 3 jaar), tenzij er tussen de contracten een tussenperiode ligt van meer dan 6 maanden (was 3 maanden). Bij meer dan 3 contracten of overschrijding van de periode van 2 jaar, geldt dat de werknemer voor onbepaalde tijd in dienst is. Onder de WWZ zal er dus eerder sprake zijn van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd.

Daarom zal ook bij de ketenregeling i.g.v. een doorstart na faillissement eerder sprake zijn van opvolgend werkgeverschap. Werknemers die in het kader van een doorstart na faillissement in dienst zijn gekomen, zullen bij de doorstartende onderneming eerder voor onbepaalde tijd in dienst zijn.

Omdat er door inkorting van de periode tot 24 maanden eerder sprake zal zijn van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd, wordt het voor een doorstarter lastiger om werknemers een arbeidscontract voor bepaalde tijd aan te bieden. Voorbeeld: Indien een werknemer al 2 jaarcontracten heeft, zal het 3^e contract een contract voor onbepaalde tijd zijn (omdat de periode van 24 maanden is overschreden). Er zijn echter meer voorbeelden. Het overgangsrecht van de ketenregeling is bovendien ingewikkeld. Zie hierover verder het artikel van Roos van Ekdorf op (<http://www.btu-advocaten.nl/nieuws/opvolgend-werkgeverschap-en-de-ketenregeling-bij-een-doorstart-vanuit-faillissement>).

contract voor bepaalde tijd: Hof Den Haag 3 maart 2009

Het Hof Den Haag oordeelde op 3 maart 2009 dat indien door een doorstarter na faillissement aan een werknemer die voor onbepaalde tijd in dienst is, een contract voor bepaalde tijd wordt aangeboden, indien er sprake is van opvolgend werkgeverschap, de overeenkomst voor onbepaalde tijd meetelt in de keten. De arbeidsovereenkomst met de betreffende werknemer converteerde daardoor in een overeenkomst voor onbepaalde tijd. Omdat de periode in de ketenregeling vanaf 1 juli 2015 wordt ingekort tot 24 maanden, zal deze situatie zich na 1 juli 2015 nog vaker voordoen. Ook hierdoor zullen werknemers bij een doorstart na faillissement eerder voor onbepaalde tijd in dienst zijn bij de doorstarter. Of de lijn van het Hof Den Haag onder de WWZ wordt voortgezet, is gelet op de toelichting van Minister Asscher in de Tweede Kamer echter niet geheel duidelijk.

aanzegplicht

Arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd eindigen onder de WWZ ook nog steeds van rechtswege. Maar indien een overeenkomst voor 6 maanden of langer is gesloten, moet de werkgever uiterlijk een maand voor het einde van rechtswege de werknemer schriftelijk te informeren over het al dan niet voortzetten en de voorwaarden waaronder. Indien de werkgever niet of niet tijdig aanzegt, dient hij de werknemer schadevergoeding te betalen van een maandsalaris (of een pro rata deel). Zie hierover verder het artikel van Hellen de Werd op (<http://www.btu->

advocaten.nl/nieuws/werkgever-bent-u-al-begonnen-met-aanzeggen-het-wordt-nu-echt-tijd).

proeftijd

Onder het huidige recht kan bij een doorstart na faillissement met werknemers een proeftijdbeding worden overeengekomen, indien de doorstarter redelijkerwijs niet geacht moet worden ten aanzien van de verrichte arbeid de opvolger van de vorige werkgever te zijn (of wanneer de nieuwe arbeidsovereenkomst duidelijk andere vaardigheden en verantwoordelijkheden van de medewerker eist).

In het kader van de WWZ is art. 7:652 BW gewijzigd: alleen in arbeidsovereenkomsten met een duur van meer dan 6 maanden mag vanaf 1 juli 2015 een proeftijdbeding worden opgenomen. Als de doorstarter een proeftijd in de arbeidsovereenkomst wil opnemen om de kennis, vaardigheden en geschiktheid van de werknemer te kunnen beoordelen, dient er een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd van ten minste 6 maanden gesloten te worden. Maar door inkorting van de periode tot 24 maanden zal er eerder sprake zijn van een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd. Voorbeeld: een werknemer heeft een tweede arbeidscontract voor bepaalde tijd (2 x 1 jaar) en is ten tijde van de doorstart 20 maanden in dienst. De doorstarter kan alleen een proeftijd in de arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd opnemen indien hij de werknemer een overeenkomst van meer dan 6 maanden aanbiedt. De consequentie daarvan is dat de werknemer na 4 maanden (dan in de werknemer 24 maanden in dienst) voor onbepaalde tijd in dienst is.

Gevolgen WWZ vanaf 1 juli 2015

Door wijziging van de ketenregeling zijn werknemers bij een doorstart na faillissement eerder voor onbepaalde tijd in dienst. Bij beëindiging van arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd dient de doorstarter aan de vanuit faillissement in dienst genomen werknemers (die meer dan 24 maanden in dienst zijn) een transitievergoeding te betalen. Bij de berekening van de transitievergoeding tellen ook de dienstjaren mee van de werknemer in dienst van de gefailleerde onderneming. De door een doorstarter te betalen ontslagvergoedingen worden daardoor veel hoger. De mogelijkheid om een proeftijd in de arbeidsovereenkomst op te nemen worden door de WWZ beperkt.

Ik verwacht dat doorstarters als gevolg van de wijzigingen door de WWZ per 1 juli 2015 voorzichtiger zullen zijn bij het in dienst nemen van werknemers uit een failliete onderneming en aan minder werknemers een arbeidsovereenkomst zullen aanbieden.

Herman Kreikamp, 16 april 2015