

RECHTSPRAAK

werkneemster/Columbus Junior B.V.

Doorstart na faillissement (pre-pack) leidt tot opvolgend werkgeverschap. Onmiddellijke werking artikel 7:668a lid 2 BW. Beoordeling aan de hand van Van Tuinen-criterium.

Oordeel tussenbeschikking

(Vervolg AR 2017-0076.) Bij tussenbeschikking heeft de kantonrechter bij wijze van voorlopig oordeel de vraag opgeworpen 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 werkneemster bij Kindercentrum Columbus Junior B.V. een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd had, die rechtsgeldig door de curator is opgezegd en waarna bij Columbus een nieuwe keten is gaan lopen. De kantonrechter heeft partijen in de gelegenheid gesteld hierop te reageren. Partijen hebben van die mogelijkheid gebruik gemaakt. Zij hebben er – terecht – op gewezen dat de ketenregeling van artikel 7:668a lid 2 juncto lid 1 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. Dat brengt met zich dat de kantonrechter terugkomt van haar voorlopig oordeel.

Onmiddellijke werking artikel 7:668a lid 2 BW

Nu, anders dan voor de wijze van berekening van de keten als bedoeld in artikel 7:668a lid 1 BW, voor artikel 7:668a lid 2 BW geen specifieke bepaling in het overgangsrecht is opgenomen, heeft deze bepaling ‘onmiddellijke werking’. De vraag is wat de gevolgen daarvan zijn voor de toepasselijkheid van artikel 7:668a lid 2 BW. In de ‘Aanwijzingen voor regelgeving’ (Circulaire minister-president van 18 november 1992) zijn zogenoemde werkingsregels opgenomen. Een werkingsregel geeft aan in welke periode feiten zich moeten voordoen en toestanden zich moeten bevinden wil de wet daaraan rechtsgevolgen kunnen verbinden. Hof Arnhem-Leeuwarden heeft in zijn arrest van 14 juni 2016 inzake Constar/werknemers (ECLI:NL:GHARL:2016:4977) overwogen dat de vraag naar de status van ‘het al dan niet opvolgend werkgever zijn’, beoordeeld moet worden aan de hand van het recht zoals dat gold op het moment dat de opvolging plaatsvond. In die casus had de opvolging – net als in de onderhavige zaak – plaatsgevonden voor inwerkingtreding van de WWZ. In zijn arrest van 26 juli 2016 (AR 2016-0889) heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden voorts over deze rechtsvraag overwogen dat aan artikel 7:668a lid 2 BW geen terugwerkende kracht toekomt. In de lagere rechtspraak is wel anders geoordeeld, onder meer door de Kantonrechter Zutphen in de

hiervoor genoemde zaak Constar (15 januari 2016, ECL:NL:RBGEL:2016:190) en door de Kantonrechter Lelystad (21 juli 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4242). Het door het Hof Arnhem-Leeuwarden gewezen arrest Constar is in de literatuur bekritiseerd. Meerdere auteurs (J. van der Pijl, annotaties JAR 2016/192 en JAR 2016/298 en E. Loesberg, annotatie JOR 2016/82) bepleiten dat de onmiddellijke werking van artikel 7:668a lid 2 BW ertoe dient te leiden dat, na invoering van de WWZ per 1 juli 2015, de vraag naar mogelijk opvolgend werkgeverschap voor die datum moet worden getoetst aan de hand van de definitie van opvolgend werkgeverschap zoals geformuleerd in artikel 7:668a lid 2 (nieuw) BW en voor de transitievergoeding artikel 7:673 lid 4 BW. Werkneemster heeft zich in onderhavige zaak op het standpunt van (onder meer) Van der Pijl beroepen. De kantonrechter volgt werkneemster daarin niet. Onmiddellijke werking zoals dat door genoemde auteurs en door werkneemster wordt uitgelegd leidt feitelijk tot terugwerkende kracht. Het zou immers betekenen dat de status van ‘wel/niet opvolgend werkgeverschap’ door de latere wetswijziging door invoering van de WWZ zou wijzigen. Dat is niet alleen in strijd met de rechtszekerheid maar leidt ook tot ‘terugwerkende kracht’. De vraag of van opvolgend werkgeverschap sprake is, dient beoordeeld te worden aan de hand van het oude recht en dus aan de hand van de door de Hoge Raad in het arrest van 11 mei 2012 (ECLI:NL:HR:2012:BV9603) geformuleerde criteria.

Zodanige banden-criterium

Dat aan het eerste vereiste van ‘de wezenlijk dezelfde vaardigheden en verantwoordelijkheden’ is voldaan, is tussen partijen niet in geschil. Columbus heeft betwist dat van ‘zodanige’ banden sprake is geweest en heeft daartoe gesteld dat de voormalige eigenaren/bestuurders bij de overname niet betrokken zijn geweest, er geen overleg over de mogelijke geschiktheid van het personeel is geweest en alle werknemers na de doorstart bij werkgever in dienst zijn gekomen. Om die reden zou er ten tijde van de doorstart geen sprake zijn van ‘voldoende inzicht in’ de geschiktheid van werkneemster bij de leiding van Columbus. De kantonrechter is met werkneemster van oordeel dat aan het ‘zodanige banden’-criterium wel is voldaan. De doorstart is middels een zogenoemde pre-pack voorbereid. Bij die voorbereiding zijn, blijkens een e-mail van de curator, de voormalige eigenaren betrokken en de overeenkomst is dan met 4Kids, de nieuwe eigenaar van Columbus, beklonken. Dat de voormalige eigenaren na indiensttreding bij Columbus, direct na de doorstart, feitelijk leiding zijn gaan geven is door Columbus niet, althans onvoldoende gemotiveerd bestreden. Onder die omstandigheden dient te worden afgeleid dat Columbus bij de doorstart/overname van de kennis en vaardigheden van het personeel waaronder werkneemster, op de hoogte was, althans kon zijn. De kantonrechter is van oordeel dat zulks voldoende is om aan te nemen dat voldaan is aan het ‘zodanige banden’-criterium (vgl. Hof Den Haag 18 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3001). Nu er sprake is van opvolgend werkgeverschap is de arbeidsovereenkomst tussen partijen niet enkel door het verstrijken van de termijn waarvoor die is aangegaan rechtsgeldig geëindigd. Voorafgaande opzegging als bedoeld in artikel 7:669 BW was derhalve vereist. De opzegging wordt vernietigd. Columbus wordt veroordeeld werkneemster, voor zover haar arbeidsongeschiktheid daaraan niet (langer) in de weg staat, toe te laten tot het verrichten van de overeengekomen werkzaamheden, dan wel toe te laten

tot het verrichten van passend werk in het kader van de re-integratie, alsmede tot doorbetaling van het loon.

Instantie: Rechtbank Overijssel

Datum uitspraak: 20-01-2017

ECLI: ECLI:NL:RBOVE:2017:232

Zaaknummer: 5412088 \ EJ VERZ 16-365 9 (hoofdzaak) en 5416492 EJ VERZ 16-373 (incident)

Rechters: E.W. de Groot

Advocaten: T.I. Huisman en F.M. Westra

Wetsartikelen: 7:668A BW